

- (1) Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam.
- (2) Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften.
- (3) Der Vertrag ist unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde.

A. Allgemeines	1	1. Verbot der geltungserhaltenden Reduktion	9
I. Gegenstand der Vorschrift	1	2. Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung als Ersatzklauseln	12
II. Nichtigkeitsfolgen im Arbeitsrecht	2	3. Milderung der Eingriffsintensität bei Altverträgen	15
B. Regelungsgehalt	4	III. Gesamtnichtigkeit des Vertrages (Abs. 3)	18
I. Wirksambleibende Vertragsbestandteile (Abs. 1)	4	C. Beraterhinweise	19
1. Anwendungsbereich	4		
2. Teilbarkeit	7		
II. Arbeitsvertragsinhalt bei Unwirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen (Abs. 2)	9		

A. Allgemeines

I. Gegenstand der Vorschrift

§ 306 regelt die Folgen der Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit mit dem AGB-Recht nicht im Einklang stehender Verträge. Abs. 1 führt zum Erhalt des Vertrages in seinem Bestand, Abs. 2 stellt die Regel auf, nach der die Vertragslücke wegen Unwirksamkeit oder fehlender Einbeziehung einer Vertragsbestimmung geschlossen wird. Abs. 1 beseitigt die Grundregel des § 139, wenn vorformulierte Vertragsbestimmungen in den Vertrag **nicht einbezogen** wurden oder **unwirksam** sind. Abs. 2 wählt das dispositive Recht als Ersatzordnung, wenn eine Lücke aufgetreten ist, wenn Bestimmungen **nicht Vertragsbestandteil** geworden oder **unwirksam** sind. Abs. 3 bildet eine Ausnahme von Abs. 2 und hätte dort auch als S. 2 eingefügt werden können: Wenn sich das Ausfüllen einer Lücke nach Abs. 2 für eine Vertragspartei als eine unzumutbare Härte darstellt, besteht die Rechtsfolge ausnahmsweise in der Gesamtnichtigkeit des Vertrages.

II. Nichtigkeitsfolgen im Arbeitsrecht

Nach § 139 ist bei Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts das gesamte Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre. Diese Grundregel des BGB ist im Arbeitsvertragsrecht weitgehend umgekehrt worden. Nach st. Rspr.¹ ist § 139 unanwendbar, sofern sich der Verstoß gegen eine **AN schützende Vorschrift** richtet. Die bloße Teilnichtigkeit ist daher beim Arbverh die Regel.² Nur in Ausnahmefällen wie bei Verstößen gegen zumeist öffentlich-rechtliche Schutznormen³ oder bei extremen Verstößen gegen § 138⁴ wird eine vollständige Nichtigkeit angenommen. Eine Beschränkung der ex tunc-Wirkung auf die ex nunc-Wirkung entfällt, wenn die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages auf einem vorsätzlichen Verstoß gegen allg., für jedermann gültige Strafgesetze und damit auf einem Verbot des Bestehens eines derartigen Arbverh überhaupt beruht.⁵

Dieser Grundsatz gilt nicht uneingeschränkt. Das BAG hat für den Fall der „Schwarzlohnabrede“ entschieden, dass trotz des von beiden Parteien angestrebten gravierenden Verstoßes, keine Steuern und Sozialversicherungsbeiträge abzuführen, nicht der gesamte Arbeitsvertrag mit dem Makel der Verbotsnorm behaftet sei, so dass nur eine Teilnichtigkeit bestehe.⁶ Eine Erstreckung der Nichtigkeitsfolge auf das vertragliche Grundverhältnis würde dem Schutzzweck entgegenstehen. Die Gesamtnichtigkeit würde nur einseitig den AN belasten. Die Steuer- und Abgabenhinziehung sei bei einer Schwarzlohnabrede nicht der Hauptzweck des Vertrages.

1 BAG 4.10.1978 – 5 AZR 886/77 – AP § 611 BGB Anwesenheitsprämie Nr. 11; BAG 28.3.1963 – 5 AZR 472/62 – AP § 1 Hausarbeitsgesetz Nr. 24; BAG 9.9.1981 – 11 AZR 1182/79 – AP Art. 3 GG Nr. 117.

2 Siehe aber auch BAG 28.9.2005 – 5 AZR 52/05 – NZA 2006, 149 zur Teilnichtigkeit von Ausschlussfristen.

3 Einstellung einer Schwangeren für Arbeiten, die nach dem MuSchG verboten sind: BAG 27.11.1956 – 1 AZR 540/55 – AP § 4 MuSchG Nr. 2; Überschreitung der arbeitszeitli-

chen Grenzen: LAG Nürnberg 29.8.1995 – 2 Sa 428/94 – AP § 134 BGB Nr. 9.

4 BAG 1.4.1976 – 4 AZR 96/75 – BAGE, 28, 83 = BB 1976, 1079; BGH 31.3.1970 – III ZP 23/68 – BGHZ 53, 369; BGH 18.7.1980 – II StR 348/80 – AP § 138 BGB Nr. 35.

5 BAG 25.4.1963 – 5 AZR 398/62 – AP § 611 BGB Faktisches Arbeitsverhältnis Nr. 2.

6 BAG 26.2.2003 – 5 AZR 690/01 – MDR 2003, 1185 = DB 2003, 1581.

B. Regelungsgehalt

I. Wirksambleibende Vertragsbestandteile (Abs. 1)

- 4 1. Anwendungsbereich.** Abs. 1 umfasst zwei Fallgruppen. Die erste Gruppe betrifft diejenigen Fälle, in denen AGB nicht Vertragsbestandteil geworden sind, für den Bereich des Arbeitsrechts, also wenn die Einbeziehung von Vertragsbedingungen am Überraschungsverbot des § 305c Abs. 1 scheiterte. § 305 Abs. 2 ist im Arbeitsrecht gem. § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 ausgeschlossen.
- 5** Der zweite Anwendungsbereich von Abs. 1 erschließt sich, wenn AGB unwirksam sind. Nicht nur die Verstöße gem. §§ 307 ff. sind erfasst, sondern auch die Fälle der Nichtigkeit gem. §§ 125, 134.⁷ Gleiches gilt jetzt allg. für vorformulierte Arbeitsverträge.⁸
- 6** Da Abs. 1 voraussetzt, dass sich die Unvollständigkeit des Vertrages aus vorformulierten Teilen ergibt, gilt er nicht im Falle der Unwirksamkeit einer **Individualvereinbarung**. Hier verbleibt es bei den Rechtsfolgen des § 139.⁹ Ist ein Arbeitsvertrag jedoch nur teilnichtig, führt dies auch bei Individualvereinbarungen nicht zur Gesamtnichtigkeit des Arbeitsvertrages.
- 7 2. Teilbarkeit.** Lässt sich eine Arbeitsvertragsklausel nach ihrem Wortlaut aus sich heraus verständlich und sinnvoll in einen inhaltlich zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil trennen, ist die Aufrechterhaltung des zulässigen Teils rechtlich unbedenklich und verstößt nicht gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion aus Abs. 2.¹⁰ Es kommt darauf an, ob der Wortlaut wegen eines eigenständigen grammatikalischen Sinns eine Trennung der betroffenen Vertragsteile von den restlichen Vertragsteilen gestattet. Dies setzt voraus, dass formal verbundene Bestimmungen mehrere sachliche Regelungen enthalten, die sprachlich voneinander abtrennbar sind.¹¹ Die Regelung darf erkennbar nicht an einen einheitlichen Tatbestand anknüpfen, da dann die Trennung der Klausel zu einer unzulässigen geltungserhaltenden Reduktion führt.¹² Voraussetzung für eine zulässige Zerlegung ist daher, dass sich die unwirksame Bestimmung wegstreichen lässt und der Rest noch einen eigenständigen Regelungscharakter aufweist, sog. „blue pencil test“.¹³ Der verbleibende Teil muss in jedem Falle nach seinem Regelungsgehalt sinnvoll bleiben.¹⁴
- 8** In diesem Sinne sprachlich trennbar sind regelmäßig die zwei Stufen einer Ausschlussfrist. Die Unwirksamkeit der zweiten Stufe lässt die Wirksamkeit der ersten Stufe unberührt,¹⁵ nicht jedoch umgekehrt. Sind „alle Ansprüche aus dem Arberh“ erfasst, so nimmt das BAG eine Teilbarkeit im Hinblick auf vorsätzliche und sonstige Ansprüche an. Soweit die Ausschlussfrist vorsätzliche Ansprüche erfasst, ist sie wegen § 202 teilnichtig.¹⁶ Enthält eine Klausel sprachlich getrennt einen Anrechnungsvorbehalt und einen Widerrufsvorbehalt, kann der Widerrufsvorbehalt unwirksam sein, während der Anrechnungsvorbehalt aufrecht erhalten bleibt.¹⁷ Auch Vertragsstrafen, die einerseits ausdr. an den sog. Vertragsbruch (Nichtantritt oder vertragswidrige Niederlegung der Arbeit) und andererseits an die Veranlassung einer fristlosen Kündigung durch den AG anknüpfen, sind im „blue-pencil-Test“ teilbar und ggf. nur teilunwirksam.¹⁸ Hingegen wertet das BAG eine Verpflichtung des AN zur Rückzahlung der Ausbildungskosten für jeden Fall der Beendigung des Arberh vor Ablauf einer bestimmten Frist als einheitlichen Tatbestand, der unteilbar und insgesamt unwirksam ist, da er nicht nach dem jeweiligen Beendigungsgrund und dessen Zurechnung differenziert.¹⁹ Eine aufeinander abgestimmte Fristenregel kann bei Unangemessenheit einer Frist ebenfalls insgesamt unwirksam sein.²⁰ Unteilbar und insgesamt unwirksam ist ferner das unbeschränkte Recht des AG, dem AN jederzeit und ohne Grund die Nutzung des Dienstwagens zu entziehen.²¹

II. Arbeitsvertragsinhalt bei Unwirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen (Abs. 2)

- 9 1. Verbot der geltungserhaltenden Reduktion.** Abs. 2 beschreibt das gesetzliche Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, das von der Rspr.²² ausgestaltet wurde, um dem Normzweck des AGB-Rechts Rechnung zu tragen. Könnte der Verwender von AGB darauf vertrauen, eine unzulässige Klausel werde im Streitfall vom Gericht auf das gerade noch zulässige Maß reduziert, wäre nicht der Anreiz gegenüber dem Verwender gesetzt, unzulässige Klauseln zu vermeiden.

7 BGH 3.5.1995 – XII ZR 29/94 – BGHZ 129, 297.

8 HWK/Gothardt, § 306 BGB Rn 2; Däubler/Dorndorf/Bo-nin/Deinert, § 306 Rn 3.

9 Ulmer/Brandner/Hensen, § 306 BGB Rn 6.

10 BGH 27.2.2000 – VIII ZR 155/99 – NJW 2000, 292.

11 BAG 12.3.2008 – 10 AZR 152/07 – NZA 2008, 699; BAG 11.4.2006 – 9 AZR 610/05 – NZA 2006, 1042.

12 BAG 11.4.2006 – 9 AZR 610/05 – NZA 2006, 1042.

13 BAG 12.3.2008 – 10 AZR 152/07 – NZA 2008, 699; BAG 21.4.2005 – 8 AZR 425/04 – NZA 2005, 1053; Palandt/Grüneberg, Vorb. v. § 307 Rn 11; Willemsen/Grau, RdA 2003, 321.

14 BGH 27.2.2000 – VIII ZR 155/99 – NJW 2000, 292.

15 BAG 12.3.2008 – 10 AZR 152/07 – NZA 2008, 699.

16 BAG 28.9.2005 – 5 AZR 52/05 – NZA 2006, 149; BAG 25.5.2005 – 5 AZR 572/04 – NZA 2005, 1111.

17 BAG 1.3.2006 – 5 AZR 363/05 – NZA 2006, 746.

18 BAG 21.4.2005 – 8 AZR 425/04 – NZA 2005, 1053.

19 BAG 23.1.2007 – 9 AZR 482/06 – NZA 2007, 748; BAG 11.4.2006 – 9 AZR 610/05 – NZA 2006, 1042.

20 BayObLG 9.7.1987 – ReMiet 1/87 – NJW-RR 1987, 1298; a.A. ArbG Frankfurt/Main 13.8.2003 – 2 Ca 5568/03 – NJW-RR 2004, 238.

21 BAG 19.12.2006 – 9 AZR 294/06 – NZA 2007, 809.

22 BGH 3.11.1999 – VIII ZR 269/98 – NJW 2000, 1110; BGH 4.11.1992 – VIII ZR 235/91 – BGHZ 120, 108, 122; BGH 17.5.1991 – V ZR 140/90 – BGHZ 114, 338, 342.

Das BAG nahm im Arbeitsrecht regelmäßig eine geltungserhaltende Reduktion vor. Anstatt die Unwirksamkeit von Klauseln festzustellen, führte es sie auf das zulässige Maß zurück.²³ Unvertretbar hohe Rückzahlungsbeträge für Aus- und Fortbildung wurden so z.B. auf die noch zulässige Höhe reduziert.²⁴ Ähnlich verfuhr das BAG bei Rückzahlungsabreden über Sondergratifikationen.²⁵ Daran hielt das BAG aufgrund der eindeutigen gesetzlichen Regelung in Abs. 2 nicht fest. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion gilt auch für vorformulierte Arbeitsverträge.²⁶ Besonderheiten des Arbeitsrechts (§ 310 Abs. 4 S. 2) stehen dem nicht entgegen.²⁷ Es ist Ziel des Gesetzes, von vornherein auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis verwendeten AGB hinzuwirken.²⁸ Das Risiko der Unwirksamkeit trägt allein der AG. So hat das BAG zwischenzeitlich u.a. der geltungserhaltenden Reduktion bei Vertragsstrafenregelungen,²⁹ Ausschlussfristen,³⁰ Rückzahlungsklauseln,³¹ Stichtagsregelungen³² und doppelten Schriftformklauseln eine Absage erteilt. Die geltungserhaltende Reduktion von AGB in Arbeitsverträgen gehört damit der Vergangenheit an.

Folge des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion ist, dass **salvatorische Klauseln**, gleichgültig, ob als Ersetzungs- oder als Reduktionsklausel ausgestaltet,³³ künftig aufgrund der Unvereinbarkeit mit § 306 Abs. 2 unwirksam sind. Das Risiko einer unwirksamen Vertragsklausel lässt sich nur noch in den Fällen über eine Reduktionsklausel abfangen, in denen eine geltungserhaltende Reduktion gesetzlich ausnahmsweise angeordnet ist, wie z.B. in § 74a Abs. 1 HGB.³⁴

2. Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung als Ersatzklauseln. Nach Abs. 2 treten an die Stelle unwirksamer oder nicht Vertragsbestandteil gewordener Bestimmungen die gesetzlichen Vorschriften. Das dispositive Recht bildet damit die Ersatzordnung, um eine Lücke, die durch den Wegfall einer AGB-Regel entstanden ist, zu schließen. Im Arbeitsrecht fehlen häufig dispositive Normen, auf die zurückgegriffen werden könnte. Nach der Rspr. des BGH zählen zu den „gesetzlichen Vorschriften“ jedoch auch ungeschriebene Rechtsätze, die durch Richterrecht entwickelt wurden.³⁵ Zu den Vorschriften des dispositiven Rechts zählen ferner die **General-klauseln** und methodischen Vorschriften zur Ausfüllung von Vertragslücken wie die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung.³⁶

Die Regeln der **ergänzenden Vertragsauslegung** gründen sich auf § 157. Gem. Abs. 2 i.V.m. der ergänzenden Vertragsauslegung macht das Gericht dasjenige zum Vertragsinhalt, was die Parteien **redlicherweise wahrscheinlich vereinbart hätten**, wenn ihnen die Unwirksamkeit der Klausel bekannt gewesen wäre.³⁷ Allerdings darf nicht jede Regelungslücke auf diese Art geschlossen werden. An die ergänzende Vertragsauslegung werden strenge Anforderungen gestellt. Der Vertrag muss durch die Lücke vervollständigungsbedürftig erscheinen und darf ohne ergänzende Regelung nicht ebenfalls sachgerecht sein.³⁸ Das Gericht sucht in diesen Fällen nach einem beiden Seiten gerecht werdenden Ausgleich und nicht nach der gerade noch zulässigen Regelung.³⁹ Die ergänzende Vertragsauslegung darf nicht auf eine geltungserhaltende Reduktion hinauslaufen. Sie scheidet dann aus, wenn zur Ausfüllung der durch die Unwirksamkeit einer Klausel entstandenen Regelungslücke verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht kommen und kein Anhaltspunkt dafür besteht, welche Regelung die Parteien wahrscheinlich getroffen hätten.⁴⁰ So fehlen bspw. im Rahmen unwirksamer Stichtagsregelungen aufgrund der Vielzahl möglicher Stichtage Anhaltspunkte für den hypothetischen Willen der Parteien.⁴¹

23 BAG 6.3.1994 – 5 AZR 339/92 – NZA 1994, 937; BAG 15.2.1990 – 6 AZR 381/88 – AP § 611 BGB Anwesenheitsprämie Nr. 15; BAG 15.5.1985 – 5 AZR 161/84 – AP § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr. 9; BAG 11.4.1984 – 5 AZR 430/82 – NZA 1984, 288; BAG 20.2.1975 – 5 AZR 240/75 – BB 1975, 1206; BAG 3.10.1963 – 5 AZR 131/63 – AP § 611 BGB Urlaub und Gratifikation Nr. 1.
24 BAG 12.12.1979 – 5 AZR 1056/77 – DB 1980, 1704.
25 BAG 20.3.1974 – 5 AZR 327/73 – NJW 1974, 1671 = BB 1974, 1671.
26 BAG 30.7.2008 – 10 AZR 606/07 – BB 2008, 1785; BAG 20.5.2008 – 9 AZR 382/07 – juris; BAG 28.9.2005 – 5 AZR 52/05 – NZA 2006, 149.
27 Siehe auch die Lit.: *Däubler/Dorndorf/Bonin/Deinert*, § 306 Rn 18; *HWK/Gotthardt*, § 306 Rn 4; *Reinecke*, DB 2002, 583, 586; a.A. *Annuß*, BB 2002, 458, 461; *Lingemann*, NZA 2002, 181, 187.
28 BAG 30.7.2008 – 10 AZR 606/07 – BB 2008, 1785.
29 BAG 4.3.2004 – 8 AZR 196/03 – NZA 2004, 727; BAG 4.3.2004 – 8 AZR 328/03 – n.v.; BAG 4.3.2004 – 8 AZR 344/03 – n.v.

30 BAG 28.11.2007 – 5 AZR 992/06 – NZA 2008, 293; siehe aber zur Teilbarkeit einer doppelten Ausschlussfrist: BAG 12.3.2008 – 10 AZR 152/07 – NZA 2008, 699.

31 BAG 23.1.2007 – 9 AZR 482/06 – NZA 2007, 748.

32 BAG 24.10.2007 – 10 AZR 825/06 – NZA 2008, 40.

33 *Hümmerich*, Gestaltung von Arbeitsverträgen, § 1 Rn 2271.

34 LAG Hamm 14.4.2003 – 7 Sa 1881/02 – NZA-RR 2003, 513; *ErK/Preis*, §§ 305–310, Rn 104.

35 BGH 14.5.1996 – XI ZR 257/94 – NJW 1996, 2092; BGH 11.7.1996 – IX ZR 74/95 – NJW 1996, 2786.

36 BGH 1.2.1984 – VIII ZR 54/83 – BGHZ 90, 69; BGH 30.10.1984 – VIII ARZ 1/84 – BGHZ 92, 363; LAG Köln 1.2.2001 – 10 Sa 625/00 – NZA-RR 2001, 461.

37 BAG 12.1.2005 – 5 AZR 364/04 – NZA 2005, 465.

38 BAG 28.11.2007 – 5 AZR 992/06 – NZA 2008, 293.

39 BAG 30.4.2006 – 9 AZR 610/05 – NZA 2006, 1042; BAG 23.1.2007 – 9 AZR 482/06 – NZA 2007, 748.

40 BGH 3.11.1999 – VIII ZR 269/88 – NJW 2000, 1110, 1114.

41 BAG 24.10.2007 – 10 AZR 825/06 – NZA 2008, 40.

Nach der Rspr. des 9. Senats des BAG kommt die ergänzende Vertragsauslegung erst in Betracht, wenn der ersatzlose Wegfall zu einer unzumutbaren Härte für den AG i.S.d. Abs. 3 führen würde.⁴² Aufgrund dieser hohen Anforderungen machte der Senat bislang keinen Gebrauch von der Möglichkeit der ergänzenden Vertragsauslegung. Weniger streng scheint dies der 5. Senat zu sehen, so etwa bei einer unwirksamen Vereinbarung zur Arbeit auf Abruf.⁴³ Der 5. Senat fragte lediglich, was die Parteien in Kenntnis der Unwirksamkeit der Regelung wohl vereinbart hätten und stellte keine weiteren Anforderungen auf.

- 14** Wie bereits ausgeführt, gehören zum dispositiven Recht auch die Regeln des **Richterrechts**.⁴⁴ Vor Zirkelschlüssen wird allerdings gewarnt. Soweit Rspr. wegen der früheren Bereichsausnahme in § 23 AGBG entwickelt wurde, kann sie weder über § 306 Abs. 2 noch über § 310 Abs. 4 S. 2 als **dispositives Richterrecht** bzw. als **Besonderheit des Arbeitsrechts** durch unveränderte Fortführung erhalten bleiben.⁴⁵ Das entwickelte Richterrecht kann nicht als gesetzvertretende Mindestvorgabe verstanden werden.⁴⁶ Richterrecht steht in der Rangfolge unter Gesetzesrecht. Daher ist es als Orientierungshilfe zu verstehen.⁴⁷ Es ist zu hinterfragen, inwiefern das Richterrecht bereits zu Zeiten der Bereichsausnahme auf der Grundlage arbeitsrechtlicher Besonderheiten entwickelt wurde. Diese Besonderheiten können auch heute noch im Rahmen des § 310 Abs. 4 angemessen berücksichtigt werden.⁴⁸ Im Rahmen des Abs. 2 dürfte die Anwendung des Richterrechts häufig auf eine unzulässige geltungserhaltende Reduktion hinauslaufen, weil es gerade das noch zulässige Maß beschreibt.
- 15** **3. Milderung der Eingriffsintensität bei Altverträgen.** Grds. findet auch auf Altverträge nach der Übergangsregelung gem. Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB, also ab dem 1.1.2003, das neue AGB-Recht Anwendung. Als Problem zeigte sich dem BAG der Fall der Regelung eines Widerrufsvorbehalts in einem Altvertrag. War die Widerrufsklausel mit der Nichtigkeitsfolge des § 306 unwirksam, hätte bei strikter Anwendung der gesetzlichen Regelung der AG aufgrund einer unwirksamen Widerrufsklausel – selbst in einer wirtschaftlichen Notlage – von seinem Anpassungsinstrument nicht mehr Gebrauch machen können. Das BAG⁴⁹ hat sich deshalb, abweichend von § 306, dazu entschlossen, eine Milderung der Eingriffsintensität bei Altverträgen über eine ergänzende Vertragsauslegung vorzunehmen. Der von *Hanau/Hromadka*⁵⁰ vorgeschlagenen geltungserhaltenden Reduktion mit der Begründung, der Gesetzgeber habe die Übergangsproblematik wegen der gleichsam in der letzten Sekunde des Gesetzgebungsverfahrens erfolgten Streichung der Bereichsausnahme nicht gesehen, ist das BAG⁵¹ nicht gefolgt. Denn das gesetzgeberische Ziel einer möglichst raschen Anpassung der Bewertungsmaßstäbe wäre andernfalls auf Jahre hinweg nicht mehr zu erreichen gewesen.⁵² Das BAG verweist darauf, dass die Unwirksamkeit eines Widerrufsvorbehalts in einem Altvertrag allein auf neuen förmlichen Anforderungen beruhte, die die Parteien bei Vertragsschluss nicht hatten kennen können. Wollte man auch in solchen Fällen an der Unwirksamkeitsfolge festhalten, würde eine Bindung des AG an die vereinbarte Leistung ohne Widerrufsmöglichkeit unverhältnismäßig in die Privatautonomie eingreifen. Deshalb sei die entstandene Lücke durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen. Es sei also bei Altverträgen mit unwirksamen Klauseln die Frage zu stellen, welchen Inhalt hätten die Parteien der Vertragsklausel gegeben, wenn ihnen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die neue Rechtslage bekannt gewesen wäre. Die ergänzende Vertragsauslegung ermöglicht bei Altverträgen Wertungen auf Basis von Mutmaßungen.⁵³
- 16** *Bayreuther*⁵⁴ hält dem BAG entgegen, es habe in seiner Entscheidung vom 12.1.2005⁵⁵ die ergänzende Vertragsauslegung gewählt, die einer geltungserhaltenden Reduktion gleichkomme, weil es diejenige Vertragsgestaltung, die ihm noch angemessen erschienen sei, mit dem hypothetischen Parteiwillen gleichgesetzt habe. Ebenso habe das BAG im Urteil vom 25.5.2005⁵⁶ zu zweistufigen Ausschlussfristen eine Regelung trotz des Verbots in § 202 Abs. 1 BGB als „ohne Weiteres teilbar“ bezeichnet und damit in Wahrheit eine geltungserhaltende Reduktion vorgenommen.
- 17** Das BAG hält am eingeschlagenen Weg fest. Unwirksame Klauseln in Altverträgen müssen nicht zwingend ersatzlos wegfallen. So ist die Lücke zu schließen, wenn lückenfüllendes Gesetzesrecht nicht zur Verfügung steht und ein ersatzloser Wegfall der unwirksamen Klausel unverhältnismäßig in die Privatautonomie eingreifen und keine angemessene, den typischen Interessen der Vertragspartner Rechnung tragende Lösung bieten würde.⁵⁷ Dies ist insbeson-

42 BAG 30.4.2006 – 9 AZR 610/05 – NZA 2006, 1042; BAG 19.12.2006 – 9 AZR 294/06 – NZA 2007, 809; BAG 23.1.2007 – 9 AZR 482/06 – NZA 2007, 748.

43 BAG 7.12.2005 – 5 AZR 535/04 – NZA 2006, 423.

44 LAG Brandenburg 24.6.2004 – I Sa 108/04 – ArbuR 2004, 475.

45 *Hümmerich/Bergwitz*, BB 2005, 997.

46 LAG Sachsen-Anhalt 6.9.2007 – 10 Sa 142/07 – juris; wohl a.A. *HWK/Gothardt*, § 306 BGB Rn 5.

47 *Schmidt*, NZA 2004, 1002.

48 *Ausf. Ebeling*, AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen, S. 96.

49 BAG 12.1.2005 – 5 AZR 364/04 – NZA 2005, 465 = NJW 2005, 1820; BAG 11.10.2006 – 5 AZR 721/05 – NZA 2007, 87.

50 NZA 2005, 73, 78.

51 Ebenso BAG 25.5.2005 – 5 AZR 572/04 – NZA 2005, 1111, 1115.

52 *Heß*, NJW 2002, 253; *Stoffels*, NZA 2005, 726.

53 *Hümmerich*, MedR 2005, 575, 578.

54 NZA 2005, 1337, 1339.

55 BAG 12.1.2005 – 5 AZR 364/04 – NZA 2005, 465.

56 BAG 25.5.2005 – 5 AZR 572/04 – NZA 2005, 1111.

57 BAG 30.7.2008 – 10 AZR 606/07 – NZA 2008, 1173; BAG 11.10.2006 – 5 AZR 721/05 – NZA 2007, 87.

dere der Fall, wenn sich die Unwirksamkeit einer Klausel lediglich aus formellen Gründen ergebe⁵⁸ oder sonst eine unzumutbare Härte für den AG entstünde.⁵⁹ Eine solche unzumutbare Härte nehmen die einzelnen Senate des BAG jedoch kaum an. So fehle sie u.a. im Fall der Unwirksamkeit einer Rückzahlungsvereinbarung für Ausbildungskosten.⁶⁰ Die vertragliche Lücke, die durch eine unangemessen kurze Ausschlussfrist entstanden ist, sei ebenfalls nicht durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen, sondern durch das gesetzliche Verjährungsrecht.⁶¹ Ebenso entschied der 9. Senat des BAG im Falle einer unwirksamen Widerrufsklausel für die Dienstwagenutzung und wies dabei auch darauf hin, dass der AG die vom Gesetzgeber gewährte Übergangsfrist bis zum 1.1.2003 zur Anpassung der Klausel hätte nutzen können.⁶² Für den 9. Senat kommt eine ergänzende Vertragsauslegung nur in Betracht, wenn eine unzumutbare Härte i.S.d. Abs. 3 vorliegt.

III. Gesamtnunwirksamkeit des Vertrages (Abs. 3)

Die Wirkung des Abs. 2 wird ausnahmsweise vermieden, wenn trotz der Lückenfüllung des Vertrags durch dispositives Recht oder durch ergänzende Vertragsauslegung das Festhalten am Vertrag zu einer unzumutbaren Härte für eine Vertragspartei führen würde. Da die Anwendung des AGB-Rechts im Arvberh grds. zugunsten des AN wirkt, wird die **unzumutbare Härte** regelmäßig aufseiten des Verwenders, also des AG, einzutreten haben. Als unzumutbare Härte für den Verwender gilt eine grundlegende Störung des **Vertragsgleichgewichts** durch Wegfall der AGB.⁶³ Anwendungsfälle von Abs. 3 bei Arbeitsverträgen sind schwer vorstellbar,⁶⁴ zumal die Rspr. des 9. Senats selbst eine ergänzende Vertragsauslegung erst annimmt, wenn eine unzumutbare Härte i.S.d. Abs. 3 vorliegt. Für eine Gesamtnunwirksamkeit des Vertrages bleibt daneben praktisch kein Raum.

18

C. Beraterhinweise

Da eine geltungserhaltende Reduktion auf der Grundlage des AGB-Rechts unzulässig ist, trägt der Verwender das Risiko der Unwirksamkeit einer Vertragsklausel. Eine ergänzende Vertragsauslegung wird nur selten vorgenommen werden. Eine Möglichkeit der Minimierung des Unwirksamkeitsrisikos zumindest für formal verbundene Regelungen bietet der nunmehr auch vom BAG angewandte „Blue-Pencil-Test“ (siehe Rn 7 f.), wonach abtrennbare unwirksame Regelungen nur zu einer Teilunwirksamkeit der Klausel führen und diese im Übrigen bestehen bleibt. Bei der Gestaltung des Vertrages sollte daher auf möglichst differenzierende und sprachlich trennbare Regelungen geachtet werden. Tritt bei mehreren Tatbestandsvarianten stets dieselbe Rechtsfolge ein, so bietet sich ggf. eine durch Aufzählungszeichen untergliederte Aneinanderreihung der verschiedenen Tatbestände an. Dies ermöglicht nicht nur die Aufrechterhaltung der wirksamen Tatbestände, sondern dient gleichzeitig der Transparenz i.S.d. § 307 Abs. 1 S. 1. Die Transparenz erfordert, dass Tatbestand und Rechtsfolgen hinreichend klar beschrieben sein müssen.

19

58 BAG 19.12.2007 – 5 AZR 1008/06 – NZA 2008, 464; BAG 11.10.2006 – 5 AZR 721/05 – NZA 2007, 87.

59 BAG 30.7.2008 – 10 AZR 606/07 – BB 2008, 1785; BAG 11.10.2006 – 5 AZR 721/05 – NZA 2007, 87; BAG 12.1.2005 – 5 AZR 364/04 – DB 2005, 669; BAG 23.1.2007 – 9 AZR 482/06 – NZA 2007, 748.

60 BAG 30.4.2006 – 9 AZR 610/05 – NZA 2006, 1042; BAG 23.1.2007 – 9 AZR 482/06 – NZA 2007, 748.

61 BAG 28.11.2007 – 5 AZR 992/06 – NZA 2008, 293.

62 BAG 19.12.2006 – 9 AZR 294/06 – NZA 2007, 809; vgl. auch BAG 30.4.2006 – 9 AZR 610/05 – NZA 2006, 1042; weiter aber der 5. Senat, so etwa BAG 11.10.2006 – 5 AZR 721/05 – NZA 2007, 87.

63 BGH 9.5.1996 – III ZR 209/95 – NJW-RR 1996, 1009; *Däubler/Dorndorff/Bonin/Deinert*, § 306 Rn 28.

64 *Däubler/Dorndorff/Bonin/Deinert*, § 306 Rn 30; *Gotthardt*, Rn 332; *HWK/Gotthardt*, § 306 Rn 6; *Lakies*, AR-Blattei, SD, 35 Rn 214.