

Individuelle Freiheit
und kollektive Interessenwahrnehmung
im deutschen und europäischen Arbeitsrecht



Individuelle Freiheit und
kollektive Interessenwahrnehmung
im deutschen und europäischen
Arbeitsrecht

Assistententagung
im Arbeitsrecht 2011 in Osnabrück

herausgegeben von
Marcus Bieder und
Felix Hartmann

Mohr Siebeck

Marcus Bieder, geboren 1976; Studium der Rechtswissenschaft in Osnabrück; Staatsexamina 2002 und 2007; Promotion an der Universität Osnabrück 2006; 2007 bis 2012 Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Osnabrück; seit 2012 Akademischer Rat a. Z. und Habilitand an der Universität Heidelberg.

Felix Hartmann, geboren 1976; Studium der Rechtswissenschaft in Tübingen und Fribourg (Schweiz); Staatsexamina 2001 und 2003; LL.M. (Harvard) 2007; Promotion an der Universität Tübingen 2007; seit 2007 Akademischer Rat a. Z. und Habilitand an der Universität Heidelberg.

ISBN 978-3-16-151917-8

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2012 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Sabon gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Dieser Band enthält die Referate, die am 20. und 21. Juli 2011 auf der *Assistententagung im Arbeitsrecht* in Osnabrück gehalten wurden. Ziel der Veranstaltung war es, dem wissenschaftlichen Nachwuchs im Arbeitsrecht die Gelegenheit zum Austausch zu bieten. Die unerwartet starke Resonanz hat gezeigt, dass für ein solches Forum ein großes Bedürfnis besteht. Umso erfreulicher ist es, dass eine Folgeveranstaltung bereits in Planung ist.

Auch an dieser Stelle gilt unser Dank den vielen Förderern, ohne deren Unterstützung die Tagung in dieser Form nicht hätte stattfinden können. Zu nennen sind vor allem die Osnabrücker Kanzlei WMS Rechtsanwälte sowie die Verlage C.H. Beck, Vahlen und Mohr Siebeck.

Zu besonderem Dank verpflichtet sind wir Herrn Cheflektor Dr. Franz-Peter Gillig, der uns bereits in einer frühen Planungsphase die verlegerische Betreuung des Tagungsbands zugesagt hat. Gleiches gilt schließlich für Herrn Prof. Dr. Markus Stoffels sowie die Mitarbeiter seines Osnabrücker Lehrstuhls, namentlich Inge Götz, Brigitte Hirschmann, Markus Gralla, Nicole Franke, Florentine Füg, Anastasia Hohenberger, Mara Schmidt-Klie und Eva Unger.

Osnabrück/Heidelberg, im Januar 2012

Marcus Bieder
Felix Hartmann

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Christian Rolfs</i> Fehlentwicklungen in der arbeitsrechtlichen AGB-Kontrolle	1
<i>Rüdiger Krause</i> Tarifvertragliche Regulierung der Leiharbeit auf der Entleiherseite	35
<i>Florian Rödl</i> Privatrechtliche Gerechtigkeit und arbeitsrechtliche Tarifautonomie	81
<i>Christian Picker</i> Die ablösende Betriebsvereinbarung. Zum Verhältnis von privatautonomer und betriebsverfassungsrechtlicher Regelungsmacht	103
<i>Sebastian Kolbe</i> Insolvenzanfechtung und Arbeitsrecht	145
<i>Adam Sagan</i> Missbrauch der Europäischen Aktiengesellschaft	171
<i>Angie Schneider</i> Neuere Entwicklungen im Urlaubsrecht. Analyse der aktuellen Rechtsprechung zu § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG	209
Autorenverzeichnis	247

Fehlentwicklungen in der arbeitsrechtlichen AGB-Kontrolle

Christian Rolfs

I. Zehn Jahre arbeitsrechtliche AGB-Kontrolle	1
II. Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen	3
1. Voraussetzungen der Einbeziehung	3
a) Einbeziehungskontrolle und Vertragsnachweis	3
b) Arbeitsvertrag als Verbrauchervertrag	4
c) „Stellen“ der Vertragsbedingungen durch den Arbeitgeber	6
2. Überraschende Klauseln	7
III. Übertriebene Transparenzanforderungen	8
1. Vertragsbruch des Arbeitnehmers	8
2. Kombination von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt	10
IV. Schranken der Inhaltskontrolle	12
1. Freiwilligkeitsvorbehalte	12
2. Tarifnormen als „Rechtsvorschriften“	15
V. Unangemessene Benachteiligung	17
1. „Gezillmerte“ Tarife in der betrieblichen Altersversorgung	17
2. Höhe einer vereinbarten Vertragsstrafe	19
3. Kompensationsloser Verzicht auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage im Abwicklungsvertrag	21
a) Der Klageverzicht als kontrollfreie Hauptleistung	21
b) Unangemessene Benachteiligung	24
VI. Rechtsfolgen	25
VII. Vertrauensschutz für Altverträge	28
VIII. Scheinbegründungen	31
1. Aufgabe der Rechtsprechung zur Wirkung von Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang, Verbandswechsel oder Verbandsaustritt	31
2. Aufgabe der Rechtsprechung zur „negativen betrieblichen Übung“	32
IX. Fazit	34

I. Zehn Jahre arbeitsrechtliche AGB-Kontrolle

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts¹ wurde das AGB-Recht zum 1. Januar 2002 in das BGB integriert. Der ursprüngliche Ge-

¹ Vom 26. 11. 2001, BGBl. I, S. 3138.

setzungsentwurf² sah noch vor, die Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht (§ 23 Abs. 1 AGB-Gesetz) unverändert als § 310 Abs. 4 in das BGB zu übernehmen. Erst nach Intervention von *Ulrich Preis* und einer Prüfbitte des Bundesrates³ besann die Bundesregierung sich eines Anderen (nicht unbedingt Besseren) und stimmte in ihrer Gegenäußerung⁴ dem Änderungswunsch des Bundesrates zu:⁵ Die Rechtsprechung der einzelnen Senate des BAG habe sich unterschiedlich entwickelt; während manche die Wertungen des AGB-Gesetzes sinngemäß zur Anwendung gelangen ließen⁶, tendierten andere Senate in eine andere Richtung.⁷ Die Bundesregierung fährt fort:

„Die aus dieser uneinheitlichen Rechtsprechung entstehende Rechtsunsicherheit sollte durch die Streichung der Bereichsausnahme beseitigt werden. Dadurch wird auch dafür gesorgt, dass das Schutzniveau der Vertragsinhaltskontrolle im Arbeitsrecht nicht hinter demjenigen des Zivilrechts zurückbleibt. Allerdings sollten vor allem die besonderen Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit im Arbeitsrecht nicht zwingend uneingeschränkt zur Anwendung kommen. Vielmehr sollten hier die besonderen Bedürfnisse eines Arbeitsverhältnisses berücksichtigt werden können.“⁸

Zehn Jahre später muss man konstatieren, dass diese Ziele der Reform weitgehend verfehlt worden sind. Die Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung und die daraus resultierende Rechtsunsicherheit wurden in keiner Weise beseitigt. Die Meinungsverschiedenheiten zwischen den Senaten sind nicht etwa kleiner, sondern größer geworden, selbst in so zentralen Fragen wie der Zulässigkeit von Freiwilligkeitsvorbehalten⁹, den Grenzen des Verbots

² BT-Drucks. 14/6040.

³ BR-Drucks. 338/01 (Beschluss), S. 28; BT-Drucks. 14/6857, S. 17.

⁴ BT-Drucks. 14/6857, S. 53 f.

⁵ Zur Entstehungsgeschichte des § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB statt aller *Richardi*, NZA 2002, 1057, 1057; *Zöllner*, ZfA 2010, 637, 640 f. *Däubler* (NZA 2001, 1329, 1330) betont, dass das Arbeitsrecht in den Vorberatungen des Gesetzes zunächst keine Rolle gespielt habe.

⁶ Zitiert wird hier das Urteil vom 29. 11. 1995 – 5 AZR 447/94, BAGE 81, 317 = AP Nr. 1 zu § 3 AGB-Gesetz. Dort war im Arbeitsvertrag auf die geltende „Betriebsordnung“ verwiesen worden, die für alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis eine vierwöchige Ausschlussfrist statuierte. Der Fünfte Senat hielt die Klausel für überraschend, sie sei daher entsprechend § 3 AGB-Gesetz nicht Vertragsbestandteil geworden.

⁷ Hier zitiert die Gegenäußerung das Urteil vom 13. 12. 2000 – 10 AZR 168/00, BAGE 96, 371 = AP Nr. 2 zu § 241 BGB, das eine arbeitsvertragliche Verfallklausel, die die schriftliche Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb eines Monats nach Fälligkeit eines Anspruchs und bei Ablehnung des Anspruchs oder Nichtäußerung binnen zweier Wochen die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs innerhalb eines weiteren Monats verlangt, für zulässig erklärt und dabei eine Kontrolle am Maßstab des § 3 AGB-Gesetz explizit ablehnt.

⁸ BT-Drucks. 14/6857, S. 54.

⁹ Einerseits BAG, Urt. vom 1. 3. 2006 – 5 AZR 363/05, AP Nr. 3 zu § 308 BGB; andererseits BAG, Urt. vom 8. 12. 2010 – 10 AZR 671/09, NZA 2011, 628. – Das

geltungserhaltender Reduktion¹⁰ oder dem Vertrauensschutz für vor dem 1. Januar 2002 abgeschlossene „Altverträge“¹¹. Das „Schutzniveau der Vertragsinhaltskontrolle“ blieb schon vor der Schuldrechtsreform im Arbeitsrecht nicht hinter demjenigen im Bürgerlichen Recht zurück, weil die meisten arbeitsrechtlichen Normen ohnehin einseitig zugunsten des Arbeitnehmers zwingend sind und dispositives Recht selten ist. Die frühere „Billigkeitskontrolle“ des BAG¹² wird unter veränderten Vorzeichen fortgeführt; unliebsame Vertragsklauseln sind heute eben nicht mehr „unbillig“, sondern „unangemessen benachteiligend“ (§ 307 Abs. 1 BGB), oftmals ohne, dass klar herausgearbeitet wird, gegenüber welcher dispositiven Norm eine dem Arbeitnehmer nachteilige Vereinbarung vorliegt und warum diese unangemessen ist. Und von den „Besonderheiten des Arbeitsrechts“ hatte der Gesetzgeber schon selbst keine klare Vorstellung.¹³

II. Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

1. Voraussetzungen der Einbeziehung

a) Einbeziehungskontrolle und Vertragsnachweis

Mit Blick auf die Voraussetzungen der Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Arbeitsvertrag liegt die erste Fehlleistung schon beim Gesetzgeber selbst: Die in § 310 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 2 BGB angeordnete Unanwendbarkeit von § 305 Abs. 2 und 3 BGB, die der aus dem

Urteil vom 14. 9. 2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81, ist erst lange nach Abschluss dieses Manuskripts ergangen und konnte daher nicht mehr berücksichtigt werden.

¹⁰ Einerseits BAG, Urt. vom 14. 1. 2009 – 3 AZR 900/07, AP Nr. 41 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; andererseits BAG, Urt. vom 23. 1. 2007 – 9 AZR 482/06, AP Nr. 38 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe.

¹¹ Einerseits BAG, Urt. vom 12. 1. 2005 – 5 AZR 364/04, AP Nr. 1 zu § 308 BGB; Urt. vom 11. 10. 2006 – 5 AZR 721/05, AP Nr. 6 zu § 308 BGB; andererseits BAG, Urt. vom 10. 12. 2008 – 10 AZR 1/08, AP Nr. 40 zu § 307 BGB; Urt. vom 11. 2. 2009 – 10 AZR 222/08, NZA 2009, 428, 431.

¹² Erstmals BAG, Urt. vom 31. 10. 1969 – 3 AZR 119/69, AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegehalt – Unterstützungskassen; später z. B. BAG, Urt. vom 23. 5. 1984 – 4 AZR 129/82, AP Nr. 9 zu § 339 BGB; Urt. vom 21. 11. 2001 – 5 AZR 158/00, AP Nr. 31 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe.

¹³ Unklar ist schon, ob nur rechtliche oder auch tatsächliche Umstände Berücksichtigung zu finden haben. Während der Normtext die „Besonderheiten des Arbeitsrechts“ erwähnt, heißt es in der Begründung (BT-Drucks. 14/6857, S. 54): „Vielmehr sollten hier die besonderen Bedürfnisse eines Arbeitsverhältnisses berücksichtigt werden können.“ – Unklar auch *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 266: „Nur lässt sich trefflich streiten, bei welchen vertragsrechtlichen Problemen ‚Besonderheiten des Arbeitsrechts‘ zu reklamieren sind.“

NachwG folgenden Verpflichtung des Arbeitgebers zur Erteilung eines Vertragsnachweises Rechnung tragen soll,¹⁴ ist nach allgemeiner Überzeugung missglückt.¹⁵ Dies ergibt sich schon daraus, dass der Nachweis erst einen Monat *nach* Vertragsabschluss einseitig vom Arbeitgeber zu erteilen ist (§ 2 Abs. 1 Satz 1 NachwG) und er den rechtsgeschäftlichen Konsens der Parteien nicht zu ersetzen vermag. Häufig wird zudem vertraglich eine anderweitig statuierte Normordnung in Bezug genommen, das betrifft neben Tarifverträgen beispielsweise eine vom Arbeitgeber selbst aufgestellte Betriebsordnung, Vorschriften des Beamtenrechts (in Arbeitsverträgen des öffentlichen Dienstes, insb. mit angestellten Lehrern) und Versorgungsordnungen von Versicherungsunternehmen, Pensionskassen usw. in der betrieblichen Altersversorgung. Nicht immer kann der Arbeitnehmer vor Vertragsabschluss von diesen Regelungswerken in zumutbarer Weise Kenntnis nehmen (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB), gleichwohl werden sie grundsätzlich Vertragsbestandteil.¹⁶ Erst an anderer Stelle setzt die AGB-Kontrolle ein, die sich dann auf das Verbot überraschender Klauseln (§ 305c Abs. 1 BGB)¹⁷ oder das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB)¹⁸ stützen muss.

b) Arbeitsvertrag als Verbrauchervertrag

Nach wie vor nicht zuzustimmen ist zudem der verbreiteten Auffassung, der Arbeitnehmer sei Verbraucher i. S. des § 13 BGB,¹⁹ sodass auch § 310

¹⁴ BT-Drucks. 14/6857, S. 54.

¹⁵ *Deinert* in: Däubler/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2010, § 305 BGB Rn. 38 ff.; *Gotthardt* in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 305 BGB Rn. 10; *Joost*, FS Ulmer, 2003, S. 1199, 1200 ff.; *Richardi*, NZA 2002, 1057, 1059; *Thüsing*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 2007, Rn. 83.

¹⁶ BAG, Urt. vom 14. 3. 2007 – 5 AZR 630/06, AP Nr. 45 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; *Preis* in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl. 2012, §§ 305–310 BGB Rn. 26; *Stoffels* in: Wolf/Lindacher/Pfeifer, AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, ArbR Rn. 43.

¹⁷ Vgl. BAG, Urt. vom 14. 12. 2005 – 4 AZR 536/04, AP Nr. 39 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; Urt. vom 17. 1. 2006 – 9 AZR 41/05, AP Nr. 40 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; *Diehn*, NZA 2004, 129, 132 f.; *Witt*, NZA 2004, 135, 138.

¹⁸ Vgl. BAG, Urt. vom 14. 3. 2007 – 5 AZR 630/06, AP Nr. 45 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; *Oetker*, FS Wiedemann, 2002, S. 383, 396 ff.; weitergehend *ErfK/Preis* (o. Fußn. 16), §§ 305–310 BGB Rn. 44, der auch den einbezogenen Tarifvertrag selbst der Transparenzkontrolle unterwerfen will.

¹⁹ BAG, Urt. vom 25. 5. 2005 – 5 AZR 572/04, AP Nr. 1 zu § 310 BGB; Urt. vom 31. 8. 2005 – 5 AZR 545/04, AP Nr. 8 zu § 6 ArbZG; Urt. vom 15. 2. 2007 – 6 AZR 286/06, AP Nr. 35 zu § 620 BGB Aufhebungsvertrag; *Preis*, NZA Beil. 16/2003, S. 19, 24; *Reinecke*, DB 2002, 583, 587; *Singer*, RdA 2003, 194, 195; *Thüsing/Leder*, BB

Abs. 3 BGB zur Anwendung gelange und damit eine AGB-Kontrolle sog. „Einmalklauseln“ eröffnet sei.²⁰ Das BAG und die ihm folgende herrschende Auffassung übersehen nämlich den begrenzten Normzweck des Verbraucherbegriffs und des an ihn anknüpfenden Verbraucherschutzrechts:

Das Schuldrecht des BGB geht traditionell vom Idealtypus zweier gleichstarker Verhandlungspartner aus, denen ein weiter Spielraum bei der Gestaltung ihrer Vertragsbeziehungen eingeräumt wird.²¹ Dort aber, wo der eine Vertragspartner dem anderen strukturell unterlegen ist, also in der Rechtsbeziehung eines Verbrauchers zu einem Unternehmer, sollen zu seinen Gunsten zusätzliche Schutzmechanismen eingreifen. Der „Arbeitnehmer-Verbraucher“ schießt damit in doppelter Hinsicht über den Zweck des Verbraucherschutzes hinaus: Zum einen geht das Arbeitsrecht – anders als Kauf, Miete oder Werkvertrag – ganz generell davon aus, dass ein Vertragspartner dem anderen strukturell unterlegen ist. Sämtliche arbeitnehmerschützenden Bestimmungen des BGB und der arbeitsrechtlichen Spezialgesetze belegen dies. Der modifizierenden Überlagerung der für den Idealtypus geschaffenen Regelungen durch verbraucherschützende Sonderbestimmungen bedarf es also nicht. Zum anderen hat die Anwendung des Verbraucherrechts auf den Arbeitsvertrag zur Folge, dass dieser Vertragstyp im Gegensatz zu den übrigen Schuldverhältnissen des BGB *nahezu ausschließlich* als Verbrauchervertrag existiert. Während Käufer, Mieter und Werkbesteller Verbraucher sein *können*, aber keineswegs *müssen* – und eben davon abhängt, ob die §§ 433 ff., 535 ff., 631 ff. BGB in ihrer Grundform oder mit den verbraucherrechtlichen Modifikationen Anwendung finden – ist ein Arbeitsvertrag ohne Verbraucherschutzrecht nur noch in den Fällen denkbar, in denen der Arbeitgeber nicht Unternehmer i. S. von § 14 BGB ist. Dementsprechend gebietet der Normzweck des § 13 BGB, den Arbeitnehmer nur insoweit als Verbraucher anzusehen, als er *außerhalb* seines Arbeitsvertrages Rechtsgeschäfte mit seinem Arbeitgeber tätigt.²²

2004, 42, 43. Nach BAG, Urt. vom 19. 5. 2010 – 5 AZR 253/09, AP Nr. 13 zu § 310 BGB, soll sogar der Geschäftsführer einer GmbH bei Abschluss seines Dienstvertrages Verbraucher sein.

²⁰ BAG, Urt. vom 18. 3. 2008 – 9 AZR 186/07, AP Nr. 12 zu § 310 BGB; Urt. vom 18. 5. 2010 – 3 AZR 373/08, AP Nr. 37 zu § 66 ArbGG 1979.

²¹ Vgl. Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl. 2011, Rn. 99 ff.; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 2 Rn. 37 ff.; Pfeiffer in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 481, 496 f.

²² Wie hier im Ergebnis Annuß, NJW 2004, 2844, 2845 f.; Bauer, NZA 2002, 169, 171; Bauer/Kock, DB 2002, 42, 44; Henssler, RdA 2002, 129, 133 f.; Hromadka,

c) „Stellen“ der Vertragsbedingungen durch den Arbeitgeber

Mit der Anwendbarkeit von § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB zusammen hängt die Frage der Inhaltskontrolle von Vertragsbedingungen, die der Arbeitgeber zuvor mit einer Gewerkschaft oder dem Betriebsrat ausgehandelt hat. Solche Konstellationen sind häufig bei größeren Personalanpassungen, etwa im Zusammenhang mit Betriebsänderungen abgeschlossenen Aufhebungsverträgen,²³ der Überleitung von Arbeitnehmern in eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft²⁴ oder Altersteilzeit- und ähnlichen Vorruhestandsverträgen zu finden.²⁵ In größeren Unternehmen sind auch hinsichtlich flexibler Arbeitszeitmodelle, etwa zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf, Vertragsentwürfe häufig zwischen den Betriebsparteien abgestimmt. Das BAG geht ohne nähere Begründung davon aus, dass auch in derartiger Weise kollektiv ausgehandelte Vertragsbedingungen der AGB-Kontrolle unterliegen.²⁶

Das ist wenig überzeugend. Trägt der Arbeitgeber den Arbeitnehmern einen bestimmten Vertragsinhalt unter Rückgriff auf eine vorherige Kollektivvereinbarung an, nimmt er gerade nicht unter Ausschluss des anderen Teils einseitige rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht in Anspruch²⁷. Vielmehr entspricht die Verwendung des Formulars dem übereinstimmenden Willen beider Seiten. Nicht selten ist es in derartigen Fällen ja sogar der Arbeitnehmer, der mit der Bitte um Vertragsabschluss an den Arbeitgeber herantritt, beispielsweise, um in Altersteilzeit zu gehen oder um zusätzlich zu den Sozialplanleistungen eine „Turboprämie“ beanspruchen zu können.²⁸ Hier fehlt es sogar nach Ansicht des BAG am „Stellen“ der Vertragsbedingungen durch den Arbeitgeber.²⁹ Dasselbe gilt dann aber auch, wenn das Vertragsangebot von diesem ausging, weil er sich – nicht

NJW 2002, 2523, 2524; *Jacobs*, RdA 2006, 181, 183 f.; *Lieb*, FS Ulmer, 2003, S. 1231, 1236; *Löwisch*, NZA 2001, 465, 466; *Reichold*, ZTR 2002, 202, 203; *Richardi*, NZA 2002, 1004, 1008 f.; *Rieble/Klumpp*, ZIP 2002, 2153, 2155.

²³ Vgl. BAG, Urt. vom 25. 4. 2007 – 6 AZR 622/06, AP Nr. 23 zu § 113 InsO.

²⁴ Vgl. BAG, Urt. vom 18. 8. 2005 – 8 AZR 523/04, AP Nr. 31 zu § 620 BGB Aufhebungsvertrag.

²⁵ Vgl. BAG, Urt. vom 20. 5. 2008 – 9 AZR 271/07, AP Nr. 13 zu § 305 BGB.

²⁶ BAG, Urt. vom 25. 4. 2007 – 6 AZR 622/06, AP Nr. 23 zu § 113 InsO; Urt. vom 19. 3. 2009 – 6 AZR 557/07, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Arbeitgeberdarlehen.

²⁷ Zu diesem Erfordernis BT-Drucks. 7/3919, S. 13, 22; BGH, Urt. vom 30. 6. 1994 – VII ZR 116/93, BGHZ 126, 326, 332 f.; Urt. vom 24. 5. 1995 – XII ZR 172/94, BGHZ 130, 50, 57; Urt. vom 19. 11. 2009 – III ZR 108/08, BGHZ 183, 220, 244; *Grüneberg* in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Aufl. 2012, Überbl. v. § 305 BGB Rn. 8.

²⁸ Vgl. BAG, Urt. vom 31. 5. 2005 – 1 AZR 254/04, AP Nr. 175 zu § 112 BetrVG 1972; Urt. vom 18. 5. 2010 – 1 AZR 187/09, AP Nr. 209 zu § 112 BetrVG 1972.

²⁹ BAG, Urt. vom 20. 5. 2008 – 9 AZR 271/07, AP Nr. 13 zu § 305 BGB.

anders als bei Verwendung eines ADAC-Formulars für den Gebrauchtwagenkauf³⁰ oder eines im Schreibwarenhandel erhältlichen Mietvertrages³¹ – nur desjenigen Formulars bedient, dessen Verwendung auch der Arbeitnehmer vorgeschlagen hätte.

2. Überraschende Klauseln

Im Grundsatz zutreffend wendet das BAG hinsichtlich überraschender Klauseln § 305c Abs. 1 BGB mit der Folge an, dass die ungewöhnliche Bestimmung nicht Vertragsbestandteil wird. So liegen die Dinge beispielsweise im Hinblick auf eine sechsmonatige Probezeitbefristung, wenn im befristeten Arbeitsvertrag zugleich eine zweijährige Vertragsdauer vereinbart und diese längere Laufzeit durch Fettdruck hervorgehoben war.³²

Aber es gibt auch Übertreibungen: In einem Verfahren, das der Sechste Senat 2007 zu entscheiden hatte,³³ stritten die Parteien um die Wirkungen einer Personalanpassungsmaßnahme. Die Beklagte hatte ihre Mitarbeiter nach vorherigen Verhandlungen mit dem Betriebsrat auf eine Massenentlassung vorbereitet und ihnen verschiedene Optionen eröffnet, darunter die vorübergehende Überleitung in eine „betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit“ (beE), um Strukturkurzarbeitergeld i. S. des damaligen § 175 SGB III beziehen zu können. Die Klägerin nahm zunächst keines der Angebote der Beklagten wahr. Erst nach Zugang der betriebsbedingten Kündigung bat auch sie um Überleitung in die beE. Mit einer „Ergänzung zum Arbeitsvertrag“, in deren Präambel es heißt, „Durch diese Vereinbarung wird das Ausscheiden des Mitarbeiters aus der Siemens AG und der Übertritt in eine beE geregelt“, vereinbarten die Parteien die Überleitung der Klägerin in die beE für die Dauer von 13 Monaten. Danach sollte das Arbeitsverhältnis enden. Das BAG hielt die Beendigungsvereinbarung für objektiv überraschend und verwies den Rechtsstreit nur zur Aufklärung der subjektiven Voraussetzungen an das Berufungsgericht zurück. Die nachträgliche Bitte der Klägerin um Übertritt in die beE habe von der Beklagten nur so verstanden werden können, dass der Übertritt zu denselben Bedingungen gewünscht war, wie sie in den Betriebsvereinbarungen vorgesehen und den Arbeitnehmern zugebilligt worden waren, die sich rechtzeitig für den Übertritt entschieden hatten. Vor diesem Hintergrund sei die vereinbarte Beendigung des Arbeitsverhältnisses überraschend.

³⁰ Vgl. BGH, Urt. vom 17. 2. 2010 – VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259, 262 ff.

³¹ Vgl. *Stoffels*, WuM 2011, 268, 272.

³² BAG, Urt. vom 16. 4. 2008 – 7 AZR 132/07, AP Nr. 10 zu § 305c BGB.

³³ BAG, Urt. vom 15. 2. 2007 – 6 AZR 286/06, AP Nr. 35 zu § 620 BGB Aufhebungsvertrag.

Das vermag kaum zu überzeugen. Schon objektiv ist eine Vereinbarung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in einem Unternehmen, das in erheblichem Umfang Personal abbaut, nicht ungewöhnlich. Dies gilt umso weniger, als die Arbeitnehmerin bereits eine betriebsbedingte Kündigung erhalten hatte. Es ist auch nicht überraschend, dass ein Arbeitgeber Arbeitnehmer, die bis zu einem bestimmten Stichtag auf seine Angebote reagieren, besser behandelt als jene, die bis zum Schluss zuwarten. Dass die Klägerin die Angebote der Beklagten an die anderen Arbeitnehmer, die sich vor dem Stichtag gemeldet hatten, kannte, und *diese* mit ihrem Rechtsanwalt erörtert hatte, begründet keine objektive Ungewöhnlichkeit der Beendigungsvereinbarung. Die bloß subjektive Überraschung der Arbeitnehmerin über den Vertragsinhalt, die das schriftliche Angebot erst nach mehreren Tagen – aber offenbar ohne es ausreichend gelesen zu haben – gegengezeichnet an die Beklagte zurückgereicht hatte, begründet keinen Anwendungsfall von § 305c Abs. 1 BGB.

III. Übertriebene Transparenzanforderungen

Das AGB-Recht hält den Klauselverwender dazu an, klare und verständliche Regelungen zu treffen (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dies gilt nach § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB, der seinerseits freilich jeder Transparenzkontrolle Hohn spottet, auch hinsichtlich der im Übrigen nicht kontrollfähigen Preis- und Leistungsbestimmungen. Das BAG hat in einer Vielzahl von Entscheidungen intransparente Vertragsformulierungen gerügt, ist dabei allerdings mehr als einmal über das Ziel hinausgeschossen.

1. *Vertragsbruch des Arbeitnehmers*

Übertriebene Transparenzanforderungen hat beispielsweise der Achte Senat an die Formulierung derjenigen Tatbestände gestellt, bei deren Erfüllung der Arbeitnehmer eine Vertragsstrafe verwirkt.³⁴ Die Klägerin war bei der Beklagten als Filialleiterin angestellt. Arbeitsvertraglich war eine Vertragsstrafe u. a. für den Fall vereinbart, dass „der Arbeitgeber durch schuldhaft vertragswidriges Verhalten der Arbeitnehmerin zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses veranlasst“ wird. Wenige Wochen nach Ablauf der Probezeit forderte die Klägerin eine noch minderjährige Auszubildende per SMS auf, ihr Betäubungsmittel zu beschaffen („Hab zur Zeit totale Probleme. Kannst Du mir Gras besorgen?“). Die Beklagte

³⁴ BAG, Urt. vom 21. 4. 2005 – 8 AZR 425/04, AP Nr. 3 zu § 307 BGB.

kündigte daraufhin fristlos. Die ursprünglich erhobene Kündigungsschutzklage nahm die Klägerin zurück. Im Wege der Widerklage verfolgt die Beklagte ihren Zahlungsanspruch weiter. Das BAG hat die Widerklage abgewiesen. Die Verwirkung der vereinbarten Vertragsstrafe durch „schuldhaft vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers, das den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses veranlasst“, sei nicht klar und verständlich, weil die Pflichtverletzungen nicht hinreichend bestimmt seien. „Schuldhaft vertragswidriges Verhalten“ ohne nähere Konkretisierung enthalte nicht die nötige Warnfunktion und entspreche wegen des Strafcharakters der Vertragsstrafe auch nicht rechtsstaatlichen Grundsätzen.³⁵ Zudem werde der Ausgleich der Interessen in diesen Fällen primär durch die Möglichkeit der fristlosen Kündigung des Arbeitgebers herbeigeführt.³⁶

Die Entscheidung ist ganz überwiegend auf Kritik gestoßen.³⁷ Sie knüpft zwar nicht wörtlich, aber inhaltlich klar erkennbar an § 626 BGB an. Für den Schadensersatzanspruch wegen Vertragsbruchs statuiert der Gesetzgeber in § 628 Abs. 2 BGB selbst als tatbestandliche Voraussetzung, dass die außerordentliche Kündigung³⁸ „durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teils veranlasst“ worden ist. Nicht anders ist die Vertragsstrafenabrede zu verstehen. Unbeschadet der ja auch für Fachleute nicht immer eindeutig vorhersehbaren Interessenabwägung im Einzelfall weiß jeder Arbeitnehmer, welche Verhaltensweisen die fristlose Kündigung nach sich ziehen.³⁹ Die Alternative, jedes nur denkbare schwere Fehlverhalten des Arbeitnehmers konkret auszuformulieren, würde seinerseits unweigerlich in die Intransparenz führen. Fehl geht insbesondere die Begründung, eine Vertragsstrafenabrede führte zu einer „Übersicherung“ des Arbeitgebers, dessen Interessen bereits durch das Kündigungsrecht ausreichend Rechnung getragen sei. Erstens nämlich dient die Kündigung gerade nicht der Sanktionierung begangenen Unrechts, sondern der Vermeidung künftiger Störungen des Vertragsverhältnisses.⁴⁰ Und zweitens ist sie zur Kompensa-

³⁵ BAG, Urt. vom 21. 4. 2005 – 8 AZR 425/04, AP Nr. 3 zu § 307 BGB.

³⁶ Ebenso *Hauck*, NZA 2006, 816, 818.

³⁷ *Bauer/Krieger*, SAE 2006, 11, 11 ff.; *Bayreuther*, NZA 2005, 1337, 1338; *Coester*, FS Löwisch, 2007, S. 57, 68; *HWK/Gotthardt* (o. Fußn. 15), Anh. §§ 305–310 BGB Rn. 50; *Hanau*, FS Konzen, 2006, S. 249, 254 f.; *Stoffels*, ZfA 2009, 861, 884.

³⁸ „Die Kündigung“ i. S. von § 628 Abs. 2 BGB ist wegen des systematischen Zusammenhangs zu Absatz 1 eindeutig die außerordentliche Kündigung nach § 626 oder § 627 BGB; *Weigand* in: *Etzel/Bader/Fischermeier* u.a., Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz (KR), 9. Aufl. 2009, § 628 BGB Rn. 20.

³⁹ *Stoffels* in: *Preis*, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl. 2011, II V 30 Rn. 39; *WLP/Stoffels* (o. Fußn. 16), ArbR Rn. 180.

⁴⁰ BAG, Urt. vom 21. 11. 1996 – 2 AZR 357/95, AP Nr. 130 zu § 626 BGB; Urt.

tion typischer Schäden, die der Arbeitgeber durch schuldhaft vertragswidriges Verhalten erleidet,⁴¹ schlechthin ungeeignet.

2. Kombination von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt

In der Rechtsprechung des BAG war jedenfalls bis Mitte 2011 im Grundsatz anerkannt, dass der Arbeitgeber durch eine entsprechende Vertragsklausel regelmäßig das Entstehen eines Rechtsanspruchs auf eine künftige Sonderzahlung wirksam verhindern kann.⁴² Er kann einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers ausschließen und sich eine Entscheidung vorbehalten, ob und in welcher Höhe er zukünftig Sonderzahlungen gewährt.⁴³ In gleicher Weise grundsätzlich zulässig sind auch Widerrufsvorbehalte. Sie müssen allerdings erstens, um vor § 308 Nr. 4 BGB zu bestehen, die Voraussetzungen und den Umfang der vorbehaltenen Änderungen möglichst konkret benennen⁴⁴ und dürfen zweitens hinsichtlich des Widerrufsumfangs nicht mit dem durch § 2 KSchG gewährleisteten Vertragsinhaltsschutz in Konflikt geraten.⁴⁵

vom 12. 1. 2006 – 2 AZR 179/05, AP Nr. 54 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; KR/*Fischermeier* (o. Fußn. 38), § 626 BGB Rn. 110; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 322 ff.; *Preis* in: *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 10. Aufl. 2010, Rn. 892; *Schwarze* in: *Schwarze/Eylert/Schrader*, KSchG, 2011, § 1 Rn. 54.

⁴¹ Man denke insbesondere an Imageschäden, die nur schwer messbar sind und die sich nicht im Wege des Schadensersatzanspruchs nach § 628 Abs. 2 BGB gegenüber dem Arbeitnehmer durchsetzen lassen.

⁴² BAG, Urt. vom 5. 6. 1996 – 10 AZR 883/95, AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation; Urt. vom 12. 1. 2000 – 10 AZR 840/98, AP Nr. 223 zu § 611 BGB Gratifikation; Urt. vom 30. 7. 2008 – 10 AZR 606/07, AP Nr. 274 zu § 611 BGB Gratifikation; Urt. vom 20. 1. 2010 – 10 AZR 914/08, AP Nr. 12 zu § 305c BGB. – Die Änderung der Rechtsprechung des Zehnten Senats, die durch das Urteil vom 14. 9. 2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81, vollzogen wurde, erfolgte erst lange nach Abschluss des Manuskripts und konnte daher nicht mehr berücksichtigt werden.

⁴³ BAG, Urt. vom 24. 10. 2007 – 10 AZR 825/06, AP Nr. 32 zu § 307 BGB; Urt. vom 30. 7. 2008 – 10 AZR 606/07, AP Nr. 274 zu § 611 BGB Gratifikation; Urt. vom 21. 1. 2009 – 10 AZR 219/08, NZA 2009, 310, 311.

⁴⁴ BAG, Urt. vom 12. 1. 2005 – 5 AZR 364/04, AP Nr. 1 zu § 308 BGB; *Fuchs* in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 310 BGB Rn. 194; *Thüsing* (o. Fußn. 15), Rn. 275; kritisch *Bayreuther*, ZfA 2011, 45, 53 ff., der diese Voraussetzung zutreffend als „Achillesferse“ der Vertragsgestaltung bezeichnet; für eine großzügigere Linie auch *Stoffels*, ZfA 2009, 861, 879 ff.

⁴⁵ BAG, Urt. vom 12. 1. 2005 – 5 AZR 364/04, AP Nr. 1 zu § 308 BGB; Urt. vom 11. 10. 2006 – 5 AZR 721/05, AP Nr. 6 zu § 308 BGB; *Ascheid*, Kündigungsschutzrecht, 1993, Rn. 480; *HWK/Molkenbur* (o. Fußn. 15), § 2 KSchG Rn. 28; *KR/Rost* (o. Fußn. 38), § 2 KSchG Rn. 48.

Nun gibt es Arbeitgeber, die Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt miteinander kombinieren. Das ist durchaus vernünftig, denn der Hinweis auf die „Freiwilligkeit“ kann, je nach Formulierung, auch nur zum Ausdruck bringen, dass die betroffene Leistung nicht schon auf anderer Rechtsgrundlage, insbesondere aufgrund Tarifvertrages, beansprucht werden kann, sondern vom Arbeitgeber zusätzlich gewährt wird.⁴⁶ Auf eine derart „freiwillige“ Leistung besteht dann ab Vertragsabschluss ein Rechtsanspruch; will der Arbeitgeber sich von ihr künftig lösen, muss er sie widerrufen. In diesem Sinne hat der Fünfte Senat zutreffend für eine „freiwillige, jederzeit widerrufliche und anrechenbare betriebliche Ausgleichszulage“ entschieden, die der Arbeitgeber zusätzlich zum Tarifgehalt gewährt hatte.⁴⁷ Als der Tariflohn im Jahre 2003 um 2,6% angehoben wurde, verrechnete der Arbeitgeber die Tariflohnerhöhung mit der Zulage, sodass das Bruttoentgelt des Arbeitnehmers unverändert blieb. Das BAG hat dies zu Recht gebilligt: Der Arbeitgeber habe sich den Widerruf und die Anrechnung der Zulage, die er im Arbeitsvertrag freiwillig, ohne anderweitige rechtliche Verpflichtung zugesagt hatte, vorbehalten. Von der Anrechnungsmöglichkeit habe er nunmehr Gebrauch gemacht.

Beim Zehnten Senat liest sich das anders: Es könne zwar dahingestellt bleiben, ob eine Kombination aus Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt regelmäßig wegen Intransparenz unwirksam sei⁴⁸, jedenfalls sei die Klausel aber „unklar und missverständlich“, weil sich für den Arbeitnehmer nicht hinreichend erschließe, ob nun jegliche zukünftige Bindung ausgeschlossen oder lediglich eine Möglichkeit eröffnet werden soll, sich später wieder von einer vertraglichen Bindung loszusagen.⁴⁹ Worin der Unterschied zwischen Intransparenz und „unklar und missverständlich“ liegt, bleibt das Geheimnis des Senats. Jedenfalls überspannt er die Anforderungen an die Vertragsgestaltung deutlich. Die Differenzierung zwischen der „Freiwilligkeit“ bei laufenden Leistungen, die rechtlich unzulässig sein und daher nur zum Ausdruck bringen soll, dass es keine andere Rechtsgrundlage gibt, und derjenigen bei Sonderzahlungen, die eine echte Rechtswirkung entfalten und daher zusätzlichen Widerrufsvorbehalten entgegenstehen soll, ist regelmäßig nicht einmal dem Arbeitgeber, geschweige denn

⁴⁶ BAG, Urt. vom 1. 3. 2006 – 5 AZR 363/05, AP Nr. 3 zu § 308 BGB.

⁴⁷ BAG, Urt. vom 1. 3. 2006 – 5 AZR 363/05, AP Nr. 3 zu § 308 BGB.

⁴⁸ So LAG Berlin, Urt. vom 19. 8. 2005 – 6 Sa 1106/05, NZA-RR 2006, 68, 69; LAG Brandenburg, Urt. vom 13. 10. 2005 – 9 Sa 141/05, LAGE § 611 BGB 2002 Gratifikation Nr. 5; LAG Hamm, Urt. vom 27. 7. 2005 – 6 Sa 29/05, NZA-RR 2006, 125, 126; LAG Hamm, Urt. vom 5. 11. 2009 – 15 Sa 794/09, BeckRS 2010, 66073; LAG Hessen, Urt. vom 26. 7. 2010 – 7 Sa 1881/09, BeckRS 2011, 68501.

⁴⁹ BAG, Urt. vom 8. 12. 2010 – 10 AZR 671/09, NZA 2011, 628.

– worauf es aber ankommt – dem Arbeitnehmer geläufig. Daher versteht er auch den Widerrufsvorbehalt hier nicht anders als dort, nämlich als die Befugnis des Arbeitgebers, die Leistung zu einem beliebigen Zeitpunkt mit Wirkung für die Zukunft einzustellen. Das ist nicht intransparent, sondern klar und verständlich.

IV. Schranken der Inhaltskontrolle

§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB beschränkt die über die Transparenzkontrolle hinausgehende Inhaltskontrolle auf diejenigen Vertragsklauseln, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Leistungsbeschreibungen und Preisbestimmungen bleiben folglich ausgenommen.⁵⁰

1. Freiwilligkeitsvorbehalte

Das führt unmittelbar zu den bereits in ihrer Kombination mit Widerrufsvorbehalten behandelten Freiwilligkeitsvorbehalten. Viele Autoren⁵¹ und auch Teile der Rechtsprechung⁵² stehen ihnen kritisch bis ablehnend gegenüber. Sie sehen in ihnen die Möglichkeit eines einseitigen Eingriffs des Arbeitgebers in das vertragliche Synallagma; der Arbeitnehmer bleibe bei vermindertem Arbeitsentgelt zu unveränderter Arbeitsleistung verpflichtet. Für die Arbeitgeber bedeuten sie dagegen eine erhebliche Flexibilitätsreserve, um – v. a., aber nicht nur in wirtschaftlichen Krisenzeiten – auf veränderte Rahmenbedingungen unterhalb der Schwelle der (Änderungs-) Kündigung reagieren zu können.⁵³

Die korrekte Formulierung von Freiwilligkeitsvorbehalten bereitet der Praxis freilich Schwierigkeiten. Zu Recht nämlich entnimmt die Rechtsprechung dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, dass der

⁵⁰ BGH, Urt. vom 12. 3. 1987 – VII ZR 37/86, BGHZ 100, 157, 173; Urt. vom 16. 11. 1999 – KZR 12/97, BGHZ 143, 128, 138 f.; Beschl. vom 9. 5. 2001 – IV ZR 121/00, BGHZ 147, 354, 360; Urt. vom 8. 10. 2009 – III ZR 93/09, NJW 2010, 150, 152; Urt. vom 29. 4. 2010 – Xa ZR 5/09, NJW 2010, 1958, 1959; Palandt/*Grüneberg* (o. Fußn. 27), § 307 BGB Rn. 44, 46.

⁵¹ DBD/*Bonin* (o. Fußn. 15), § 307 BGB Rn. 200 ff.; HWK/*Gotthardt* (o. Fußn. 15), Anh. §§ 305–310 BGB Rn. 35; *Preis*, NZA 2009, 281, 286; *Preis/Lindemann*, NZA 2006, 632, 636; *Schramm*, NZA 2007, 1325, 1326.

⁵² BAG, Urt. vom 10. 1. 2007 – 5 AZR 627/06, AP Nr. 7 zu § 308 BGB; dagegen *Zöllner*, ZfA 2010, 637, 645.

⁵³ *Strick*, NZA 2005, 723, 725 f.; *Thüsing/Leder*, BB 2005, 1563, 1567 f.; ausführlich zu Freiwilligkeitsvorbehalten zuletzt *Bayreuther*, ZfA 2011, 45, 46 ff.

Arbeitgeber im Zusammenhang mit freiwilligen Leistungen nicht den Eindruck erwecken darf, der Arbeitnehmer habe einen Rechtsanspruch auf sie. Unwirksam ist daher beispielsweise die Klausel „Die Zahlung des Bonus erfolgt in jedem Falle freiwillig und begründet keinen Rechtsanspruch für die Zukunft“, wenn es schon im nächsten Satz heißt: „Der *Anspruch* auf Zahlung eines Bonus entfällt ...“.⁵⁴ Vergleichbares gilt für die Klausel „Sämtliche Sonderzahlungen sind freiwillige Zuwendungen, für die kein Rechtsanspruch besteht (z.B. Weihnachtsgratifikation und Urlaubsgeld richten sich nach den Bestimmungen des BAT)“,⁵⁵ weil nach dem BAT ein Rechtsanspruch auf Weihnachts- und Urlaubsgeld bestand. Nicht wirksam vereinbart ist ein Freiwilligkeitsvorbehalt auch dann, wenn das vom Arbeitgeber verwendete Vertragsformular mit dem Hinweis „Nicht zutreffendes bitte streichen“ sowohl die Option „Der Angestellte erhält Weihnachtsgratifikation als betriebliche Leistung mit Rechtsanspruch“ als auch „Ein Rechtsanspruch auf eine Weihnachtsgratifikation besteht nicht. Wird eine solche gewährt, stellt sie eine freiwillige, stets widerrufbare Leistung des Arbeitgebers dar“ zur Verfügung stellt und keine der beiden Varianten durchgestrichen wird.⁵⁶

Wo derartige Fehler aber nicht gemacht werden, unterliegt der Freiwilligkeitsvorbehalt wegen § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB keiner inhaltlichen Kontrolle. In einem vom Fünften Senat zu entscheidenden Fall war der Kläger als Altenpfleger beschäftigt. Im April und November 2002 sowie im Juli 2003 teilte die Beklagte ihm mit:

„Herr W erhält zusätzlich zu seinem monatlichen Bruttoentgelt ab [...] eine monatliche Leistungszulage von 200 [bzw. 100] Euro. Deren Zahlung wird mit der monatlichen Gehaltszahlung fällig. Die Zahlung erfolgt als freiwillige Leistung ohne Anerkennung einer Rechtspflicht. Aus der Zahlung können für die Zukunft keinerlei Rechte hergeleitet werden.“

Im Juli 2004 stellte die Beklagte die Zahlung der insgesamt 400 Euro monatlich ein und überwies dem Kläger nur noch das im Ausgangsvertrag vereinbarte Entgelt. Das BAG hat den Freiwilligkeitsvorbehalt für unwirksam gehalten, weil es sich um ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht handele, das von dem allgemeinen Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ abweiche und der Arbeitnehmer in dem als Dauerschuldverhältnis ausgestalteten Arbeitsverhältnis grundsätzlich auf die Beständigkeit der monatlich

⁵⁴ BAG, Urt. vom 24. 10. 2007 – 10 AZR 825/06, AP Nr. 32 zu § 307 BGB – Herüberhebung diesseits.

⁵⁵ So im Fall von BAG, Urt. vom 20. 1. 2010 – 10 AZR 914/08, AP Nr. 12 zu § 305c BGB.

⁵⁶ So im Falle von BAG, Urt. vom 30. 7. 2008 – 10 AZR 606/07, AP Nr. 274 zu § 611 BGB Gratifikation.

zugesagten Zahlung einer Vergütung, die nicht an besondere Voraussetzungen geknüpft ist, vertrauen dürfe.⁵⁷

Dem ist zutreffend entgegen gehalten worden, dass ein zu erfüllendes „pactum“ gerade fehle, wenn der Arbeitgeber eine Leistung transparent als freiwillig bezeichne.⁵⁸ § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nimmt aus Respekt vor der Vertragsfreiheit nicht nur die gegenseitigen Hauptleistungspflichten von der Inhaltskontrolle aus, sondern auch, ob überhaupt eine rechtsgeschäftliche Bindung zustande gekommen ist. Eine Parallele aus dem Recht der kapitalbildenden Lebensversicherung mag dies verdeutlichen: Der Versicherer wird – und darf aufsichtsrechtlich (§ 65 VAG i.V. mit § 2 Abs. 1 DeckRV) – bei Vertragsabschluss nur eine bestimmte Mindestverzinsung der Prämien („Garantiezins“) versprechen.⁵⁹ Da dieser Zinssatz sehr vorsichtig kalkuliert ist,⁶⁰ wird er Überschüsse und eine Beteiligung des Versicherungsnehmers hieran in Aussicht stellen (vgl. § 153 Abs. 1 VVG), dabei aber deutlich machen, dass eine bestimmte Überschussgröße im Gegensatz zur Ablaufleistung gerade nicht garantiert ist.⁶¹ Dementsprechend kann es zwar geboten sein, dem Versicherungsnehmer die Bewertungsgrundsätze und die Rechenoperationen, die zur Feststellung seines Anteils führen, darzulegen.⁶² Der Überschuss kann sich gleichwohl auf „Null“ belaufen, eine bestimmte Höhe ist vertraglich nicht versprochen.

Zutreffend hatte daher der Zehnte Senat noch 2009 und 2010 erkannt, dass ein transparenter Freiwilligkeitsvorbehalt die Entstehung eines Rechtsanspruchs, auch aus betrieblicher Übung, verhindert:⁶³ Bei einem klar und verständlich formulierten Freiwilligkeitsvorbehalt, der jeden Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf die Sonderzahlung ausschließt, fehle es an einer „versprochenen Leistung“. Es mangle schon an einem rechtsgeschäftlichen Angebot des Arbeitgebers, das der Arbeitnehmer annehmen könnte. Weil es damit zu keiner verbindlichen Zusage der Sonderzahlung gekommen sei, verstoße eine Klausel, die einen Rechtsanspruch

⁵⁷ BAG, Urt. vom 25. 4. 2007 – 5 AZR 627/06, AP Nr. 7 zu § 308 BGB.

⁵⁸ *Bieder*, NZA 2007, 1135, 1137; *Hanau*, ZIP 2005, 1661, 1666; *Hanau/Hromádka*, NZA 2005, 73, 75; *Stoffels*, ZfA 2009, 861, 870 f.; *Thüsing* (o. Fußn. 15), Rn. 268; *Thüsing/Leder*, BB 2005, 1563, 1567 f.

⁵⁹ Bei Vertragsabschluss im Jahre 2011 maximal 2,25%, ab 1. 1. 2012 maximal 1,75%, § 2 Abs. 1 DeckRV.

⁶⁰ Näher *Reiff* in: *Prölss/Martin*, Versicherungsvertragsgesetz, 28. Aufl. 2010, § 153 Rn. 14 ff.; *Wandt*, Versicherungsrecht, 5. Aufl. 2010, Rn. 1156 ff., 1194 ff.

⁶¹ Siehe § 2 der Musterbedingungen des GDV für die kapitalbildende Lebensversicherung (ALB 2008).

⁶² BVerfG, Urt. vom 26. 7. 2005 – 1 BvR 80/95, BVerfGE 114, 73, 89 ff.

⁶³ BAG, Urt. vom 21. 1. 2009 – 10 AZR 219/08, NZA 2009, 310.

auf die Sonderzahlung ausschließt, auch nicht gegen den allgemeinen Grundsatz „pacta sunt servanda“.

2. Tarifnormen als „Rechtsvorschriften“

Von der Inhaltskontrolle ausgenommen sind nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB solche Vertragsbestimmungen, die von Rechtsvorschriften nicht abweichen. Für das Arbeitsrecht stellt § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen Rechtsvorschriften gleich. Daraus und aus der Kontrollfreiheit der genannten Kollektivverträge selbst (§ 310 Abs. 4 Satz 1 BGB) folgert die ganz herrschende Auffassung, dass Tarifverträge auch dann nicht der Inhaltskontrolle unterworfen sind, wenn sie nicht normativ (§ 4 Abs. 1 TVG) gelten, sondern lediglich kraft einzelvertraglicher Inbezugnahme zur Anwendung gelangen.⁶⁴ Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Tarifvertrag nicht insgesamt, sondern lediglich einzelne seiner Bestimmungen arbeitsvertraglich gelten sollen,⁶⁵ sowie für den Fall, dass die Vertragsparteien einen räumlich und/oder fachlich nicht einschlägigen Tarifvertrag in Bezug genommen haben, weil einem solchen „fremden“ Tarifvertrag völlig andere ökonomische Rahmenbedingungen zugrunde liegen können.⁶⁶ Lediglich vereinzelt wird in der Literatur eine hiervon abweichende Auffassung vertreten, die aus der Gleichstellung von Tarifverträgen mit Rechtsvorschriften den Schluss zieht, dass nunmehr alle Arbeitsverträge am Maßstab der einschlägigen Tarifverträge zu messen seien. Dementsprechend müssten auch die Arbeitsbedingungen nicht tarifgebundener Vertragsparteien jedenfalls im Wesentlichen dem Tarifniveau entsprechen, weil der Arbeitnehmer anderenfalls unangemessen benachteiligt würde.⁶⁷

⁶⁴ *Annuß*, BB 2002, 458, 460; *Gotthardt*, ZIP 2002, 277, 282; *HWK/Gotthardt* (o. Fußn. 15), § 307 BGB Rn. 14; *Henssler*, RdA 2002, 129, 136; *Hromadka*, NJW 2002, 2523, 2527; *Lieb*, FS Ulmer, 2003, S. 1231, 1244; *Lingemann*, NZA 2002, 181, 188; *ErfK/Preis* (o. Fußn. 16), §§ 305–310 BGB Rn. 39; *Richardi*, NZA 2002, 1057, 1061; *Thüsing*, BB 2002, 2666, 2671; *Tschöpe*, DB 2002, 1830, 1833 f.

⁶⁵ BAG, Urt. vom 6. 5. 2009 – 10 AZR 390/08, AP Nr. 44 zu § 307 BGB; *Däubler*, NZA 2001, 1329, 1335; *Diehn*, NZA 2004, 129, 130; *ErfK/Preis* (o. Fußn. 16), §§ 305–310 BGB Rn. 16; *Thüsing* (o. Fußn. 15), Rn. 189.

⁶⁶ *Gaul*, ZfA 2003, 74, 89; *HWK/Gotthardt* (o. Fußn. 15), § 307 BGB Rn. 14; *ErfK/Preis* (o. Fußn. 16), §§ 305–310 BGB Rn. 14; *Richardi*, NZA 2002, 1057, 1062; *Thüsing/Lambrich*, NZA 2002, 1361, 1362.

⁶⁷ *Däubler*, NZA 2001, 1329, 1334; *DBD/Däubler* (o. Fußn. 15), § 307 BGB Rn. 279 ff.; *Lakies*, NZA-RR 2002, 337, 344.