

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 897/08
9 Sa 12/08
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. September 2010

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. September 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Dr. Kiel sowie die ehrenamtlichen Richter Warnke und Dr. Volz für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landes-
arbeitsgerichts Baden-Württemberg, Kammern Freiburg,
vom 13. Juni 2008 - 9 Sa 12/08 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über eine Vertragsstrafenzahlung. 1

Die Beklagte war bei der Klägerin - einem Busreiseunternehmen - seit 2
dem 1. April 2006 als „Sachbearbeiterin Bustouristik“ zu einem Bruttomonats-
gehalt in Höhe von zuletzt 2.250,00 Euro beschäftigt. Im von der Klägerin
vorformulierten Arbeitsvertrag vom 20. Februar 2006 heißt es auszugsweise
wie folgt:

„§ 3 Probezeit / Kündigungsfristen

Die ersten **sechs Monate** des Anstellungsverhältnisses
gelten als Probezeit. Während der Probezeit können beide
Parteien den Anstellungsvertrag mit einer Frist von **zwei**
Wochen kündigen.

Nach Ablauf der Probezeit ist eine Kündigung nur unter
Einhaltung einer Frist von **12 Wochen** zum Monatsende
zulässig. Verlängert sich diese Kündigungsfrist für die
Firma aus gesetzlichen Gründen, gilt diese Verlängerung
auch für den Arbeitnehmer.

Das Anstellungsverhältnis endet mit Ablauf des Monats, in
dem der Arbeitnehmer das 65. Lebensjahr vollendet, ohne
dass es einer Kündigung bedarf.

Jede Kündigung bedarf der Schriftform.

Eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses vor Dienstantritt
ist ausgeschlossen.

§ 4 Vertragsstrafe

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, eine Vertragsstrafe in
Höhe einer regelmäßigen Bruttomonatsvergütung (ohne
Überstunden- und sonstige Zuschläge) zu zahlen, wenn er

das Anstellungsverhältnis rechtswidrig nicht aufnimmt oder vertragswidrig vorzeitig beendet. Das gleiche gilt, wenn das Anstellungsverhältnis durch außerordentliche Kündigung durch die Firma beendet wird, wenn der Arbeitnehmer einen wichtigen Grund für diese Kündigung gesetzt hat. Die Firma ist berechtigt, einen weitergehenden Schadenersatzanspruch geltend zu machen.“

Mit Schreiben vom 16. August 2007 kündigte die Beklagte das Arbeits- 3
verhältnis fristlos zum 17. August 2007 unter Hinweis auf gesundheitliche
Schwierigkeiten, die ihre Ursache in Streitigkeiten mit den Busfahrern hätten.

Mit am 15. Oktober 2007 beim Arbeitsgericht Freiburg erhobener Klage 4
hat die Klägerin - gestützt auf § 4 des Arbeitsvertrages - von der Beklagten die
Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 2.250,00 Euro nebst Zinsen begehrt.
Sie hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe das Arbeitsverhältnis
grundlos fristlos gekündigt und damit die Vertragsstrafe verwirkt.

Die Klägerin hat beantragt, 5
die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 2.250,00 Euro
nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem
Basiszinssatz seit dem 12. September 2007 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. 6

Sie vertritt den Rechtsstandpunkt, die Vertragsstrafenklausel im 7
Arbeitsvertrag sei unwirksam. Bei der Strafhöhe differenziere das Strafver-
sprechen nicht zwischen einer vorfristigen Arbeitsvertragsbeendigung während
der Probezeit und danach. Dies stelle eine unangemessene Benachteiligung
dar. Im Übrigen sei die Vertragsstrafe nicht verwirkt. Denn Grund für die außer-
ordentliche Kündigung sei die mangelnde Unterstützung der Beklagten bei der
problematischen Zusammenarbeit mit den Busfahrern gewesen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht 8
hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeits-
gericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Zahlungsbegehren
weiter, während die Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe

- Die Revision der Klägerin ist unbegründet. Ihr steht die geltend gemachte Vertragsstrafe nicht zu. 9
- A. Das Landesarbeitsgericht hat seine klageabweisende Entscheidung wie folgt begründet: Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe, weil § 4 Satz 1 des Arbeitsvertrages gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sei. Es handele sich unstreitig um eine Bestimmung, die der AGB-Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB unterliege. Für den vorliegenden Streitfall sei entscheidend, dass die Vertragsstrafenabrede auch dann gegriffen hätte, wenn es sich um eine Kündigung in der Probezeit gehandelt hätte. Angesichts der in der Probezeit bestehenden Kündigungsmöglichkeit mit einer Frist von zwei Wochen sei die vereinbarte Vertragsstrafe in Höhe einer Bruttomonatsvergütung unangemessen hoch. Ein besonderes Interesse der Klägerin, die Vertragsstrafe auch in der Probezeit im Umfang eines Bruttomonatsgehalts zu vereinbaren, bestehe nicht. Da die Klausel insgesamt unwirksam sei, könne sie auch nicht im Hinblick auf die möglicherweise vertragsbrüchige Kündigung der Beklagten nach Ablauf der Probezeit gelten. Die Vertragsstrafenklausel sei bzgl. der Höhe der Vertragsstrafe nicht teilbar. Eine solche Annahme würde im Übrigen gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion verstoßen. Eine ergänzende Vertragsauslegung scheidet wegen des Regelungszwecks von § 307 BGB aus. Darauf, ob die außerordentliche Kündigung der Beklagten gerechtfertigt gewesen sei, komme es mithin nicht an. 10
- B. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 11
- Die Klage ist unbegründet. Die Vertragsstrafenabrede ist gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. 12
- I. Bei der Vertragsstrafenklausel handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung. 13

Nach der Legaldefinition in § 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 (*BAG 1. März 2006 - 5 AZR 363/05 - BAGE 117, 155 = AP BGB § 308 Nr. 3 = EzA TVG § 4 Tarifloohnerhöhung Nr. 48*). Nach den von der Klägerin nicht mit Gegenrügen angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, welche sich insoweit über die gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG zulässige Bezugnahme auf das arbeitsgerichtliche Urteil erschließen, handelt es sich bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Arbeitsvertrag um einen Mustervertrag, der von der Klägerin den bei ihr beschäftigten Arbeitnehmern vorgegeben wird.

14

Ungeachtet dessen finden § 305c Abs. 2 BGB und §§ 306 sowie 307 bis 309 BGB auch wegen § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB auf § 4 des Arbeitsvertrages Anwendung. Arbeitsverträge sind Verträge zwischen einem Unternehmer (*Arbeitgeber*) und einem Verbraucher (*Arbeitnehmer*), mithin Verbraucherverträge iSv. § 310 Abs. 3 BGB (*BAG 18. März 2008 - 9 AZR 186/07 - mwN, BAGE 126, 187 = AP BGB § 310 Nr. 12 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 36*). Das Vertragsstrafenversprechen ist eine vorformulierte Vertragsbedingung iSv. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB. Die Klägerin greift mit der Revisionsbegründung den im angefochtenen Urteil festgestellten Umstand einer Vorformulierung des Arbeitsvertrages - und somit auch der Vertragsstrafenklausel - nicht an. Die Möglichkeit einer Einflussnahme auf den Klauselinhalt durch die Beklagte hat die Klägerin nicht behauptet.

15

II. Die Anwendbarkeit der § 307 Abs. 1 und 2, §§ 308 und 309 BGB ist im Streitfalle nicht durch § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB ausgeschlossen. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB erklärt die vorgenannten gesetzlichen Regelungen nur für solche Bestimmungen für anwendbar, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden.

16

Das Gesetz sieht für den Fall, dass ein Arbeitnehmer unter Verletzung der arbeitsvertraglichen Kündigungsfrist seinen Arbeitsvertrag verfrüht kündigt und mit Ablauf der vertragswidrigen Kündigungsfrist bzw. ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist unberechtigterweise seine Arbeitsleistung einstellt, keine Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe vor. Damit stellt die Vereinbarung einer Vertragsstrafe in § 4 des Arbeitsvertrages für den Fall, dass die Beklagte „das Anstellungsverhältnis rechtswidrig nicht aufnimmt oder vertragswidrig vorzeitig beendet“, eine die Rechtsvorschriften ergänzende Regelung dar (vgl. Senat 18. Dezember 2008 - 8 AZR 81/08 - AP BGB § 309 Nr. 4). 17

III. Die Vertragsstrafenabrede hält einer Inhaltskontrolle nicht stand. 18

1. Im Allgemeinen sind Vertragsstrafenabreden in Formularverträgen nach § 309 Nr. 6 BGB unwirksam. In formularmäßigen Arbeitsverträgen folgt aus der angemessenen Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten nach § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB jedoch die grundsätzliche Zulässigkeit solcher Abreden (Senat 4. März 2004 - 8 AZR 196/03 - BAGE 110, 8 = AP BGB § 309 Nr. 3 = EzA BGB 2002 § 309 Nr. 1). Eine Unwirksamkeit kann sich jedoch aus § 307 BGB ergeben (Senat 4. März 2004 - 8 AZR 196/03 - aaO). Dabei ist zum Schutz des Arbeitnehmers ein strenger Maßstab anzulegen (Senat 14. August 2007 - 8 AZR 973/06 - AP BGB § 307 Nr. 28 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 28). 19

2. Die Vertragsstrafenabrede stellt eine unangemessene Benachteiligung der Beklagten iSd. § 307 Abs. 1 BGB dar. 20

a) Der Anwendbarkeit von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB stehen im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten gemäß § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB für Vertragsstrafenregelungen nicht entgegen (Senat 4. März 2004 - 8 AZR 196/03 - BAGE 110, 8 = AP BGB § 309 Nr. 3 = EzA BGB 2002 § 309 Nr. 1). 21

b) Das Vertragsstrafenversprechen benachteiligt die Beklagte deshalb unangemessen, weil die vorgesehene Vertragsstrafe in Höhe einer regelmäßigen Bruttomonatsvergütung für den Fall, dass sie das Anstellungsverhältnis während der Probezeit vertragswidrig vorzeitig beendet, eine Übersicherung 22

der Klägerin darstellt. § 4 Satz 1 des Arbeitsvertrages ist damit insgesamt unwirksam. Dass die Vertragsstrafe erst durch eine nach Ansicht der Klägerin vertragswidrige außerordentliche Kündigung der Beklagten nach Ablauf der Probezeit unter Geltung der vertraglich vereinbarten ordentlichen Kündigungsfrist von zwölf Wochen zum Monatsende verwirkt worden ist, ist unerheblich. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob eine Vertragsstrafenabrede wirksam ist, ist der Arbeitsvertragsschluss. § 307 BGB läuft auf eine Rechtsgeschäftskontrolle hinaus, welche die formularmäßige Strafabrede zum Zeitpunkt ihrer Vereinbarung prüft und nicht zum Zeitpunkt ihrer Verwirkung. Eine Teilung der Vertragsstrafenklausel in einen zulässigen Regelungsteil nach der Probezeit und einen unzulässigen Regelungsteil davor ist demnach nicht zulässig.

aa) Gegenstand einer gesonderten Inhaltskontrolle sind einzelne Allgemeine Geschäftsbedingungen dann, wenn sie nur formal verbunden sind, dh., wenn sie sprachlich und inhaltlich teilbar sind (*vgl. BAG 15. März 2005 - 9 AZR 502/03 - BAGE 114, 97 = AP BGB § 781 Nr. 7 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 2*).

Eine Teilung von Vertragsklauseln in einen zulässigen und einen unzulässigen Teil ist möglich, wenn der unzulässige Teil sprachlich eindeutig trennbar ist. Enthält die Klausel neben den unwirksamen auch unbedenkliche, sprachlich und inhaltlich abtrennbare Bestandteile, bleiben diese wirksam, auch wenn sie den gleichen Sachkomplex betreffen. Voraussetzung dafür ist aber, dass nach dem Wegstreichen der unwirksamen Teilregelung(en) ein aus sich heraus verständlicher Klauselrest verbleibt (*Senat 21. April 2005 - 8 AZR 425/04 - AP BGB § 307 Nr. 3 = EzA BGB 2002 § 309 Nr. 3*). Die Teilbarkeit einer Klausel ist demnach mittels der Streichung des unwirksamen Teils zu ermitteln (*BAG 6. Mai 2009 - 10 AZR 443/08 - mwN, AP BGB § 307 Nr. 43 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 44*). Ist eine Bestimmung nicht sprachlich und inhaltlich teilbar, so ist zu prüfen, ob sie in ihrer Gesamtheit eine unangemessene Benachteiligung iSd. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unter Berücksichtigung der den Vertragsschluss begleitenden Umstände (§ 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB) darstellt.

Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat, handelt es sich bei der vereinbarten Vertragsstrafenhöhe, soweit sie die Alternative „vertragswidrige vorzeitige Vertragsbeendigung“ betrifft, um eine einheitliche, inhaltlich nicht trennbare Bestimmung. Das Vertragsstrafenversprechen in § 4 Satz 1 des Arbeitsvertrages ist zwar hinsichtlich der Verwirkungstatbestände für zwei unterschiedliche - sprachlich und inhaltlich trennbare - Sachverhalte abgegeben worden, nämlich zum einen für den Fall, dass der Arbeitnehmer die Tätigkeit rechtswidrig nicht antritt und zum anderen für den Fall, dass er das Anstellungsverhältnis vertragswidrig vorzeitig löst. Da die Beklagte die Tätigkeit bei der Klägerin aufgenommen hatte, kommt als Anspruchsgrundlage für die Vertragsstrafe nur die zweite Alternative von § 4 Satz 1 des Anstellungsvertrages in Betracht. Diese Alternative ist ihrerseits nicht (weiter) teilbar, sondern trifft inhaltlich eine allein an die „vertragswidrige vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ anknüpfende Aussage: Bei solch einem Tatbestand fällt eine Vertragsstrafe in Höhe einer regelmäßigen Bruttomonatsvergütung ausschließlich der Überstundenvergütung und der Zuschläge an. Zwischen den Konstellationen der Geltung unterschiedlicher Kündigungsfristen wird bei der Höhe des Strafversprechens nicht differenziert. Dies übersieht die Revision, wenn sie argumentiert, dass in § 3 des Arbeitsvertrages die Kündigungsfristen in der Probezeit und nach deren Ablauf hervorgehoben würden und dem Arbeitnehmer daher klar sei, dass die Vertragsstrafe jedenfalls nach Ablauf der Probezeit verbindlich gölte. Ob die Vertragsstrafe „verbindlich“ verabredet wurde, ist gerade Frage der Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB.

25

bb) Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

26

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. Die Feststellung einer unangemessenen Benachteiligung setzt eine wechselseitige Berücksichtigung und Bewertung rechtlich anzu-

27

erkennender 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 Gesamtvertrag zu berücksichtigen, ebenso wie kompensierende oder summierende Effekte. 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 4. März 2004 - 8 AZR 196/03 - BAGE 110, 8 = AP BGB § 309 Nr. 3 = EzA BGB 2002 § 309 Nr. 1*).

Bei Verbraucherverträgen 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 konkret-individuellen Begleitumständen gehören insbesondere persönliche Eigenschaften des individuellen Vertragspartners, die sich auf die Verhandlungsstärke auswirken, Besonderheiten der konkreten Vertragsabschlussituation, wie zB Überrumpelung, Belehrung sowie untypische Sonderinteressen des Vertragspartners (*BAG 31. August 2005 - 5 AZR 545/04 - BAGE 115, 372 = AP ArbZG § 6 Nr. 8 = EzA ArbZG § 6 Nr. 6*). Die Berücksichtigung dieser Umstände kann sowohl zur Unwirksamkeit einer nach generell-abstrakter Betrachtung wirksamen Klausel als auch zur Wirksamkeit

28

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. Eine unangemessene Benachteiligung kann aber aus der Höhe einer Vertragsstrafe folgen (*Senat 4. März 2004 - 8 AZR 196/03 - BAGE 110, 8 = AP BGB § 309 Nr. 3 = EzA BGB 2002 § 309 Nr. 1*). Nach der Rechtsprechung des Senats ist zur Feststellung der Angemessenheit einer Vertragsstrafe im Zusammenhang mit der vertragswidrigen, vorfristigen Lossagung vom Arbeitsverhältnis durch den Arbeitnehmer die maßgebliche Kündigungsfrist von 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 (*Senat 4. März 2004 - 8 AZR 196/03 - aaO*). 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. 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 Be-

29

ündigung 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 4. März 2004 - 8 AZR 196/03 - aaO*).

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die in § 4 Satz 1 des Arbeitsvertrages vereinbarte Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe einer regelmäßigen Bruttomonatsvergütung für den Fall der vertragswidrigen vorzeitigen Vertragsbeendigung unangemessen hoch, weil die Strafzahlung auch in der Konstellation gelten soll, in der sich der Arbeitnehmer rechtmäßig mit einer Kündigungsfrist von zwei Wochen vom Vertrag lösen könnte. 30

Unter § 3 Sätze 1 und 2 des Formulararbeitsvertrages ist eine Probezeit von sechs Monaten vereinbart, während welcher der Vertrag - entsprechend der gesetzlichen Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 3 BGB - mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden kann. Die vereinbarte Vertragsstrafe übersteigt also bei einer vertragswidrigen vorfristigen Lossagung vom Arbeitsverhältnis in den ersten sechs Monaten den Wert der Arbeitsleistung für die in dieser Zeit einzuhaltende Kündigungsfrist. Die Höhe der Arbeitnehmerbezüge bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist liefert grundsätzlich einen angemessenen Rahmen für die Vertragsstrafenhöhe zugunsten des Arbeitgebers, der hier bei einer Kündigung in der Probezeit überschritten ist. 31

Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht erkannt, dass besondere Interessen der Klägerin für die Vereinbarung einer höheren Vertragsstrafe bei einer vorfristigen Kündigung in der Probezeit nicht ersichtlich sind. Dass die Vertragsstrafe - und zwar auch der Höhe nach - generell der Durchsetzung ihres berechtigten Interesses an der Verhinderung des Vertragsbruchs dient, ist von der Klägerin als Verwenderin der Formularklausel darzulegen. Die Argumentation, der Klägerin sei es wegen der Einarbeitungsaufwendungen für die zuvor nicht in der Touristikbranche tätig gewesene Beklagte besonders darum gegangen, schon in der Probezeit eine gewisse Bindung an das Unternehmen sicherzustellen, berücksichtigt nur unzureichend, dass es um keine individuelle 32

Betrachtungsweise geht. Bei der Vertragsstrafenklauselkontrolle ist vielmehr maßgeblich, ob das Sanktionsinteresse des Arbeitgebers den Wert der Arbeitsleistung aufgrund besonderer Umstände typischerweise und generell übersteigt. Dass der finanzielle Mitteleinsatz in der Einarbeitungsphase für einen Sachbearbeiter für Bustouristik allgemein und unabhängig von den Erfahrungen oder der Ausbildung der Beklagten derart hoch ist, dass das Strafversprechen den Wert der Arbeitsleistung bis zur rechtlich zulässigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses übersteigen kann, ist weder vom Berufungsgericht festgestellt noch konkret von der Klägerin vorgetragen. Desgleichen rechtfertigt der Gesichtspunkt der Druckausübung, also den Arbeitnehmer zu vertragsgerechtem Verhalten anzuhalten, nicht die vereinbarte Höhe der Vertragsstrafe. Auch dabei ist zu berücksichtigen, welches wirtschaftliche Interesse die Klägerin an der Erbringung der Arbeitsleistung bis zur rechtlich zulässigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat. Diesem wirtschaftlichen Interesse entspricht keine Strafzahlung in Höhe eines monatlichen Bruttoentgelts, wenn sich der Arbeitnehmer mit zweiwöchiger Frist vom Vertrag lösen darf. Schließlich besteht auch kein schützenswertes Interesse an einer Erfüllungssicherung über den nächstzulässigen legitimen Beendigungszeitpunkt.

Wie das Landesarbeitsgericht weiter überzeugend ausgeführt hat, ist der Begründungsansatz der Klägerin für die Höhe der Vertragsstrafe auch widersprüchlich: Der Arbeitsvertrag sieht während der Probezeit keine von der gesetzlichen Kündigungsfrist abweichende längere Kündigungsfrist vor. Dies spricht gegen einen spezifischen Bindungswillen der Klägerin in der Anfangsphase des Arbeitsverhältnisses und insbesondere auch gegen die Annahme, den Kosten für die einzuarbeitende „Sachbearbeiterin Bustouristik“ käme ein die Vertragsstrafenhöhe rechtfertigendes Gewicht zu. Die Klägerin hätte auch bei einer vertragsgemäßen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Beschäftigten, also bei Einhaltung der zweiwöchigen Kündigungsfrist in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses, Ersatz für diesen beschaffen müssen. Die Einarbeitungsmittel wären ebenso angefallen bzw. - aus Sicht der Klägerin - „verloren“ gewesen.

33

Im Streitfalle sind keine weiteren gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB zu berücksichtigenden vertragsbegleitende Umstände ersichtlich. Somit liegt eine unzulässige Übersicherung der Klägerin vor. 34

c) Die unangemessene Benachteiligung führt nach § 307 Abs. 1 BGB zur Unwirksamkeit der Klausel. Eine geltungserhaltende Reduktion für den Zeitraum, in dem die kurze Probezeitkündigungsfrist nicht mehr gilt, kommt nicht in Betracht. 35

So ist die Vertragsstrafenklausel nicht im Wege der geltungserhaltenden Reduktion mit dem Inhalt aufrechtzuerhalten, dass die Strafzahlung in Höhe einer Bruttomonatsvergütung (nur) bei einer vertragswidrigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer nach Ablauf der Probezeit anfällt. 36

Grundsätzlich ist im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Modifizierung einer unangemessenen Klausel mit dem Ziel ihrer rechtskonformen Gestaltung nicht vorgesehen. Das folgt aus § 306 Abs. 2 BGB, der bestimmt, dass sich der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften richtet, soweit Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden sind oder unwirksam sind. Die Inhaltskontrolle kassiert, sie reformiert nicht (*Staudinger/Coester (2006) § 307 Rn. 55*). Eine Klauselaufrechterhaltung mit differenziert-ingeschränktem Inhalt wäre nicht mit dem Zweck der §§ 305 ff. BGB vereinbar. Schutzzweck der Vorschriften ist es, auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinzuwirken. Dem Vertragspartner des Klauselverwenders soll die Möglichkeit sachgerechter Information über die ihm aus dem vorformulierten Vertrag erwachsenden Rechte und Pflichten verschafft werden. Dieses Ziel ließe sich nicht erreichen, wenn der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zunächst die Grenze dessen überschreiten dürfte, was er zu seinen Gunsten in noch vertretbarer Weise vereinbaren durfte. Sähe man dies als zulässig an, hätte das zur Folge, dass der Klauselverwendungsgegner mit überzogenen Klauseln konfrontiert werden könnte und frühestens in einem Prozess zuverlässig über den Umfang seiner Rechte und Pflichten informiert würde. Dem 37

Klauselverwender wäre die Möglichkeit eröffnet, bei Aufstellung seiner Konditionen unbedenklich über die Grenze des Zulässigen hinauszugehen, ohne Schlimmeres befürchten zu müssen, als dass die Benachteiligung seines Geschäftspartners durch das Gericht auf ein gerade noch zulässiges Maß zurückgeführt wird. Es ist aber nicht Aufgabe der Gerichte, für eine den Gegner des Klauselverwenders unangemessen benachteiligende und deshalb unwirksame Klausel eine Fassung zu finden, die einerseits dem Verwender möglichst günstig, andererseits gerade noch rechtlich zulässig ist (*BGH 3. November 1999 - VIII ZR 269/98 - BGHZ 143, 104*). Wer die Möglichkeit nutzen kann, die ihm der Grundsatz der Vertragsfreiheit für die Aufstellung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen eröffnet, muss auch das Risiko einer Klauselunwirksamkeit tragen. Anderenfalls liefen insbesondere Benachteiligungsverbot und Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 BGB weitgehend ins Leere (*vgl. BAG 23. Januar 2007 - 9 AZR 482/06 - AP BGB § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr. 38 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 19*).

Arbeitsrechtliche Besonderheiten iSd. § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB führen zu keiner anderen Sichtweise. Eine solche Besonderheit ist insbesondere nicht der Umstand, dass es sich bei Arbeitsverträgen um Dauerschuldverhältnisse mit teilweise eingeschränkten Kündigungsmöglichkeiten handelt. Die hieraus folgende besondere Notwendigkeit einer Interessenabwägung besteht ebenso in anderen Bereichen des Zivilrechts (*Gotthardt Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform 2. Aufl. Rn. 328 ff.; Deinert in Däubler/Bonin/Deinert 3. Aufl. § 307 BGB Rn. 133; aA Thüsing NZA 2002, 591, 594*). Der Bundesgerichtshof wendet das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion auch bei Dauerschuldverhältnissen mit besonderen Kündigungsregelungen (konkret: Wohnraummietverträgen) an (*10. September 1997 - VIII ARZ 1/97 - BGHZ 136, 314*). Im Übrigen stellt die Unwirksamkeit einer Vertragsstrafenabrede wegen unangemessener Benachteiligung des Arbeitnehmers generell keinen Ausnahmefall für eine zwingend gebotene Abweichung vom Prinzip des Verbots einer geltungserhaltenden Reduktion dar (*Senat 14. August 2007 - 8 AZR 973/06 - AP BGB § 307 Nr. 28 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 28*).

38

d) Auch eine ergänzende Vertragsauslegung scheidet aus. 39

Eine solche ist nicht schon deshalb geboten, weil es - wie im Streitfalle - keine gesetzlichen Vorschriften gibt, auf die nach § 306 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden kann. Würde in derartigen Fällen immer eine ergänzende Vertragsauslegung eingreifen, läge das Risiko der Vorformulierung unwirksamer Klauseln entgegen dem Zweck der gesetzlichen Regelung nicht mehr beim Verwender (*BAG 14. Januar 2009 - 3 AZR 900/07 - mwN, BAGE 129, 121 = AP BGB § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr. 41 = EzA BGB 2002 § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr. 12*). 40

Im Übrigen setzt eine ergänzende Vertragsauslegung voraus, dass der Regelungsplan der Parteien infolge der durch die Unwirksamkeit einer Vertragsklausel entstandenen Lücke einer Vervollständigung bedarf. Dies ist anzunehmen, wenn die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel keine angemessene, den typischen Interessen des Klauselverwenders und seines Vertragspartners Rechnung tragende Lösung bietet. Nicht jede Verschiebung der Gewichte zulasten des Verwenders rechtfertigt die Annahme einer ergänzungsbedürftigen Lücke. Ebenso wie auch sonst bei der Anwendung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf arbeitsvertragliche Vereinbarungen sind dabei die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen (§ 310 Abs. 4 Satz 2 BGB). Maßgeblich sind insoweit nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche Besonderheiten des Arbeitslebens (*BAG 14. Januar 2009 - 3 AZR 900/07 - BAGE 129, 121 = AP BGB § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr. 41 = EzA BGB 2002 § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr. 12*). Die Gerichte sind jedoch nicht grundsätzlich berechtigt, durch ergänzende Vertragsauslegung an die Stelle einer unwirksamen Klausel die zulässige Klauselfassung zu setzen, die der Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen voraussichtlich gewählt hätte, wenn ihm die Unzulässigkeit der beanstandeten Klausel bekannt gewesen wäre (*BAG 23. Januar 2007 - 9 AZR 482/06 - AP BGB § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr. 38 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 19*). Eine solche ergänzende Auslegung würde dem Verwender das Risiko der unzulässig zu weit gefassten Klausel vollständig nehmen und eine Vertragshilfe allein zu seinen Gunsten darstellen. 41

Dieses Ergebnis entspricht auch dem erklärten Willen des Gesetzgebers. Dies zeigt § 305c Abs. 2 BGB, der bestimmt, dass Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zulasten des Verwenders gehen. 42

3. Ob die Frage der ergänzenden Vertragsauslegung aus Vertrauensgesichtspunkten bei „Altverträgen“ ggf. anders zu bewerten ist (vgl. zur ergänzenden Vertragsauslegung eines Änderungsvorbehalts in einem vor dem 1. Januar 2002 geschlossenen Formulararbeitsvertrag: BAG 12. Januar 2005 - 5 AZR 364/04 - BAGE 113, 140 = AP BGB § 308 Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 308 Nr. 1), kann offenbleiben, weil der Arbeitsvertrag am 20. Februar 2006 und somit nach Inkrafttreten der §§ 305 ff. BGB am 1. Januar 2002 geschlossen worden ist. 43

4. Das Argument der Revision, im Interesse der Rechtssicherheit und einer Art. 3 Abs. 1 GG entsprechenden Gleichbehandlung sei eine Ausnahme vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion bzw. eine ergänzende Vertragsauslegung geboten, weil für Altverträge aus Bestands- und Vertrauensgesichtspunkten diese Prinzipien angewandt würden und sich ein nach der Schuldrechtsreform eingestellter Arbeitnehmer demzufolge „besser“ stelle als ein bereits langjährig beschäftigter Arbeitnehmer, ist nicht durchschlagend. Es ist bereits zweifelhaft, ob bei „Altfällen“ ein so weit gehender Vertrauensschutz geboten ist, an sich unwirksame Vertragsklauseln grundsätzlich im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung oder der geltungserhaltenden Reduktion auf einen zulässigen Regelungsinhalt zurückzuführen. Jedenfalls kann Vertrauensschutz für Altfälle oder Altregelungen nicht im Gewande einer Gleichbehandlung die Nichtgeltung oder Nichtanwendbarkeit von Gesetzen und Normen für „Neufälle“ zur Rechtsfolge haben. 44

C. Die Klägerin hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen. 45

Hauck

Böck

Kiel

Warnke

Volz