

Juristische Kurz-Lehrbücher

Vertragsgestaltung

Ein Studienbuch

von

Prof. Dr. Abbo Junker, Prof. Dr. Sudabeh Kamanabrou

4. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 66856 2

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

§ 8. Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht

Literatur (s. auch das Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur, S. XIX): *Bauer*, Einführung in die Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, JuS 1999, 356, 452, 557, 660, 765; *Düwell/Dahl*, Die Leistungs- und Verhaltensbeurteilung im Arbeitsverhältnis, NZA 2011, 958; *Hromadka*, Die betriebliche Übung: Vertrauensschutz im Gewande eines Vertrags, NZA 2011, 65; *ders.*, Grenzen des Weisungsrechts, NZA 2012, 233; *Hromadka/Schmitt-Rolfes*, Die AGB-Rechtsprechung des BAG zu Tätigkeit, Entgelt und Arbeitszeit, NJW 2007, 1777; *Junker*, AGB-Kontrolle von Arbeitsvertragsklauseln in der neueren Rechtsprechung des BAG, BB 2007, 1274; *ders.*, Grundlegende Weichenstellungen der AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen, in: Festschrift Buchner, 2009, S. 369; *Kamanabrou*, Grundfragen bei jährlich wiederkehrenden Sonderzuwendungen im Arbeitsrecht, Jura 1999, 455; *Kort*, Grenzen der arbeitgeberseitigen Änderung von Arbeitsbedingungen bei Versetzungen, in: Festschrift Birk, 2008, S. 459; *Preis/Greiner*, Vertragsgestaltung bei Bezugnahmeklauseln nach der Rechtsprechung des BAG, NZA 2007, 1073; *Preis/Ulber*, Die Wiederbelebung des Ablösungs- und Ordnungsprinzips?, NZA 2014, 6; *Raab*, Änderungsvorbehalt, Wiederrufsvorbehalt, Freiwilligkeitsvorbehalt und der Grundsatz „pacta sunt servanda“, in: Festschrift Birk, 2008, S. 659; *Reinfelder*, Der Rücktritt von Aufhebungsvertrag und Prozessvergleich, NZA 2013, 62; *Stoffels*, Die einseitige Änderung der Entgeltbedingungen durch den Arbeitgeber, in: Festschrift Hromadka, 2008, S. 463; *Vogt/Oltmanns*, Sprachanforderungen und Einführung einer einheitlichen Sprache im Konzern, NZA 2014, 181; *Weth/Weber*, Das BAG auf neuen Pfaden – Bandbreitenregelungen in Arbeitsverträgen, in: Festschrift Birk, 2008, S. 933.

Im Arbeitsrecht besteht Gestaltungsbedarf im individuellen und im kollektiven Bereich. Auf der individuellen Ebene ist der **Arbeitsvertrag** angesiedelt, in dem Arbeitnehmer und Arbeitgeber die Bedingungen des Arbeitsverhältnisses festlegen. Er gibt aber nur ein unvollständiges Bild des Arbeitsverhältnisses, denn seine Regelungen werden durch arbeitnehmerschützendes **Gesetzesrecht** und durch **Kollektivvereinbarungen** (Betriebsvereinbarungen, Tarifverträge) ergänzt; diese Normen begrenzen zugleich den individuellen Gestaltungsrahmen. Auch wenn sich die Arbeitsbedingungen aus dem Zusammenspiel unterschiedlicher Rechtsquellen ergeben, nimmt der Arbeitsvertrag die Schlüsselrolle ein, weil er Grundlage des Arbeitsverhältnisses bildet.¹

Im Folgenden geht es deshalb um Fragen der **Gestaltung und Aufhebung von Arbeitsverträgen**;² die Formulierung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen bleibt ausgeklammert. In der Praxis werden Arbeitsverträge durchwegs nicht individuell ausgehandelt. Vielmehr werden **vorformulierte Arbeitsvertragsmuster** verwendet.³ Sie haben für den Arbeitgeber Vorteile, indem sie zu einer Rationalisierung im Personalwesen und zu einer Gleichbehandlung der Arbeitnehmer führen.⁴ In der Gleichbehandlung liegt zugleich der Nachteil vorformulierter Arbeitsverträge: Sie verhindern eine individuelle, die rechtlichen Gestaltungsspielräume nutzende Vertragsgestaltung.⁵

¹ Zu den Folgen unreflektierter oder unterlassener Vertragsgestaltung bei Arbeitsverträgen s. *Preis/Preis*, Arbeitsvertrag, Teil I A Rn. 6ff.

² Musterverträge bei *Bauer*, JuS 1999, 356 (358ff.); *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht I, § 4 Rn. 56ff.; s. zur Gestaltung von Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen *Bauer*, JuS 1999, 660, 765.

³ *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 77; *Preis*, Vertragsgestaltung, S. 54ff.

⁴ *Preis*, Vertragsgestaltung, S. 105f.; *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, S. 2.

⁵ *Preis/Preis*, Arbeitsvertrag, Teil I A Rn. 106–113.

I. Allgemeine Überlegungen

- 3 Der Vertragsjurist kann sich bei der Gestaltung eines Arbeitsvertrags an den üblichen **Denkschritten der Vertragsgestaltung** orientieren (s. bereits § 1 Rn. 12ff.). Der Informationsgewinnung folgt ein erster Rohentwurf des Vertrags; die Rückkopplung des Vertragsentwurfs im dispositiven und im zwingenden Recht – hier kommen im Arbeitsrecht zum Gesetzesrecht Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge hinzu – erfolgt anhand von **Gestaltungskriterien** wie dem Gebot des sicheren Weges.

1. Fragen der Informationsgewinnung

- 4 Wie bei anderen Verträgen stehen auch bei Arbeitsverträgen die wesentlichen Vertragsbestandteile (**essentialia negotii**) im Vordergrund (s. auch § 4 Rn. 3). Zu ihnen gehört auch die Bezeichnung der Vertragsparteien, d. h. des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers (vgl. § 2 I 2 Nr. 1 NachwG). Besondere Aufmerksamkeit verdienen die vom Arbeitnehmer geschuldete Tätigkeit, die Regelungen über die Arbeitszeit und die Abrede über die Vergütung.

a) Tätigkeitsbeschreibung

- 5 Nach § 2 I 2 Nr. 5 NachwG ist die **Tätigkeit**, die der Arbeitnehmer zu leisten hat, in der Niederschrift des Arbeitsvertrags kurz zu charakterisieren oder zu beschreiben. Die Tätigkeitsbeschreibung steckt den Rahmen der Beschäftigungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers ab.⁶ Aus Arbeitgebersicht ist auf den ersten Blick die Vereinbarung eines möglichst **weiten Tätigkeitsbereichs** sinnvoll, damit der Arbeitnehmer nach den jeweiligen betrieblichen Bedürfnissen eingesetzt werden kann. Dieser Flexibilisierungseffekt lässt sich auch dadurch erzielen, dass ein konkretes Tätigkeitsgebiet mit einer **Versetzungsklausel** kombiniert wird. Eine Versetzungsklausel unterliegt allerdings der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB und ist nach § 307 I 1 BGB unwirksam, wenn sie den Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt; dagegen findet das Klauselverbot des § 308 Nr. 4 BGB auf eine arbeitsvertragliche Versetzungsklausel keine Anwendung, denn es geht nicht um die Leistung des Klauselverwenders, sondern um diejenige des Vertragspartners.⁷

Beispiele: Die Klausel „Frau X wird ab ... bei ... in Frankfurt a. M. beschäftigt. Lufthansa kann Frau X entsprechend ihren Leistungen und Fähigkeiten mit einer anderen im Interesse der Lufthansa liegenden Aufgabe betrauen, sie kann Frau X auch an einem anderen Ort sowie vorübergehend auch bei einem anderen Unternehmen einsetzen“ ist eine der Regelung des § 106 S. 1 GewO entsprechende Bestimmung, die den Test des § 307 I 1 BGB besteht.⁸ – Dagegen bedeutet die Klausel „Frau Y steht als Personalsachbearbeiterin in den Diensten von Z. Falls erforderlich, kann Z nach Abstimmung der beiderseitigen Interessen Art und Ort der Tätigkeit des/der Angestellten ändern“ eine unangemessene Benachteiligung der Arbeit-

⁶ *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht I, § 4 Rn. 57 ff; *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 208; *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht, Rn. 201, 291; *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 176, 195; *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, S. 138.

⁷ BAG vom 11.4.2006 – 9 AZR 557/05, BAGE 118, 22 = AP Nr. 17 zu § 307 BGB = NZA 2006, 1149 (Rn. 31).

⁸ BAG vom 13.3.2007 – 9 AZR 433/06, AP Nr. 26 zu § 307 BGB; s. dazu *Kort*, in: Festschrift Birk, 2008, S. 459 (465 ff.).

nehmerin i. S. d. § 307 I 1, II Nr. 1 BGB, weil sie nicht die Einschränkung enthält, dass nur eine gleichwertige Tätigkeit zugewiesen werden darf.⁹

Beide Gestaltungsvarianten – weite Tätigkeitsbeschreibung und (wirksame) Versetzungsklausel – halten dem Arbeitgeber die Möglichkeit offen, dem Arbeitnehmer kraft seines **Weisungsrechts** (Direktionsrechts) andere Arbeiten zuzuweisen. Das Weisungsrecht gibt dem Arbeitgeber die Befugnis, Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung im Rahmen des höherrangigen Rechts nach billigem Ermessen zu bestimmen (§ 106 S. 1 GewO).¹⁰ 6

Beispiele für eine weite und eine enge Tätigkeitsbeschreibung (mit Versetzungsklausel): „Herr X wird als Sachbearbeiter im Bereich Versicherungen tätig.“

„Herr X wird als Sachbearbeiter in der Sparte Feuerversicherung tätig. Die Arbeitgeberin ist berechtigt, ihm eine andere gleichwertige Tätigkeit im Bereich Versicherungen zuzuweisen.“

Die **Kehrseite des flexiblen Einsatzes** des Arbeitnehmers sind für den Arbeitgeber negative Auswirkungen auf den Kündigungsschutz. Im Fall einer betriebsbedingten Kündigung ist der Kreis der in die **Sozialauswahl nach § 1 III KSchG** einzubeziehenden Arbeitnehmer umso größer, je flexibler die Arbeitnehmer einsetzbar sind.¹¹ Mit der Anzahl der in die Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer wächst die Gefahr einer fehlerhaften Sozialauswahl. 7

Die arbeitsvertragliche Tätigkeitsbeschreibung beeinflusst einerseits die Versetzungsmöglichkeiten, andererseits den Kreis der bei einer Kündigung in die Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer.

Ferner dürfen die Flexibilisierungsmöglichkeiten hinsichtlich der vom Arbeitnehmer geschuldeten Leistung nicht überschätzt werden: Selbst wenn der Arbeitsvertrag ein weites Einsatzgebiet des Arbeitnehmers eröffnet, kann durch die tatsächliche Beschäftigung mit bestimmten Aufgaben eine **Konkretisierung der Arbeitspflicht** des Arbeitnehmers auf eine **bestimmte Tätigkeit** eintreten. Allerdings legt die Rechtsprechung insoweit einen strengen Maßstab an. 8

Beispiel: Der Arbeitnehmer Z wird als „Schlosser“ eingestellt. Sechs Jahre lang wurde er als Kunstschlosser eingesetzt, nun soll er als Maschinenschlosser tätig werden. Z meint, seine Arbeitspflicht habe sich auf eine Tätigkeit als Kunstschlosser konkretisiert.

Z hat Unrecht. Allein die langjährige Beschäftigung an einem bestimmten Arbeitsgebiet schränkt das Direktionsrecht nicht ein. Es müssen besondere Umstände hinzukommen, aus denen sich ergibt, dass künftig eine anderweitige Beschäftigung des Arbeitnehmers nicht gegen seinen Willen erfolgen wird.¹²

⁹ BAG vom 9.5.2006 – 9 AZR 424/05, BAGE 118, 184 = AP Nr. 21 zu § 307 BGB = NZA 2007, 145 (Rn. 19), s. auch BAG vom 13.6.2007 – 5 AZR 564/06, BAGE 123, 98 = AP Nr. 70 zu § 611 BGB Direktionsrecht = NZA 2007, 994.

¹⁰ Siehe zu den Grenzen des Weisungsrechts *Hromadka*, NZA 2012, 233.

¹¹ Die Grenze der Sozialauswahl ist jedoch stets der Betrieb („Betriebsbezogenheit der Sozialauswahl“): BAG vom 2.6.2005 – 2 AZR 158/04, BAGE 115, 82 = AP Nr. 73 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl = NZA 2005, 1175 (1175f.).

¹² BAG vom 17.8.2011 – 10 AZR 202/10, AP Nr. 14 zu § 106 GewO = NZA 2012, 265 (Rn. 19); BAG vom 13.6.2012 – 10 AZR 296/11, AP Nr. 15 zu § 106 GewO = NZA 2012, 1154 (Rn. 24); s. auch *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 207, 208; *Krause*, Arbeitsrecht, § 6 Rn. 6.

b) Vergütungsabrede

- 9 Nach § 2 I 2 Nr. 6 NachwG sind die Zusammensetzung und die Höhe des **Arbeitsentgelts** in die Niederschrift des Arbeitsvertrags aufzunehmen. Jedoch bleibt der Arbeitsvertrag – anders als z. B. ein Kaufvertrag – auch wirksam, wenn es an einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vergütungsabrede fehlt: Nach § 612 I BGB gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wobei sich die Höhe gem. § 612 II BGB nach der **üblichen Vergütung** richtet (insbesondere nach der betriebs-, hilfsweise der branchenüblichen Vergütung). Ein **Vorbehalt des Arbeitgebers**, die eigene Leistung zu erhöhen („Zu Beginn jedes Kalenderjahres wird eine Anpassung des Gehalts entsprechend den branchenüblichen Gehaltssteigerungen geprüft“), verstößt nicht gegen das Klauselverbot des § 308 Nr. 4 BGB, da ein solcher Vorbehalt den Arbeitnehmer nicht benachteiligt.¹³

c) Weitere Regelungen

- 10 Die notwendigen Vertragsbestandteile (**essentialia negotii**) umfassen ferner eine Regelung der Frage, wann das Arbeitsverhältnis beginnen und welche Dauer der Arbeitszeit geschuldet sein soll, ferner bei befristeten Arbeitsverhältnissen die Befristungsabrede (§ 14 IV TzBfG, s. auch § 2 I 2 Nr. 2, 3 und 7 NachwG). Außerdem können die Arbeitsvertragsparteien zusätzliche Regelungen als weitere Vertragsbestandteile (**accidentalialia negotii**) wünschen, die weitergehende Informationen des Vertragsjuristen voraussetzen (z. B. betriebliche Altersversorgung, Sonderzuwendungen, Nebentätigkeits- oder Wettbewerbsverbote). Das **Nachweisgesetz** zählt zu den Mindestangaben der Niederschrift des Arbeitsvertrags noch den Arbeitsort, die Urlaubsdauer, die Kündigungsfristen und einen Hinweis auf anwendbare Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen (§ 2 I 2 Nr. 4, 8, 9 und 10 NachwG). Ein **Verstoß** gegen die Vorschriften des Nachweisgesetzes hat keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des Arbeitsvertrags, kann aber **Schadensersatzansprüche** des Arbeitnehmers auslösen, wenn er z. B. wegen des fehlenden Hinweises auf einen Tarifvertrag (§ 2 I 2 Nr. 10 NachwG) einen Rechtsverlust erleidet.¹⁴

Beispiele: „Das Arbeitsverhältnis beginnt am 1.10.2015.“

„Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit beträgt 38,5 Stunden.“

„Die Arbeitnehmerin erhält jedes Jahr am 15. 11. eine Weihnachtsgratifikation in Höhe eines halben Brutomonatsgehalts. Der Anspruch besteht nicht, wenn die Arbeitnehmerin am 1. 11. eines Jahres seit weniger als zwölf Monaten bei der X-AG angestellt ist. Scheidet die Arbeitnehmerin vor dem 1. 11. eines Jahres aus dem Betrieb aus, so erhält sie eine anteilige Gratifikation, wenn sie im Zeitpunkt ihres Ausscheidens wenigstens zwölf Monate bei der X-AG beschäftigt war.“

2. Probleme der Rechtsanwendung

- 11 Um einen Vertrag rechtswirksam gestalten zu können, muss sich der Vertragsjurist mit den rechtlichen Rahmenbedingungen vertraut machen. Zusätzlich zum **Gesetzesrecht** sind bei der Gestaltung von Arbeitsverträgen die einschlägigen **Betriebsverein-**

¹³ BAG vom 9.11.2005 – 5 AZR 351/05, AP Nr. 5 zu § 305 c BGB = DB 2006, 1061; umfassend *Staffels*, in: Festschrift Hromadka, 2008, S. 463.

¹⁴ BAG vom 17.4.2002 – 5 AZR 89/01, AP Nr. 6 zu § 2 NachwG = NZA 2002, 1096 (1098f.); BAG vom 5.11.2003 – 5 AZR 676/02, AP Nr. 7 zu § 2 NachwG = NZA 2005, 64 (65).

barungen und Tarifverträge zu beachten. Ferner spielt die **AGB-Kontrolle** von Arbeitsbedingungen eine Rolle.

a) Gesetzesrecht

Zahlreiche arbeitsrechtliche Gesetze dienen dem Arbeitnehmerschutz und sind deshalb einseitig zwingend.¹⁵ oder sogar beidseitig zwingend ausgestaltet¹⁶; im letzteren Fall gibt es auch zugunsten des Arbeitnehmers keine zulässige Abweichung vom Gesetz. Da das Arbeitsrecht seiner Natur nach Arbeitnehmerschutzrecht darstellt, ist der Vertragsjurist bei der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht weniger frei als in anderen Rechtsgebieten. 12

Beispiele: Der Arbeitsvertrag eines Sachbearbeiters sieht eine 5-Tage-Woche mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 45 Stunden vor. – Die Vereinbarung verstößt gegen § 3 ArbZG. Da eine Anwendung der Teilnichtigkeitsregel des § 139 BGB dem Schutzzweck des Gesetzes zuwiderliefe, ist die Rechtsfolge des Verstoßes, dass die nach dem ArbZG (höchst-) zulässige Arbeitszeit von acht Stunden täglich (also bei einer 5-Tage-Woche 40 Stunden wöchentlich) als vereinbart gilt.¹⁷

Jungunternehmer J hat sich an einer US-amerikanischen Graduate School of Business vom amerikanischen Arbeitsrecht begeistern lassen. Für sein deutsches Start-Up-Unternehmen entwirft er einen Musterarbeitsvertrag, in dem ein Jahresurlaub von 14 Werktagen vorgesehen ist. – Eine solche Regelung verstößt gegen § 3 I BUrUG; es gilt die in § 3 I BUrUG vorgesehene Mindesturlaubsdauer von 24 Werktagen.

Arbeitsrechtliche Sondervorschriften gelten auch bei Leistungsstörungen. Da die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers i. d. R. eine absolute Fixschuld darstellt, tritt im Regelfall bei Nichtleistung nicht lediglich Verzug, sondern Unmöglichkeit ein.¹⁸ Die Ansprüche der Arbeitsvertragsparteien würden sich ohne arbeitsrechtliche Sondervorschriften nach den §§ 275, 326 I, II BGB richten. Der aus diesen Vorschriften resultierende Grundsatz „kein Lohn ohne Arbeit“ ist jedoch in den meisten Fällen unverschuldeter Arbeitsverhinderung durch Sondervorschriften durchbrochen (z. B. durch die Lehre vom Betriebsrisiko, § 615 S. 3 BGB, oder durch das EFZG).¹⁹ 13

Beispiel: Der Arbeitnehmer A kann infolge einer Grippe 10 Tage nicht zur Arbeit erscheinen. Sein Arbeitgeber möchte den Lohn kürzen. – Gem. § 326 I 1, 1. Hs. BGB entfällt der Anspruch des A auf sein Arbeitsentgelt. Ihm steht aber gem. § 3 I 1 EFZG ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung zu, dessen Höhe sich nach § 4 EFZG richtet.

b) Kollektivvereinbarungen

Betriebsvereinbarungen wirken unmittelbar und zwingend (§ 77 IV 1 BetrVG). Abweichende arbeitsvertragliche Regelungen sind nur zugunsten des Arbeitnehmers zulässig.²⁰ Dasselbe gilt für Tarifverträge, wenn sie aufgrund einer Tarifgebundenheit der Arbeitsvertragsparteien gem. § 3 TVG oder kraft Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) im konkreten Arbeitsverhältnis anwendbar sind (§ 4 I TVG). Die Tarifvertragsparteien können aber nach § 4 III Alt. 1 TVG Öffnungsklauseln vorsehen, die den Ar- 14

¹⁵ Von einer einseitig zwingenden Norm kann nur zugunsten, nicht aber zu Lasten der geschützten Partei abgewichen werden.

¹⁶ Übersicht über die verschiedenen Typen zwingenden Rechts bei *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 72.

¹⁷ *Anzinger/Koberski*, ArbZG, 4. Aufl. 2014, § 1 Rn. 31, 32.

¹⁸ Einzelheiten bei *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 221, 270.

¹⁹ Übersicht bei *Krause*, Arbeitsrecht, § 9 Rn. 11–38.

²⁰ Einzelheiten bei *Zöllner/Loritz/Hergentröder*, Arbeitsrecht, S. 497–499.

beitsvertragsparteien vom Tarifvertrag abweichende Regelungen auch zu Lasten des Arbeitnehmers ermöglichen. Soweit die arbeitsvertragliche Abrede für den Arbeitnehmer bessere Arbeitsbedingungen vorsieht als der Tarifvertrag, ist sie nach dem Günstigkeitsprinzip gem. § 4 III Alt. 2 TVG ohne eine Öffnungsklausel im Tarifvertrag wirksam.²¹

- 15 Die arbeitsvertragliche Regelung einer bereits kollektivvertraglich normierten Materie kann folglich zu Konkurrenzproblemen führen. Nicht immer ist klar, ob die arbeitsvertragliche Lösung für den Arbeitnehmer günstiger ist.²² Außerdem weist der Arbeitsvertrag gegenüber Kollektivverträgen eine höhere Bestandskraft auf: Während Arbeitsverträge eher statisch sind, werden Kollektivverträge häufiger angepasst.

Bei der Gestaltung von Arbeitsverträgen sind neben gesetzlichen Regelungen Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen zu beachten. Im Verhältnis zum Arbeitsvertrag gilt das Günstigkeitsprinzip.

- 16 Wenn das Arbeitsverhältnis in den räumlichen, sachlichen und persönlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrags fällt²³, ist eine arbeitsvertragliche **Bezugnahme auf den Tarifvertrag** zu erwägen: Für Arbeitnehmer, die keine Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft (und deshalb nicht tarifgebunden) sind, hat diese Klausel zur Folge, dass der Inhalt des Tarifvertrags zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses wird. Der Tarifvertrag wirkt nicht normativ wie bei den Gewerkschaftsmitgliedern (§§ 3 I, 4 I 1 TVG), sondern schuldrechtlich.²⁴

Beispiele für Bezugnahmeklauseln: „Auf das Arbeitsverhältnis findet der jeweils gültige Manteltarifvertrag für das private Bankgewerbe Anwendung.“

„Das Arbeitsverhältnis unterliegt den Tarifbestimmungen für die Niedersächsische Metallindustrie in ihrer jeweiligen Fassung.“

- 17 Die vorstehenden Bezugnahmeklauseln, die „dynamisch“ auf den „jeweils gültigen“ Tarifvertrag verweisen, sind mehrdeutig, wenn der Arbeitgeber die Branche wechselt, wenn er aus dem tarifschließenden Arbeitgeberverband austritt oder wenn ein Betriebsübergang stattfindet und der neue Inhaber nicht mehr tarifgebunden ist: Früher hat die Rechtsprechung entschieden, auch nach der Bezugnahmeklausel würden die letzten tariflichen Arbeitsbedingungen „eingefroren“; die Klausel sei als **Gleichstellungsabrede** zu verstehen.²⁵ Diese Interpretation von Bezugnahmeklauseln ist für die Arbeitnehmer nachteilig, wenn sich die Tarifbedingungen – wie meist – bei nachfolgenden Tarifverträgen verbessern.
- 18 Mit Blick auf die **Unklarheitenregel** des § 305c II BGB hat die Rechtsprechung jedoch bei Bezugnahmeklauseln in vorformulierten Arbeitsverträgen an der bisherigen Auslegung nicht festhalten wollen: Mangels eindeutiger Anhaltspunkte für einen anderen Willen der Parteien behalte die Klausel in den drei genannten Fällen (Rn. 17)

²¹ *Hanau/Adomeit*, Arbeitsrecht, Rn. 250–253; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht II, § 13 Rn. 279–294.

²² Beispiele bei *Preis*, Vertragsgestaltung, S. 123.

²³ Dazu im Einzelnen *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 563–566.

²⁴ BAG vom 26.9.2001 – 4 AZR 544/00, BAGE 99, 120 (126) = AP Nr. 21 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = NZA 2002, 634.

²⁵ BAG vom 19.3.2003 – 4 AZR 331/02, BAGE 105, 284 (286) = AP Nr. 33 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = NZA 2003, 1207.

ihre dynamische Wirkung.²⁶ Da die Rechtsprechung dem Arbeitgeber also nicht mehr mit einer für ihn günstigen Auslegung der Bezugnahme Klausel hilft, muss er die Klausel so formulieren, dass sie den Test des § 305 c II BGB (Unklarheitenregel) besteht.

Beispiel: „Auf das Arbeitsverhältnis findet der jeweils gültige Manteltarifvertrag für das private Bankgewerbe Anwendung. Das gilt jedoch nur, wenn und solange der Arbeitgeber nach § 3 TVG an den Tarifvertrag gebunden ist.“

c) AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen

Die Klauseln des einzelnen Arbeitsvertrags werden in aller Regel nicht individuell mit dem Arbeitnehmer ausgehandelt, sondern vom Arbeitgeber vorformuliert, wobei der Arbeitgeber entweder gängige Arbeitsvertragsmuster verwendet oder auf sein Unternehmen zugeschnittene Standardverträge erstellen lässt (s. bereits Rn. 2). Auch wenn man nicht von „Allgemeinen Arbeitsbedingungen“, sondern meist von „arbeitsvertraglichen Einheitsregelungen“ spricht, sind solche vorformulierten Arbeitsvertragsklauseln **Allgemeine Geschäftsbedingungen** (AGB) i. S. der §§ 305–310 BGB. Arbeitsverträge unterliegen der AGB-Kontrolle, allerdings mit der Einschränkung des § 310 IV 2 BGB: Bei der Anwendung der §§ 305 ff. BGB auf Arbeitsverträge „sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen“; die speziellen Einbeziehungsregeln des § 305 II, III BGB sind nicht anzuwenden.

Der auf dem Gebiet des Arbeitsrechts vertragsgestaltend tätige Jurist muss also zum einen die gesetzlichen Vorschriften über die Gestaltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen kennen (s. bereits § 3 Rn. 3 ff.). Zum anderen muss er wissen, welche **Besonderheiten des Arbeitsrechts** i. S. d. § 310 IV 2 BGB die Rechtsprechung anerkennt.

Beispiel: Die Vereinbarung einer **Vertragsstrafe** für den Fall, dass der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, ist nach **§ 309 Nr. 6 BGB** unwirksam. Im Arbeitsrecht besteht jedoch die Besonderheit, dass § 888 III ZPO es ausschließt, ein Urteil auf Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung zu vollstrecken. Die Vertragsstrafe stellt in vielen Fällen die einzig wirksame Möglichkeit dar, um den Arbeitnehmer zur Erfüllung der vertraglichen Hauptpflicht anzuhalten. Die Berücksichtigung dieser arbeitsrechtlichen Besonderheit führt zu dem Ergebnis, dass § 309 Nr. 6 BGB der Wirksamkeit formularmäßiger Vertragsstrafen in Arbeitsverträgen nicht entgegensteht.²⁷

Ferner geht die Rechtsprechung davon aus, dass sich die Definition des Verbrauchers in § 13 BGB vom allgemeinen Sprachgebrauch gelöst habe und einen konsumtiven Zweck des Geschäfts nicht voraussetze. Auch der Arbeitnehmer sei ein „Verbraucher“ im Rechtssinne des § 13 BGB. Der Arbeitsvertrag sei folglich ein **Verbrauchervertrag i. S. v. § 310 III BGB**.²⁸ Die Sonderregeln der AGB-Kontrolle von Verbraucherverträgen (s. bereits § 3 Rn. 31 ff.) sind daher auch bei der AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen anzuwenden. Darüber hinaus verdienen speziell bei Arbeitsverträgen vier Aspekte der AGB-Kontrolle Beachtung:

²⁶ BAG vom 14.12.2005 – 4 AZR 536/04, BAGE 116, 326 = AP Nr. 39 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = NZA 2006, 607; BAG vom 18.4.2007 – 4 AZR 652/05, AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = NZA 2007, 965 (Rn. 26).

²⁷ BAG vom 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, BAGE 110, 8 (19) = AP Nr. 3 zu § 309 BGB = NZA 2004, 727; BAG vom 18.8.2005 – 8 AZR 65/05, AP Nr. 1 zu § 336 BGB = NZA 2006, 34 (Rn. 17); BAG vom 14.8.2007 – 8 AZR 973/06, AP Nr. 28 zu § 307 BGB = NZA 2008, 170 (Rn. 35); s. auch *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 114.

²⁸ BAG vom 25.5.2005 – 5 AZR 572/04, BAGE 115, 19 = AP Nr. 1 zu § 310 BGB = NZA 2005, 1111 (1115); BAG vom 19.5.2010 – 5 AZR 253/09, AP Nr. 13 zu § 310 BGB = NZA 2010, 939 (Rn. 23).

- 22 **aa)** Bedeutung hat das **Aushandeln von Arbeitsbedingungen**: Auch bei Arbeitsverträgen findet nach **§ 305 I 3 BGB** eine AGB-Kontrolle nicht statt, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind. Nach der Rechtsprechung bedeutet „aushandeln“ i. S. v. § 305 I 1 BGB mehr als „verhandeln“: Es genügt nicht, dass der Vertragsinhalt lediglich erläutert oder erörtert wird und den Vorstellungen des Vertragspartners entspricht. Ausgehandelt ist eine Vertragsklausel nur, wenn der Arbeitgeber die Klausel ernsthaft zur Disposition stellt und dem Arbeitnehmer die reale Möglichkeit einräumt, den Inhalt der Klausel zu beeinflussen.²⁹ Wenn jedoch eine Klausel in diesem Sinne „ausgehandelt“ ist und somit als **Individualabrede (§ 305b BGB)** den Vorrang vor einer vorformulierten Klausel hat, steht der Arbeitgeber besser als nach früherem Recht: Anders als vor der Schuldrechtsreform gibt es in diesen Fällen keine Billigkeitskontrolle im Sinne einer allgemeinen, nicht auf die Besonderheiten des Falles bezogenen Angemessenheitsprüfung nach § 242 BGB.³⁰
- 23 **bb)** Besonders zu beachten ist auch bei vorformulierten Bedingungen in Arbeitsverträgen das **Verbot überraschender Klauseln (§ 305c I BGB)**. Dieses Verbot führt z. B. dazu, dass eine im Vertragstext unter „Verschiedenes“ versteckte **Ausschlussklausel** (Verfallklausel) für Arbeitnehmeransprüche nicht Vertragsbestandteil wird.³¹ Ebenso wurde in einem Fall entschieden, in dem ein nachvertragliches **Wettbewerbsverbot** des Arbeitnehmers im Vertragstext an einer Stelle eingeordnet war, an der mit dieser Klausel nicht gerechnet werden musste.³²
- 24 **cc)** Nach der **Unklarheitenregel des § 305c II BGB** gehen Zweifel bei der Auslegung vorformulierter Arbeitsbedingungen zulasten des Verwenders, also im Regelfall zulasten des Arbeitgebers. Diese Unklarheitenregelung hat das BAG z. B. auf **Bezugnahmeklauseln** angewendet (s. bereits Rn. 18).
- 25 **dd)** Die **Inhaltskontrolle nach §§ 307–309 BGB** findet auch bei Arbeitsverträgen ihren Ausgangspunkt in § 307 III 1 BGB, wonach eine inhaltliche Kontrolle nur bei Vertragsklauseln in Betracht kommt, die von Rechtsvorschriften in Gesetzen, Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen (§ 310 IV 3 BGB) abweichen oder solche Rechtsvorschriften ergänzen (s. bereits § 3 Rn. 21). Besonders wichtig ist die Generalklausel des § 307 I, II BGB: Wenn eines der speziellen Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB wegen der „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“ (§ 310 IV 2 BGB) nicht anzuwenden ist, kann die entsprechende Bestimmung des Arbeitsvertrags immer noch gegen die Generalklausel des § 307 I, II BGB verstoßen.

Beispiel: Auf eine **Vertragsstrafe** wegen vorzeitiger Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist das spezielle Klauselverbot des § 309 Nr. 6 BGB wegen der Besonderheiten des Arbeitsrechts gem. § 310 IV 2 BGB nicht anzuwenden (s. Rn. 20). Ist die Vertragsstrafe jedoch unangemessen hoch (ein volles Monatsgehalt, obwohl sich der Arbeitnehmer rechtmäßig mit einer Kündigungsfrist von zwei Wochen vom Vertrag hätte

²⁹ BAG vom 27.7.2005 – 7 AZR 486/04, BAGE 115, 274 = AP Nr. 6 zu § 307 BGB = NZA 2006, 40 (44).

³⁰ BAG vom 25.5.2005 – 5 AZR 572/04, BAGE 115, 19 = AP Nr. 1 zu § 310 BGB = NZA 2005, 1111 (1116); Preis, NZA Beilage 3/2006, S. 115 (116).

³¹ So bereits zum früheren Recht BAG vom 29.11.1995 – 5 AZR 447/94, BAGE 81, 317 (322) = AP Nr. 1 zu § 3 AGB-Gesetz m. Anm. *Fastrich*, NZA 1996, 702.

³² BAG vom 13.7.2005 – 10 AZR 532/04, AP Nr. 78 zu § 74 HGB = DB 2005, 2415.