

Günther Hönn*

**Zu den „Besonderheiten“
des
Arbeitsrechts**

* Dem verehrten Lehrer Alfons Kraft mit allen guten Wünschen zum 75. Geburtstag.

Gliederung

I.	Aktuelle Problematik	3
	1. Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und die „Besonderheiten“	3
	2. Arbeitnehmer als Verbraucher?	4
	a) § 310 Abs. 3 BGB	4
	b) § 312 BGB	5
II.	Angemessene Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten	5
	1. Sachstand	5
	a) Materialien	5
	b) Ausdrückliche Stellungnahmen	6
	c) Inzidente Stellungnahmen	7
	2. Zur Reichweite des § 310 Abs. 4 S. 2 Hlfs. 1 BGB	8
	a) Wortlaut	9
	b) Entstehungsgeschichte	9
	c) Relativierung von Vorschriften mit und ohne Wertungsbereich	10
	d) Richterrecht als Arbeitsrecht	11
	e) Kollektivverträge und Inbezugnahme	12
	f) Argumentationslast	13
	g) Ziel der einheitlichen Kontrolle	14
	3. Vorschriften ohne Wertungsbereich	14
	a) Allgemeines	14
	b) Vertragsstrafen	15
	aa) Suche nach den arbeitsrechtlichen Besonderheiten	15
	bb) Individualvertrag als Alternative?	16
	cc) Institutsgewährleistung als Besonderheit	17
	dd) Vertragsstrafen mit leitenden Angestellten	18
	c) Ausschlussfristen und § 309 Nr. 13 BGB	19
	aa) Sachstand	19
	bb) Besonderheiten des Arbeitsrechts	20
	d) Geltungserhaltende Reduktion und § 306 BGB	21
	4. Vorschriften mit Wertungsbereich: §§ 307, 308, 305c BGB	22

III.	Arbeitnehmer als Verbraucher?	23
	1. Unstreitiger Bereich	23
	2. Wortlaut	23
	3. Wille des Gesetzgebers	24
	4. Zwecksetzung der Regelung	25
	a) Zu § 310 Abs. 3 BGB	26
	b) Zu § 312 BGB	26
	c) Zu § 288 Abs. 2 BGB	27
	d) Zwischenergebnis	28
IV.	Zur Einordnung der Gesamtproblematik	28
	1. Objektiv-teleologische Kriterien und Ordnungsrahmen	28
	2. Konvergenzentwicklung von Arbeitsrecht und bürgerlichem Recht	30
	a) Eigenständigkeit des Arbeitsrechts	30
	aa) Schutzbedürftigkeit	31
	bb) BetrVG, TVG als Besonderheit	31
	cc) Individualvertraglicher Spielraum	32
	dd) Arbeitsrecht im BGB	32
	ee) Inhaltskontrolle im BGB	33
	b) Zur Entwicklung des bürgerlichen Rechts	34
	aa) Mietrechtsreformgesetz und Schuldrechtsmoder- nisierungsgesetz	34
	bb) Verbraucherschutz als allgemeines Rechtsprinzip?	35
	c) Wechselseitige Annäherung von Arbeitsvertragsrecht und bürgerlichem Recht	37
	3. Folgerungen für Inhaltskontrolle und Verbraucherbegriff beim Arbeitsvertrag	38
	a) Vereinheitlichung der AGB-Kontrolle als Grundsatz	38
	b) Arbeitsvertrag und Verbrauchervertrag als komplementäre Vertragsformen	40
	c) Zur Kontrolle von Individualverträgen	41
V.	Zusammenfassung	42

I. Aktuelle Problematik

1. Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und die „Besonderheiten“

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001¹ hat nicht nur die Regelung des AGBG von 1976 ins BGB hineingenommen (BGB §§ 305 – 310), sondern auch die frühere Bereichsausnahme für Arbeitsverträge (AGBG § 23 Abs. 1) mit Einschränkungen aufgehoben²: Nach BGB § 310 Abs. 4 S. 1 ist die Regelung nicht mehr unanwendbar bei Verträgen auf dem Gebiete des Arbeitsrechts. Und S. 2 und 3 der Vorschrift schränken die hieraus folgende grundsätzliche Anwendbarkeit der Regelung wie folgt ein: „Bei der Anwendung auf Arbeitsverträge sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen; § 305 Abs. 2 und 3 ist nicht anzuwenden. Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen stehen Rechtsvorschriften im Sinne von § 307 Abs. 3 gleich.“ Nach der Meinung der BReg sollte die durch die bisherige uneinheitliche Judikatur des BAG zur Inhaltskontrolle³ entstandene Rechtsunsicherheit beseitigt und auch dafür gesorgt werden, dass das Schutzniveau der Vertragsinhaltskontrolle im Arbeitsrecht nicht hinter demjenigen des Zivilrechts zurückbleibt⁴.

Was die „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“ sind und was es heißt, sie „angemessen zu berücksichtigen“, ist weithin ungeklärt⁵. Dass dieser Frage aber für den Umfang der auf die BGB §§ 305 ff. gestützte Kontrolle von allgemeinen Arbeitsbedingungen beträchtliche Bedeutung zukommt, liegt auf der Hand⁶. Praktisch geht es vor allem darum, ob und inwieweit künftig durch Formularvertrag Vertragsstrafen⁷, Ausschlussfristen, Ausgleichsklauseln, konstitutive

¹ BGBl I S. 3138.

² Für die Kommentierung des Dienstvertragsrechts durch Soergel/Kraft und Soergel/Raab, 1997¹², spielte die Problematik noch keine Rolle.

³ BT-Drucks. 14/6867 S. 54, verweist auf BAG, 29.11.1995, NJW 1996, 2114 – AGBG § 3 analog oder BGB § 242 – einerseits und BAG, 13.12.2000, NZA 2001, 723 – gegen entsprechende Anwendung von Vorschriften des AGBG – andererseits.

⁴ BT-Drucks. aaO.

⁵ Vgl. einstweilen Thüsing, NZA 2002, 591 m.N.

⁶ Vgl. J.-H. Bauer, NZA 2002, 169, 172 f.; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 2002, Rz. 214 ff.; Hümmerich, AnwBl 2002, 671, 679 ff.; Joost, FS Ulmer, 2003, S. 1199, 1204; Leder/Morgenroth, NZA 2002, 952, 955 f.; Lingemann, NZA 2002, 181, 183; Richardi, NZA 2002, 1057, 1061; Thüsing, NZA 2002, 591.

⁷ Vgl. Gotthardt aaO., Rz. 250; Leder/Morgenroth, NZA 2002, 952; Richardi, NZA 2002, 1057, 1063.

Schriftformklauseln und Zugangsfiktionen möglich sind⁸, wie Widerrufsvorbehalte zu beurteilen sind⁹ und was insoweit für die Inbezugnahme von Tarifverträgen gilt¹⁰.

2. Arbeitnehmer als Verbraucher?

Im Zuge der durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz initiierten Diskussion über die gesetzliche AGB-Kontrolle von allgemeinen Arbeitsbedingungen wurde die zusätzliche Frage aufgeworfen, ob der Arbeitnehmer als solcher Verbraucher i. S. von BGB § 13 ist¹¹, mit der Folge, dass der Arbeitsvertrag als Verbrauchervertrag anzusehen ist und die AGB-Kontrolle sich nach Maßgabe von BGB § 310 Abs. 3 verschärft. Und ein Widerrufsrecht des Arbeitnehmers nach § 312 für den Fall eines Aufhebungs- oder Abfindungsvertrages steht zur Debatte. Trotz oder wegen des insoweit etwas sperrigen Wortlautes des BGB § 13 („Verbraucher“) ist eine h.M. in der Literatur zur Frage der Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers bislang nicht auszumachen.

a) § 310 Abs. 3 BGB

Ist der Arbeitsvertrag Verbrauchervertrag, so folgt aus BGB § 310 Abs. 3, dass die AGB grundsätzlich als vom Arbeitgeber (= Unternehmer) gestellt gelten und dass die AGB-Kontrolle bereits dann eingreift, wenn die Bedingungen zur einmaligen Verwendung bestimmt sind. Auch vorformulierte „Einmalbedingungen“ unterliegen dann also der AGB-Kontrolle, wenn sie nicht durch den Arbeitnehmer (= „Verbraucher“) eingeführt

⁸ Hümmerich/Holthausen NZA 2002, 173, 179 ff.; zu Formklauseln speziell Richardi, NZA 2002, 1057, 1064.

⁹ Gotthardt, aaO. Rz. 263; Kerwer, Vortrag vom 20.2.2003 in Saarbrücken, der hierin eine Besonderheit sehen will und der mich generell auf viele Einzelfragen der Problematik aufmerksam machte.

¹⁰ Insoweit Richardi, NZA 2002, 1057, 1062; Thüsing/Lambrich NZA 2002, 1361.

¹¹ **Bejahend** etwa Boemke, BB 2002, 96, 97; Brors, DB 2002, 2046, 2048; Bülow/Artz, NJW 2000, 2049, 2050; Däubler, NZA 2001, 1329, 1333 f.; Gotthardt aaO. Rz. 167 ff.; Hanau Anm zu BAG AP Nr. 4 zu § 288 BGB; Hümmerich, AnwBl 2002, 671; Hümmerich/Holthausen, NZA 2002, 173; ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 208; Reim, DB 2002, 2434, 2437; Reinecke, DB 2002, 583, 587; Schleusener, NZA 2002, 949, 950 f.; Thüsing, BB 2002, 2666, 2667 f.; Graf v. Westphalen in: Henssler/Graf v. Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2001 § 310 Rz. 15; **zweifelnd** Lieb, FS Ulmer, 2003, S. 1231, 1236 f.; **verneinend** Annuß, NJW 2002, 2844; J.-H. Bauer, NZA 2002, 169, 171; Bauer/Kock, DB 2002, 42, 43 f.; Fiebig, DB 2002, 1608, 1610; Henssler, RdA 2002, 129, 133; Hromadka, NJW 2002, 2523, 2524; Jousen, NZA 2001, 745, 749; Lingemann, NZA 2002, 181, 184; Löwisch, NZA 2001, 465, 466; Mankowski, EWiR § 312 BGB 1/03; Natzel, NZA 2002, 595; Niemann, Vertragsgestaltung mit leitenden Angestellten, Diss. Hagen 2002, S. 110 ff., 115; Richardi, NZA 2002, 1004, 1008 f.; Rieble/Klumpp, ZIP 2002, 2153.

worden und damit Individualvereinbarungen sind¹². Überdies sind dann für das Verdikt der unangemessenen Benachteiligung auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen¹³.

b) § 312 BGB

Bejaht man die Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers, so stellt sich darüber hinaus die Frage, ob dieser ein Widerrufsrecht aus BGB § 312 im Falle einer „Haustürsituation“¹⁴ besitzt. Diese Frage hat insbesondere Relevanz für Aufhebungsverträge¹⁵. Während das ArbG Frankfurt/Oder ein Widerrufsrecht für den Fall bejahen will, dass eine Überrumpelungssituation vorliegt, hat das LAG Brandenburg, ohne auf die eventuelle Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers einzugehen, die Anwendung des § 312 insoweit grundsätzlich abgelehnt¹⁶.

Trotz eingehender Diskussionen der o. a. Fragen in der Literatur herrscht einstweilen weitgehend Ratlosigkeit über die veränderte Rechtslage¹⁷.

II. Angemessene Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten

1. Sachstand

a) Materialien

Die Aufhebung bzw. Einschränkung der bislang im AGBG enthaltenen Bereichsausnahme für Arbeitsverträge war im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes noch nicht vorgesehen¹⁸. Die Gesetz gewordene Fassung des BGB § 310

¹² Vgl. allgemein Palandt/Heinrichs, BGB, 2003⁶², § 310 Rz. 12 ff.

¹³ Hierzu Thüsing, BB 2002, 2666, 2668.

¹⁴ Speziell die Anwendung des § 312 ablehnend J.-H. Bauer, NZA 2002, 169, 171; Gotthardt o. Fn. 6, Rz. 178; Henssler, RdA 2002, 129, 135; anders aber etwa Hümmerich/Holthausen, NZA 2002, 173, 178.

¹⁵ Vgl. etwa Hümmerich, AnwBl. 2002, 671, 676 ff.; Schleusener, NZA 2002, 949, 951; zu Aufhebungsverträgen unter dem Blickwinkel des § 310 Abs. 3 Nr. 3 s. Thüsing, BB 2002, 2666, 2669; allgemein zur Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers bei Aufhebungsverträgen Zöllner, FS Söllner, 2000, S. 1297, 1315.

¹⁶ ArbG Frankfurt/O. EWIR § 312 BGB 1/03 – n. rk. – mab/Anm Mankowski; LAG Brandenburg, 30.10.2003, NZA 2003, 503, 505.

¹⁷ Eine Radikalkur wird vorgeschlagen von Busch, BB 2003, 470, 475: Wiedereinführung der Bereichsausnahme für Arbeitsverträge.

¹⁸ Vgl. BT-Drucks. 14/6040 vom 14.5.2001; inhaltsgleich mit RegE, BT-Drucks 14/6857/Anlage 1.

Abs. 4 geht vielmehr auf eine Anregung des Bundesrates vom 13.07.2001 zurück, die die BReg mit ihrem Vorschlag vom 29.8.2001 aufgriff¹⁹ und die mit geringfügigen redaktionellen Änderungen in die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 9.10.2001 einging²⁰. BGB § 310 Abs. 4 S. 2 Hlbs. 1 lautet: „Bei der Anwendung auf Arbeitsverträge sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen“.

Entsprechend dieser kurzfristigen Entwicklung sind die Anhaltspunkte für das mit der Einschränkung der Anwendung der BGB §§ 305 ff. Gemeinte eher dürftig. So betonte die BReg, es sollten die besonderen Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit im Arbeitsrecht nicht zwingend uneingeschränkt zur Anwendung kommen; vielmehr sollten hier die besonderen Bedürfnisse eines Arbeitsverhältnisses berücksichtigt werden können²¹. Der Rechtsausschuss schloss sich dem an und unterstrich seine Erwartung, dass den Besonderheiten spezifischer Bereiche des Arbeitsrechts wie z.B. des kirchlichen Arbeitsrechts angemessen Rechnung getragen werden könne und vertrat darüber hinaus die Ansicht, dass eine entsprechende Ausweitung des Verfahrensrechts qua Änderung des UKlaG unterbleiben solle, weil es problematisch sei, die hier zuständigen ordentlichen Gerichte mit der Beurteilung von arbeitsvertraglichen Klauseln zu betrauen und weil überdies eine so weitgehende Ausweitung der Unterlassungsklage eingehender Diskussion bedürfe²².

b) Ausdrückliche Stellungnahmen

In der Lit. vertritt wohl nur Graf von Westphalen²³ die Auffassung, arbeitsrechtliche Besonderheiten i. S. der Vorschrift gebe es praktisch nicht, so dass die AGB-Kontrolle – abgesehen von dem kraft ausdrücklicher Regelung unanwendbaren BGB § 305 Abs. 2 und 3 – voll durchgreife, was erhebliche Konsequenzen nach sich zöge. Im Übrigen

¹⁹ Vgl. Anlage 2 und Anlage 3 der BT-Drucks. 14/6857, S. 17; 53 f.

²⁰ BT-Drucks. 14/7052, S. 24, 189 f.

²¹ BT-Drucks. 14/6857, S. 54; Hervorhebung vom Verfasser; in diesem Sinne zum geltenden Recht Boemke/Boemke, GewO, 2003, § 105, Rz. 87.

²² BT-Drucks. 14/7052, S. 189; Hervorhebung vom Verfasser.

²³ In: Henssler/Graf v. Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2001, § 310 Rz. 7; vgl. freilich auch von Koppenfels, NZA 2002, 598 ff., speziell zu Vertragsstrafen.

lassen sich allgemein wohl drei verschiedene Meinungsgruppen unterscheiden. So werden die Besonderheiten des Arbeitsrechts einmal unter Hinweis auf den Rechtsausschuss-Bericht i. S. spezifischer Bereiche interpretiert und dabei Sonderregelungen über Tendenzbetriebe oder Gruppenarbeitsverträge angeführt²⁴. Eine zweite, sehr breite Gruppe stellt auf die Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses und eine insoweit bestehende oder auch bereits kompensierte besondere Schutzbedürftigkeit ab und kann sich dabei hinsichtlich der besonderen Bedürfnisse eines Arbeitsverhältnisses wohl auf die Gegenäußerung der BReg berufen²⁵, woraus letztlich folgen dürfte, dass es gegenüber der bisherigen Inhaltskontrolle des BAG wenig Veränderungsbedarf gibt²⁶. Thüsing schließlich will unter Berufung auf den Gesetzeswortlaut auf das Arbeitsrecht und dessen diesbezügliche Besonderheiten abstellen²⁷, mithin auf die Besonderheiten des Arbeitsrechts gegenüber dem allgemeinen bürgerlichen Recht.

c) Inzidente Stellungnahmen

Häufig wird zur Interpretation des BGB § 310 Abs. 4 S. 2 allerdings nur im Rahmen der Prüfung spezifischer Klauseln und der evtl. Unvereinbarkeit der neuen Rechtslage mit der bisherigen Judikatur des BAG Stellung genommen²⁸, wobei die Argumentation zur Problematik der arbeitsrechtlichen Besonderheiten zuweilen in den Hintergrund tritt²⁹. Dabei zeigt sich cursorisch folgender Sachstand für einige formularmäßige Vereinbarungen im Arbeitsvertrag:

Vertragsstrafen in AGB sollen nach der Lit. weiterhin zulässig sein³⁰.

²⁴ So etwa Hümmerich, AnwBl 2002, 671, 679 f.

²⁵ Vgl. Annuß, BB 2002, 458, 460 f.; Hromadka, NJW 2002, 2523, 2528; Lingemann, NZA 2002, 181, 183.

²⁶ Hromadka, NJW 2002, 2523, 2530; nach Lingemann, NZA 2002, 181, 183, soll die Inhaltskontrolle nur am Maßstab des BGB § 307 erfolgen.

²⁷ NZA 2002, 591 ff.; ähnlich wohl auch Richardi, NZA 2002, 1057, 1061: Besonderheiten des Pflichtenkreises aus dem Arbeitsverhältnis.

²⁸ Allgemein zu den Besonderheiten des Arbeitsrechts freilich Thüsing, NZA 2002, 951 ff.

²⁹ Thüsing, BB 2002, 2666, 2672, spricht von „Weichzeichner“-Funktion.

³⁰ Annuß, BB 2002, 458, 463; Boemke/Boemke, GewO, 2003 § 105 Rz. 92; Gotthardt aaO. Rz. 250 m.N. zur bisherigen Rechtslage; ders., ZIP 2002, 277, 283; Henssler, RdA 2002, 129, 138; Lingemann, NZA 2002, 181, 191; Leder/Morgenroth, NZA 2002, 952, 957; ErfK/Preis §§ 305 – 310 BGB Rn. 93; Schulte/Möller, BuW 2003, 35; zweifelnd Richardi, NZA 2002, 1057, 1063 f.; ArbG Duisburg, 14.8.2002, NZA 2002, 1038; zur früheren Rechtslage auch Kraft,

Für **Aufhebungs- und Abfindungsverträge** soll die AGB-Kontrolle wegen der Besonderheiten des Arbeitsrechts nur sehr eingeschränkt in Betracht kommen³¹.

Für **Verfall- und Ausschlussklauseln** werden Besonderheiten des Arbeitsrechts reklamiert; freilich wird gleichwohl verstärkte Kontrolle erwartet³².

Für die **Inbezugnahme von Kollektivverträgen** schließt BGB § 310 Abs. 4 S. 3 die Inhaltskontrolle der Kollektivverträge selbst aus³³; doch bleibt die partielle Inbezugnahme und die Bezugnahme von Kollektivverträgen außerhalb ihres fachlichen Geltungsbereichs der AGB-Kontrolle unterworfen. Dynamische Bezugnahmeklauseln seien aber eine Besonderheit des Arbeitsrechts³⁴

Eine Kontrolle von **Lohnvereinbarungen** von **Außenseitern** anhand von Entgelttarifverträgen unter Berufung auf § 307 Abs. 4 S. 3, wie von Däubler³⁵ vorgeschlagen, wird zu Recht allgemein nicht für mit den arbeitsrechtlichen Prinzipien vereinbar gehalten³⁶.

2. Zur Reichweite des § 310 Abs. 4 S. 2 Hlbs. 1 BGB

Gewiss wird letztlich das BAG entscheiden, welches die Besonderheiten des Arbeitsrechts sind und wie sie sich bei

NZA 1989, 777, 780; a.A. Däubler, NZA 2001, 1329, 1336; Joost, FS Ulmer, 2003, S. 1199, 1204; Reinecke, DB 2002, 583, 585 f. (differenzierend); Söllner, ZfA 2003, 145, 154f. (differenzierend); Thüsing, NZA 2002, 591, 593; LAG Hamm, 24.1.2003, NZA 2003, 499; LAG Düsseldorf, 8.1.2003, NZA 2003, 382 (differenzierend); ArbG Bochum, 8.7.2002, NZA 2002, 978 = DB 2002, 1655; vgl. auch Koppenfels, NZA 2002, 598 ff., die überdies auch individualvertraglich getroffene Vertragsstrafen im Arbeitsrecht für unzulässig hält.

³¹ Bauer, NZA 2002, 169, 172 f., wonach sich nichts geändert haben dürfte; Henssler, RdA 2002, 129, 139 f.; Hümmerich, AnwBl 2002, 671, 680; zur Problematik des Schriftformerfordernisses gemäß BGB § 623 s. Bauer, NZA 2002, 169, 170; je nach Position der Frage nach Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers soll freilich gemäß BGB § 312 ein Widerrufsrecht in Betracht kommen; s. o. Fn 11; teilweise hält man aber BGB § 312 auch bei Bejahung der Verbrauchereigenschaft für nicht anwendbar; so etwa ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 208.

³² Boemke/Boemke, GewO, 2003, § 105 Rz. 95; Gotthardt, o. Fn. 6, Rz. 273 f.; Henssler, RdA 2002, 129, 137 f.; Hümmerich/Holthausen, NZA 2002, 173, 179; Lingemann, NZA 2002, 181, 189 f.; vgl. auch Reinecke, DB 2002, 584, 586.

³³ Zu Folgeproblemen s. Gaul, ZfA 2003, 75, 86 ff.; Richardi, NZA 2002, 1057, 1061; Thüsing/Lambrich, NZA 2002, 1361 ff.

³⁴ Gaul, ZfA 2003, 75, 88 f.

³⁵ NZA 2001, 1329, 1334 f.

³⁶ Annuß, BB 2002, 458, 460; Gotthardt, o. Fn. 6, Rz. 242; Henssler, RdA 2002, 129, 136; Richardi, NZA 2002, 1057, 1061; Thüsing, BB 2002, 2666, 2671; zweifelnd Reinecke, DB 2002, 583, 585.

den einzelnen Klauseln auswirken³⁷. Aber dies macht den Versuch weiterer Klärung der Bedeutung der Bestimmung nicht überflüssig.

a) Wortlaut

Zu Recht geht Thüsing insoweit vom Wortlaut der Vorschrift aus, dass es auf Arbeitsrecht und nicht auf das Arbeitsverhältnis und seine Strukturbedingungen ankommt und dass Besonderheiten des Arbeitsrechts gegenüber dem allgemeinen bürgerlichen Recht die entscheidenden Kriterien sind³⁸. Diese Umstände sind bei der Anwendung der BGB §§ 305 ff. auf den Arbeitsvertrag zu berücksichtigen, und zwar angemessen³⁹. Es bedarf zumindest näherer Begründung, wenn man sich über diesen Wortlaut der Vorschrift durch begriffliche Ausweitung (Arbeitsverhältnis statt Arbeitsrecht)⁴⁰ hinwegsetzen bzw. ihn unter Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung oder die Frage der Schutzbedürftigkeit oder ihres Fehlens negieren will. Das Abstellen auf spezifische Bereiche des Arbeitsrechts scheint hingegen mit dem Wortlaut ohne weiteres vereinbar.

b) Entstehungsgeschichte

Die Entstehungsgeschichte zeigt einen Gesetzgeber, der quasi im Eilverfahren die arbeitsrechtliche Inhaltskontrolle anlässlich des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ins BGB zurückholen wollte und dabei offenbar besorgt war, er werde der vielschichtigen Problematik nicht gerecht⁴¹. Die diesbezüglichen Formulierungen der Materialien geben Hinweise auf den Gang der Überlegungen, mehr allerdings nicht. Soweit auf das Schutzniveau zivilrechtlicher Vertragsinhaltskontrolle abgestellt wird, hinter dem das Arbeitsrecht nicht zurückbleiben dürfe⁴², ist damit offensichtlich die von der BReg zuvor zitierte BAG-Entscheidung angesprochen, in der eine zweistufige Verfall-

³⁷ Vgl. § 11 Abs. 1 Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19.6.1968 (BGBl I S. 661).

³⁸ NZA 2002, 591, 592; ebenso LAG Hamm, 24.1.2003, NZA 2003, 499, 501; ArbG Bochum, 8.7.2002, DB 2002, 1659, 1660; a. A. ArbG Duisburg, 14.8.2002, NZA 2002, 1038, 1039.

³⁹ Nach Joost, FS Ulmer, 2003, S. 1199, 1204 f., fehlt es insoweit an Kriterien für die Interpretation; da das Tatbestandsmerkmal allenfalls geeignet sei, Verwirrung zu stiften, sollte nach seiner Meinung auf die Einschränkung verzichtet werden.

⁴⁰ So etwa Gaul, ZfA 2003, 75, 88; Leder/Morgenroth, NZA 2002, 952, 956.

⁴¹ Vgl. auch Leder/Morgenroth, NZA 2002, 952, 954.

⁴² BReg, BT-Drucks. 14/6857, S. 54.

klausel von einem Monat Dauer akzeptiert, eine Analogie zu den AGBG §§ 2 und 3 ausdrücklich abgelehnt worden war und auch eine sonstige Inhaltskontrolle nicht zur Beanstandung geführt hatte⁴³. Dies spricht für den Willen des späteren Gesetzgebers, die Anwendung der BGB §§ 305 ff. auch im Arbeitsrecht nunmehr grundsätzlich vorzuschreiben⁴⁴. Dass „vor allem die besonderen Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit im Arbeitsrecht nicht zwingend uneingeschränkt“ zur Anwendung kommen sollten⁴⁵, war insoweit ein „Notfallschirm“⁴⁶, bei dem man an die besonderen Bedürfnisse eines Arbeitsverhältnisses dachte, aber insoweit den o. a. Gesetzestext formulierte.

- c) Relativierung von Vorschriften mit und ohne Wertungsbereich Würde man die Gesetz gewordene Formulierung i. S. der Besonderheiten des empirisch verstandenen Arbeitsverhältnisses verstehen, würde man insbesondere BGB § 309 (Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit) entgegen seinem Sinn und der Intention des Gesetzgebers (Ventil für nicht vorhergesehene Konflikte) grundsätzlich relativieren⁴⁷ und damit die offenbar bezweckte Rechtsvereinheitlichung von vornherein unterlaufen. Insoweit ist hinsichtlich der grundsätzlichen Anwendbarkeit der BGB §§ 305 ff. auf den Arbeitsvertrag auf die insoweit klar abweichende Formulierung des BGB § 310 Abs. 1 zu verweisen, wonach insbes. bei der Anwendung von AGB gegenüber einem Unternehmen die §§ 308, 309 unanwendbar sind und im Übrigen „auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche“ „angemessen Rücksicht zu nehmen“ ist; für den Arbeitsvertrag mit seiner immanenten Schutzfunktion wollte der Gesetzgeber also offenbar keine so weitgehende Relativierung der AGB-Kontrolle⁴⁸.

⁴³ BAG NZA 2001, 723.

⁴⁴ Im Übrigen wurde der Schritt des Gesetzgebers in der Sache wohl längerfristig vorbereitet, u. a. durch die Monografie von Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993; hierzu Reinecke, DB 2002, 583.

⁴⁵ BReg, BT-Drucks. aaO.

⁴⁶ Rieble/Klumpp, ZIP 2002, 2153.

⁴⁷ Thüsing, NZA 2002, 591, 593.

⁴⁸ Ebenso Thüsing, NZA 2002, 591, 592 f.; die Gegenposition von Lieb, FS Ulmer, 2003, S. 1231, 1240, ist m. E. weder mit dem Gesetzeswortlaut noch mit dem Zweck der Regelung vereinbar, wird aber ebenfalls vertreten vom ArbG Duisburg, 14.8.2002, NZA 2002, 1038, 1039.

Während der Hinweis auf die Beachtung von Besonderheiten des Arbeitsrechts im Rahmen der durch die §§ 305 ff. eröffneten Wertungsspielräume nahe liegend und insofern unproblematisch, wenngleich im Hinblick auf die Judikatur zur heute in § 310 Abs. 1 S. 2 Halbs. 2 normierten Regel über die angemessene Rücksichtnahme auf Gewohnheiten und Gebräuche des Handelsverkehrs vielleicht wenig bedeutsam erscheint⁴⁹, überrascht, dass für die AGB-Kontrolle des Arbeitsvertrages anscheinend auch zwingendes Recht ohne Wertungsmöglichkeiten relativiert wird. § 309 enthält zwingendes Recht, und Wertungen im Rahmen des Tatbestandes der Norm sind ausdrücklich ausgeschlossen⁵⁰. Bei § 310 Abs. 1 Satz 1 (Anwendung u. a. gegenüber Unternehmen) hatte der Gesetzgeber diese Vorschrift ausdrücklich für unanwendbar erklärt, während er im Rahmen des § 310 Abs. 4 den § 309 zunächst auch für Arbeitsverträge dezidiert für anwendbar erklärt und erst im Anschluss daran offenbar einschränkend nur allgemein auf die Besonderheiten des Arbeitsrechts verweist. Eine entsprechende Problematik enthält das Verbot geltungserhaltender Reduktion gemäß der Rechtsprechung des BGH zu § 306⁵¹, während das BAG unzulässige Klauseln bislang auf das zulässige Maß zurückzuführen versucht⁵². Ist es nach dem Rechtsstaatsprinzip zulässig, dass der Gesetzgeber Ausnahmen von der Geltung zwingender Vorschriften, die keinen Wertungsspielraum enthalten, in der Weise formuliert, dass die vorbehaltlose Geltungsanordnung durch „angemessene Berücksichtigung“ der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten relativiert wird⁵³? Beziehungsweise was folgt daraus für die Auslegung des § 310 Abs. 4 S. 2, etwa im Hinblick auf die §§ 306, 309? Wenn man davon ausgeht, dass der Gesetzgeber eine auch im Hinblick auf diese Vorschriften wirksame Regelung schaffen wollte, dürfte die Folgerung zwingend sein, dass nur Rechtsnormen bzw. rechtliche Wertungen zur Einschränkung ihres Anwendungsbereichs in Betracht kommen, während bei Wertungsspielräumen

⁴⁹ Vgl. MünchKomm/Basedow, 2003⁴, § 310 Rz. 7 ff.

⁵⁰ A.A. Annuß, BB 2002, 458, 462, der dies für Arbeitsverträge für eine „Falschbezeichnung“ hält.

⁵¹ BGH Z 84, 109, 115; 143, 103, 119; Palandt/Heinrichs, 2003⁶², Rz. 8 vor § 307; a. A. MünchKomm/Basedow, 2003⁴, § 306 Rz. 12 ff.

⁵² Vgl. hierzu Gotthardt, o. Fn. 6, Rz. 288 ff.; Reinecke, DB 2002, 583, 586.

⁵³ Nach Grobys, GmbHR 2/2002 R 30 wird damit das gesetzgeberische Vorhaben ad absurdum geführt.

im Rahmen der §§ 305 ff. der Begriff der Besonderheiten wohl durchaus in einem weiteren Sinn verstanden werden könnte.

d) Richterrecht als Arbeitsrecht

Auch Richterrecht ist Arbeitsrecht⁵⁴; da es – anders als im allgemeinen Zivilrecht⁵⁵ - im Arbeitsrecht eine herausragende Rolle spielt, dürfte es unbeschadet seiner Rechtsqualität im engeren Sinne⁵⁶ zu den Besonderheiten des Arbeitsrechts gehören.

Das kann zwar nicht bedeuten, dass man von einem unveränderten Fortbestand der bisherigen Judikatur des BAG ausgehen kann. Denn Gesetzesrecht hat Vorrang vor Richterrecht, und der Gesetzgeber hat die Bereichsausnahme für den Arbeitsvertrag gerade in der Absicht aufgehoben, die arbeitsrechtliche Judikatur auf eine neue Grundlage zu stellen. Dies kann nicht nur für insoweit auszuwechselnde Begründungen, sondern muss auch für die Wertung der §§ 305 ff. gelten. Die bisherige arbeitsrechtliche Judikatur⁵⁷ hat diese Bewertung aber noch nicht vollständig vollzogen. Sie konnte sich insbesondere noch nicht mit der erst jetzt für den Arbeitsvertrag geltenden zwingenden Verbotsvorschrift des § 309 auseinandersetzen. Und insoweit kann entgegen der wohl h. M. in der Literatur aus der bisherigen Zulassung von Klauseln durch die arbeitsgerichtliche Judikatur auch nicht mit der nicht näher begründeten Behauptung arbeitsrechtlicher Besonderheiten abgeleitet werden, dass insoweit etwa § 309 unanwendbar ist⁵⁸.

Gleichwohl könnte die bisherige Judikatur unbeschadet einer sonstigen Rechtfertigung mit arbeitsrechtlichen Besonderheiten immerhin i.d.S. angemessen zu berücksichtigen sein, als hier ein besonderer Vertrauenstatbestand geschaffen wurde, der zumindest nicht ohne angemessene Übergangsfrist in Frage gestellt werden darf⁵⁹.

⁵⁴ So auch Thüsing, NZA 2002, 591, 592.

⁵⁵ Vgl. freilich die Judikatur zu § 1 UWG.

⁵⁶ Vgl. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, S. 501 ff.; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, II Kap. 5.5.

⁵⁷ BAG, 23.5.1984, AP BGB § 339 Nr. 9; insoweit Bezug nehmend BAG, 27.5.1992, EzA BGB § 339 Nr. 8; 27.4.2000 – 8 AZ 301/99 – juris; zust. Soergel/Kraft, 1997, § 611 Rz. 106.

⁵⁸ So aber ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rn. 93 m. N. zu Vertragsstrafen und Schadenspauschalierungen; dagegen zu Recht ArbG Bochum, 8.7.2002, NZA 2002, 1659, 1661; LAG Hamm, 24.1.2003, NZA 2003, 499, 502.

⁵⁹ Vgl. insoweit auch Thüsing, BB 2002, 2666, 2673: Kontinuitätsgebot.

e) Kollektivverträge und Inbezugnahme

Kollektives Arbeitsrecht ist gewiss eine Besonderheit des Arbeitsrechts. Soweit es um die Kollektivverträge selbst geht, sind diese ausdrücklich nach § 310 Abs. 4 S. 1 von der AGB-Kontrolle ausgenommen⁶⁰, und bei Eingreifen ihrer normativen Wirkung steht damit auch der einzelne Arbeitsvertrag insoweit außerhalb des Kontrollbereichs. Wie aus den Materialien folgt, sollen gemäß § 310 Abs. 4 S. 3 auch Einzelarbeitsverträge, die Bezug auf einen Tarifvertrag nehmen, ohne dass eine beiderseitige Tarifbindung besteht oder die mit Kollektivverträgen übereinstimmen und lediglich deren gesamten Inhalt wiedergeben, nicht der Inhaltskontrolle, sondern lediglich der Transparenzkontrolle unterliegen⁶¹. Die Möglichkeit zur einzelvertraglichen Inbezugnahme von Kollektivverträgen dürfte ohne weiteres zu den Besonderheiten des Arbeitsrechts zu zählen sein, so dass sich die Ausnahme von der Inhaltskontrolle entsprechend den Materialien über § 310 Abs. 4 S. 2 ohne weiteres legitimieren lässt⁶². Und dies dürfte auch für die Grenze der Privilegierung gelten. Bei Inbezugnahme von sachfremden Tarifverträgen, aber auch bei Teil- oder Einzelverweisungen mag es sich auch noch um Besonderheiten des Arbeitsrechts handeln; aber mangels einer Vermutung der Ausgewogenheit des diesbezüglichen Einzelarbeitsvertrags einschließlich Bezugnahmeregelung wäre hier die Freistellung von der Inhaltskontrolle keine angemessene Berücksichtigung der diesbezüglichen arbeitsrechtlichen Besonderheiten⁶³. Allenfalls bei kompletter Verweisung auf abgrenzbare Sachbereiche von Kollektivvereinbarungen ließe sich über eine Freistellung von der Inhaltskontrolle noch reden⁶⁴. Zu beachten bleibt, dass die Transparenzkontrolle bei der Inbezugnahme von Kollektivverträgen gemäß § 307 Abs. 3 S. 2 stets eingreift; inwieweit hier ein Sichberufen auf **arbeitsrechtliche** Beson-

⁶⁰ Zur Streitfrage, ob eine Billigkeitskontrolle von Betriebsvereinbarungen damit künftige ausgeschlossen ist, vgl. Gotthardt, o. Fn. 6, Rz. 296; ob der Gesetzgeber aber „Kontrollen“ auf sonstiger Grundlage unterbinden wollte, erscheint angesichts des Schutzzwecks der BGB §§ 305 ff. zweifelhaft, so wohl auch Richardi, NZA 2002, 1057, 1059.

⁶¹ Gegenäußerung der BReg, BT-Drucks. 14/6857, S. 54.

⁶² Für Kontrollfreiheit Däubler, NZA 2001, 1329, 1331; Gaul, ZFA 2003, 75, 86 ff.; ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rn. 17; Richardi, NZA 2002, 1057, 1062; Thüsing/Lambrich, NZA 2002, 1361, 1362.

⁶³ So im Ergebnis auch die h. M.; vgl. Preis aaO.

⁶⁴ In diesem Sinne etwa Gaul, ZFA 2003, 75, 88 f.; wohl auch Wiedemann/Oetker, TVG, 1999 § 3 Rz. 258 zum bisherigen Recht; ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rn. 22.

derheiten in Betracht kommt, ist wohl deshalb von geringerer Bedeutung, weil das Transparenzgebot i.S. empirischer Verständlichkeit in besonderer Weise auf tatsächliche Gewohnheiten und Üblichkeiten abstellt.

f) Argumentationslast

Wenn § 310 Abs. 4 S. 2 davon spricht, dass bei Anwendung der §§ 305 ff. (mit Ausnahme des § 305 Abs. 2⁶⁵ und 3) die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen sind, so findet hierin ein Regel-Ausnahme-Prinzip Ausdruck. Im Grundsatz sollen die genannten Vorschriften für den Arbeitsvertrag gelten, und zwar unmittelbar. Abweichungen hiervon implizieren eine Argumentationslast, der nicht schon durch den Hinweis auf die bisherige Judikatur im Arbeitsrecht Rechnung getragen wäre. Gleichwohl wird man nicht fehl in der Annahme gehen, dass die bisherige BAG-Judikatur zur Inhaltskontrolle im Ergebnis zumindest weitgehend fortgeführt werden kann und wird.

g) Ziel der einheitlichen Kontrolle

Das Ziel einer weitgehend einheitlichen AGB-Kontrolle im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht hat die Neuregelung des § 310 Abs. 4 vorgegeben. Es ist zu hoffen, dass die Judikatur von BGH und BAG trotz der sich aus der Relevanz der „Besonderheiten“ ergebenden beschränkten Zuständigkeit des gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes zu arbeitsrechtlichen Fragen⁶⁶ eine insgesamt überzeugend abgestimmte Linie findet, die den Besonderheiten von bürgerlichem Recht und Arbeitsrecht gleichermaßen entspricht.

3. Vorschriften ohne Wertungsbereich

a) Allgemeines

Für die Anwendung des § 309 auf Arbeitsverträge ergibt sich notwendigerweise eine Eingrenzung des Begriffs der Besonderheiten i. S. rechtlicher Besonderheiten, die zur Derogation

⁶⁵ Zu Recht kritisiert Joost, FS Ulmer, 2003, S. 1199, 1201 f., dass das Konsensprinzip nicht für unanwendbar hätte erklärt werden dürfen.

⁶⁶ Lingemann, NZA 2002, 181, 183; Däubler, NZA 2001, 1329, 1335; vgl. auch Hanau in: 50 Jahre BGH-Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, I S. 481 sowie o. Fn. 36.

des § 309 geeignet sind, letztlich also i.S. von Thüsing⁶⁷. Inso- weit sei einmal an die schon in den Materialien erwähnten Be- sonderheiten des kirchlichen Arbeitsrechts erinnert⁶⁸. Zu den Besonderheiten in einem engen Sinne rechnen weiter für § 308 relevante Vorschriften des Teilzeitbefristungsgesetzes (für Änderungsvorbehalte)⁶⁹ oder § 7 Abs. 1a SGB IV (für Arbeitszeitkonten und Wertguthaben)⁷⁰.

b) Vertragsstrafen

Von erheblicher Bedeutung ist die in § 309 Nr. 6 zwingend vorgesehene Unwirksamkeit von in AGB enthaltenen Ver- tragsstrafen. Den insoweit früher geltenden AGBG § 11 Nr. 6 hatte das BAG mit der damals zutreffenden Begründung nicht angewandt, das Arbeitsverträge dem AGBG nicht unterlägen, und eine entsprechende Anwendung der Vorschrift bzw. eine Beanstandung qua Billigkeitskontrolle hatte es unter Hinweis auf Probleme des Schadensnachweises für den Arbeitgeber abgelehnt⁷¹. Das erstgenannte Argument ist durch § 310 Abs. 4 fortgefallen, und die Problematik des Schadensnachweises ist noch nicht ohne weiteres eine Besonderheit des Arbeitsrechts i.S. einer *lex specialis* zu § 309.

Soweit nach Inkrafttreten des § 310 Abs. 4 die Nichtanwendbarkeit des § 309 auf Vertragsstrafen in Arbeits- verträgen behauptet wird⁷², fehlt es teilweise an jeder Begrün- dung aus arbeitsrechtlichen Wertungen; gedacht ist hingegen offenbar an eine teleologische Reduktion des § 309. Aber auch insoweit wird nicht deutlich, welcher einschränkende ge- setzgeberische Zweck reklamiert wird. Die praktische Notwen- digkeit und das praktische Bedürfnis von Vertragsstrafen für den Arbeitgeber sind der Kern des Anliegens, dessen rechtlich legitime Umsetzbarkeit aber dunkel bleibt.

aa) Suche nach den arbeitsrechtlichen Besonderheiten

⁶⁷ NZA 2002, 591, 593: „*lex specialis*“, ohne ausdrückliche Beschränkung auf den Bereich des BGB § 309.

⁶⁸ ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rn. 14; Richardi, NZA 2002, 1057, 1062 f.; Thüsing, NZA 2002, 306.

⁶⁹ Thüsing, NZA 2002, 591, 594.

⁷⁰ Gotthardt, ZIP 2002, 277, 285; Thüsing, BB 2002, 2666, 2673; ders., NZA 2002, 591, 592.

⁷¹ S. o. Fn. 56.

⁷² Vgl. o. Fn. 30.

Soweit früher GewO § 124b eine Entschädigung des Arbeitgebers wegen Vertragsbruchs des Arbeitnehmers vorsah, gilt die diesbezügliche Regelung heute nicht mehr, so dass hieraus eine arbeitsrechtliche Besonderheit i.S. der Notwendigkeit einer Vertragsstrafe nicht abgeleitet werden kann. Immerhin geht aber HGB § 75c von der Zulässigkeit eines Vertragsstrafenversprechens des kaufmännischen Angestellten aus. Als Basis für Besonderheiten des Arbeitsrechts ist dies ein wenig schmal. Vor allem aber ergibt sich hieraus nichts für die Notwendigkeit, Vertragsstrafen durch AGB zu vereinbaren.

Soweit man mit dem BAG auf die besondere Beweisproblematik für den Arbeitgeber bei der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen gegen den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer abstellt⁷³, mag dies eine Besonderheit von Arbeitsverhältnissen sein; aber selbst wenn man daraus die Notwendigkeit von Vertragsstrafen als Besonderheit des Arbeitsrechts ableiten will, folgt daraus nicht zwingend, dass die Vereinbarung qua AGB zulässig sein muss⁷⁴. Im Übrigen ist die Beweisproblematik nicht unter allen Umständen relevant. Nach § 284 BGB kann seit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz statt des schwer zu beziffernden Schadens Ersatz vergeblicher Aufwendungen in Betracht kommen, oder der Arbeitgeber könnte die durch den Vertragsbruch freie Stelle qua Zeitarbeit besetzen und insoweit Ansprüche beziffern⁷⁵. Oder ein Schaden ist einfach nicht entstanden⁷⁶.

Wenn man die problematische Durchsetzbarkeit des Arbeitsleistungsanspruchs als arbeitsrechtliche Besonderheit betrachtet⁷⁷, dürfte der Grund des Interesses des Arbeitgebers an Vertragsstrafen vor allem von der Art der geschuldeten Tätigkeit abhängen. Die Frage der Unzulässigkeit von Vertragsstrafen qua AGB bedarf mithin möglicherweise gar keiner generellen Antwort. Es wäre also durchaus vorstellbar, dass §

⁷³ Krit. LAG Düsseldorf, 8.1.2003, NZA 2003, 382, 383 f., wonach die Schadensnachweisproblematik zur „Mottenkiste“ der Rechtsprechung gehört und für BGB § 309 Nr. 6 entscheidend der Druck zur Einhaltung der Verpflichtung sei.

⁷⁴ Vielleicht könnte man argumentieren, das angesichts des BGB § 310 Abs. 1 der Arbeitsvertrag der praktisch einzige Bereich ist, für den BGB § 309 trotz eines Bedürfnisses nach Vertragsstrafen deren Vereinbarung qua AGB verbietet, und dass insoweit eine Besonderheit des Arbeitsrechts vorliegt; so etwa Reichenbach, NZA 2003, 309, 312; aber hierin läge noch keine Besonderheit des Arbeitsrechts i.S. von spezifischen arbeitsrechtlichen Wertungen.

⁷⁵ Reichenbach, NZA 2003, 309, 312.

⁷⁶ Vgl. LAG Düsseldorf, aaO. S. 383

⁷⁷ So LAG Düsseldorf, aaO. S. 384.

309 Nr. 6 nur für bestimmte Arten von Arbeitsverhältnissen unanwendbar sein muss.

bb) Individualvertrag als Alternative?

Prima vista erscheint die Möglichkeit, Vertragsstrafen durch Individualvertrag abzuschließen, als Ausweg, der zu überprüfen wäre, ehe man über die klare Geltungsanordnung des Gesetzgebers im Hinblick auf § 309 hinweggehen könnte. Und hier liegt wohl der Kern der Problematik. Denn selbst wenn man die Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers verneint⁷⁸ und insoweit die über BGB § 310 Abs. 3 verschärfte Kontrolle außer Betracht lässt, ergeben sich schon aus § 305 so hohe Hürden für eine zu Lasten des Arbeitnehmers individualvertraglich vereinbarte Vertragsstrafe, dass es zweifelhaft erscheint, ob hier ein echter Ausweg gegeben ist.

Der Wunsch nach der Vereinbarung einer Vertragsstrafe für die grundlose Vertragsaufsage durch den Arbeitnehmer geht naturgemäß vom Arbeitgeber aus, und dieser Wunsch wird in der Regel auch für eine Mehrzahl von Arbeitsverhältnissen, evtl. bestimmter Tätigkeitsbereiche, vorhanden sein. Angesichts der weiten Auslegung des Begriffs der Vorformulierung⁷⁹ und des Stellens⁸⁰ in § 305 in der bisherigen zivilrechtlichen Praxis dürften individualvertraglich vereinbarte Vertragsstrafen als Ergänzung eines Arbeitsvertrages weitgehend ausscheiden⁸¹. Daraus wiederum würde folgen, dass durch die Neuregelung - vorbehaltlich einer angemessenen Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten – Vertragsstrafen künftig schlechthin ausgeschlossen wären.

cc) Institutsgewährleistung als Besonderheit

Hiergegen lässt sich nun freilich die Wertung des HGB § 75c ins Feld führen, wonach Vertragsstrafen zumindest in be-

⁷⁸ Dazu o. Fn. 11.

⁷⁹ Vgl. MünchKomm/Basedow, 2003⁴, § 305 Rz. 13 ff.; Palandt/Heinrichs, 2003⁶², § 305 Rz. 8; Soergel/U. Stein, 1991², AGBG § 1 Rz. 9, 10.

⁸⁰ MünchKomm/Basedow, § 305 Rz. 34; Palandt/Heinrichs § 305 Rz. 10 f.; Soergel/ U. Stein, AGBG § 1 Rz. 12, 13.

⁸¹ Als Beispiel für Individualabreden beim Arbeitsvertrag nennt Reinecke, DB 2002, 583, 586 Änderungsverträge und Aufhebungsverträge nach Entdeckung strafbarer Handlungen; soweit Preis, o. Fn. 43, S. 23 f., der Individualabrede mehr Raum geben will, dürfte dies jedenfalls für die Vertragsstrafe nur selten möglich sein.

stimmten Bereichen des Arbeitsrechts möglich sein müssen⁸². Und für nicht unter diese Bestimmung fallende Arbeitsverhältnisse wäre zu folgern, dass der Gesetzgeber mit § 310 Abs. 4 Vertragsstrafen jedenfalls insoweit nicht unmöglich machen wollte, als diese für eine sinnvolle und allseits zumutbare Gestaltung von Arbeitsverhältnissen unerlässlich sind. Unter dogmatischem Blickwinkel heißt dies, dass die Vereinbarung von Vertragsstrafen für zumindest bestimmte Arbeitsverhältnisse sozusagen Teil einer Institutsgewährleistung des Arbeitsvertrages ist; der BGH hat etwa in vergleichbarer Weise aus dem Immanenzgedanken ein Zurücktreten des Kartellverbots gegenüber den für den Bestand von Personenhandelsgesellschaften erforderlichen Wettbewerbsverboten begründet⁸³ bzw. gegenüber Wettbewerbsverboten bei Unternehmensveräußerungen angenommen⁸⁴.

Hieraus ergeben sich dann zwei möglichen Konsequenzen. Bei kaufmännischen Angestellten (vgl. HGB § 75c) und bei sonstigen Arbeitnehmern, bei deren Arbeitsverhältnissen eine Vertragsstrafenvereinbarung praktisch unerlässlich ist, muss deren Abschluss praktisch möglich sein. Man mag darüber streiten, ob es sich insoweit wirklich um eine Besonderheit des Arbeitsrechts handelt; eine Essentiale des Arbeitsrechts wäre einer solchen aber jedenfalls hinsichtlich ihrer Bedeutung für BGB § 309 gleichzustellen. Im Sinne eines geringstmöglichen Eingriffs in die Geltungsanordnung des § 310 Abs. 4 S. 1 muss dann eine deutlich getroffene Abrede als Individualvereinbarung auch entgegen § 305 Abs. 1 akzeptiert werden (die dann zwar nicht dem Verbot des § 309, wohl aber den sonstigen Restriktionen der §§ 305 ff. unterliegt). Das heißt aber im Ergebnis nichts anderes, als dass zumindest für bestimmte Arten von Arbeitsverhältnissen bei hinreichend klarer Formulierung der Vertragsstrafenabrede § 309 Nr. 6 wegen Besonderheiten bzw. einer Essentiale des Arbeitsrechts unanwendbar ist.

dd) Vertragsstrafen mit leitenden Angestellten

Für die Bestimmung dieser Arten von Arbeitsverhältnissen wollen Niemann, Reichenbach und Reinecke letztlich auf leitende

⁸² Vgl. ArbG Bochum, 8.7.2002, DB 2002, 1659, 1660.

⁸³ Vgl. BGH Z 38, 306, 312; 70, 331, 335 f.; 89, 162, 166 f.; BGH WuW/E 2505, 2508; Bechtold, *GWB*, 1999², § 1 Rz. 33; Emmerich, *Kartellrecht*, 2001, S. 48 f.

⁸⁴ Vgl. BGH NJW 1982, 2000 Holzpaneele; BGH BB 1997, 2391, Sole; Bechtold aaO. § 1 Rz. 23 f.; Emmerich aaO. S. 47 f.

Mitarbeiter rekurrieren; und in der Tat mag bei einem Vertragsbruch leitender Angestellter die Schwierigkeit adäquaten Schadensnachweises für den Arbeitgeber besonders groß sein⁸⁵, so dass dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung des Vollstreckungsverbots des ZPO § 888 Abs. 3 die Vereinbarung einer Vertragsstrafe als einzige Möglichkeit zur Absicherung bleibt. Nach dem LAG Düsseldorf kann allenfalls das Interesse des Arbeitgebers an der Vollziehung des Arbeitsvertrages, nicht hingegen ein Schadenersatz-Nachweisinteresse eine Vertragsstrafenklausel legitimieren⁸⁶.

c) Ausschlussfristen und § 309 Nr. 13 BGB

aa) Sachstand

Es überrascht, mit welcher Leichtigkeit in der Literatur von der Vereinbarkeit von Ausschlussfristen, die eine gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen binnen bestimmter Fristen verlangen, mit den Regeln über die AGB-Kontrolle nach § 309 Nr. 13 ausgegangen wird. Nach dieser Bestimmung sind in AGB unwirksam: „(Form von Anzeigen und Erklärungen) eine Bestimmung, durch die Anzeigen oder Erklärungen... an eine strengere Form als die Schriftform oder an besondere Zugangserfordernisse gebunden werden“. Es überzeugt kaum, wenn insoweit gesagt wird, bei dem Erfordernis rechtzeitiger gerichtlicher Geltendmachung werde nur eine Frist, aber keine besondere Form vorgeschrieben, und solche Klauseln verstießen auch nicht gegen den Zweck der Norm, eine Überraschung des Arbeitnehmers zu verhindern, da solche Klauseln im Arbeitsrecht nicht objektiv ungewöhnlich seien⁸⁷. Wenn Ansprüche mangels rechtzeitiger Klage erlöschen, so ist diese Klage naturgemäß i.S. der Bestimmung eine Erklärung, die an eine strengere Form als die Schriftform oder an besondere Zugangserfordernisse gebunden ist⁸⁸, und von einem auf

⁸⁵ Daher für Nichtanwendung des § 309 bei mit leitenden Angestellten vereinbarten Vertragsstrafen Niemann, o. Fn. 11, S. 130 f.; im Ergebnis auch Reichenbach, NZA 2003, 309, 311 f., für Dienste und Arbeiten „höherer Art“, die in ZPO § 888 Abs. 3 eine „spezifische arbeitsrechtliche Konstellation“ sieht, die einer Besonderheit i.S. des § 310 Abs. 4, S. 2 gleichzustellen sei, dabei freilich in Schwierigkeiten kommt, weshalb für Dienste nicht höherer Art § 309 gelten soll; für Ausnahme bei hoch besoldeten besonders qualifizierten Arbeitnehmern ohne nähere Begründung auch Reinecke, DB 2002, 583, 586.

⁸⁶ 8.1.2003, NZA 2003, 382.

⁸⁷ Gotthardt, o. Fn. 6, Rz. 259; ErfK/Preis §§ 305-310 Rn. 80; a. A. Däubler, NZA 2001, 1329, 1336.

⁸⁸ So auch Schrader, NZA 2003, 345, 350.

Schutz vor Überraschung beschränkten Zweck der Norm kann keine Rede sein⁸⁹. Ebenso wenig überzeugt der bloße Hinweis, § 309 dürfe wegen der besonderen Bedürfnisse eines Arbeitsverhältnisses nicht angewandt werden⁹⁰.

Ausschlussfristen, insbesondere sog. zweistufige Ausschlussfristen, werden häufig durch Tarifverträge vereinbart, und insoweit sind sie gemäß § 310 Abs. 4 S. 1 der AGB-Kontrolle kraft Gesetzes entzogen. Es geht mithin nur um die Frage der Inhaltskontrolle einbezogener kollektiver Regelungen. Für diese gilt nach § 307 Abs. 3 S. 2, Abs. 1 S. 2 jedenfalls die Transparenzkontrolle. Bei einzelvertraglicher Inbezugnahme eines kompletten an sich passenden Tarifvertrags tritt ebenfalls Kontrollfreiheit ein, während dies insbesondere bei partieller Bezugnahme nicht der Fall ist. Immerhin ließe sich aber auch insoweit eine Art Ausgewogenheitsvermutung ins Feld führen, als es um eine komplette Verweisung auf abgrenzbare Sachbereiche geht⁹¹. Eine Ausschlussfrist ist aber noch kein Regelungskomplex in diesem Sinne⁹². Daher dürften einzelvertraglich einbezogene Tarifnormen der AGB-Kontrolle unterliegen⁹³.

bb) Besonderheiten des Arbeitsrechts

Besonderheiten des Arbeitsrechts könnten im Hinblick auf zweistufige Ausschlussfristen einmal sogar für die Klauselkontrolle sprechen, weil nämlich im Falle der Erhebung der Kündigungsschutzklage nach dem KSchG die Gefahr des Missverständnisses besteht, dass diese Klage für die hinsichtlich der Ansprüche des Arbeitnehmers geforderte Klageerhebung genügt, was aber nicht der Fall ist, so dass ein besonders Risiko des Anspruchsverlustes besteht⁹⁴.

Freilich steht dagegen die – vorbehaltlich § 138 – unstreitige Zulässigkeit von Klauseln über Ausschlussfristen in

⁸⁹ Vgl. Palandt/Heinrichs, 2003⁶², § 309 Rz. 104; MünchKomm/Basedow, 2003⁴, § 309 Nr. 13 Rz. 1: Barrieren für die Rechtsdurchsetzung; Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 1999⁴, § 11 Nr. 16 Rz. 1 f.

⁹⁰ Henssler, RdA 2002, 129, 137; Schrader, NZA 2003, 345, 350; ohne jede Begründung auch Reinecke, DB 2002, 583, 586.

⁹¹ So etwa Gaul, ZFA 2003, 75, 88 f.; wohl auch Wiedemann/Oetker, TVG, 1999⁶, § 3 Rz. 258; ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rn. 22.

⁹² Preis aaO.

⁹³ Soweit Preis, o. Fn. 43, S. 482 f., die frühere BAG-Judikatur kritisiert, dürfte diese durch BAG, 17.11.1998, DB 1999, 1456, überholt sein.

⁹⁴ Hierzu Fromm, ZTR 2003, 70; Groeger, NZA 2000, 793; zum Irrtum eines Rechtsanwalts über tarifvertragliche Ausschlussfristen und diesbezügliche Haftung vgl. BerlVerfGH, 24.1.2003, NZA 2003, 509.

Tarifverträgen. Wenn nun aber Ausschlussklauseln über Branchengrenzen hinweg üblicherweise in Tarifverträgen enthalten sind, handelt es sich dann nicht auch um eine Besonderheit des Arbeitsrechts⁹⁵? Thüsing bezweifelt dies⁹⁶, m. E. zu Recht, weil nicht Tarifverträge, sondern nur das TVG zu den Besonderheiten des Arbeitsrechts gehört, zumindest soweit damit die Nichtanwendung zwingender Vorschriften ohne Wertungsmöglichkeit begründet werden soll. Das Ergebnis, keine AGB-Kontrolle bei Ausschlussklauseln, die kraft normativer Geltung oder kraft vollinhaltlicher Inbezugnahme eines Tarifvertrages eingreifen einerseits, Unwirksamkeit derartiger Ausschlussklauseln nach § 309 Nr. 13 andererseits⁹⁷, ist zugegebenermaßen nicht sehr befriedigend. Immerhin fallen Ausschlussfristen, zu deren Wahrung eine schriftliche Erklärung genügt, nicht unter § 309; diese unterliegen freilich der Inhaltskontrolle, insbesondere nach § 307.

d) Geltungserhaltende Reduktion und § 306 BGB

Unzulässige Klauseln führen zur Unwirksamkeit der AGB, soweit sie unteilbar sind⁹⁸, und an ihre Stelle treten nach § 306 Abs. 2 die gesetzlichen Vorschriften. Insoweit handelt es sich um zwingendes Recht ohne Wertungsmöglichkeit; erst im Hinblick auf eine evtl. Unwirksamkeit des Gesamtvertrages kommen über Abs. 3 der Vorschrift wieder Wertungen ins Spiel. Die Fortführung der bisherigen BAG-Judikatur⁹⁹ steht mithin unter dem Vorbehalt arbeitsrechtlicher Besonderheiten i.e.S.

Gotthardt¹⁰⁰ macht darauf aufmerksam, dass der BGH das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion auch auf arbeitsrechtliche Fallgestaltungen sowie sonstige Dauerschuldverhältnisse wie Miete anwenden will¹⁰¹. Arbeitsrechtliche Besonderheiten dürften aber insoweit anzunehmen sein, als im Arbeitsrecht in beträchtlichem

⁹⁵ So Hromadka, NJW 2002, 2523, 2528.

⁹⁶ NZA 2002, 591, 592.

⁹⁷ Anders, wenngleich ohne Begründung, die h.M.; s. o. Fn. 86, 89.

⁹⁸ Zur Beschränkung der Unwirksamkeit bei Teilbarkeit s. Palandt/Heinrichs, 2003, Rz. 11 f. Vor § 307.

⁹⁹ BAG, 15.2.1990, AP Nr. 15 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie; eingehend zur Problematik Preis, o. Fn. 43, S. 357 ff.

¹⁰⁰ O. Fn. 6, Rz. 289 f.

¹⁰¹ BGH Z 139, 333, 339 (Arbeitsrecht); 108, 1, 10; 136, 314, 322 (Miete).

Umfang Richterrecht entwickelt wurde, und dieses dürfte – soweit dispositiv – zwecks Lückenergänzung dem dispositivem Gesetzesrecht gleichzustellen sein¹⁰² soweit es nicht etwa Regelungen akzeptiert, die nach den §§ 305 ff. künftig gerade nicht mehr zulässig sein sollen. Dass Richterrecht meist über Entscheidungen zur geltungserhaltenden Reduktion unzulässiger Bedingungen entstanden ist, steht seiner Anwendung im Rahmen des § 306 Abs. 2 nicht entgegen. Fehlt einschlägiges dispositives Gesetzes- oder Richterrecht, kommt immer noch eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht¹⁰³. Diese zielt aber nicht – wie die geltungserhaltende Reduktion – auf die gerade noch rechtlich zulässige Regelung, sondern auf die Abwägung der Parteiinteressen nach Treu und Glauben unter Zugrundlegung des hypothetischen Willens der Beteiligten¹⁰⁴. Soweit unter BGB § 305 fallende Vertragsstrafen nicht schon an BGB § 309 Nr. 6 scheitern, führt eine Unangemessenheit nach BGB § 307 zur Unwirksamkeit, während eine Herabsetzung nach BGB § 343 entgegen der bisherigen arbeitsrechtlichen Judikatur ausscheidet¹⁰⁵. Dagegen stehende Besonderheiten des Arbeitsrechts sind nicht erkennbar.

4. Vorschriften mit Wertungsbereich: §§ 307, 308, 305c BGB

Soweit es nicht um eine Zurücknahme inhaltlich präziser zwingender Bestimmungen geht, sondern um Vorschriften, die einen Wertungsspielraum eröffnen, wie insbesondere die §§ 307 und 308, können die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten in einem weiteren Sinne verstanden werden. Das gilt umso mehr, als sich bei (in der Regel zu Gunsten des Arbeitnehmers zwingenden) Rechtsvorschriften die Frage nach einer Kontrolle über die §§ 305 ff. überhaupt nicht mehr stellt. Insoweit werden dann zu Recht in gewissem Umfang

¹⁰² Im Ergebnis ebenso Gotthardt, o. Fn. 6, Rz. 289; Söllner, ZfA 2003, 145, 157 ff., will unter Betonung der Bedeutung für die betriebliche Ordnung geltungserhaltende Reduktion wegen arbeitsrechtlicher Besonderheiten weiterhin zulassen; vgl. auch Boemke/Boemke, GewO, 2003, § 105 Rz. 120.

¹⁰³ Vgl. etwa BGH Z 139, 333, 339.

¹⁰⁴ BGH Z 139, 333, 339 f.; 133, 25, 33; Palandt/Heinrichs, 2003⁶², § 206 Rz. 6 ff.

¹⁰⁵ LAG Hamm, 24.1.2003, NZA 2003, 499, 503; Leder/Morgenroth, NZA 2002, 952, 956 mN zur bisherigen BAG-Respr.; MünchKomm/Basedow, 2003, § 309 Nr. 6 Rz. 8 mN zur BGH-Rspr.; a. A. LAG Düsseldorf, 8.1.2003, NZA 2003, 382, 386; Lingemann, NZA 2002, 181, 191.

empirische Aspekte in den Begriff der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten einbezogen. Man kann dann sagen, es gehe um die Besonderheiten, die einem Arbeitsverhältnis als Rechtsverhältnis innewohnen¹⁰⁶ oder es gehe um Rechtsnormen des Arbeitsrechts sowie tatsächliche Umstände und die sich daraus ergebende Interessenlage einschließlich der Wertungen, die für die Beurteilung im Arbeitsrecht entwickelt worden sind¹⁰⁷. Entscheidend dürfte jedenfalls sein, dass auch tatsächliche Umstände immer nur im Lichte der Wertung des Arbeitsrechts ein Aspekt seiner Besonderheiten i.S. des § 310 Abs. 4 bilden können. – Die Beurteilung, ob überraschende¹⁰⁸ oder mehrdeutige Klauseln i.S. von § 305c vorliegen, orientiert sich ohnehin weitgehend an dem, was der Arbeitnehmer erwarten kann und darf, also am Üblichen.

III. Arbeitnehmer als Verbraucher?

1. Unstreitiger Bereich

Im Wesentlichen unstreitig¹⁰⁹ wird der Arbeitnehmer insoweit als Verbraucher betrachtet, als er etwa Waren bei seinem Arbeitgeber (als Unternehmer) erwirbt. Es handelt sich dann um einen Verbrauchervertrag (vgl. BGB §§ 310 Abs. 3 S. 1, 13, 14). Und Entsprechendes gilt für berufsbezogene Konsumgeschäfte eines Arbeitnehmers¹¹⁰, etwa den Erwerb von Arbeitskleidung in einem Fachgeschäft. Ob der Arbeitnehmer beim Abschluss des Arbeitsvertrags und dessen Änderung bzw. Aufhebung in der Rolle¹¹¹ des Verbrauchers i. S. des BGB § 13 ist, ist freilich höchst umstritten¹¹².

2. Wortlaut

¹⁰⁶ So etwa ErfK/Preis §§ 305-310 BGB, Rn. 14; ähnlich wohl Richardi, NZA 2002, 1057, 1061.

¹⁰⁷ So Joost, FS Ulmer, 2003, S. 1199, 1203.

¹⁰⁸ Vgl. hierzu Söllner, ZfA 2003, 145, 153 f.

¹⁰⁹ Vgl. etwa Henssler, RdA 2002, 129, 134; einschränkend aber Bauer/Kock, DB 2002, 42, 45 f.

¹¹⁰ Vgl. Annuß, NJW 2002, 2844, 2845.

¹¹¹ Abzulehnen ist die von Hümmelich, AnwBl 2002, 671, 672 vorgeschlagene Terminologie, die einen relativen und absoluten Verbraucherbegriff unterscheiden will; denn der Verbraucherbegriff des BGB § 13 ist – wie auch der Unternehmerbegriff des BGB § 14 bei natürlichen Personen – niemals absolut, sondern stets relativ; krit. insoweit auch ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 208.

¹¹² S. o. Fn. 11.

Nach dem Wortlaut des BGB § 13 ist der Arbeitnehmer beim Abschluss bzw. bei Änderungen seines Arbeitsvertrages Verbraucher, wenngleich der legaldefinierte Begriff „Verbraucher“ natürlich nicht passt¹¹³: Der Arbeitnehmer ist eine natürliche Person, der Arbeitsvertrag ein Rechtsgeschäft, und dieses Rechtsgeschäft kann weder der gewerblichen noch der selbstständigen beruflichen Tätigkeit des Arbeitnehmers zugerechnet werden, da der Arbeitsvertrag ja definitionsgemäß auf abhängige Arbeit gerichtet ist. Welche Bedeutung kommt mithin dem Wort „Verbraucher“ bei der Interpretation zu¹¹⁴? Ist doch in einem strengen Sinne etwa der private Erwerber eines Elektroherdes oder der Bezieher von Dienstleistungen auch kein Verbraucher, obwohl der geschlossene Vertrag unstreitig Verbrauchervertrag ist (vgl. §§ 474, 312b BGB). Und welchen Stellenwert haben Entstehungsgeschichte, Interessenlage und Systematik angesichts der mit dem Arbeitsvertrag klar erfüllten Definitionsvoraussetzungen nach dem Wortlaut von BGB § 13¹¹⁵?

3. Wille des Gesetzgebers

Dass die Aufhebung der klaren Trennung zwischen Verbraucherschutz und Arbeitsrecht dem gesetzgeberischen Willen entsprochen haben soll¹¹⁶, ist reine Fiktion. Wie Annuß¹¹⁷ belegt, ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des BGB § 13 wie auch der vorausgegangen Definition des Verbrauchers im früheren AGBG § 24a S. 1.¹¹⁸ kein Anhaltspunkt dafür, dass man die Frage „Arbeitnehmer als Verbraucher“ diskutiert hätte. Dass der Gesetzgeber aber eine so weitreichende Änderung ohne vorausgegangene Diskussion hätte beschließen wollen, erscheint schlechthin ausgeschlossen. Vielmehr hat die Abfolge der Gesetzesänderungen wohl mehr oder weniger ungewollt zu der jetzigen objektiven Gesetzes-

¹¹³ Dies wird letztlich einheitlich so gesehen; vgl. einerseits Hümmerich, AnwBI 2002, 671, 672 und andererseits Annuß, NJW 2002, 2844.

¹¹⁴ Einschlägige Überlegungen etwa bei Henssler, RdA 2002, 129, 133 f.

¹¹⁵ Man erinnere sich daran, wie schwer sich die Praxis mit der missglückten Formulierung des BGB § 284 Abs. 3 a.F. (BGBl 2000 I S. 330) tat, die durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführt wurde, dessen Zwecksetzung eklatant widersprach und bei der man sich zu einer Korrektur ohne den Gesetzgeber nicht in der Lage sah; vgl. etwa Palandt/Heinrichs, 2002, § 284 Rz. 24 m. N.

¹¹⁶ So Hümmerich, AnwBI 2002, 671, 673.

¹¹⁷ NJW 2002, 2844, 2845 f.

¹¹⁸ BGBl 1996 I S. 1013.

lage geführt¹¹⁹: Zu AGBG § 24a S. 1. war die Frage irrelevant, weil AGBG § 23 Abs. 1. noch die Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht enthielt. Mit der Einführung des BGB § 13 durch Gesetz vom 27.6.2000¹²⁰ tauchte dann vereinzelt schon die Frage auf, ob der Arbeitnehmer Verbraucher sein könne¹²¹. Und mit der Aufhebung der Bereichsausnahme durch BGB § 310 Abs. 4 i.d.F. des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes wurde die Problematik der Verschärfung der Inhaltskontrolle über BGB § 310 Abs. 3 für den Arbeitsvertrag aktuell.

Soweit in der Literatur zur Bejahung der Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers mit der Begründung des RegE zum Verbrauchsgüterkauf im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes argumentiert wird¹²², sind erkennbar berufsbezogene Konsumgeschäfte des Arbeitnehmers gemeint, so dass die Ausführungen ins Leere gehen¹²³, und auch der Hinweis auf die Stellungnahme des Rechtsausschusses zum Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes¹²⁴, wo es heißt, dass Arbeitnehmer auch Verbraucher sind, überzeugt kaum¹²⁵: Denn natürlich sind Arbeitnehmer in großem Umfang Verbraucher (von Waren). Und demgemäß könnten sich Gewerkschaften, wie der Rechtsausschuss ausführt, an sich als qualifizierte Einrichtungen in die Liste des Bundesverwaltungsamtes eintragen lassen; die geforderte Rechtsfähigkeit wäre schon angesichts der neueren BGH-Rechtsprechung kein Problem¹²⁶, während der einschlägige Satzungszweck vielleicht Schwierigkeiten bereiten könnte, die aber im Hinblick auf berufsbezogene Konsumgeschäfte des Arbeitnehmers im

¹¹⁹ Vgl. auch Fiebig, DB 2002, 1608, 1609.

¹²⁰ BGBl I S. 897.

¹²¹ Bejahend Bülow/Artz, NJW 2000, 2049, 2050; unter dem Blickwinkel des Widerrufsrechts vgl. dazu Brors, DB 2002, 2046..

¹²² Zu dem Verweis von Hümmerich, AnwBl 2002, 671, 674 auf BT-Drucks. 14/6040, S. 243, ist festzuhalten, dass dem Satz „Das gilt auch für die Rechtsbeziehung des Arbeitnehmers zu seinem Arbeitgeber“, der Hinweis auf den Erwerb einer Sache, die auch der beruflichen Tätigkeit dient und die nicht aus dem Verbraucherbegriff herausgenommen werden sollte, vorausgeht.

¹²³ Vgl. Lingemann, NZA 2002, 181, 184; Niemann, o. Fn 11), S. 114.

¹²⁴ BT-Drucks. 14/7052 S. 180.

¹²⁵ Lingemann, NZA 2002, 181, 184; Niemann aaO. S. 114 f.; anders Annuß, NJW 2002, 2844, 2846; Däubler, NZA 2001, 1329, 1333; Gotthardt, o. Fn. 6, Rz. 171; Hümmerich/Holthausen, NZA 2002, 173, 177; Thüsing, BB 2002, 2666, 2668.

¹²⁶ Vgl. BGH Z 146, 341; im Übrigen werden Gewerkschaften ohnehin weitgehend als rechtsfähig behandelt.

Verhältnis zum Arbeitgeber letztlich nicht entscheidend wären¹²⁷.

4. Zwecksetzung der Regelung

Handelte es sich mithin bei der Definition des heutigen § 13 zunächst, was Arbeitnehmer betrifft, schlicht um eine falsa demonstratio des Gesetzgebers, so dürfte, da im Fortgang des Gesetzgebungsverfahrens ein nicht gemeinter Sinn diskutabel wurde, eine teleologische Reduktion des § 13 des Inhalts angebracht sein, dass Arbeitnehmer als solche keine Verbraucher sind. Dies gilt um so mehr, als die Annahme, der Arbeitnehmer als solcher sei bei Arbeitsvertragsschluss Verbraucher, zu recht unsinnigen Konsequenzen führt, die man dem Gesetzgeber kaum als wenigstens mutmaßlich gewollt unterstellen kann.

a) Zu § 310 Abs. 3 BGB

An sich erscheint es ja durchaus diskutabel, mit einer (sich über § 13 ergebenden) Anwendung des § 310 Abs. 3 auf den Arbeitsvertrag, auch von Dritten eingeführte Vertragsbedingungen als vom Arbeitgeber gestellt anzusehen (Nr. 1), die Inhaltskontrolle auch bei Einmalbedingungen eingreifen zu lassen (Nr. 2) und im Rahmen der Inhaltskontrolle des § 307 auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen (Nr. 3), also alles in allem die AGB-Kontrolle im Wesentlichen zu verschärfen¹²⁸. Behält man freilich im Auge, dass in der für die AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen zentralen Bestimmung des § 310 Abs. 4 die ausdrücklich nur für Verbraucher geltende Vorschrift des § 310 Abs. 3 nicht besonders erwähnt ist, so erscheint ein qua § 13 unterstellter Wille des Gesetzgebers zur Anwendung des § 310 Abs. 3 auf Arbeitsverträge als wenig überzeugendes Argument. Überdies ergäbe sich durch das Aufeinandertürmen von (primär) kontrollverschärfender Regelung in Abs. 3 mit (primär) kontrollleichternder Regelung in Abs. 4 S. 2 eine insgesamt hoch-

¹²⁷ Däubler, Tarifvertragsrecht, 1993³, Rz. 929; Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 1992, § 1 Rz. 37 ff.; ErfK/Schaub, TVG § 1 Rn. 91.

¹²⁸ Vgl. insoweit Lieb, FS Ulmer, 2003, S. 1231, 1236 f.

komplexe und undurchsichtige Gesamtregelung, die wenig Rechtsicherheit erwarten ließe¹²⁹. Und vielleicht wäre die Sinnhaftigkeit einer Anwendung insbesondere von § 310 Abs. 3 Nr. 1 und 3 auf den Arbeitsvertrag auch noch näher zu hinterfragen. Soll im Arbeitsrecht wirklich auch noch der praktisch letzte Bereich von Individualvereinbarungen dem Recht der AGB unterworfen werden¹³⁰?

b) Zu § 312 BGB

Auch die Einräumung eines Widerrufsrechts nach § 312 bei einem Vertrag zur Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses oder bei Abfindungsvereinbarungen, das ebenfalls über § 13 zu folgen sein könnte, ergibt letztlich keinen Sinn, ohne dass es überhaupt auf die strukturelle Verschiedenartigkeit von Aufhebungsvertrag/Abfindungsvertrag und Vertrag zum Erwerb einer Sache oder Bezug einer Dienstleistung ankäme. Demgemäß will man insoweit häufig (trotz Bejahung der Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers) wegen des fehlenden situativen Überraschungsmoments eines gerade nicht an der Haustür geschlossenen Vertrages die Heranziehung des § 312 qua teleologischer Restriktion verneinen¹³¹. Eine Anwendung des § 312 würde im Übrigen die Notwendigkeit mit sich bringen, den Arbeitnehmer nach § 355 über sein Widerrufsrecht zu belehren, ließe Aufhebungs- bzw. Abfindungsverträge für mindestens zwei Wochen in der Schwebe bleiben und würde schließlich mangels korrekter Belehrung dazu führen, dass das Widerrufsrecht nach § 355 Abs. 3 S. 3 überhaupt nicht erlöschen würde¹³². Das Ergebnis ist so sachwidrig, dass man sich über den Begründungsaufwand zu seiner Herleitung nur wundern kann. Immerhin ist die entstandene Unsicherheit beträchtlich; so wird etwa berichtet, dass Aufhebungsverträge inzwischen schon in Autobahnraststätten oder Hotels geschlossen werden, um dem Risiko des § 312 zu entgehen¹³³. Anstatt das Widerrufsrecht als vermeintlichen Lotteriegewinn einzuklagen, sollte man daher, soweit erforderlich, den Arbeitnehmer vor

¹²⁹ Vgl. auch Fiebig, DB 2002, 1608, 1610.

¹³⁰ Anscheinend zustimmend Reinecke, DB 2002, 583, 586 f.; ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rn. 26 ff., der aber natürlich echte Individualabreden für kontrollfrei hält.

¹³¹ So etwa Gotthardt, o. Fn. 6, Rz. 178; Brors, DB 2002, 2046, 2047 f. unter zusätzlichem Hinweis auf die Informationsproblematik; distanziert auch Reinecke, DB 2002, 583, 587.

¹³² Vgl. Rieble/Klumpp, ZIP 2002, 2153, 2156.

¹³³ Gaul/Otto, DB 2002, 2049, 2050.

Risiken bei Aufhebungs- und Abfindungsverträgen eher durch die Herausarbeitung entsprechender vertraglicher Nebenpflichten des Arbeitgebers schützen¹³⁴.

c) Zu § 288 Abs. 2 BGB

Soweit schließlich auf § 288 Abs. 2 verwiesen wird, wonach bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, die Verzugszinsen für Entgeltforderungen acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz liegen und daraus gefolgert wird, mangels Verbraucherstellung des Arbeitnehmers müsste sachwidrig dieser hohe Verzugszins für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis zugrunde gelegt werden¹³⁵, ist dies noch nicht einmal schlüssig. Die Vorschrift soll nämlich nach dem Willen des Gesetzgebers nur für den Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen gelten¹³⁶. Forderungen aus einem Arbeitsverhältnis sind mithin auch im Verzugsfall nach dem niedrigeren Satz des § 288 Abs. 1 zu verzinsen, ohne dass es einer Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers bedarf.

d) Zwischenergebnis

§ 13 kann nicht im Sinne der Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers bei Abschluss des Arbeitsvertrages interpretiert werden, wenngleich der Wortlaut der Norm dies zuließe. Insoweit führt der Wortlaut zu einer Aussage, die der Gesetzgeber nicht gewollt hat und die daher teleologisch zu reduzieren ist. Auch die Anwendung der §§ 310 Abs. 3, 312 auf den Arbeitsvertrag bzw. Aufhebungs- oder Abfindungsverträge ist nicht gerechtfertigt. Für den niedrigen Zinssatz des § 288 Abs. 1 bei Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis bedarf es der Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers ebenfalls nicht. Dass die praktischen Konsequenzen der Bejahung der Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers auch von vielen derjenigen, die sie bejahen, nicht für richtig gehalten werden, bzw. dass die Verbrauchereigenschaft für als richtig gewollte Ergebnisse gar nicht benötigt wird, ruft das Bild vom Tontaubenschießen in Erinnerung.

¹³⁴ Vgl. auch Soergel/Kraft, 1997¹², Rz. 10 ff. Vor § 620.

¹³⁵ Reinecke, DB 2002, 583, 587.

¹³⁶ Bauer/Kock, DB 2002, 42, 46; Fiebig, DB 2002, 1608, 1610; im Ergebnis auch Palandt/Heinrichs, 2003, § 288 Rz. 9; MünchKomm/Ernst, 2003, § 288 Rz. 21; zweifelnd Reinecke, DB 2002, 583, 587.

IV. Zur Einordnung der Gesamtproblematik

Mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurden im Grenzgebiet von Arbeitsrecht und bürgerlichem Recht Regelungen eingeführt, die nach ihrem Wortlaut nicht hinreichend klar sind und für die auch ihre Entstehungsgeschichte nur beschränkt zur Erhellung der normativen Bedeutung nutzbar gemacht werden kann. Obwohl nach Meinung des Verfassers die traditionellen Auslegungsmethoden durchaus in der Lage sind, den normativen Gehalt der Neuregelung zu entfalten, weisen insbesondere die Kontroverse über die Vertragsstrafe und über die angebliche Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers auf tiefer liegende Wurzeln der Meinungsverschiedenheiten hin, die letztlich den Zweck des Arbeitsvertragsrechts insgesamt betreffen.

1. Objektiv-teleologische Kriterien und Ordnungsrahmen

Deshalb ist es keine Lösung, einfach nur an die dem BAG übertragene Legitimation zur Rechtsfortbildung zu hoffen und abzuwarten, inwieweit die Judikatur von den bisherigen Grundsätzen künftig abweichen will. Vielmehr legt das Kriterium der Besonderheiten des Arbeitsrechts es geradezu zwingend nahe, sich allgemein, also losgelöst von der Frage der AGB-Kontrolle, Rechenschaft darüber abzulegen, welches die Besonderheiten des Arbeitsrechts gegenüber dem bürgerlichen Recht sind und ob sich hier Veränderungen ergeben haben. Insoweit geht es nicht mehr nur um die Gesetzessystematik bzw. die Erforschung des Willens des historischen Gesetzgebers – wer immer das sei. Vielmehr handelt es sich um objektiv-teleologische Auslegungskriterien, deren Berücksichtigung für die Rechtsfortbildung neben Gesetzeswortlaut, Systematik und Materialien unerlässlich ist, weil sie die vom Gesetzgeber mutmaßlich gewollte Sachlogik repräsentieren¹³⁷. Frühere Besonderheiten des Arbeitsrechts, die sich eventuell überlebt haben, sollten gewiss heute auch nicht mehr ein Abweichen von den allgemeinen Vorschriften der AGB-Kontrolle beim Arbeitsvertrag legitimieren.

¹³⁷ Vgl. etwa Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991⁶, II Kap. 4, 2. d; F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, S. 453 ff.

Zur Frage, ob der Arbeitnehmer als solcher zugleich Verbraucher nach BGB § 13 sein soll, was an sich nach dem Wortlaut der Norm der Fall ist, lässt sich vielleicht ebenfalls aus der Sachlogik etwas beitragen, die sich durch die Besonderheiten des Arbeitsrechts aus heutiger Sicht gegenüber dem bürgerlichen Recht konstituiert. Die Funktion des Verbraucherbegriffs im bürgerlichen Recht könnte überdies nähere Auskunft darüber geben, welches der innere Grund für die diesbezügliche Sonderregelung ist, inwieweit sich beim Arbeitnehmerbegriff entsprechende Zwecksetzungen zeigen und inwieweit hier Kompatibilität oder Unvereinbarkeit besteht¹³⁸.

Vor dem Hintergrund sich häufender Reparaturgesetze lässt sich naturgemäß nicht ausschließen, dass der Gesetzgeber selbst sich zur Präzisierung seiner angesprochenen Normen aufgerufen fühlt¹³⁹. Doch gilt für ihn die Relevanz der Sachlogik nicht minder.

2. Konvergenzentwicklung von Arbeitsrecht und bürgerlichem Recht

a) Eigenständigkeit des Arbeitsrechts

Die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts als vom bürgerlichen Recht zu unterscheidendes privatrechtliches Sonderrechtsgebiet hat Gamillscheg¹⁴⁰ vor gut einem Vierteljahrhundert auf den Punkt gebracht: es gelten wichtige Maxime des öffentlichen Rechts, wie etwa Gleichbehandlung, Diskriminierungsverbot und Beschränkung der Gestaltungsfreiheit; beim Arbeitsvertrag werde der Allgemeine Teil des BGB und das Allgemeine Schuldrecht häufig contra legem verbogen; die Haftung des Arbeitnehmers, die Sphärentheorie und die Gratifikationsrechtsprechung zeigten Sonderentwicklungen, und das Willensprinzip sei aufgeben; Ausgangspunkt des Arbeitsrechts sei, dass der Vertrag ungleichgewichtig sei, was zu staatlichen und kollektiven Mindestnormen und gerichtlicher Korrektur

¹³⁸ Kritisch zur evtl. „Verdoppelung des Verbraucherschutzes“ im Arbeitsvertragsrecht Hümmerich, AnwBl 2002, 671, 675.

¹³⁹ Vgl. den Wunsch nach Klarstellung zur Anwendung des BGB § 312 von Hümmerich/Holthausen, NZA 2002, 173, 178; drastisch Busch, BB 2003, 470, 475: für Wiedereinführung der Bereichsausnahme.

¹⁴⁰ AcP 176 (1976), S. 197, 198 ff.

führe; richterliche Billigkeitskontrolle sei auch künftig unerlässlich; überdies sei der Begriffsapparat des Zivilrechts für die Bewältigung arbeitsrechtlicher Probleme unzulänglich.

Letztlich steht hinter der These von der Eigenständigkeit des Arbeitsrechts die Vorstellung, dass das Arbeitsrecht die Funktion habe, die formal verstandene Vertragsfreiheit des bürgerlichen Rechts mit den beim Arbeitsverhältnis bestehenden besonderen sozialen Rahmenbedingungen zu einem tragbaren Ausgleich zu bringen und dass daher das Instrumentarium des bürgerlichen Rechts für die im Arbeitsrecht erforderlichen vielfältigen Sonderregelungen nicht ausreichend sei. Zöllner hat dem schon früh, insbesondere hinsichtlich der Ungleichgewichtsthese, heftig widersprochen¹⁴¹.

Betrachten wir das Arbeitsrecht, wie es sich heute darstellt, etwas näher:

aa) Schutzbedürftigkeit

Die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers gilt als arbeitsrechtlicher Grundsachverhalt¹⁴². Er führt zu einer ausdifferenzierten Rechtsmaterie, die teils dem öffentlichen Recht und teils dem Privatrecht angehört. Das schließt aber nicht aus, dass das Individualarbeitsrecht und insbesondere das Arbeitsvertragsrecht als Privatrecht und als Teil des bürgerlichen Rechts zu qualifizieren sind. Hierfür spielt nicht nur die gesetzliche Regelung als solche eine Rolle, sondern zugleich ihr Verständnis aus dem Blickwinkel der Dogmatik. Wie sich spätestens mit der Ablösung der Eingliederungsdurch die Vertragstheorie geklärt hat, ist nämlich der Arbeitnehmerbegriff eben nicht nach ständischen Kriterien bestimmt; sondern er konstituiert sich aus dem privatautonom erfolgenden Abschluss eines Arbeitsvertrags, der auf die Leistung abhängiger Arbeit gegen Entgelt gerichtet ist¹⁴³; einen solchen Vertrag schließt auch derjenige, der – gewiss eher seltene

¹⁴¹ AcP 176 (1976), S. 221, 230 ff.

¹⁴² So ausdrücklich Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 1998⁵, S. 2 ff.; vgl. auch Löwisch, Arbeitsrecht, 1996, S. 8 ff. Preis, Arbeitsrecht, 1999, S. 1; zur Begrenzung durch den Gedanken kollektiver Regelung Soergel/Kraft 1997, Rz. 118 Vor § 611.

¹⁴³ Zöllner/Loritz, aaO. S. 51; Söllner, FS Zöllner, 1998, S. 949, 956; Richardi, FS Söllner, 2000, S. 957, 963, 966 f.

Ausnahme – sich als Multimillionär ohne materielle Notwendigkeit als angestellter Manager verdingt. Aber natürlich erklärt sich auch ein beträchtlicher Teil der Regelungen des Arbeitsrechts aus dem typischen sozialen Tatbestand des besonderen Angewiesenseins auf das Arbeitsverhältnis¹⁴⁴. Gleichwohl ordnet sich der Arbeitsvertrag durchaus in den Rahmen sonstiger bürgerlich-rechtlicher Verträge ein. Die Kommentierung des Arbeitsvertrags im Rahmen des Dienstvertrags trägt dem Rechnung¹⁴⁵. Dass der Arbeitsvertrag durch vielfältige, auch öffentlich-rechtliche Bestimmungen abgesichert wird, ist letztlich keine arbeitsrechtliche Besonderheit, sondern findet etwa beim Kaufvertrag vielfältige Parallelen, die freilich nicht als „Kaufrecht“ (evtl. i.w.S.), sondern als Gewerberecht, Kartellrecht o.ä. bezeichnet zu werden pflegen.

bb) BetrVG, TVG als Besonderheit

Soweit sich die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers im Angewiesensein auf das Arbeitsentgelt zeigt und im Bestandsinteresse am Arbeitsplatz als Stätte sozialer Teilhabe, übernehmen bei Geltung des sog. Günstigkeitsprinzips zum Teil die Institutionen des kollektiven Arbeitsrechts den diesbezüglichen Schutz – mit durchaus nicht unproblematischen Auswirkungen für diejenigen, die einen Arbeitsplatz nicht besitzen, sondern suchen. Soweit es um die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers im Rahmen des betrieblichen Miteinander der Arbeitskollegen geht, gilt Entsprechendes¹⁴⁶. Und die diesbezüglichen Regelungsmaterien gehören in der Tat nicht zum allgemeinen bürgerlichen Recht, sondern sind eine Besonderheit des Arbeitsrechts.

cc) Individualvertraglicher Spielraum

Für den verbleibenden Spielraum individualvertraglicher Gestaltung gilt Privatautonomie, freilich eingeeignet durch vielfältige Beschränkungen der Vertragsfreiheit zum Schutz des Arbeitnehmers: das Kündigungsschutz- und Arbeitsschutzrecht (Gesundheit, Arbeitszeit, Sonderschutz). Inwieweit die diesbezüglichen zwingenden gesetzlichen Vorschriften die Balance zwischen legitimem Schutz, Bevormundung der Arbeitnehmer

¹⁴⁴ Richardi, FS Söllner, 2000, S. 957, 972.

¹⁴⁵ Vgl. Soergel/Kraft, 1997¹², § 611.

¹⁴⁶ Vgl. insoweit Kraft, GK-BetrVG, 2002⁷, § 1 Anm. 4 ff.; Kreutz, Grenzen der Betriebsautonomie, 1979.

und Benachteiligung der Chancen Außenstehender treffen, ist Gegenstand rechtspolitischer und eventuell auch verfassungsrechtlicher Diskussion, aber für die Qualifizierung als Besonderheiten des Arbeitsrechts nicht relevant. Soweit zwingendes Recht eingreift, gibt es freilich ohnehin keine Inhaltskontrolle; vielmehr sind entgegenstehende vertragliche Abreden per se unwirksam.

dd) Arbeitrecht im BGB

Die Transformation europäischer Richtlinien in deutsches Recht wie auch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz von 2001 haben in jüngerer Zeit dazu geführt, dass im Rahmen der Bestimmungen über den Dienstvertrag zunehmend arbeitsrechtliche Vorschriften ins BGB Eingang fanden. Das gilt etwa für persönliche Leistungshindernisse (BGB § 275 Abs. 3), geschlechtsbezogene Benachteiligungen und Diskriminierungen, Rechte und Pflichten beim Betriebsübergang, das Betriebsrisiko (BGB § 615 S. 3), die Beweislastverteilung bei der Haftung des Arbeitnehmers (BGB § 619a), Kündigungsfristen oder die Schriftform von Kündigungen und natürlich die Kontrolle allgemeiner Arbeitsbedingungen nach den BGB §§ 305 ff. Zwar bestehen insbes. im kollektiven Arbeitsrecht, aber auch im Rahmen des Individualarbeitsrechts, nach wie vor vielfältige Einzelgesetze. Das Arbeitsvertragsrecht ist jedenfalls in nicht unbeträchtlichem Umfang ins BGB zurückgeholt worden.

Nach Richardi bestätigt das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, dass das Arbeitsrecht nicht Sonderprivatrecht, sondern Teil der allgemeinen Zivilrechtsordnung ist¹⁴⁷. Und betrachtet man die o. a. Kritikpunkte von Gamillscheg, so zeigt sich, dass ein beträchtlicher Teil der als Sonderregelung angesehenen Fragen inzwischen ihren Frieden mit dem BGB gemacht hat¹⁴⁸. Gleichwohl ist ein großer Teil arbeitsvertraglicher Rechtsvorschriften nach wie vor außerhalb des BGB angesiedelt; die §§ 105 ff. GewO, das LFZG und das KSchG mögen hier nur Beispiele für vielfältige Regelungen sein.

ee) Inhaltskontrolle im BGB

¹⁴⁷ NZA 2002, 1004, 1005; Preis, Grundfragen, o. Fn. 43, S. 18 f; wohl auch Däubler, NZA 2001, 1329, 1330.

¹⁴⁸ S.o. bei Fn. 138.

Die Inhaltskontrolle arbeitsvertraglicher Regelungen findet nur in dem Rahmen statt, den das skizzierte Netz arbeitsvertraglicher Schutzregelungen für privatautonome Vereinbarungen gelassen hat. Und sie hat bei individuell ausgehandelten Vertragsinhalten grundsätzlich außer Betracht zu bleiben, worauf vor allem Preis¹⁴⁹ mit Nachdruck hingewiesen hat. Geht man davon aus, dass die bisherige Regelung insoweit die Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer angemessen ausbalanciert hat, so besteht für diesen privatautonomen Raum Vertragsparität, also eine hinreichende reale Freiheit für den Abschluss des Vertrages¹⁵⁰. Darin liegt aber wiederum keine Besonderheit des Arbeitsrechts; Inhaltskontrolle findet immer nur dort statt, wo an sich keine zwingenden Vorschriften eingreifen.

Freilich gehörte zum bisherigen Netz arbeitsvertraglicher Schutzregelungen auch die vom BAG praktizierte Inhaltskontrolle, die der Gesetzgeber künftig grundsätzlich auf die BGB §§ 305 ff. gestützt wissen will. Insoweit führt die Frage, ob durch diese Umstellung Besonderheiten des Arbeitsrechts betroffen sind, zu einem Zirkel bzw. zu dem Postulat, die bisherige Praxis nicht außer Betracht zu lassen. Man muss aber heute den Schluss ziehen, dass das Vorhandensein eines Netzes arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften der Inhaltskontrolle nach Auffassung des Gesetzgebers grundsätzlich nicht entgegensteht¹⁵¹.

b) Zur Entwicklung des bürgerlichen Rechts

¹⁴⁹ Vgl. o. Fn. 43, S. 54 ff., 582 f. und passim.

¹⁵⁰ Die diesbezüglichen komplexen Fragen sollen hier nicht weiter vertieft werden. Gesagt sein soll damit nur, dass der Arbeitnehmer hinreichend in dem von der Rechtsordnung für vertretbar gehaltenen Rahmen geschützt wird, wenn er von seiner Vertragsfreiheit Gebrauch macht; hierzu Hönn, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, 1982, S. 298 f. und passim; kritisch zum Paritätsbegriff hinsichtlich partiell unangemessener Belastung des Arbeitgebers mit vertragsinadäquaten gesetzlichen Regelungen Canaris, in: *Bayrische Akademie der Wissenschaften*, Jahrgang 1997, Heft 7, S. 98 ff. im Hinblick auf Regelungen des MuSchG und des LFZG, weil insoweit das private Vertragsrecht unangemessenes Mittel zur Verwirklichung distributiver Zwecke sei; ähnlich Zöllner, *FS Söllner*, 2000, S. 1297, 1303 ff.; der Verfasser hatte die diesbezügliche Problematik allgemein als mögliches Folgeproblem der Kompensation angedeutet, aber keiner eigenständigen Kritik unterzogen; vgl. Hönn, aaO. S. 178, 279.

¹⁵¹ Leder/Morgenroth, *NZA* 2002, 952, 953, weisen darauf hin, dass dies der Gesetzgeber des AGBG von 1976 noch anders sah und insbesondere den arbeitsrechtlichen Sondergesetzen entscheidende Bedeutung zubilligte; vgl. *BT-Drucks.* 7/3919, S. 41.

Henssler¹⁵² empfindet es als „bittere Ironie“, dass das Arbeitsrecht heimgekehrt sei in ein allgemeines Zivilrecht des BGB, das einen Paradigmenwechsel zu einem Verbraucherschutzgesetzbuch vollzogen habe. Versuchen wir auf den Kern der gewiss polemisch überspitzten Bewertung zu rekurrieren:

aa) Mietrechtsreformgesetz und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Bereits mit dem Mietrechtsreformgesetz vom 19.6.2001¹⁵³ hatte der Gesetzgeber begonnen, privatrechtliche Sondergesetze ins BGB zu integrieren; insoweit ging es insbesondere um das Miethöhegesetz vom 18.12.1974¹⁵⁴, das Folgeprobleme des Wohnraumkündigungsschutzes bewältigen wollte (nunmehr insbes. BGB §§ 556 ff.). Vorausgegangen war die Legaldefinition von Verbraucher und Unternehmer in den BGB §§ 13 und 14 durch Gesetz vom 27.6.2000¹⁵⁵. Der Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes verfolgte das Ziel, die Kodifikation zu konsolidieren mit Nachdruck weiter; insoweit heißt es in der amtlichen Begründung¹⁵⁶, es sei auch im Schuldrecht an der Zeit, die das BGB immer mehr überwuchernden schuldrechtlichen Sondergesetze zu sichten und ihren dauerhaften Bestand in das BGB zu integrieren. Man nutze dadurch die integrative Kraft des BGB, um die Einheit des Schuldrechts zu gewährleisten und zu stärken. Sie drohe verloren zu gehen, weil sich die einzelnen Sondermaterien immer mehr verselbständigten und weil das Schuldvertragsrecht des BGB für die Massengeschäfte des täglichen Lebens immer mehr durch Sondergesetze verdrängt würde. Medicus habe insoweit von einer Erosion des BGB gesprochen.

Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurden dann nicht nur die materiellrechtlichen Vorschriften des AGBG,

¹⁵² RdA 2002, 129, 139; positiv zur allgemeinen AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht Söllner, ZfA 2003, 145, 161.

¹⁵³ BGBl I S. 1149.

¹⁵⁴ BGBl I S. 3603.

¹⁵⁵ BGBl I S. 897; Entsprechendes gilt für die zwischenzeitlich wieder umgestellte Regelung der BGB §§ 361a und b a.F. für das Widerrufs- und Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen durch das o. a. Gesetz.

¹⁵⁶ BT-Drucks. 14/6040, S. 79.

sondern zugleich auch das Haustürwiderrufsgesetz, das Fernabsatzgesetz, das Teilzeitwohnrechtegesetz und das Verbraucherkreditgesetz ins BGB übernommen. In der amtlichen Begründung¹⁵⁷ heißt es insoweit unter Hinweis auf das durch die fortschreitende Europäisierung durch EG-Richtlinien quasi außerhalb des BGB entstandene Sonderrecht für Verbraucher, dieses sei kein Sonderprivatrecht. Vielmehr sei der Verbrauchervertrag, also der Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher, eine typische Erscheinungsform des schuldrechtlichen Vertrages. Und der Verbraucherschutz sei ein schuldrechtsimmanenter Schutzgedanke, der bereit seit längerem Eingang in das BGB gefunden habe.

bb) Verbraucherschutz als allgemeines Rechtsprinzip?

In der amtlichen Begründung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes heißt es weiter¹⁵⁸: Das BGB „enthält etwa in §§ 138, 123, 242 BGB ein breites Anwendungsfeld für Verbraucherschutz. Die von der Rechtsprechung zur Haftung aus culpa in contrahendo entwickelten Informationspflichten gehen ebenfalls auf den Gedanken des Verbraucherschutzes zurück.“

Man wird an die Bürgschaftsrechtsprechung des BGH erinnert¹⁵⁹, sowie an den höchst umstrittenen¹⁶⁰ diesbezüglichen Beschluss des BVerfG vom 19.10.1993¹⁶¹, in dem es das BVerfG als Pflicht der Zivilgerichte bezeichnete, insbesondere bei der Konkretisierung und Anwendung von Generalklauseln wie § 138 BGB oder § 242 BGB die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2 Abs. 1 GG zu beachten, woraus sich ihre Pflicht zur Inhaltskontrolle bei Verträgen ergebe, die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind. Vom Verbraucherschutz ist insoweit aber

¹⁵⁷ BT-Drucks. 14/6040, S. 91.

¹⁵⁸ AaO. S. 91 f.

¹⁵⁹ Vgl. BGH Z 125, 206.

¹⁶⁰ Vgl. etwa Zöllner, AcP 196 (1996), S. 1 ff.

¹⁶¹ NJW 1994, 36 = BVerfG E 89, 214.

weder beim BVerfG noch beim BGH die Rede; immerhin könnte man entsprechend der Legaldefinition des Verbrauchervertrages durch die BGB §§ 310 Abs. 3, 13, 14 die betreffenden Bürgschaftsverträge als Verbraucherverträge bezeichnen.

Speziell die Inhaltskontrolle findet aber auch zu Gunsten von Unternehmern statt (vgl. BGB § 310 Abs. 1), und Entsprechendes gilt für die Anwendung der BGB §§ 138, 123, 242 sowie für von der Judikatur entwickelte Informationspflichten, heute auf der Grundlage von BGB § 311 Abs. 2, 3, und insoweit kann man wirklich nicht von Verbraucherschutz sprechen¹⁶².

All dies deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber mit „Verbraucherschutz“ i. S. eines eventuellen allgemeinen Rechtsgedankens des heutigen bürgerlichen Rechts mehr meint als nur die beim Vorliegen von „Verbraucherverträgen“ eingreifenden besonderen Vorschriften. Vielmehr geht es wohl darum, dass unser geltendes bürgerliches Recht in vielfältiger Weise der realen Vertragsschlusssituation der Vertragspartner und den eventuellen diesbezüglichen Gefährdungspotentialen Rechnung zu tragen versucht und dass dies bei den speziellen Verbraucherverträgen in besonders weitreichender Form und typisiert erfolgt. Und zwar gilt dies unbeschadet der Frage, inwieweit sich eine diesbezügliche verfassungsrechtliche Verpflichtung der Zivilgerichtsbarkeit ergibt. Man kann insoweit von einer Materialisierung des Vertragsrechts sprechen¹⁶³. Diese erlaubt einerseits keineswegs jede beliebige Einschränkung der Vertragsfreiheit¹⁶⁴, schließt andererseits aber auch

¹⁶² Vgl. nur Palandt/Heinrichs, 2003⁶², § 311 Rz. 11 ff.; Informationspflichten bestehen aber selbstverständlich auch auf Grund besonderer Vorschriften, speziell gegenüber Verbrauchern nach BGB §§ 312c, 355 oder gegenüber beliebigen Dritten nach BGB §§ 312e, 651a Abs. 3, 675a.

¹⁶³ Canaris, AcP 200 (2000), S. 273, 320 ff.; Geiß, FS zum 50.-jährigen Bestehen des BGH, 2000, spricht in seinem Geleitwort von der Aufgabe der Judikatur, Spannungen zwischen Norm und Rechtswirklichkeit unter Wahrung der Rechts einheit zu bewältigen; vgl. ferner Hönn, FS Ishikawa, 2001, S. 199, 207 f. mwNachw.

¹⁶⁴ So werden die bis Jahresende 2003 umzusetzenden Anti-Diskriminierungsrichtlinien Nr. 43 vom 29.6.2000 und Nr. 78 vom 27.11.2000 für das Arbeitsrecht wohl Regelungen an der Grenze des in Deutschland verfassungsrechtlich Zulässigen schaffen; die Ausweitung einer derartigen Regelung auf das gesamte bürgerliche Recht wäre aber wohl mit dem verfassungsrechtlich abgesicherten Grundsatz der Privatautonomie nicht mehr vereinbar; vgl. insoweit

eine echte Gegensätzlichkeit von bürgerlichem Recht und Verbraucherrecht aus.

c) Wechselseitige Annäherung von Arbeitsvertragsrecht und bürgerlichem Recht

Die Sonderentwicklung des Arbeitsrechts spielte sich vor dem Hintergrund einer weitgehend formal verstandenen Vertragsfreiheit des BGB ab. Vergleichbare Sonderprobleme des allgemeinen Zivilrechts regelte man zunächst weitgehend in Sondergesetzen; man konnte dadurch an dem primär formal verstandenen Begriff der Vertragsfreiheit des BGB zumindest vordergründig¹⁶⁵ festhalten. Mit dem Übergang des bürgerlichen Rechts zu einem auch¹⁶⁶ materiell verstandenen Vertragsbegriff erfolgte eine Integration der Sondergesetze ins BGB und eine Öffnung der Generalklauseln für Strukturprobleme des Vertragsschlusses. Das bürgerliche Recht hat sich dadurch den Anforderungen des Arbeitsrechts erheblich geöffnet. Nachdem überdies eine nicht unbeträchtliche Zahl arbeitsrechtlicher Vorschriften Eingang ins BGB gefunden hat, hat sich der Graben zwischen bürgerlichem Recht und Arbeitsrecht erheblich verringert. Das wissenschaftliche Schrifttum arbeitet daran, entbehrliche Differenzierungen aufzudecken¹⁶⁷. Was an Unterschieden insbesondere bleibt, sind Besonderheiten des kollektiven Arbeitsrechts, eine besonders intensive Beeinflussung durch europarechtliche Regeln¹⁶⁸ und

etwa Adomeit, NJW 2002, 1622; vgl. ferner die Kritik von Canaris und Zöllner an Regelungen des MuSchG und des LFZG, o. Fn. 148 und allgemein Kraft, ZFA 1995, 419.

¹⁶⁵ Hierzu Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982.

¹⁶⁶ Um Missverständnissen vorzubeugen: formal verstandene Vertragsfreiheit ist ein hohes Gut und lässt erkennen, welche Freiheit die Vertragspartner zum Vertragsschluss haben; wenn von materieller Vertragsfreiheit die Rede ist, so ist damit gemeint, dass die Rechtsordnung den Raum für Vertragsfreiheit tendenziell so bestimmt, dass die Vertragspartner auch real die Chance haben, zu angemessenen Vertragsschlüssen zu kommen; s. Hönn, aaO., S. 298 f.; vgl. auch Zöllner, AcP 196 (1996), S. 1, 36, der trotz seiner Kritik am Gedankenmodell zu kompensierender Ungleichgewichtslagen ebenfalls sagt, das Zivilrecht bemühe sich seit alters her um ein abgestuftes System, auf Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit mit sinnvollen und angemessenen Rechtsfolgen zu reagieren.

¹⁶⁷ Vgl. insoweit Eрман/Ehmann, 2000, Rz. 72 ff. Vor § 662, der das Arbeitsverhältnis als Geschäftsbesorgungsverhältnis interpretieren will, einerseits, und Bernd Sandmann, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, 2001, andererseits.

¹⁶⁸ Vgl. Konzen, EuZW 1995, 39 ff.; Krimphove, Europäisches Arbeitsrecht, 2001²; Junker, NZA 1999, 2 ff.; ob es sich angesichts des massiven Einflusses

natürlich die verfassungsrechtlich vorgegebene besondere Arbeitsgerichtsbarkeit (GG Art. 95 Abs. 1). Man sollte diese Konvergenzentwicklung i.S. erhöhter Rechtsklarheit begrüßen, wengleich sie natürlich nicht automatisch einhergeht mit mehr Privatautonomie im Arbeitsrecht¹⁶⁹.

3. Folgerungen für Inhaltskontrolle und Verbraucherbegriff beim Arbeitsvertrag

a) Vereinheitlichung der AGB-Kontrolle als Grundsatz

Stehen bürgerliches Recht und Arbeitsvertragsrecht einander nicht dichotomisch gegenüber, so folgt daraus das Postulat, die Inhaltskontrolle einheitlich an den allgemeinen bürgerlichrechtlichen Vorschriften der AGB-Kontrolle auszurichten, wie dies wiederum besonders von Preis¹⁷⁰ betont wurde. Und dem entspricht die Neuregelung des § 310 Abs. 4. Der Grundsatz muss ernst genommen werden, und eine Ausnahme darf nur dort zugelassen werden, wo es wirklich um Besonderheiten des Arbeitsrechts geht. Dabei ist im Auge zu behalten, dass das bürgerliche Recht selbst sehr unterschiedliche Vertragstypen mit vielfältigen Interessenkonstellationen kennt, ohne dass dies den Gesetzgeber davon abgehalten hätte, die Geltungsanordnung für die §§ 305 ff. grundsätzlich einheitlich zu treffen, soweit es nicht um vertragstypische Wertungen geht. Besonderheiten i. S. von § 310 Abs. 4 S. 2 müssen sozusagen gewichtiger sein, als die Besonderheiten der verschiedenen bürgerlichrechtlichen Vertragstypen untereinander. Unter diesem Blickwinkel lägen Besonderheiten einmal im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts, und insoweit hat das Gesetz dies in Abs. 4 S. 1 und 3 i. S. einer Ausnahme von der Inhaltskontrolle für Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen speziell geregelt.

auch auf andere privatrechtliche Rechtsgebiete um eine Besonderheit des Arbeitsrechts handelt, sei dahingestellt.

¹⁶⁹ Zu diesem zentralen Anliegen von Alfons Kraft vgl. die Mainzer Abschiedsvorlesung über das Arbeitsrechts in einer sozialen Marktwirtschaft, ZFA 1995, 419.

¹⁷⁰ AaO. S. 583 und passim.

Wenn dem gegenüber in der Literatur die Bezugnahme auf die „Besonderheiten des Arbeitsrechts“ unter den generellen Vorbehalt der Ermöglichung eines angemessenen Ausgleichs zwischen den Arbeitsvertragsparteien und des Überwiegens schutzwürdiger Interessen des Arbeitnehmers gestellt wird¹⁷¹, so widerspricht dies der Grundentscheidung des Gesetzgebers, die bislang allein auf generalklauselartiger Grundlage praktizierte Inhaltskontrolle des Arbeitsrechts auf das allgemeine bürgerlich-rechtliche Konzept der Inhaltskontrolle umzustellen, das zweiseitig ist und aus Generalklausel und Spezialbestimmung besteht. Diese Zweiseitigkeit gilt im bürgerlichen Recht generell für eine Vielfalt von Vertragstypen, ohne dass den Besonderheiten der diesbezüglichen Vertragsverhältnisse ein Vorrang eingeräumt würde¹⁷²; und demgemäß sollte der im Gesetz vorgesehene Vorrang für die Besonderheiten des Arbeitsrechts, zumindest soweit keine Wertungsspielräume eröffnet sind, auch auf die Aspekte beschränkt bleiben, die sich als Besonderheiten des Arbeitsrechts gegenüber den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts darstellen.

Doch bleibt das Richterrecht des BAG als Besonderheit des Arbeitsrechts eine Unbekannte; es kann für AGB aber wohl nur i. S. einer Übergangsvorschrift Geltung beanspruchen - unbeschadet dessen, dass natürlich auch die bisherige Judikatur des BGH zur AGB-Kontrolle auf dem Prüfstand stehen kann. Gegen die Grundentscheidung des Gesetzgebers für die Einordnung der Inhaltskontrolle beim Arbeitsvertrag in die BGB §§ 305 ff. sollte sich auch die Judikatur – soweit Divergenzen bestehen – nicht auf Dauer behaupten wollen. Die Bezugnahme auf die „Besonderheiten“ gewährleistet freilich dem

¹⁷¹ So etwa Henssler, in: Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, 615, 636 f.; ähnlich alle diejenigen, die allgemein auf die Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses abstellen wollen; dazu o. Fn. 25, 30, 39.

¹⁷² Soweit bei der Verwendung von AGB gegenüber einem Unternehmer bei der nach BGB § 310 Abs. 1 dann ohnehin eingeschränkten AGB-Kontrolle auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen ist, liegt nach Wortlaut und Zweck ein anderes Regelungsmuster vor; vgl. insoweit MünchKomm/Basedow, 2003, § 310 Rz. 9 ff.

BAG im Hinblick auf den gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes beträchtliche Autonomie¹⁷³.

b) Arbeitsvertrag und Verbrauchervertrag

Arbeitsvertrag und Verbrauchervertrag (BGB §§ 310 Abs. 3, 13, 14,) haben sich je eigenständig als typenähnliche Vertragsformen entwickelt, die dem Aspekt des materiellen Vertragsprinzips Rechnung tragen. Beide Verträge bringen je ein bestimmtes Regelungsprogramm zur Anwendung – das Arbeitsrecht und das Verbraucherrecht –, durch das über spezielle Vorschriften in typisierter Weise dem besonderen Schutzaspekt dieser Verträge Rechnung getragen wird: dem Schutz des Arbeitnehmers im Rahmen abhängiger Arbeit einerseits, dem Schutz dessen, der nicht gewerblich und nicht selbstständig beruflich, sondern in einem engen Sinne privat ein Rechtsgeschäft mit einem Partner abschließt, der im Gegensatz dazu gewerblich oder selbstständig beruflich tätig ist, andererseits. In beiden Fällen geht es darum, dass besondere rechtliche Vorschriften geschaffen wurden, um zu einer sinnvollen vertraglichen Regelung zu kommen. Das besondere Schutzbedürfnis liegt in dem einen Fall u.a. in der weitgehend vom Arbeitgeber bestimmten Struktur des Arbeitsverhältnisses, in dem anderen Fall in dem zugrunde gelegten Sorgfaltsgefälle zwischen selbstständig-beruflich/gewerblichem und privatem Geschäftsabschluss. Beide Regelungsprogramme haben sich eigenständig entwickelt, und sie haben ihre Eigenständigkeit nicht dadurch verloren, dass für sie partiell gleiche Rechtsvorschriften, etwa weitgehend die BGB §§ 305 ff. und natürlich viele weitere Bestimmungen, eingreifen. Im Übrigen gilt die behauptete Gleichstellung ohnehin nur in einer Richtung. Dass jeder Verbraucher zugleich Arbeitnehmer sei, hat m. W. bislang noch niemand vorgeschlagen. Eine echte Gleichstellung beider Schutzpositionen könnte allenfalls auf entsprechender Abstraktionshöhe i. S. des „Schwächeren“¹⁷⁴ erfolgen und wäre dogmatisch nicht unbedingt ein Fortschritt.

¹⁷³ Vgl. o. Fn. 36, 56.

¹⁷⁴ Vgl. hierzu Hönn, o. Fn. 163, S. 15 m. N.

Demgemäß ist der Arbeitnehmer als solcher nach objektiv-teleologischen Gesichtspunkten kein Verbraucher i. S. des BGB § 13 und der Arbeitsvertrag kein Verbrauchervertrag nach BGB § 310 Abs. 3.

c) Zur Kontrolle von Individualverträgen

Es ist eine andere Frage, ob einzelne Vorschriften des Verbraucherrechts im Arbeitsrecht analog anzuwenden sind. Henssler hält eine solche Analogie zu BGB § 310 Abs. 3 Nr. 2 (zur einmaligen Verwendung bestimmte Bedingungen) und Nr. 3 (Relevanz der den Vertragsschluss begleitenden Umstände) für erwägenswert¹⁷⁵. Das neue AGB-Recht beziehe bewusst die individual-arbeitsrechtlichen Verträge in die allgemeine AGB-Kontrolle ein, und dies sei gerechtfertigt, weil der Arbeitnehmer – wie der Verbraucher – auf den Inhalt wegen der Vorformulierung keinen Einfluss nehmen könne. Ob diese Begründung tragfähig ist, erscheint zweifelhaft. In den Materialien finden sich jedenfalls keine Hinweise, dass der Gesetzgeber die vom BAG bislang auch für Individualverträge partiell praktizierte Inhaltskontrolle¹⁷⁶ künftig auf BGB § 310 Abs. 3 gestützt wissen wollte. Mit dem Hinweis auf Besonderheiten des Arbeitsrechts ließe sich eine solche Analogie ebenfalls nicht begründen¹⁷⁷.

Freilich scheint auch der Schluss, der Gesetzgeber habe der arbeitsrechtlichen Inhaltskontrolle von Individualverträgen generell für die Zukunft die Grundlage entziehen wollen, kaum gerechtfertigt¹⁷⁸. Für eine derartige Individualvertragskontrolle müsste aber eine sonstige Rechtsgrundlage zur Verfügung stehen, ohne dass es zum Wertungskonflikt mit den BGB §§ 305 ff. kommt. Dass Generalklauseln insoweit neben (auch arbeitsrechtlichen) Spezialbestimmungen einen legitimen Anwendungsbereich behalten, hat das BAG jüngst

¹⁷⁵ Vgl. o. Fn. 169, S. 615, 634.

¹⁷⁶ Eingehende Nachweise zur Judikatur bei Fastricht, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 161 ff; ders. RdA 1997, 65, 77 ff.

¹⁷⁷ So wohl auch Thüsing, NZA 2002, 591, 594.

¹⁷⁸ Thüsing, NZA 2002, 591, 594; ders., BB 2002, 2666, 2667; vgl. auch Fastricht, o. Fn. 174, S. 170 ff.; a. A. ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rn. 27; Söllner, ZfA 2003, 145, 160.

ausdrücklich anerkannt, als es einen auf BGB § 242 gestützten Kündigungsschutz im Kleinbetrieb im Einzelfall grundsätzlich akzeptierte¹⁷⁹.

V. Zusammenfassung

Die durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz erfolgte Unterstellung des Arbeitsvertrages unter die allgemeinen Vorschriften der AGB-Vertragskontrolle der BGB §§ 305 ff. ist vom Gesetzgeber als Grundsatz gewollt. Der Vorbehalt hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Besonderheiten ist die Ausnahme und bezweckt eine Absicherung gegen unvorhergesehene inakzeptable Ergebnisse. Die Anwendung der §§ 305 ff. ist zwingendes Recht; dessen Relativierung kommt grundsätzlich nur durch Arbeitsrecht und nicht schon durch faktische Besonderheiten von Arbeitsverhältnisses in Betracht. Gesetzesvorschriften mit Wertungsbereich erlauben aber größere Spielräume. Soweit die bisherige BAG-Judikatur den § 305 ff. nicht entspricht, kann Richterrecht nur übergangsweise als Besonderheit des Arbeitsrechts anerkannt werden. Vertragsstrafen durch AGB sind, soweit nicht durch Bezugnahme auf Tarifverträge kontrollfrei, an sich nach § 309 BGB generell unzulässig; soweit sie unerlässlich sind, kommt aber eine Restriktion der Vorschrift in Betracht. Ausschlussfristen, die zur Rechtswahrung alsbaldige Klageerhebung verlangen, dürften ebenfalls nach § 309 durch AGB nicht mehr eingeführt werden können. Trotz des zwingenden Verbots geltungserhaltender Reduktion kommt bei partieller Unwirksamkeit von Vertragsklauseln Richterrecht zur Lückenfüllung in Betracht. - Der Arbeitnehmer als solcher ist nicht Verbraucher; eine diesbezügliche Auslegung des § 13 führt zu widersprüchlichen und teilweise unsinnigen Ergebnissen und ist unter Schutzaspekten auch überflüssig. - Die Streichung der früheren Bereichsausnahme für die gesetzliche AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen fügt sich

¹⁷⁹ BAG, 21.2.2001, NZA 2001, 833 = BAG E 97, 92; zust. v. Hoyningen-Huene, SAE 2001, 324; krit. Annuß, BB 2001, 1898.

ein in eine gewisse Konvergenzentwicklung von Arbeitsvertragsrecht und bürgerlichem Recht. Entsprechend der Tendenz zum materiellen Vertragsprinzip tragen Arbeitsvertrag und Verbrauchervertrag auf unterschiedlichen Wegen zum angemessenen vertraglichen Interessenausgleich bei. Eine partielle Annäherung beider Subsysteme ist sinnvoll, während eine Vermengung bzw. einseitige Vereinnahmung ein klarer dogmatischer Rückschritt wäre.