

BUNDEARBEITSGERICHT



8 AZR 645/09
7 Sa 385/09
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. August 2010

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. August 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Brückmann und Schulz für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 15. Juli 2009 - 7 Sa 385/09 - aufgehoben, soweit die Beklagte zur Zahlung von Zinsen für die Zeit vom 1. Dezember 2008 bis zum 1. Januar 2009 verurteilt worden ist.

Im Übrigen wird die Revision mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Beklagte verurteilt wird, an die Klägerin 2.700,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 2. Januar 2009 zu zahlen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte zur Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet ist. 1

Die Beklagte hatte sich bei der Klägerin als Diplom-Finanzwirtin für den Bereich Steuerberatung und Wirtschaftsprüfung beworben. Nachdem am 20. Oktober 2008 ein Bewerbungsgespräch stattgefunden hatte, übersandte die Klägerin der Beklagten am Folgetag einen bereits von dem Geschäftsführer der Klägerin unterzeichneten Anstellungsvertrag nebst weiteren Unterlagen. In einem Begleitschreiben heißt es: 2

„... Wir bitten Sie, die für uns bestimmten Unterlagen:
1 Exemplar Anstellungsvertrag ...

unterschrieben bis spätestens zum 31. Oktober 2008 an uns zurück zu senden. Wir halten uns an unsere Unterschrift bis zu diesem Zeitpunkt gebunden.“

Der Anstellungsvertrag, der in § 4 ein monatliches Gehalt von 2.700,00 Euro brutto vorsieht, enthält in § 1, der mit „Beginn und Ende des Arbeitsverhältnisses“ überschrieben ist, auszugsweise folgende Bestimmungen: 3

- „1. Das Arbeitsverhältnis beginnt am 01. Januar 2009. Vor seinem Beginn ist die ordentliche Kündigung ausgeschlossen.
2. Der Vertrag wird für die Dauer von 6 Monaten auf Probe abgeschlossen und endet mit dem Ablauf der Probezeit, sofern er nicht zuvor verlängert wird. Während der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis jederzeit mit einer Frist von einem Monat gekündigt werden, unbeschadet des Rechts zur fristlosen Kündigung.
3. Tritt der Arbeitnehmer das Dienstverhältnis nicht an, so verspricht er hiermit ungeachtet eines Schadensnachweises im Einzelfall der Gesellschaft eine Vertragsstrafe in Höhe von einem Monats-Bruttolohn. Umgekehrt verpflichtet sich die Gesellschaft, sollte sie gleichermaßen vertragsbrüchig werden, zu einer Vertragsstrafe in gleicher Höhe. Das Recht zur Geltendmachung eines höheren Schadens bleibt unberührt.“

Nachdem es am 27. Oktober 2008 und am 31. Oktober 2008 noch zwei 4
Telefongespräche zwischen dem Geschäftsführer der Klägerin und der Beklagten gegeben hatte, warf die Beklagte am 31. Oktober 2008 den von ihr gegengezeichneten Arbeitsvertrag sowie die weiteren von ihr unterschriebenen Unterlagen in den Briefkasten der Klägerin ein. Der genaue Zeitpunkt des Briefeinwurfs ist zwischen den Parteien streitig.

Am 3. November 2008 erhielt die Beklagte ein Arbeitsvertragsangebot 5
eines anderen Arbeitgebers und teilte daraufhin der Klägerin mit Schreiben vom 9. November 2008 unter der Überschrift „Vertragsaufhebung“ Folgendes mit:

„Sehr geehrter Herr S,

hiermit muss ich Ihnen leider mitteilen, dass ich aus persönlichen Gründen nicht am 02.01.2009 und zu keinem anderen Zeitpunkt bei Ihnen als Mitarbeiterin anfangen kann. Der zwischen uns geschlossene Vertrag ist damit hinfällig.

Ich danke für das entgegengebrachte Vertrauen und wünsche Ihnen für die Zukunft alles Gute.

Mit freundlichen Grüßen

St“

Mit Anwaltsschreiben vom 14. November 2008 ließ die Klägerin die Beklagte zur Zahlung der Vertragsstrafe in Höhe von 2.700,00 Euro unter Fristsetzung bis zum 30. November 2008 auffordern. Dieses Schreiben ging der Beklagten nicht zu. 6

Mit Schriftsatz vom 11. Dezember 2008 hat die Klägerin die vorliegende Zahlungsklage erhoben, die der Beklagten am 19. Dezember 2008 zugestellt worden ist. 7

Am Freitag, dem 2. Januar 2009, kam die Beklagte morgens um 8:30 Uhr in die Büroräume der Klägerin. Nachdem auch deren Geschäftsführer erschienen war, übergab die Beklagte diesem ein Schreiben folgenden Inhalts: 8

„Sehr geehrter Herr S,
ich kann rechtlich nicht beurteilen, ob zwischen uns ein Arbeitsvertrag zustande gekommen ist. Höchst vorsorglich biete ich meine Arbeitskraft hiermit an.
Gleichzeitig erkläre ich die außerordentliche Kündigung eines evtl. geschlossenen Arbeitsvertrages zum 3.1.2009. Ab dem 5.1.2009 werde ich nicht mehr zur Arbeit erscheinen. Hilfsweise erkläre ich die ordentliche Kündigung eines evtl. geschlossenen Arbeitsvertrages zum 31.01.2009.
Mit freundlichen Grüßen
St“

Nach einem anschließenden Gespräch mit dem Geschäftsführer der Klägerin verließ die Beklagte ohne eine Arbeitsleistung erbracht zu haben die Geschäftsräume der Klägerin. Die Beklagte hatte zum 1. Januar 2009 mit einem anderen Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis begründet und für den 2. Januar 2009 einen arbeitsfreien Tag erhalten. 9

Die Klägerin ist der Auffassung, das Angebot einer Arbeitsaufnahme durch die Beklagte sei nicht ernsthaft erfolgt, da die Beklagte zur selben Zeit eine schriftliche außerordentliche Kündigung übergeben habe. Dem Angebot habe mithin der Rechtsbindungswille gefehlt, da die Beklagte am 2. Januar 2009 nur erschienen sei, um den Brief abzugeben. 10

- Die Klägerin hat beantragt, 11
die Beklagte zu verurteilen, an sie 2.700,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 1. Dezember 2008 zu zahlen.
- Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. 12
- Sie meint, ein Arbeitsvertrag sei nicht wirksam zustande gekommen. Im 13
Falle der unterstellten Wirksamkeit des Vertrages sei die Vertragsstrafenregelung als Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam und im Übrigen der Vertragsstrafentatbestand auch nicht verwirklicht.
- Die Beklagte trägt vor, der Geschäftsführer der Klägerin habe ihr am 14
31. Oktober 2008 telefonisch eine Frist zur Annahme des Vertragsangebots bis 16:30 Uhr desselben Tages gesetzt. Da sie diese Frist nicht habe einhalten können und sie den gegengezeichneten Vertrag erst später, nämlich um 17:30 Uhr, in den Briefkasten der Klägerin geworfen habe, sei der Vertrag nicht zustande gekommen.
- Weiter ist die Beklagte der Ansicht, die Vertragsstrafenregelung wäre, 15
wenn der Vertrag wirksam zustande gekommen sein sollte, rechtsunwirksam. Sie enthalte eine unangemessenen Benachteiligung, verstoße gegen das Transparenzgebot und stelle eine überraschende Klausel dar, weil die Bestimmung drucktechnisch weder hervorgehoben noch mit einer eigenen Überschrift versehen sei. Des Weiteren meint die Beklagte, die Unwirksamkeit der Vertragsstrafenbestimmung ergebe sich auch daraus, dass deren Sinn allein darin liege, der Klägerin eine Einnahmequelle zu erschließen, was sich bereits aus der sechsmonatigen Befristung des Arbeitsverhältnisses und der mehrmonatigen Einarbeitungsphase ergebe.
- Schließlich ist die Beklagte der Ansicht, der Vertragsstrafentatbestand 16
sei nicht erfüllt, da sie am 2. Januar 2009 ihre Arbeitsleistung angeboten, der Geschäftsführer der Klägerin sie aber nach Hause geschickt habe. Hätte dieser ihre Arbeitsleistung nicht abgelehnt, so hätte sie am 2. Januar 2009 gearbeitet. Im Übrigen müsse sie sich nicht an ihrem Schreiben vom 9. November 2008,

also an einer unzulässigen Kündigung, festhalten lassen. Sie hätte ihre Ankündigung, nicht zur Arbeit zu erscheinen, nicht wahr machen müssen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 2.700,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Dezember 2008 zu zahlen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter, während die Klägerin die Zurückweisung der Revision beantragt. 17

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist ganz überwiegend unbegründet. Die Klägerin hat Anspruch auf die geltend gemachte Vertragsstrafe. 18

A. Das Landesarbeitsgericht hat die Beklagte zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 2.700,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von „5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.12.2008“ verurteilt. Es hat angenommen, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsvertrag zustande gekommen sei. Auch wenn der Sachvortrag der Beklagten zutrefte, dass der Geschäftsführer der Klägerin ihr eine Frist zur Rückgabe des gegengezeichneten Vertrages bis 31. Oktober 2008, 16:30 Uhr, gesetzt habe und sie den unterschriebenen Vertrag erst um 17:30 Uhr an diesem Tag in den Briefkasten der Klägerin eingeworfen habe, sei der Arbeitsvertrag wirksam zustande gekommen. Zwar könne ein Antragender nach § 148 BGB für die Annahme des Antrages eine Frist bestimmen, mit der Folge, dass bei nicht rechtzeitiger Annahme der Antrag erlischt, § 146 BGB. Da jedoch nach § 150 Abs. 1 BGB eine verspätete Annahme als neuer Antrag gelte, könne dieser wiederum ausdrücklich oder konkludent angenommen werden. Solch eine konkludente Annahme könne auch im Schweigen liegen, wenn der andere Teil nach den Umständen des Falles verpflichtet gewesen wäre, seine etwaige Ablehnung - insbesondere bei geringfügiger Verspätung - alsbald zu erklären. Eine verspätete Annahme des 19

Vertragsangebots der Klägerin durch die Beklagte wäre als ein neues Vertragsangebot der Beklagten gleichen Inhalts zu werten. Dieses neue Angebot habe die Klägerin dadurch angenommen, dass sie nicht kurzfristig mitgeteilt habe, dass sie den Vertragsschluss nunmehr ablehne. Zu einer solchen Erklärung wäre die Klägerin nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, wenn sie das Zustandekommen des Vertrages hätte verhindern wollen.

Weiter geht das Landesarbeitsgericht von der Wirksamkeit der im Formulararbeitsvertrag vereinbarten Vertragsstrafenregelung aus. Insbesondere werde die Beklagte weder unangemessen benachteiligt noch sei die Bestimmung unklar oder unverständlich. Auch sei nicht erkennbar, dass die Vertragsstrafenregelung allein der Eröffnung neuer Einnahmequellen für die Klägerin diene. Auch hinsichtlich ihrer Höhe sei die Vertragsstrafe nicht zu beanstanden. Die Vertragsstrafenregelung stelle im Übrigen auch keine überraschende Klausel dar, weil sie objektiv nicht ungewöhnlich und nicht an versteckter Stelle platziert worden sei.

20

Schließlich hat das Landesarbeitsgericht angenommen, die Beklagte habe die wirksam vereinbarte Vertragsstrafe verwirkt. Sie habe mit ihrem Erscheinen im Betrieb der Klägerin das Dienstverhältnis nicht angetreten. Die Klägerin sei unter Berücksichtigung der Gesamtumstände auch nicht verpflichtet gewesen, ein etwaiges Leistungsangebot der Beklagten anzunehmen. Die Auslegung der Vertragsstrafenregelung ergebe, dass die Aufnahme des Dienstverhältnisses ein ernsthaftes und von einem entsprechenden Leistungswillen getragenes Leistungsangebot voraussetze. Ein solches habe die Beklagte am 2. Januar 2009 nicht abgegeben. Dem stehe auch nicht entgegen, dass die außerordentliche Kündigung von der Beklagten erst zum Folgetag ausgesprochen worden sei. Sie habe hiermit lediglich versucht, sich unter Wahrung bestimmter Förmlichkeiten von der Verpflichtung, die Vertragsstrafe zahlen zu müssen, zu lösen. In dieser Umgehungshandlung liege ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.

21

B. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält bis auf die Zinsentscheidung einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

22

- I. Die Klage ist in der Hauptsache begründet. 23
- Der Klägerin steht die in § 1 Abs. 3 des Anstellungsvertrages vereinbarte Vertragsstrafe zu. 24
1. Der Arbeitsvertrag ist zwischen den Parteien wirksam zustande gekommen. 25
- a) Nach § 145 BGB ist derjenige, der einem anderen die Schließung eines Vertrages anträgt, an seinen Antrag gebunden, soweit er nicht die Gebundenheit ausgeschlossen hat. Nach § 148 BGB kann der Antragende eine Frist zur Annahme des Angebots bestimmen. Die Annahme kann dann nur innerhalb dieser bestimmten Frist erfolgen. Die subsidiäre Regel des § 147 Abs. 2 BGB, nach welcher der einem Abwesenden gemachte Antrag nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden kann, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf, gilt nur, wenn der Antragende von der ihm nach § 148 BGB eingeräumten Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat oder die Fristbestimmung unwirksam ist (*BAG 1. Februar 2007 - 2 AZR 44/06 - AP KSchG 1969 § 2 Nr. 132 = EzA KSchG § 2 Nr. 65*). Für die Fristberechnung des § 148 BGB gelten nach § 186 BGB die Bestimmungen der §§ 187 bis 193 BGB. Eine nach Tagen bestimmte Frist endet daher mit Ablauf des letzten Tages der Frist, § 188 Abs. 1 BGB. Der Antragende kann eine von ihm gesetzte Frist nur durch Vereinbarung mit dem anderen abkürzen. Eine einseitige Abkürzungsbefugnis steht ihm nicht zu (*Palandt/Ellenberger 69. Aufl. § 148 Rn. 2; Backmann in jurisPK-BGB Bd. 1 4. Aufl. § 148 Rn. 15*). Wird ein Antrag erst nach Ablauf der nach § 148 BGB gesetzten Frist angenommen, so gilt die verspätete Annahme des Antrages nach § 150 Abs. 1 BGB als ein neuer Antrag. 26
- b) Da der Vertragsschluss nicht bereits während des Vorstellungsgesprächs am 20. Oktober 2008 zwischen den Anwesenden erfolgt ist, hat die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom Folgetag ein schriftliches Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages unterbreitet und zugleich eine Frist zur Annahme dieses Angebots bis zum 31. Oktober 2008 gesetzt. Weil ursprünglich 27

außer der Benennung des Kalendertages (*31. Oktober 2008*) durch die Klägerin keine weitere zeitliche Einschränkung für die Möglichkeit der Annahme des Angebots erfolgt war, lief die Frist zur Annahme des Angebots für die Beklagte am 31. Oktober 2008, 24:00 Uhr, ab. Diese Frist hat die Beklagte eingehalten, gleichgültig ob ihr Vortrag zutreffend ist, sie habe den gegengezeichneten Vertrag am 31. Oktober 2008 erst um 17:30 Uhr in den Briefkasten eingeworfen, oder ob der klägerische Vortrag richtig ist, dies sei zu einem früheren Zeitpunkt an diesem Nachmittag geschehen. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat die Klägerin jedenfalls den von beiden Parteien unterzeichneten Vertrag am 31. Oktober 2008 erhalten.

Ob das bestrittene Vorbringen der Beklagten zutrifft, der Geschäftsführer der Klägerin habe ihr am 31. Oktober 2008 telefonisch erklärt, die Annahme des Angebots müsse bis 16:30 Uhr desselben Tages erfolgen, ist nicht entscheidungserheblich. Selbst wenn dieser Sachvortrag zutreffend sein sollte, hätte der Geschäftsführer der Klägerin die ursprünglich bis 24:00 Uhr gesetzte Frist einseitig auf 16:30 Uhr verkürzt. Diese Befugnis billigt ihm § 148 BGB nicht zu. Eine Verkürzung der Annahmefrist wäre nur im Einvernehmen zwischen Antragendem und Empfänger, nicht aber einseitig möglich gewesen (*Palandt/Ellenberger § 148 Rn. 2*). Ein solches Einvernehmen ist aber nicht erkennbar. Die Beklagte hat vorgetragen, der Geschäftsführer der Klägerin habe ihr am 31. Oktober 2008 telefonisch gegen 14:30/15:00 Uhr mitgeteilt, dass sie „die Vertragsunterlagen nur noch bis 16:30 Uhr abgeben könne, falls sie dies überhaupt wolle. Er persönlich sei zwar nicht mehr im Büro, die Beklagte könne die Vertragsunterlagen aber bis 16:30 Uhr bei seiner Sekretärin abgeben. Danach sei es zu spät und niemand mehr zu erreichen.“ Da die Beklagte nicht vorträgt, mit dieser Fristverkürzung einverstanden gewesen zu sein und sie trotz der angeblich verkürzten Frist die Vertragsunterlagen noch am 31. Oktober 2008 nach 16:30 Uhr in den Briefkasten der Klägerin eingeworfen hat, ist von der Unwirksamkeit einer möglicherweise erfolgten einseitigen Verkürzung der Frist auszugehen.

28

2. Die vertraglich vereinbarte Vertragsstrafe verstößt nicht gegen §§ 305 ff. BGB, da die Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingung wirksam vereinbart ist. 29

a) Bei der Vertragsstrafenregelung in § 1 Abs. 3 des Anstellungsvertrages handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung. 30

Nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Vertragsbedingungen sind für eine Vielzahl von Verträgen bereits dann vorformuliert, wenn ihre dreimalige Verwendung beabsichtigt ist (*Senat 18. Dezember 2008 - 8 AZR 81/08 - mwN, AP BGB § 309 Nr. 4*). 31

Das Landesarbeitsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Klägerin den Anstellungsvertrag, insbesondere soweit unter § 1 Abs. 3 die Vertragsstrafe geregelt ist, überhaupt vorformuliert hatte (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB) bzw. ob die Vertragsstrafenregelung zur Mehrfachverwendung bestimmt (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB) war. Die Rechtsprechung hat trotz fehlender Feststellungen des Berufungsgerichts zur Vorformulierung einer Arbeitsvertragsbedingung das Vorliegen einer Allgemeinen Geschäftsbedingung iSd. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB dann bejaht, wenn aus dem Inhalt und der äußeren Gestaltung der in einem Vertrag verwendeten Bedingungen sich ein vom Verwender zu widerlegender Anschein dafür ergibt, dass sie zur Mehrfachverwendung formuliert worden sind und der Anschein nicht widerlegt worden ist (*BAG 20. Mai 2008 - 9 AZR 382/07 - mwN, BAGE 126, 364 = AP BGB § 307 Nr. 35 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 37*). Ein Anschein für die beabsichtigte Mehrfachverwendung kann vorliegen, wenn der Vertrag zahlreiche formelhafte Klauseln enthält und nicht auf die individuelle Vertragssituation abgestimmt ist (*BAG 20. Mai 2008 - 9 AZR 382/07 - aaO*). Der Anschein eines zur Mehrfachverwendung entwickelten Vertrages wird nicht dadurch widerlegt, dass er in Teilen individuelle Vereinbarungen enthält (*Senat 18. Dezember 2008 - 8 AZR 81/08 - AP BGB § 309 Nr. 4*). 32

Der Anstellungsvertrag enthält neben dem Namen und der Adresse der Beklagten als individuelle Vereinbarungen lediglich den Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsverhältnisses und die vereinbarte Vergütungshöhe. Alle weiteren Vertragsbestimmungen sind allgemein formuliert. So enthält der Vertrag beispielsweise schon keine konkrete Bezeichnung der geschuldeten Tätigkeit (§ 2 Abs. 1: „Das Aufgabengebiet des Arbeitnehmers umfasst den gesamten Tätigkeitsbereich der Praxis.“). Auch ist das Geschlecht der Beklagten nicht konkret bezeichnet („der Arbeitnehmer“). Mit Ausnahme der Vergütungshöhe und des Beschäftigungsbeginns handelt es sich bei allen Regelungen des Vertrages um formelhafte Klauseln, die nicht auf die individuelle Vertragssituation der Beklagten abgestimmt sind. Dies gilt auch für die Vertragsstrafenbestimmung in § 1 Abs. 3 des Anstellungsvertrages. Es besteht daher ein äußerer Anschein dafür, dass die Vertragsstrafenklausel für eine Mehrfachverwendung durch die Klägerin vorformuliert worden ist. Die Klägerin hat den Anschein für das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht widerlegt. Sie hat vielmehr sogar vorgetragen: „Die hier gewählte Formulierung entspricht der Textvorgabe von Vogel im Wurm/Wagner 15. Aufl. 2007, Rz. M 88.13, der diese Klausel ausdrücklich ohne Hinweis auf ‚Verschulden‘ aber unter dem Gesichtspunkt der AGB-Kontrolle formuliert“. Damit hat die Klägerin Rechtsausführungen zur Inhaltskontrolle nach § 307 BGB bzw. dazu gemacht, dass es sich nicht um eine überraschende Klausel iSd. § 305c BGB handele. Das Vorbringen der Beklagten, bei der Vertragsstrafenregelung handele es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung iSd. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, ist hiermit auch als zugestanden gemäß § 138 Abs. 3 ZPO anzusehen (BAG 1. März 2006 - 5 AZR 363/05 - Rn. 23, BAGE 117, 155 = AP BGB § 308 Nr. 3 = EzA TVG § 4 Tariflohnerhöhung Nr. 48).

33

b) Die Vertragsstrafenabrede ist gemäß § 305c Abs. 2, §§ 306 und 307 bis 309 BGB auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen.

34

Insbesondere ist die Anwendbarkeit von § 307 Abs. 1 und 2, §§ 308 und 309 BGB auf den Streitfall nicht durch § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB ausgeschlossen. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB erklärt die vorgenannten gesetzlichen

35

Regelungen nur für solche Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für anwendbar, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden.

Das Gesetz sieht für den Fall, dass ein Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis nicht antritt, keine Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe vor. Damit stellt die Vereinbarung einer Vertragsstrafe in § 1 Abs. 3 des Anstellungsvertrages eine Rechtsvorschriften ergänzende Regelung dar. 36

c) Die Vertragsstrafenabrede in § 1 Abs. 3 des Anstellungsvertrages ist nicht nach § 309 Nr. 6 BGB unwirksam. 37

Nach der Rechtsprechung des Senats sind zwar Vertragsstrafenabreden in Formularverträgen nach § 309 Nr. 6 BGB im Allgemeinen unzulässig, in formularmäßigen Arbeitsverträgen folgt aber aus der angemessenen Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten gemäß § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB die grundsätzliche Zulässigkeit von Vertragsstrafenabreden (*18. Dezember 2008 - 8 AZR 81/08 - AP BGB § 309 Nr. 4*). 38

d) Eine Unwirksamkeit der Vertragsstrafenabrede folgt auch nicht aus § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Danach sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Unangemessen ist jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses des Arbeitnehmers, die nicht durch begründete und billigenwerte Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt ist oder durch gleichwertige Vorteile ausgeglichen wird (*Senat 18. Dezember 2008 - 8 AZR 81/08 - mwN, AP BGB § 309 Nr. 4*). 39

Die Feststellung einer unangemessenen Benachteiligung setzt eine wechselseitige Berücksichtigung und Bewertung rechtlich anzuerkennender Interessen der Vertragspartner voraus. Bei diesem Vorgang sind auch grundrechtlich geschützte Rechtspositionen zu beachten. Es bedarf einer umfassenden Würdigung der beiden Positionen unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben. Dabei ist auch die Stellung der Klausel im 40

Gesamtvertrag zu berücksichtigen, ebenso wie kompensierende oder summierende Effekte (*Senat 18. Dezember 2008 - 8 AZR 81/08 - mwN, AP BGB § 309 Nr. 4*). Zur Beurteilung der Unangemessenheit ist ein genereller, typisierender, vom Einzelfall losgelöster Maßstab anzulegen. Im Rahmen der Inhaltskontrolle sind dabei Art und Gegenstand, Zweck und besondere Eigenart des jeweiligen Geschäfts zu berücksichtigen. Zu prüfen ist, ob der Klauselinhalt bei der in Rede stehenden Art des Rechtsgeschäfts generell unter Berücksichtigung der typischen Interessen der beteiligten Verkehrskreise eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners ergibt. Werden Allgemeine Geschäftsbedingungen für verschiedene Arten von Geschäften oder gegenüber verschiedenen Verkehrskreisen verwendet, deren Interessen, Verhältnisse und Schutzbedürfnisse generell unterschiedlich gelagert sind, so kann die Abwägung zu gruppentypisch unterschiedlichen Ergebnissen führen. Sie ist in den Vertrags- oder Fallgruppen vorzunehmen, wie sie durch die an dem Sachgegenstand orientierte typische Interessenlage gebildet werden (*Senat 18. Dezember 2008 - 8 AZR 81/08 - mwN, aaO*).

Bei Verbraucherverträgen, zu denen auch Arbeitsverträge zählen, sind gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen (*Senat 14. August 2007 - 8 AZR 973/06 - AP BGB § 307 Nr. 28 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 28*). Zu den konkreten Begleitumständen gehören bei richtlinienkonformer Auslegung des Gesetzes unter Berücksichtigung des 16. Erwägungsgrundes zur Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen insbesondere (1) persönliche Eigenschaften des individuellen Vertragspartners, die sich auf die Verhandlungsstärke auswirken, (2) Besonderheiten der konkreten Vertragsabschlusssituation, wie zB Überumpelung, Belehrung, sowie (3) untypische Sonderinteressen des Vertragspartners (*Senat 18. Dezember 2008 - 8 AZR 81/08 - mwN, AP BGB § 309 Nr. 4*). Die Berücksichtigung dieser Umstände kann sowohl zur Unwirksamkeit einer nach generell-abstrakter Betrachtung wirksamen Klausel als auch zur

41

Wirksamkeit einer nach typisierter Inhaltskontrolle unwirksamen Klausel führen (*Senat 14. August 2007 - 8 AZR 973/06 - aaO*).

Vertragsstrafenabreden benachteiligen danach den Arbeitnehmer nicht schon generell unangemessen. Die Vertragsstrafe sichert das berechtigte Bedürfnis des Arbeitgebers, eine arbeitsvertragswidrige und schuldhaftes Nichtaufnahme der Arbeitstätigkeit seitens des Arbeitnehmers zu vermeiden. Tritt der Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis nicht an, sind die Darlegung und der Beweis eines konkreten Schadens erfahrungsgemäß regelmäßig mit besonderen Schwierigkeiten verbunden. Die schadensersatzrechtlichen und zivilprozessualen Privilegierungen nach § 252 Satz 2 BGB und § 287 ZPO erleichtern nur in geringfügigem Umfang die Darlegung und den Nachweis des Schadens; der Nachweis des Schadens und des Kausalzusammenhangs zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden ist in der Praxis kaum zu führen (*Senat 18. Dezember 2008 - 8 AZR 81/08 - mwN, AP BGB § 309 Nr. 4*). Das Interesse des Arbeitgebers an einer Vertragsstrafenregelung ist deshalb anerkennenswert. Der Arbeitnehmer wird auch nicht unangemessen benachteiligt, weil es an ihm liegt, seine Hauptpflichten zu erbringen. Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse an der Einhaltung der arbeitsvertraglichen Hauptpflicht, während der Arbeitnehmer in der Regel weder ein Recht noch ein schützenswertes Interesse daran hat, den Arbeitsvertrag zu brechen. Dabei ist es zu eng, die Vertragsstrafe allein mit einem vermögensrechtlichen Interesse des Arbeitgebers zu begründen. Die schadensausgleichende Funktion ist nur eine der beiden Funktionen der Vertragsstrafe. Diese dient auch der Sicherung der Arbeitsaufnahme und muss nicht zwingend beide Zwecke verfolgen. Ist aber erkennbar, dass die Vertragsstrafe in erster Linie zur bloßen Schöpfung neuer, vom Sachinteresse des Verwenders losgelöster Geldforderungen eingesetzt wird, fehlt es am berechtigten Interesse des Arbeitgebers (*Senat 18. Dezember 2008 - 8 AZR 81/08 - mwN, aaO*).

42

Eine unangemessene Benachteiligung kann aus der Höhe einer Vertragsstrafe folgen. Nach der Rechtsprechung des Senats ist zur Feststellung der Angemessenheit einer Vertragsstrafe im Zusammenhang mit der Nichterbringung der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer die maßgebliche

43

Kündigungsfrist von erheblicher Bedeutung. In der Länge der Kündigungsfrist kommt zum Ausdruck, in welchem zeitlichen Umfang der Arbeitgeber Arbeitsleistungen vom Arbeitnehmer verlangen kann und welches Interesse er an der Arbeitsleistung hat. Da es bei der Vereinbarung einer Vertragsstrafe jedenfalls auch um einen vermögensmäßigen Ausgleich nicht erbrachter Vertragsleistungen geht, sind die Kündigungsfristen, die durch den Vertragsbruch vom Arbeitnehmer nicht beachtet wurden, ein relevanter Abwägungsgesichtspunkt zur Feststellung der Angemessenheit der Vertragsstrafenhöhe (*18. Dezember 2008 - 8 AZR 81/08 - mwN, AP BGB § 309 Nr. 4*).

Die Höhe der Vergütung ist grundsätzlich ein geeigneter Maßstab, um den Wert der Arbeitsleistung festzustellen. In dieser kommt zum Ausdruck, welche Mittel der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der Marktverhältnisse einsetzen muss, um den Gegenwert der Arbeitsleistung zu erhalten, mit deren Hilfe er seine wirtschaftlichen Ziele verfolgt. Die Länge der jeweiligen Kündigungsfrist und die für diesen Zeitraum zu zahlende Vergütung spiegeln damit regelmäßig das wirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers an der Arbeitskraft des Arbeitnehmers wider. Diese Umstände sind danach auch für den Umfang eines möglichen Schadens bei vertragswidriger Lösung vom Arbeitsverhältnis von Bedeutung. Dementsprechend ist eine Vertragsstrafe in Höhe der Arbeitnehmerbezüge bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist für den Fall des Nichtantritts der Arbeit grundsätzlich angemessen. Eine Vertragsstrafe, die höher ist als die Arbeitsvergütung, die für die Zeit zwischen einer vorzeitigen tatsächlichen Beendigung und dem rechtlich zulässigen Beendigungszeitpunkt zu zahlen wäre, ist nur ausnahmsweise angemessen iSd. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dies ist dann der Fall, wenn das Sanktionsinteresse des Arbeitgebers im Falle der vertragswidrigen Nichterbringung der Arbeitsleistung vor der rechtlich zulässigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses den Wert der Arbeitsleistung, der sich in der Arbeitsvergütung bis zur vertraglich zulässigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses dokumentiert, aufgrund besonderer Umstände typischerweise und generell übersteigt (*Senat 18. Dezember 2008 - 8 AZR 81/08 - mwN, AP BGB § 309 Nr. 4*).

44

Die streitbefangene Vertragsstrafenregelung benachteiligt die Beklagte entgegen den Geboten von Treu und Glauben nicht unangemessen, insbesondere ist die Vertragsstrafe nicht überhöht. Die Bestimmung sieht eine Vertragsstrafe von einem Bruttomonatslohn für den Fall des Nichtantritts des Dienstverhältnisses vor. Das Arbeitsverhältnis ist nach § 1 Abs. 2 des Anstellungsvertrages zur Probe auf sechs Monate befristet und kann während dieser Probezeit mit einer Frist von einem Monat gekündigt werden. Damit entspricht das in der Vertragsstrafenbestimmung zum Ausdruck kommende wirtschaftliche Interesse der Klägerin der durch die Kündigungsfrist konkretisierten Bindung der Parteien aneinander. Der Einwand der Beklagten, da während der sechsmonatigen Befristung des Arbeitsverhältnisses wegen der erforderlichen mehrmonatigen Einarbeitung lediglich Lohnkosten ohne „Gewinn“ anfielen, sei eine Vertragsstrafe, die ausschließlich den Dienstantritt abzusichern versuche, in erster Linie zur bloßen Schöpfung neuer, vom Sachinteresse der Klägerin losgelöster Geldforderungen eingesetzt, verkennt bereits die doppelte Funktion der Vertragsstrafenregelung. Es mag sein, dass die Vergütung während der Einarbeitungszeit (*noch*) nicht in voller Höhe dem tatsächlichen Wert der Arbeitsleistung entspricht und infolgedessen die Höhe der Vertragsstrafe nicht einem zu realisierenden Schaden entspricht. Das Fehlen eines der Vertragsstrafenhöhe entsprechenden Schadens führt aber für sich genommen nicht zur Unwirksamkeit der Vertragsstrafenregelung. Diese soll nämlich nicht in erster Linie einen tatsächlich entstandenen Schaden kompensieren. Vielmehr ist sie vor allem darauf gerichtet, einen wirkungsvollen Druck auf den Schuldner, also hier auf die Beklagte, auszuüben, damit diese ihre vertragliche Verpflichtung einhält und die Arbeit antritt. Die Vertragsstrafe dient damit gerade auch der Sicherung der Arbeitsaufnahme und ist nicht wegen unangemessener Benachteiligung unter dem Gesichtspunkt der Überhöhung unwirksam.

45

Soweit die Beklagte die Auffassung vertritt, die Vertragsstrafe diene allein dem Zweck, der Klägerin eine Einnahmequelle zu eröffnen und werde in erster Linie zur bloßen Schöpfung neuer, vom Sachinteresse der Klägerin losgelöster Geldforderungen eingesetzt, kann dies nicht aus dem Umstand

46

gefolgert werden, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund seiner Befristung nach sechs Monaten endet. Die Befristung eines Arbeitsverhältnisses zum Zwecke der Erprobung ist eine zulässige Vertragsgestaltung (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG). Die vorliegend gewählte Befristungsdauer von sechs Monaten entspricht im Übrigen der Wartezeit des Kündigungsschutzgesetzes (§ 1 Abs. 1 KSchG). Die Vertragsstrafe dient außerdem nicht nur der Absicherung der Erprobung durch Aufnahme der Tätigkeit, sondern auch der Gewährleistung einer Arbeitsleistung während der Probezeit. Dies ist - zumindest bei einer Erprobungsdauer von sechs Monaten - nicht zu beanstanden.

Der Umstand, dass die Vertragsstrafenbestimmung lediglich den unterlassenen Dienstantritt durch die Beklagte und keine sonstigen Vertragsverstöße sanktioniert, ist rechtlich unbeachtlich. Der Rechtsprüfung kann nur die Frage unterliegen, welche Interessen der Klauselverwender mit der Verwendung einer bestimmten Klausel verfolgt, nicht jedoch die Frage, welche Interessen er damit verfolgt, dass er die Klausel nicht auf weitere Fallgestaltungen erstreckt hat. Hierfür wird es regelmäßig eine Vielzahl unterschiedlicher Gründe geben. Daraus, dass bestimmte Vertragsverstöße nicht mit einer Vertragsstrafe sanktioniert sind, ist nicht zu folgern, der Klägerin sei es nicht um eine längerfristige Bindung der Beklagten an sie gegangen. Nach einem erfolgten Dienstantritt kann nämlich auch auf andere Weise als durch eine Vertragsstrafe, etwa durch Gespräche oder finanzielles Entgegenkommen, eine Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Befristung erreicht werden.

47

e) Die Vertragsstrafenregelung stellt sich auch nicht wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB als eine unangemessene Benachteiligung dar. Die Vorschrift bestimmt, dass sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben kann, dass die Bestimmung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht klar und verständlich ist.

48

Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB sind Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten ihrer Vertragspartner möglichst klar und

49

durchschaubar darzustellen. Dazu gehört auch, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann. Die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen müssen so genau beschrieben werden, dass für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Eine Klausel genügt dem Bestimmtheitsgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, wenn sie im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Vertragspartners des Klauselverwenders so klar und präzise wie möglich beschreibt. Sie verletzt das Bestimmtheitsgebot, wenn sie vermeidbare Unklarheiten und Spielräume enthält (*Senat 18. Dezember 2008 - 8 AZR 81/08 - AP BGB § 309 Nr. 4*).

Bei der Beurteilung, ob eine Regelung dem Transparenzgebot genügt, ist nicht auf den flüchtigen Betrachter, sondern auf den aufmerksamen und sorgfältigen Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr abzustellen (*Senat 28. Mai 2009 - 8 AZR 896/07 - AP BGB § 306 Nr. 6 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 45*). 50

Die Vertragsstrafenregelung in § 1 Abs. 3 des Anstellungsvertrages ist hinreichend bestimmt und lässt einen Arbeitnehmer erkennen, unter welchen Voraussetzungen die Vertragsstrafe verwirkt ist. Aus der Klausel folgt klar und eindeutig, dass der Arbeitnehmer eine Vertragsstrafe in Höhe von einem Brutomonatsgehalt zu zahlen hat, wenn er das Dienstverhältnis nicht antritt, wenn er also nicht zum vereinbarten Zeitpunkt am Arbeitsort erscheint, um die Arbeit aufzunehmen. 51

Für die gebotene Transparenz der Regelung ist es auch unschädlich, dass die Regelung nicht ausdrücklich darauf hinweist, dass die Vertragsstrafe nur verwirkt ist, wenn die Nichterbringung der geschuldeten Dienstleistung auf einem Verschulden des Arbeitnehmers beruht (*Senat 18. Dezember 2008 - 8 AZR 81/08 - AP BGB § 309 Nr. 4*). Dies folgt, worauf das Landesarbeitsgericht zutreffend hingewiesen hat, bereits aus dem Umstand, dass der Regelung der juristische Fachbegriff einer „Vertragsstrafe“ zugrunde gelegt ist. Das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB will den Klauselverwender nicht zwingen, jede Allgemeine Geschäftsbedingung gleichsam mit einem 52

Kommentar zu versehen. Es ist ihm vielmehr gestattet, Rechtsbegriffe aus der Gesetzessprache zu übernehmen (*Lapp in jurisPK-BGB Bd. 2 § 307 Rn. 84; Palandt/Grüneberg § 307 Rn. 18*). Wenn er von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, so sind diese Rechtsbegriffe auch in ihrer tatsächlichen juristischen Bedeutung zu verstehen. Dies führt hinsichtlich der Vertragsstrafe dazu, dass diese nur unter den Voraussetzungen des § 339 BGB verwirkt ist. Infolgedessen bedarf es für die Verwirkung einer Vertragsstrafe des Schuldnerverzugs. Der Schuldner kommt aber nach § 286 Abs. 4 BGB nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstands unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat. Damit ist die vertragliche Regelung in § 1 Abs. 3 des Anstellungsvertrages so klar und präzise wie möglich formuliert, vermeidbare Unklarheiten und Spielräume enthält sie nicht. Die Klausel kann keinesfalls in dem Sinne verstanden werden, dass die Vertragsstrafe auch bei einem unverschuldeten Verhalten des Arbeitnehmers verwirkt sein soll. Die Erwähnung des Verschuldensefordernisses im Wortlaut der Klausel hätte diese für einen aufmerksamen und sorgfältigen Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr nicht klarer gefasst, zumal es sich bei dem Begriff des Verschuldens ebenfalls um einen Rechtsbegriff handelt, der seinerseits im Lichte von § 276 BGB zu verstehen ist. Es ist für einen Klauselverwender schlechterdings nicht möglich, in einer Vertragsstrafenregelung alle Konstellationen konkret zu bezeichnen, in denen ein Verschulden - positiv formuliert - gegeben, oder - negativ formuliert - gerade nicht gegeben ist. Im Übrigen darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass es sich bei dem Verschuldensefordernis in § 339 BGB um einen für den Arbeitnehmer günstigen Umstand handelt (*Senat 18. Dezember 2008 - 8 AZR 81/08 - aaO*).

f) Die Vertragsstrafenregelung ist auch keine überraschende Klausel iSv. § 305c Abs. 1 BGB. 53

Nach § 305c Abs. 1 BGB werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dann nicht Vertragsbestandteil, wenn sie nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen brauchte. Überraschenden Klauseln muss ein „Überrumpelungs- oder 54

Übertölpelungseffekt“ innewohnen. Zwischen den durch die Umstände bei Vertragsschluss begründeten Erwartungen und dem tatsächlichen Vertragsinhalt muss ein deutlicher Widerspruch bestehen. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, insbesondere das äußere Erscheinungsbild des Vertrages. Der ungewöhnliche äußere Zuschnitt einer Klausel oder ihre Unterbringung an unerwarteter Stelle können eine Bestimmung zu einer ungewöhnlichen und damit überraschenden Klausel machen. Das Überraschungsmoment ist desto eher zu bejahen, je belastender die Bestimmung ist. Im Einzelfall muss der Verwender auf eine solche Klausel besonders hinweisen oder diese drucktechnisch hervorheben (*Senat 28. Mai 2009 - 8 AZR 896/07 - AP BGB § 306 Nr. 6 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 45*).

Das äußere Erscheinungsbild des Arbeitsvertrages deutet nicht auf einen Überraschungseffekt hin. Die Vertragsstrafenklausel ist im dritten Absatz von § 1 platziert. § 1 ist, durch Fettdruck hervorgehoben, mit „Beginn und Ende des Arbeitsverhältnisses“ überschrieben und klar in fünf durchnummerierte Absätze gegliedert. Alle fünf Absätze enthalten ausschließlich Regelungen, die sich mit dem Beginn oder mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses befassen. Als Regelungen, die den Beginn des Arbeitsverhältnisses betreffen, sind namentlich der Zeitpunkt, zu dem das Arbeitsverhältnis begründet ist, und die Folge des unterlassenen Antritts des Dienstverhältnisses - also die Vertragsstrafenregelung - bezeichnet. Die Vertragsstrafe ist mithin zutreffend unter der Überschrift „Beginn ... des Arbeitsverhältnisses“ geregelt und stellt aufgrund der Platzierung weder eine versteckte Klausel dar noch ist sie an falscher Stelle angebracht. Im Übrigen ist die Vereinbarung von Vertragsstrafen im Arbeitsleben als Gestaltungsinstrument auch so verbreitet, dass ihre Aufnahme in Formularverträge, wie den vorliegenden Arbeitsvertrag, nicht überraschend ist.

55

3. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, dass die Beklagte den Vertragsstrafentatbestand auch verwirklicht hat. Hierbei ist das Landesarbeitsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die Auslegung der Vertragsstrafenbestimmung ergibt, dass die Aufnahme des Dienstverhältnisses ein

56

ernsthaftes und von einem entsprechenden Leistungswillen getragenes Leistungsangebot voraussetzt, welches die Beklagte nicht abgegeben hat.

a) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind. Ansatzpunkt für die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist in erster Linie der Vertragswortlaut. Ist der Wortlaut eines Formularvertrages nicht eindeutig, kommt es für die Auslegung entscheidend darauf an, wie der Vertragstext aus der Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist, wobei der Vertragswille verständiger und redlicher Vertragspartner beachtet werden muss (*BGH 19. Januar 2005 - XII ZR 107/01 - zu II 1 der Gründe, BGHZ 162, 39*). Soweit auch der mit dem Vertrag verfolgte Zweck einzubeziehen ist, kann das nur in Bezug auf typische und von redlichen Geschäftspartnern verfolgte Ziele gelten. Nur falls nach Erwägung dieser Umstände Zweifel bleiben, geht dies gemäß § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders (*BAG 18. März 2008 - 9 AZR 186/07 - mwN, BAGE 126, 187 = AP BGB § 310 Nr. 12 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 36*).

57

Die in der Klausel verwendete Formulierung „Tritt der Arbeitnehmer das Dienstverhältnis nicht an ...“ beinhaltet den Begriff des „Antretens“. Dieser bedeutet je nach Sinnzusammenhang: 1. anlassen, anwerfen, in Gang bringen, starten; (*ugs.*): anmachen; (*salopp*): anschmeißen; 2. a) sich aufstellen, Aufstellung nehmen, sich platzieren, sich positionieren; b) den Kampf aufnehmen, sich (*zum Wettkampf*) stellen; c) sich einfinden, sich einstellen, kommen; (*salopp*): antanzen; d) anfangen, beginnen, den Dienst aufnehmen (*Duden Das Synonymwörterbuch 4. Aufl.*). „Antreten“ lässt sich vorliegend am besten mit „anfangen oder beginnen“ gleichsetzen. Allerdings wird weder aus dem Begriff „antreten“ noch aus den Synonymen des Verbs deutlich, welche Anforderungen an die gebotene Handlung des „Dienstantritts“ zu stellen sind.

58

Auffällig am Wortlaut der Vertragsstrafenregelung ist allerdings, worauf auch das Landesarbeitsgericht zutreffend hingewiesen hat, dass nicht das Antreten des Dienstes, sondern das Antreten des Dienstverhältnisses gefordert wird. Üblicherweise ist der Dienst etwas faktisches. Der Dienst ergibt sich aus einer Dienstanweisung, einer Diensterteilung oder einem Dienstplan und wird auch häufig mit dem Erbringen von Arbeitsleistung im Sinne von „seinen Dienst tun“ gleichgesetzt. Im Gegensatz hierzu stellt das Dienstverhältnis die rechtliche Beziehung dar, innerhalb derer der Dienst zu verrichten ist (*vgl. Duden Das große Wörterbuch der deutschen Sprache 3. Aufl.*). Demnach ist davon auszugehen, dass die Vertragsstrafenbestimmung die durch das Dienstverhältnis begründete Rechtsbeziehung schützen soll. 59

Damit wollten die Arbeitsvertragsparteien die tatsächliche Umsetzung der vertraglichen Pflicht zur Arbeitsaufnahme als Realisierung des Arbeitsverhältnisses sicherstellen. Dies ergibt sich insbesondere auch aus dem Ausschluss der Zulässigkeit einer ordentlichen Kündigung vor dem Beginn des Arbeitsverhältnisses und der Verlängerung der gesetzlichen Mindestkündigungsfrist während der Probezeit (§ 622 Abs. 3 BGB: *zwei Wochen*). Dies zeigt, dass sich die Vertragspartner längerfristig aneinander binden wollten und sie dies abzusichern suchten. Wegen dieser Eindeutigkeit der Vertragsstrafenbestimmung greift die Auslegungsregel des § 305c Abs. 2 BGB (*„Zweifel ... gehen zu Lasten des Verwenders“*) nicht ein. 60

b) Die Beklagte wäre verpflichtet gewesen, am 2. Januar 2009 ihre Arbeitsleistung der Klägerin tatsächlich anzubieten, weil zu diesem Zeitpunkt ihr Arbeitsverhältnis mit der Klägerin noch bestand. Selbst wenn man das Schreiben der Beklagten vom 9. November 2008, in welchem sie den Nichtantritt ihrer Arbeit am 2. Januar 2009 angekündigt und die „Hinfälligkeit“ des geschlossenen Vertrages erklärt hatte, als Kündigungserklärung wertet, wäre eine solche Kündigung rechtsunwirksam. 61

Eine ordentliche Kündigung vor Beginn des Arbeitsverhältnisses am 1. Januar 2009 war nach § 1 Abs. 1 des Anstellungsvertrages ausgeschlossen. Ein solcher Kündigungsausschluss ist grundsätzlich zulässig (*vgl. BAG* 62

25. März 2004 - 2 AZR 324/03 - AP BGB § 620 Kündigung vor Dienstantritt Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 620 Kündigung Nr. 1) und darf damit grundsätzlich auch als Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart werden. Die Beklagte war auch nicht zu einer außerordentlichen Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist nach § 626 BGB berechtigt. Da die Klägerin die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Erklärung der Beklagten vom 9. November 2008 bestreitet, behauptet sie konkludent, dass für die Beklagte kein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung vorgelegen hat. Damit wäre die Beklagte verpflichtet gewesen darzutun, warum ihr die Arbeitsaufnahme und die Fortsetzung ihres Arbeitsverhältnisses bis zum frühestmöglichen ordentlichen Kündigungstermin unzumutbar gewesen ist. Allein der von der Beklagten vorgetragene Abschluss eines Arbeitsvertrages mit einem anderen Arbeitgeber genügt diesen Erfordernissen nicht.

Im Übrigen geht nicht einmal die Beklagte selbst davon aus, dass sie ihren Arbeitsvertrag durch ihre Erklärung vom 9. November 2008 wirksam kündigen konnte. 63

c) Die Beklagte war am 2. Januar 2009 um 8:30 Uhr in den Geschäftsräumen der Klägerin und damit grundsätzlich „zur rechten Zeit am rechten Ort“ erschienen. Sie hatte zwar verbal die Erbringung ihrer Arbeitsleistung für diesen Tag angeboten, einen ernstlichen Willen, die Arbeitsleistung im geschuldeten Umfang zu erbringen, hatte sie jedoch nicht besessen. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass das Arbeitsangebot der Beklagten sowie der Ausspruch der außerordentlichen Kündigung zum Folgetag nur dem Ziel dienten, die wirksam vereinbarte Vertragsstrafe zu umgehen. Hierin sieht das Landesarbeitsgericht zu Recht einen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB. 64

Nach § 242 BGB ist ein Schuldner verpflichtet, seine Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Welche Anforderungen sich aus Treu und Glauben ergeben, lässt sich nur unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalles ent- 65

scheiden (*Senat 30. September 2004 - 8 AZR 462/03 - BAGE 112, 124 = AP BGB § 613a Nr. 275 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 28*).

Die Feststellung des Vorliegens eines Verstoßes gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) durch das Berufungsgericht unterliegt nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht (*st. Rspr., vgl. BAG 15. Juli 2009 - 5 AZR 867/08 - AP ArbZG § 6 Nr. 10 = EzA ArbZG § 6 Nr. 7*). Die Anwendung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs ist vom Revisionsgericht nur daraufhin zu überprüfen, ob das Landesarbeitsgericht in dem angefochtenen Urteil den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen Interessenabwägung, bei der der Tatrichter einen Beurteilungsspielraum hat, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist (*vgl. BAG 9. Dezember 2009 - 10 AZR 850/08 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 318*).

66

Das Landesarbeitsgericht hat einen Verstoß gegen § 242 BGB durch die Beklagte angenommen, da ihr Leistungsangebot ausschließlich dazu gedient habe, die Verwirkung der Vertragsstrafe durch ihr tatsächliches Erscheinen ohne ernstgemeinten Leistungswillen hinsichtlich der Realisierung des Dienstverhältnisses zu verhindern. Mit dieser Annahme hat das Landesarbeitsgericht weder gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen noch hat es entscheidungserhebliche Tatumstände außer Acht gelassen. Auch ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts in sich widerspruchsfrei.

67

So stellt das Landesarbeitsgericht zutreffend ua. darauf ab, dass sich die mangelnde Ernsthaftigkeit des Leistungsangebots der Beklagten daraus ergibt, dass sie zwar am 2. Januar 2009 ihre Arbeitsleistung der Klägerin formal angeboten hatte, zu diesem Zeitpunkt jedoch bereits in einem Arbeitsverhältnis zu einem anderen Arbeitgeber stand, demgegenüber sie (*auch*) zur Arbeitsleistung verpflichtet war. Infolge der Gewährung eines freien Tages am 2. Januar 2009 durch den neuen Arbeitgeber hätte die Beklagte zwar theoretisch an diesem Tag für die Klägerin arbeiten können, aber eben nur an diesem einen Tag. Infolgedessen war der Wille der Beklagten nicht ernsthaft

68

auf die Erfüllung ihrer Vertragspflichten gerichtet, sondern darauf, ein Verhalten zu zeigen, welches bezweckt, das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des Vertragsstrafenanspruchs zu verhindern, ohne jedoch die vertragliche Verpflichtung wirklich zu erfüllen. Ebenfalls zutreffend hat das Landesarbeitsgericht auch den Umstand mitberücksichtigt, dass die Beklagte bereits mit Schreiben vom 9. November 2008 die Nichtaufnahme der Arbeit angekündigt hatte. Damit handelte es sich am 2. Januar 2009 lediglich um ein „Scheinangebot“.

Das Landesarbeitsgericht geht auch zutreffend davon aus, dass die Klägerin nicht verpflichtet war, die Beklagte vor Geltendmachung der Vertragsstrafe außergerichtlich zur Erbringung ihrer Arbeitsleistung aufzufordern. Weder enthält die Vertragsstrafenregelung ein derartiges Aufforderungserfordernis noch lässt sich aus der gesetzlichen Regelung des § 339 BGB ein solches herleiten. Aus dem Umstand, dass die Beklagte keine Stellungnahme der Klägerin auf ihr Ankündigungsschreiben vom 9. November 2008 erhielt, durfte sie nicht folgern, die Klägerin sei mit einer Aufhebung des Arbeitsverhältnisses einverstanden oder werde auf die Geltendmachung der vereinbarten Vertragsstrafe verzichten.

69

Die Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg auf § 340 Abs. 1 Satz 2 BGB berufen. Diese Vorschrift schließt den Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung der geschuldeten Leistung aus, wenn er die Vertragsstrafe vom Schuldner verlangt hat. Allein dadurch, dass die Beklagte mit Schreiben vom 9. November 2008 die Nichterfüllung ihrer Verpflichtung zur Arbeitsaufnahme am 2. Januar 2009 angekündigt hatte, hatte sie die Vertragsstrafe noch nicht verwirkt, da diese Verwirkung nicht vor der Fälligkeit der versprochenen Leistung, dh. der Arbeitsaufnahme am 2. Januar 2009, einsetzen konnte. Die Klägerin hat daher mit ihrer Klage vom 11. Dezember 2008 eine (*noch*) nicht verwirkte Vertragsstrafe geltend gemacht, so dass die Anwendbarkeit des § 340 Abs. 1 BGB ausscheidet.

70

II. Die Klage ist nicht begründet, soweit die Klägerin für den Zeitraum 1. Dezember 2008 bis 31. Dezember 2008 Zinsen verlangt.

71

Der Klägerin stehen nach § 291 BGB keine Prozesszinsen ab dem Klagezustellungszeitpunkt zu, sondern erst ab dem 2. Januar 2009, weil die Vertragsstrafenforderung nicht vor ihrer Fälligkeit am 2. Januar 2009 zu verzinsen ist, § 291 Satz 1 Halbs. 2 BGB. Gleiches gilt für einen Zinsanspruch wegen Schuldnerverzugs aus § 286 Abs. 1 BGB, der gleichfalls die Fälligkeit der Forderung voraussetzt. Diese trat erst dadurch ein, dass die Beklagte ihr Dienstverhältnis nicht am 2. Januar 2009 angetreten hat. 72

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1, § 97 Abs. 1 ZPO. 73

Hauck

Böck

Breinlinger

Brückmann

Schulz