Stud. jur. Stelios Tonikidis, Mannheim*

Arbeitsrechtliche Besonderheiten der Inhaltskontrolle i. S. d. § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB

Seit der Schuldrechtsreform unterliegen auch Arbeitsverträge der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB. Dabei sind jedoch gemäß § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB die „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen". Was man darunter zu verstehen hat, ist jedoch seit Jahren umstritten. Der nachfolgende Kurzbeitrag soll die arbeitsrechtliche Diskussion um § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB strukturieren und näher durchleuchten.

I. Einleitung

Im Zuge der Schuldrechtsreform[1] wurde unter anderem das AGBG[2] in das BGB überführt, bei gleichzeitiger Streichung der in § 23 Abs. 1 AGBG a. F. geregelten Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht. Die wesentlichen Bestimmungen des AGBG finden sich seitdem in den §§ 305 bis 310 BGB. Dabei regelt § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB, dass auch vorformulierte Arbeitsverträge der AGB-Kontrolle unterliegen und die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen sind. Die Streichung der Bereichsausnahme und die Schaffung des § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB haben jedoch viele Fragen aufgeworfen, die in den letzten Jahren kontrovers diskutiert worden sind. Der folgende Kurzbeitrag wird einen Ausschnitt davon behandeln. Es wird dabei zunächst den Fragen nachgegangen, auf welche „Arbeitsverträge" § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB Anwendung findet, und was man unter der „angemessenen Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten" zu verstehen hat. Abschließend wird untersucht, ob unwirksame AGB-Klauseln im Wege der geltungserhaltenden Reduktion auf das gerade noch zulässige Maß zurückgeführt werden können.

II. „Angemessene Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten" i. S. d. § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB

Die Weichen für die Inhaltskontrolle vorformulierter allgemeiner Vertragsbedingungen werden im Arbeitsrecht in § 310 Abs. 4 S. 2 BGB gestellt. Danach sind die „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen".

1. „Arbeitsverträge"

Nach dem Wortlaut des § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB findet die Vorschrift auf „Arbeitsverträge" Anwendung. Es besteht allgemein Einigkeit darin, dass hierunter der zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses geschlossene Vertrag fällt.[3] Einige Stimmen im Schrifttum gehen aber ei-

* *Stelios Tonikidis* studiert im 10. Semester Rechtswissenschaft an der Universität Mannheim.

1 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl I, S. 3138.

2 Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 09.12.1976, BGBl I, S. 3317.

3 *Klaus Hümmerich*, AnwaltKommentar Arbeitsrecht, Band 1, 2008, § 310 BGB Rn. 25; *Rudi Müller-Glöge*, Erfurter Kommentar, 9. Aufl. 2009, § 620 BGB Rn. 15; *Gregor Thüsing*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 2007, Rn. 64; *Jobst-Hubertus Bauer*, Neue Spielregeln für Aufhebungs- und Abwicklungsverträge durch das geänderte BGB, NZA 2002, 169 (172); *Martin Henssler*, Arbeitsrecht und Schuldrechtsreform, RdA 2002, 129 (139); *Klaus Hümmerich*, Erweiterte Arbeitnehmerrechte durch Verbraucherschutz, AnwBl 2002, 671 (680); *Klaus Hümmerich*, Aufhebungs- und Abwicklungsvertrag in einem sich wandelnden Arbeitsrecht, NJW 2004, 2921 (2930); *Gregor Thüsing*, Inhaltskontrolle von Formulararbeitsverträgen nach neuem Recht, BB 2002, 2666 (2669); *Gregor Thüsing et al.*, Neues zur Inhaltskontrolle von Formulararbeitsver-

nen Schritt weiter und lesen den Begriff „Arbeitsverträge“ als „jeder arbeitsrechtliche Vertrag“[4] oder wollen zumindest auch Aufhebungsverträge als von § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB erfasst ansehen[5].

Gegen die beiden letztgenannten Auffassungen spricht jedoch nicht nur der Wortlaut des § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB („Arbeitsverträge“)[6], sondern auch ein systematischer Vergleich zwischen § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB und § 310 Abs. 4 S. 1 BGB. In § 310 Abs. 4 S. 1 BGB ist eine Bereichsausnahme für bestimmte Rechtsgebiete geregelt („… keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des …“). Hätte der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB auf alle arbeitsrechtlichen Verträge erstrecken wollen, so wäre es naheliegend gewesen, eine Gesetzesformulierung ähnlich der des § 310 Abs. 4 S. 1 BGB zu verwenden: „Bei Verträgen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen“. Da eine solche Formulierung nicht gewählt wurde, ist davon auszugehen, dass § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB nur auf Verträge zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses Anwendung finden soll. Damit scheidet auch eine Erstreckung des § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB auf Änderungsverträge aus.

2. „im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten“

Was aber sind die „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“? Zu dieser Frage hat sich in den letzten Jahren ein breites Meinungsspektrum gebildet, welches im Folgenden einer kritischen Prüfung unterzogen werden soll.

a) Kein Bestehen von „arbeitsrechtlichen Besonderheiten“

Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung gibt es keine „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“, denn ihr Bestehen würde dem Willen des Gesetzgebers widersprechen, durch § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB die Anwendung der §§ 305 ff. BGB im Arbeitsrecht zu ermöglichen.[7] Demnach bliebe es bei der uneingeschränkten Anwendung der §§ 307 ff. BGB.

b) Besonderheiten innerhalb des Arbeitsrechts als „arbeitsrechtliche Besonderheiten“

Allerdings nennt die Gesetzesbegründung als Beispiel für „im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten“ die kirchlichen Arbeitsverhältnisse.[8] Daraus wird teilweise gefolgert, dass es sich bei den „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“ um Besonderheiten innerhalb des Arbeitsrechts handeln muss, worunter Besonderheiten des jeweiligen Vertrages (z. B. arbeitsrechtliche Befristungen) oder Sonderarbeitsverträge (z. B. kirchliche Arbeitsverhältnisse) fallen.[9]

c) Rechtliche Besonderheiten als „arbeitsrechtliche Besonderheiten“

Nach einer anderen Auffassung bezieht sich § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB auf Besonderheiten des Rechtsgebiets Arbeitsrecht im Ganzen, jedoch mit der Einschränkung, dass unter den „Besonderheiten des Arbeitsrechts“ ausschließlich rechtliche Besonderheiten fallen, nicht auch tatsächliche Besonderheiten (z. B. Üblichkeit einer bestimmten Vertragsgestaltung).[10] Dies wird damit begründet, dass nur rechtliche Momente gelten können, nicht aber tatsächliche.[11] Denn Tatsachen „gelten“ nicht, sondern sind der Fall; Tatsachenbehauptungen sind wahr oder unwahr.[12] Zu den rechtlichen Besonderheiten sollen nach der genannten Ansicht nicht nur Rechtsvorschriften, sondern auch das gesetzesvertretende Richterrecht (z. B. arbeitsgerichtliche Rechtsprechung zum Arbeitskampfrecht) zählen.[13] Die Vertreter dieser Auffassung sind sich

trägen – Ein Streifzug durch die Rechtsprechung nach der Schuldrechtsreform, BB 2004, 42 (44).

4 *Bauer* (Fn. 3), S. 172; *Henssler* (Fn. 3), S. 139.

5 *Müller-Glöge* (Fn. 3), § 620 BGB Rn. 15; *Stefan Lingemann*, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Arbeitsvertrag, NZA 2002, 181 (185); *Linus Zeller-Müller*, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen und auf Aufhebungsverträge, Diss. 2004, S. 307 f.

6 *Hümmerich,* AnwK (Fn. 3), § 310 BGB Rn. 25 f.; *Klaus Hümmerich*, Gestaltung von Arbeitsverträgen: Kommentierte Klauseln und Musterverträge, 1. Aufl. 2006, § 1 Rn. 111; *Thüsing,* AGB-Kontrolle (Fn. 3), Rn. 64; *Hümmerich,* NJW (Fn. 3), 2930; *Thüsing,* BB (Fn. 3), 2669.

7 *Friedrich Graf von Westphalen*, Praxis der Schuldrechtsreform, § 310 Rn. 7.

8 BT-Drucks. 14/7052, S. 189: „Der Ausschuss verbindet mit der vorgesehenen Formulierung die Erwartung, dass den Besonderheiten spezifischer Bereiche des Arbeitsrechts wie z. B. des kirchlichen Arbeitsrechts angemessen Rechnung getragen werden kann.“.

9 *Christian Birnbaum*, Was sind die „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“?, NZA 2003, 944 (948); *Klaus Hümmerich et al.*, Der Arbeitnehmer als Verbraucher, NZA 2002, 173 (178).

10 LAG Hamm NZA 2003, 499 (501); LAG Hessen, Urt. v. 07.05.2003 – 2 Sa 53/03 (über juris abrufbar); ArbG Bochum NZA 2002, 978 (979); *Georg Annuß*, Grundstrukturen der AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen, BB 2006, 1333 (1334); *Olaf Deinert*, Fünf Jahre AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, AiB 2008, 217 (220); *Thomas Lakies*, AGB-Kontrolle: Ausschlussfristen vor dem Aus?, NZA 2004, 569 (575); *Ulrich Preis*, Arbeitsrecht, Verbraucherschutz und Inhaltskontrolle, Sonderbeilage zu NZA Heft 16/2003, 19 (26); *Ulrich Preis*, Widerrufsvorbehalte auf dem höchstrichterlichen Prüfstand, NZA 2004, 1014 (1015); *Ulrich Preis et al.*, Die neueste Entwicklung der Vertragsinhaltskontrolle im Arbeitsrecht – Zwischenbilanz und Ausblick, ZfA 2007, 43 (57); *Uwe Reim*, Wirksamkeit von Vertragsklauseln in Formulararbeitsverträgen, JuS 2006, 120 (121); *Gregor Thüsing*, Was sind die Besonderheiten des Arbeitsrechts?, NZA 2002, 591 (592); *Thüsing,* BB (Fn. 3), 2673.

11 LAG Hamm NZA 2003, 499 (501); *Thüsing,* AGB-Kontrolle (Fn. 3), Rn. 109; *Thüsing* (Fn. 10), 592.

12 *Eberhard Dorndorf et al.*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2008, § 310 BGB Rn. 64; a. A. *Birnbaum* (Fn. 9), 948, nach dessen Auffassung es nicht möglich ist, sauber zwischen rechtlichen und tatsächlichen Besonderheiten zu unterscheiden. Dagegen spricht jedoch, dass es allen Rechtsordnungen der westlichen Welt gemeinsam ist, dass sie zwischen Tatsachen und Normen scharf unterscheiden.

13 LAG Berlin NZA-RR 2005, 20 (22); LAG Schleswig-Holstein NZA-RR 2004, 74 (76); *Thüsing,* AGB-Kontrolle (Fn. 3), Rn. 110;

allerdings uneins darüber, welche Rechtvorschriften genau erfasst sind. Teilweise wird gefordert, dass diese nur im Arbeitsrecht gelten dürfen (wie z. B. das KSchG, EFZG).[14] Teilweise wird aber auch vertreten, dass nicht nur die speziell für Arbeitsverträge geltenden Normen erfasst werden, sondern auch solche, die sich im Arbeitsrecht besonders auswirken (z. B. § 888 Abs. 3 ZPO).[15]

d) Rechtliche und tatsächliche Besonderheiten als „arbeitsrechtliche Besonderheiten"

Das Bundesarbeitsgericht und ein Teil des Schrifttums sind dagegen der Auffassung, dass sich § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB auf Besonderheiten des Rechtsgebiets Arbeitsrecht im Ganzen bezieht, unabhängig davon, ob es sich um rechtliche oder tatsächliche Besonderheiten handelt.[16] Als Begründung wird angeführt, dass die Gegenansichten eine zu restriktive Haltung einnehmen und § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB keinen nennenswerten Spielraum gewähren.[17]

e) Stellungnahme

Zu Recht konnte sich die Auffassung, nach der es keine „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten" gibt, nicht durchsetzen. Denn sie widerspricht dem Gesetzeswortlaut des § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber in dieser Vorschrift die Existenz der „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten" anerkannt hat, zeigt, dass es sie geben muss.[18] Sofern unter den „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten" nur Besonderheiten des jeweiligen Vertrages (z. B. Befristungen) oder Sonderarbeitsverträge verstanden werden, kann dem ebenfalls nicht gefolgt werden. Denn in der Gesetzesbegründung werden die kirchlichen Arbeitsverhältnisse nur als Beispiel erwähnt und können nicht als Beschränkung des § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB verstanden werden.[19] Zudem sieht der Gesetzeswortlaut selbst keine Beschränkung auf besonders ausgestaltete Arbeitsverhältnisse vor. Vielmehr sollen nach dem Gesetzeswortlaut des § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB die „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten" in jedem Arbeitsverhältnis berücksichtigt werden.[20] Die Ansicht der Rechtsprechung, dass neben rechtlichen Besonderheiten auch tatsächliche Besonderheiten von § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB erfasst werden, verdient ebenfalls keine Zustimmung. Denn während der Gesetzgeber in § 310 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB geregelt hat, dass auf die „im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen ist", hat er den Wortlaut des § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB enger gefasst, so dass darunter gerade nicht tatsächliche Besonderheiten des Arbeitsrechts subsumiert werden können.[21] Außerdem stellt der Gesetzeswortlaut auf das Arbeitsrecht ab und nicht auf das Arbeitsverhältnis oder das Arbeitsleben, so dass es demzufolge um rechtliche Besonderheiten geht und nicht um tatsächliche.[22] Es überzeugt daher die Ansicht, nach der nur rechtliche Besonderheiten von § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB erfasst sind. Sofern dabei teilweise vertreten wird, dass die rechtlichen Besonderheiten nur im Arbeitsrecht gelten dürfen[23], kann dem nicht gefolgt werden. Andernfalls würde man den Anwendungsbereich des § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB zu sehr beschränken. Am überzeugendsten ist daher die Ansicht, die unter den „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten" nur rechtliche Besonderheiten auffasst, worunter aber nicht nur die speziell für Arbeitsverträge geltenden Normen zu verstehen sind, sondern auch solche, die sich im Arbeitsrecht besonders auswirken.[24] Zwar zählt auch das Richterrecht zu den rechtlichen Besonderheiten, dies gilt aber nur, sofern sich dieses in bestimmten rechtssatzförmigen Prinzipien niedergeschlagen hat (wie z. B. bei den Grundsätzen der Arbeitnehmerhaftung oder des Arbeitskampfrechts).[25]

3. „bei der Anwendung … angemessen zu berücksichtigen"

Die Besonderheiten des Arbeitsrechts müssen zuletzt auch angemessen berücksichtigt werden. Dies geschieht durch eine zweistufige Prüfung: Zunächst wird die jeweilige AGB-Klausel auf ihre Vereinbarkeit mit den §§ 307 ff. BGB hin überprüft.[26] Unabhängig vom Ergebnis der Prüfung folgt dann in einem zweiten Schritt ein Abwägungsprozess, bei dem die Interessenlage der Vertragspartner im allgemeinen Zivilrecht mit derjenigen im Arbeitsrecht verglichen wird:[27] Nur sofern sich in den Interessenlagen

Günther Hönn, Zu den „Besonderheiten" des Arbeitsrechts, ZfA 2003, 325 (334); *Preis,* Sonderbeilage zur NZA (Fn. 10), 26; *Thüsing* (Fn. 10), 593.

14 *Thüsing,* BB (Fn. 3), 2673; *Thüsing* (Fn. 10), 592; *Thüsing et al.* (Fn. 3), 45.

15 *Sandy Bernd Reichenbach*, Konventionalstrafe für den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer, NZA 2003, 309 (311); *Reinhard Singer*, Arbeitsvertragsgestaltung nach der Reform des BGB, RdA 2003, 194 (199).

16 BAG NZA 2005, 1111 (1113); ArbG Duisburg NZA 2002, 1038 (1039); *Martin Henssler*, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl. 2003, § 310 Rn. 6; *Detlev Joost*, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Arbeitsvertrag – Ein Beispiel für eine missglückte Gesetzgebung, in: Mathias Habersack/Peter Hommelhoff/Uwe Hüffer/Karsten Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, 2003, S. 1199 (1203).

17 *Henssler* (Fn. 16), § 310 Rn. 6.

18 *Christian Rolfs*, Studienkommentar Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2007, § 310 BGB Rn. 3; *Reichenbach* (Fn. 15), 311.

19 BAG NZA 2004, 727 (731); *Michael Coester*, Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen, JURA 2005, 251 (256).

20 BAG NZA 2004, 727 (731); *Werner Holtkamp*, Der Arbeitnehmer als Verbraucher?, AuA 2002, 250 (254).

21 LAG Hamm NZA 2003, 499 (501); LAG Hessen, Urt. v. 07.05.2003 – 2 Sa 53/03 (über juris abrufbar); *Manfred Herbert et al.*, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform – eine Zwischenbilanz, NJW 2005, 3745 (3746); *Reim* (Fn. 10), 121 f.; *Thüsing* (Fn. 10), 592.

22 LAG Hamm NZA 2003, 499 (501); *Thüsing* (Fn. 10), 592.

23 *Thüsing* (Fn. 10), 592; *Thüsing,* BB (Fn. 3), 2673.

24 *Reichenbach* (Fn. 15), 311; *Hermann Reichold*, Anmerkungen zum Arbeitsrecht im neuen BGB, ZTR 2002, 202 (207).

25 LAG Schleswig-Holstein NZA-RR 2004, 74 (76); *Preis,* NZA (Fn. 10), 1015.

26 *Henssler* (Fn. 16), § 310 Rn. 8.

27 *Rolfs* (Fn. 18), § 310 BGB Rn. 7; *Joost* (Fn. 16), S. 1204.

Unterschiede aufzeigen, wird mittels § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB eine Korrektur des anfangs vorgefundenen Ergebnisses vorgenommen.[28] Strittig ist jedoch, in welchen Fällen eine derartige Korrektur vorgenommen werden darf. Teilweise wird vertreten, dass eine angemessene Berücksichtigung der arbeitsrechtlichen Besonderheiten nur bei § 307 BGB möglich sei, nicht jedoch bei §§ 308, 309 BGB.[29] Als Begründung wird angeführt, dass das Bundesarbeitsgericht vor der Schuldrechtsreform Arbeitsverträge trotz der Bereichsausnahme in § 23 Abs. 1 AGBG a. F. auf der Grundlage der §§ 242, 315 BGB so überprüft hatte, als fände § 9 AGBG a. F., der mit inhaltlichen Änderungen dem heutigen § 307 BGB entspricht, auf sie Anwendung.[30] Durch die Streichung der Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGBG a. F. sollte aber keine Rechtsänderung bewirkt werden, so dass folglich eine angemessene Berücksichtigung der arbeitsrechtlichen Besonderheiten nur im Rahmen des § 307 BGB erfolgen kann.[31] Andere wiederum wollen § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB nur im Rahmen der §§ 307, 308 BGB zur Anwendung verhelfen.[32] Dies wird mit der hinter § 309 BGB stehenden Überschrift im Gesetzestext („Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit") begründet, die dazu führt, dass eine angemessene Berücksichtigung der arbeitsrechtlichen Besonderheiten im Rahmen des § 309 BGB denklogisch ausgeschlossen ist.[33] Die Rechtsprechung und weite Teile der Literatur vertreten demgegenüber die Auffassung, dass § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB für sämtliche Vorschriften der §§ 305 ff. BGB gilt.[34]

Letzterer Auffassung ist zuzustimmen. Denn bereits nach dem Wortlaut von § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB („Bei der Anwendung auf…") i. V. m. § 310 Abs. 4 S. 1 BGB („Dieser Abschnitt findet…") bezieht sich die Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten auf den gesamten 2. Abschnitt des 2. Buches des BGB, also die §§ 305 bis 310 BGB.[35] Zudem lässt sich auch aus der Gesetzesbegründung nichts für eine einschränkende Anwendung des § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB ableiten.[36]

III. Geltungserhaltende Reduktion unwirksamer Vertragsbedingungen

Kommt man zum Ergebnis, dass eine Klausel im Arbeitsvertrag den Vertragspartner unangemessen i. S. d. §§ 307 ff. BGB benachteiligt, so ist die Klausel nach § 306 Abs. 1 BGB unwirksam. Im Übrigen bleibt der Vertrag – in Abweichung von § 139 BGB – aber aufrechterhalten. Welchen Umfang die Unwirksamkeit genau hat, ist jedoch umstritten. Das Bundesarbeitsgericht erklärte in seiner früheren Rechtsprechung unangemessene Vertragsbestimmungen nicht insgesamt für unwirksam, sondern führte sie im Wege der geltungserhaltenden Reduktion auf das gerade noch zulässige Maß zurück.[37] Seit der Streichung der Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGBG a. F. und der Schaffung des § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB lehnt es jedoch ebenso wie weite Teile des Schrifttums eine solche grundsätzlich ab.[38] Sofern im neueren Schrifttum die frühere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu dieser Frage als „Besonderheit des Arbeitsrechts" i. S. d. § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB aufgefasst und eine geltungserhaltende Reduktion befürwortet wird[39], kann dem nicht gefolgt werden. Andernfalls würde der Richter zum Erfüllungsgehilfen des Verwenders von vorformulierten allgemeinen Vertragsbedingungen werden, wenn er unwirksame Klauseln auf das gerade noch zulässige Maß zurückführen würde.[40] Zudem führt die Gegenansicht zu dem sinnwidrigen Ergebnis, dass das Bundesarbeitsgericht von seiner früheren Rechtsprechung nicht mehr abweichen kann, obwohl es an dieser gar nicht mehr festhalten will. Denn die frühere Rechtsprechung müsste gerade als „Besonderheit des Arbeitsrechts" i. S. d. § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB angemessen berücksichtigt werden. Eine geltungserhaltende Reduktion ist daher abzulehnen. Die unwirksame Klausel wird nach dem Gesetzeswortlaut des § 306 Abs. 2 BGB durch die gesetzliche Regelung ersetzt.[41] Sofern es an einer solchen fehlt, ist die ent-

28 *Rolfs* (Fn. 18), § 310 BGB Rn. 7; *Joost* (Fn. 16), S. 1204.

29 *Lingemann* (Fn. 5), 185.

30 *Lingemann* (Fn. 5), 185.

31 *Lingemann* (Fn. 5), 185.

32 *Joachim Klevemann*, Anmerkung zu ArbG Bochum, Urteil vom 8.7.2002 – 3 Ca 1287/02, AiB 2002, 577 (581).

33 *Klevemann* (Fn. 32), 581.

34 BAG NZA 2004, 727 (731); *Wolfgang Hromadka*, Schuldrechtsmodernisierung und Vertragskontrolle im Arbeitsrecht, NJW 2002, 2523 (2528); *Joost* (Fn. 16), S. 1202 f.; *Sascha Morgenroth et al.*, Die Besonderheiten des Arbeitsrechts im allgemeinen Zivilrecht, NJW 2004, 2797 (2797); *Reichenbach* (Fn. 15), 311; *Reinhard Richardi*, Gestaltung der Arbeitsverträge durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, NZA 2002, 1057 (1061); *Peter Schrader et al.*, AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen – (Teil 1): Tätigkeit, Arbeitszeit und Vergütung, NZA-RR 2005, 169 (172).

35 BAG NZA 2004, 727 (731).

36 *Henssler* (Fn. 16), § 310 Rn. 7; *Herbert et al.* (Fn. 21), 3745; *Richardi* (Fn. 35), 1061.

37 BAG NZA 1998, 431 (432); NZA 1996, 314 (317); NZA 1994, 937 (943).

38 BAG NZA 2008, 1173 (1179); NZA 2008, 1233 (1237); NZA 2007, 145 (147); NZA 2006, 1042 (1043); NZA 2006, 149 (153); NZA 2005, 1111 (1114); NZA 2004, 727 (734); *Ulrich Preis*, Erfurter Kommentar (Fn. 3), §§ 305–310 BGB Rn. 104; *Christiane Brors*, „Neue" Probleme bei arbeitsrechtlichen Vertragsstrafeklauseln, DB 2004, 1778 (1781); *Deinert* (Fn. 10), 224; *Michael Gotthadt*, Der Arbeitsvertrag auf dem AGB-rechtlichen Prüfstand, ZIP 2002, 277 (289); *Viola Lindemann*, Neuerungen im Arbeitsrecht durch die Schuldrechtsreform, AuR 2002, 81 (87); *Preis et al.* (Fn. 10), 78; *Gerhard Reinecke*, Kontrolle Allgemeiner Arbeitsbedingungen nach der Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, DB 2002, 583 (586); *Gerhard Reinecke*, Vertragskontrolle im Arbeitsrecht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Jahrbuch des Arbeitsrechts Band 43 (2006), S. 23 (40); *Schrader et al.* (Fn. 34), 173; *Singer* (Fn. 15), 203.

39 *Georg Annuß*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht – Wo geht die Reise hin? BB 2002, 458 (461 f.); *Birnbaum* (Fn. 9), 948; *Lingemann* (Fn. 5), 187; *Thüsing* (Fn. 10), 594; *Thüsing*, BB (Fn. 3). 2674.

40 Dahingehend: *Lindemann* (Fn. 38), 87.

41 *Brors* (Fn. 38), 1781; *Deinert* (Fn. 10), 224; *Reinecke* (Fn. 38), 586.

standene Lücke mittels ergänzender Vertragsauslegung zu schließen.[42]

IV. Zusammenfassung

Hinsichtlich der Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen stellt § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB die Weichen: Die „angemessene Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten" erstreckt sich auf sämtliche Vorschriften der §§ 305 ff. BGB und gilt nur für arbeitsrechtliche Verträge, welche die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Gegenstand haben („Arbeitsverträge"). Bei der Frage, was unter den „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten" zu verstehen ist, ist der Ansicht der Vorzug zu geben, die darunter nur rechtliche Besonderheiten auffasst. Dabei zählen zu den rechtlichen Besonderheiten nicht nur Rechtsvorschriften, sondern auch das gesetzesvertretende Richterrecht (z. B. arbeitsgerichtliche Rechtsprechung zur Arbeitgeberhaftung oder zum Arbeitskampfrecht). Bezüglich der Rechtsvorschriften werden nicht nur die speziell für Arbeitsverträge geltenden Normen erfasst, sondern auch solche, die sich im Arbeitsrecht besonders auswirken. Die geltungserhaltende Reduktion einer unwirksamen AGB-Klausel im Arbeitsrecht ist mit der herrschenden Meinung abzulehnen.

42 BGH, NJW 2008, 2499 (2500); NJW 2006, 3778 (3781).