

Leseprobe zu



Clemenz/Kreft/Krause

AGB-Arbeitsrecht

Kommentar

2013, 672 Seiten, gebunden, Kommentar, 14,5 x 21cm

ISBN 978-3-504-42061-1

98,00 €

Einführung

I. Allgemeines	1	c) Kompensation von Nachteilen	82
1. Rechtstatsächliche Ausgangslage	1	aa) Bedeutung des Vorhandenseins eines gesetzlichen Schutzsystems	82
2. Funktionen von AGB	7	bb) Freiwillige Begünstigungen	84
II. Entwicklung der Inhaltskontrolle im Arbeitsvertragsrecht	14	d) Differenzierung nach Verkehrskreisen	87
1. Die Zeit bis zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	14	aa) Arbeitnehmerseite	87
2. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	18	bb) Arbeitgeberseite	90
3. Die Zeit seit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	20	e) Rationalisierung/Gleichbehandlung	91
III. Wertungsgrundlagen und Rechtfertigungen der AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht	25	f) Sanktionierung von Pflichtverletzungen	94
1. Allgemeines	25	g) Rechtsverfehlungsrisiko (Prognoserisiko)	95
2. Normentheoretische Modelle	28	h) Kollektivrechtliche Werungen	98
3. Rechtsverhältnisbezogene Konzeptionen	30	aa) Koalitionsvertragliche Regelungen	99
4. Rechtsverhältnisüberschreitende Konzeptionen	37	bb) Betriebliche Mitbestimmung	101
5. Weiterentwicklung durch das Verbraucherschutzrecht	41	i) Rechtssicherheit und Rechtsklarheit	102
6. Bedeutung für die AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht	44		
7. Bedeutung des Verfassungsrechts	57		
IV. Besonderheiten der AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht	62		
1. Grundlagen	62		
2. Leitgedanken der AGB-Kontrolle	69		
a) Anpassungsnotwendigkeit und Bestandsschutz	70		
aa) Allgemeines	70		
bb) Tätigkeitsebene	76		
cc) Entgeltbereich	79		
b) Grundrechtliche Aufführung	81		
V. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich	103		
1. Verträge zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer	103		
2. Sonstige Verträge	113		
VI. Zeitlicher Anwendungsbereich und Umgang mit Altverträgen	115		
VII. Internationaler Anwendungsbereich	123		
VIII. Gesetzliche Systematik und Prüfungsreihenfolge	126		
IX. Durchsetzung des AGB-Rechts	131		

I. Allgemeines

1. Rechtstatsächliche Ausgangslage

- 1 Die Arbeitsvertragspraxis wird schon seit langem durch vorformulierte Arbeitsbedingungen geprägt.¹ Empirisch gestützte Schätzungen gehen dahin, dass **weit mehr als 90 % aller Arbeitsverhältnisse** in Deutschland formularmäßig ausgestaltet sind.² Der ausschließlich aus individuell ausgehandelten Arbeitsbedingungen bestehende Arbeitsvertrag stellt nur eine verschwindend geringe Restgröße dar. Formulararbeitsverträge werden in praktisch allen Bereichen des Arbeitslebens ohne Rücksicht auf die Unternehmensgröße verwendet. Auch wenn vorformulierte Arbeitsverträge zuerst in Großunternehmen eingesetzt wurden, sind sie auch in mittleren und kleinen Unternehmen seit geraumer Zeit verbreitet.³ Gewisse Einschränkungen finden sich im Baugewerbe, das über einen allgemeinverbindlichen Bundesrahmentarifvertrag verfügt, dessen Regelungsdichte offenbar den Erfordernissen der Bauwirtschaft genügt und damit den Wunsch nach einer detaillierten Ausgestaltung der Einzelarbeitsverträge offenbar verringert, so dass es die Arbeitsvertragsparteien regelmäßig bei einem bloßen Einstellungsbogen⁴ bewenden lassen. Vergleichbares gilt für den öffentlichen Dienst, der vor dem Hintergrund flächendeckender Tarifwerke ebenfalls einen relativ kurz gehaltenen Musterarbeitsvertrag kennt.⁵ Ein funktionsfähiges und regelungsintensives Tarifvertragssystem verhindert somit das Bedürfnis nach einer umfassenden Festschreibung von Arbeitsbedingungen in Formulararbeitsverträgen,⁶ während ein Rückgang der tarifvertraglichen Regulierung von Arbeitsverhältnissen nicht zu individuell ausgehandelten Konditionen, sondern zu vorformulierten Arbeitsbedingungen führt.
- 2 In **personeller Hinsicht** kommen vorformulierte Arbeitsverträge nicht nur bei einfachen Arbeitnehmern, sondern seit Jahrzehnten⁷ auch bei Führungskräften zum Einsatz.⁸ Dabei werden für verschiedene Arbeitnehmergruppen (insbesondere gewerbliche Arbeitnehmer, Tarifangestellte, außertarifliche Angestellte) zumeist unterschiedliche Vertragsmuster benutzt. Neben dem gedruckten Formulararbeitsvertrag wird in

1 Vgl. *Gumpert*, BB 1974, 139.

2 *Preis/Preis*, Der Arbeitsvertrag, I B Rz. 7.

3 *Preis/Preis*, Der Arbeitsvertrag, I B Rz. 3.

4 Vgl. § 2 Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV).

5 Abrufbar unter: <http://www.bmi.bund.de>.

6 Ebenso die Einschätzung von *Preis/Preis*, Der Arbeitsvertrag, I B Rz. 80.

7 Vgl. *Rüthers*, BB 1972, 1105 (1108).

8 *Preis/Preis*, Der Arbeitsvertrag, I B Rz. 5.

zunehmendem Maße auf Textbausteine zurückgegriffen, die eine flexible Anpassung an die jeweiligen Anforderungen bei der Ausgestaltung des Arbeitsvertrags ermöglichen.¹ Zudem existieren in den Unternehmen nicht selten verschiedene „Generationen“ von Arbeitsvertragsmustern, was auf einer Weiterentwicklung von ursprünglich verwendeten Klauseln nicht zuletzt im Hinblick auf sich verändernde Vorgaben der Rechtsprechung, zuweilen aber auch schlicht auf einem Wechsel des für das Entwerfen von Formulararbeitsverträgen zuständigen Mitarbeiters oder externen Arbeitsrechtsberaters beruhen kann.

Inhaltlich weisen vorformulierte Arbeitsbedingungen eine **unterschiedlich hohe Regelungsdichte** auf. Manche Formulararbeitsverträge beschränken sich auf wenige Bestimmungen und dokumentieren im Wesentlichen nur, dass der Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde und welche Tätigkeit der Arbeitnehmer auszuüben hat. In der Tendenz nimmt der Regelungsumfang aber zu. So finden sich in zahlreichen Arbeitsverträgen vorformulierte Klauseln über die Leistung und Vergütung von Über- und Mehrarbeit, Sonderleistungen, die Anzeige und den Nachweis einer Arbeitsverhinderung, Verschwiegenheitspflichten, Nebentätigkeiten, Wettbewerbsverbote, Vertragsstrafen, Ausschlussfristen, das Schriftformerfordernis für Vertragsänderungen und vieles andere mehr.² Zudem enthalten Formularverträge regelmäßig Verweisungen auf Tarifverträge, betriebliche Regelungen sowie sonstige allgemeine Arbeitsbedingungen.³ Daneben sind oftmals deklatorisch die gesetzlichen Bestimmungen insbesondere zum Urlaub, zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sowie zu Kündigungsfristen aufgenommen. Bei leitenden Angestellten trifft man zudem häufig auf Regelungen über einen Auslandseinsatz und die anschließende Rückkehr nach Deutschland, wobei über solche Angelegenheiten zumeist vom eigentlichen Arbeitsvertrag getrennte formularmäßige Vereinbarungen getroffen werden. Entsprechendes gilt für Dienstwagenregelungen.

Soweit ersichtlich werden vorformulierte Arbeitsbedingungen **auschließlich von der Arbeitgeberseite in den Arbeitsvertrag eingeführt**. Diese Arbeitsbedingungen werden in größeren Unternehmen regelmäßig selbst entwickelt oder doch zumindest in Auftrag gegeben. Bei kleinen und mittleren Unternehmen werden die Bedingungen dagegen

1 Preis/Preis, *Der Arbeitsvertrag*, I B Rz. 15.

2 Preis/Preis, *Der Arbeitsvertrag*, I B Rz. 13, 17 ff., siehe ferner bereits Zöllner, RDA 1989, 152 (155).

3 Preis/Preis, *Der Arbeitsvertrag*, I B Rz. 22 ff.

Einführung

vielfach von den Arbeitgeberverbänden zur Verfügung gestellt oder allgemein zugänglichen Musterhandbüchern sowie vermehrt auch dem Internet entnommen.¹ Soweit es um Führungskräfte geht, greift man aber auch in der mittelständischen Wirtschaft in zunehmendem Maße auf anwaltliche Beratung zurück.

- 5 Von Arbeitnehmern umfassend vorformulierte Klauselwerke sind **bislang nicht bekannt** geworden. Allerdings findet der Abschluss von Arbeitsverträgen vor allem im Bereich höher qualifizierter Tätigkeiten nicht selten in der Weise statt, dass **dem Arbeitnehmer das Vertragsformular vor dem eigentlichen Vertragsschluss einige Zeit zur Verfügung gestellt wird**, wobei hiermit unterschiedliche Ziele verfolgt werden. Teilweise geht es nur darum, dass der Arbeitnehmer die Gelegenheit erhalten soll, sich mit den unter Umständen recht umfangreichen Arbeitsbedingungen vertraut zu machen und gegebenenfalls sogar sachkundigen Rat einzuholen, ohne dass damit zugleich Verhandlungsbereitschaft signalisiert werden soll. Dies spielt vor allem bei Mitarbeitern im Vertrieb sowie bei komplexen Vergütungssystemen eine wachsende Rolle. Teilweise werden verschiedene in Betracht kommende Optionen offeriert, deren Vor- und Nachteile der Arbeitnehmer vor der Vertragsabschlussentscheidung erwägen soll. Teilweise stellen sich der vorformulierte Arbeitsvertrag oder zumindest einzelne Bestandteile noch weitergehend nur als Verhandlungsgrundlage dar. Vereinzelt soll es sogar dazu kommen, dass der Arbeitgeber bei bestimmten Einzelfragen die genaue Klauselgestaltung dem Arbeitnehmer überlässt. Im Allgemeinen spielen **einzelne ausgehandelte Vereinbarungen** in der Arbeitsvertragspraxis aber selbst bei Führungskräften nur eine **geringe Rolle**.² Am ehesten scheinen sie noch in den Fällen vorzukommen, in denen ein gesuchter Mitarbeiter angeworben werden soll und es darum geht, einer besonderen Belastung dieses Mitarbeiters Rechnung zu tragen (z.B. Übernahme von Umzugskosten oder der Ausgleich von sonstigen mit dem Wechsel des Arbeitsplatzes verbundenen Nachteilen).³
- 6 Die **Gewerkschaften bieten keine Musterarbeitsverträge** an, um ihren eigenen Tarifverträgen keine Konkurrenz zu machen.⁴ Allerdings kommt es zuweilen zu schuldrechtlichen Absprachen auf der Ebene der Tarifvertragsparteien, die sodann einvernehmlich in einheitsarbeitsver-

1 Vgl. Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, I B Rz. 2, 15, 87 ff.

2 Junker, FS Buchner (2009), S. 369 (372).

3 Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, I B Rz. 9.

4 Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, I B Rz. 82.

tragliche Regelungen umgesetzt werden.¹ Darüber hinaus werden auch auf der betrieblichen Ebene teilweise Vereinbarungen mit einem Musterinhalt getroffen, die der Arbeitgeber dann in klauselartige Einzelverträge transformiert.²

2. Funktionen von AGB

Die Verwendung vorformulierter Arbeitsbedingungen soll bestimmten Funktionen dienen, die sich zu einem erheblichen Teil mit den Zwecken decken, die mit der Verwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen generell verfolgt werden. An erster Stelle steht die **Rationalisierungsfunktion** (Entlastungsfunktion). Nicht anders als im allgemeinen Geschäftsverkehr³ ist der Rationalisierungseffekt auch im Arbeitsrecht als **legitimer Zweck** der Vorformulierung von Arbeitsbedingungen anzuerkennen.⁴ Gleichlautende Konditionen, die im Verhältnis zu allen oder doch zu größeren Gruppen von Arbeitnehmern verwendet werden, erleichtern das Personalmanagement. Ohne den flächendeckenden Einsatz von Formulararbeitsverträgen kann der arbeitsrechtliche Umgang mit der Belegschaft in Unternehmen mit hunderten oder sogar tausenden von Mitarbeitern praktisch nicht mehr bewältigt werden.

Der Rationalisierungsaspekt gilt zunächst für das **Vertragsabschlussstadium**.⁵ Vorformulierte Arbeitsbedingungen tragen dazu bei, die beim Einstellungsvorgang anfallenden Transaktionskosten erheblich zu verringern. Der Rückgriff auf eine bereits vorhandene Arbeitsvertragsregelung erspart sowohl der Arbeitgeberseite als auch der Arbeitnehmerseite ein zeit- und kostenaufwändiges Aushandeln von Nebenbedingungen, die im Interesse einer vorsorgenden Vertragsgestaltung eine Regelung als sinnvoll erscheinen lassen, im Verlaufe des Arbeitsverhältnisses aber möglicherweise ohne jede praktische Relevanz bleiben. Schon dies al-

1 Vgl. BAG 14.8.2007 – 9 AZR 18/07 – AP ATG § 6 Nr. 2 = NZA 2008, 1194; BAG 9.2.2011 – 7 AZR 91/10 – AP BGB § 307 Nr. 52.

2 Vgl. BAG 25.4.2007 – 6 AZR 622/06 – AP InsO § 113 Nr. 23 = NZA 2008, 1135 Os. (Rz. 35); BAG 19.3.2009 – 6 AZR 557/07 – AP BGB § 611 Arbeitgeberdarlehen Nr. 1 = NZA 2009, 896 (Rz. 20).

3 BT-Drucks. 7/3919, S. 1, 9; MünchKommBGB/Basedow, Vor § 305 Rz. 2; Kötz, Gutachten zum 50. DJT, Bd. I (1974) S. A 23 ff.; WLP/Pfeiffer, Einl Rz. 1; Staudinger/Schlosser, Vorbem zu §§ 305 ff. Rz. 4; Stoffels, AGB-Recht, Rz. 67; UBH/Ulmer/Habersack, Einl. Rz. 4; ferner bereits Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1935), S. 19 ff.; siehe auch Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. (2005), S. 426.

4 Preis/Preis, Der Arbeitsvertrag, I A Rz. 109.

5 Vgl. UBH/Ulmer/Habersack, Einl. Rz. 4.

Einführung

lein ist für beide Arbeitsvertragsparteien unmittelbar von Vorteil, ohne dass es auf die freilich ohnehin zweifelhafte zusätzliche Überlegung ankommt, der Arbeitgeber würde die eingesparten Transaktionskosten im Wege eines höheren Entgelts an die Arbeitnehmer weiterleiten.¹

- 9 Die Rationalisierungswirkung betrifft weiter das **Vertragsdurchführungsstadium**.² Insoweit geht es zum einen um das grundsätzlich berechtigte Interesse des Arbeitgebers daran, die Abwicklung von Arbeitsverträgen zu vereinheitlichen und dadurch zu vereinfachen.³ Zum anderen können vorformulierte Arbeitsbedingungen, welche die Rechte und Pflichten beider Seiten präzise festlegen, dazu beitragen, bei der Vertragsdurchführung spätere ihrerseits wieder kostenträchtige Meinungsverschiedenheiten über den genauen Inhalt der Rechtsbeziehungen zu vermeiden.⁴ Gleichförmige Konditionen bewirken, dass in den Personalabteilungen Erfahrungswissen generiert wird, auf das in den zahlreichen Zweifelsfragen des arbeitsrechtlichen Alltags zurückgegriffen werden kann, um Konflikte in einer die Ressourcen schonenden Weise zu lösen. Kurz gesagt müssen Streitfragen, die bei jeder Auslegung und Anwendung von Vertragstexten letztlich unvermeidbar sind, nur einmal geklärt und nicht jedes Mal aufgrund abweichender Formulierungen neu durchdacht und entschieden werden.⁵ Zudem können Probleme bei der Abwicklung eines Arbeitsverhältnisses zum Anlass genommen werden, die Arbeitsbedingungen zumindest für alle künftig abzuschließenden Arbeitsverträge einheitlich abzuändern und hierdurch in der Zukunft Schwierigkeiten bei der Vertragsdurchführung von vornherein zu verhindern.
- 10 Die genaue Fixierung des Vertragsinhalts leitet zur zweiten Funktion über, die darin besteht, es nicht beim vorhandenen Gesetzesrecht beenden zu lassen, sondern den Arbeitsverhältnissen einen den **praktischen Bedürfnissen entsprechenden vertraglichen Rahmen zu verschaffen**.⁶ Da die arbeitsrechtlichen Gesetze anders als die meisten Normen des allgemeinen Zivilrechts außerhalb des Verbraucherschutzrechts re-

1 Zum Argument, dass die Verwendung von AGB zu niedrigeren Preisen für die Kunden führt, siehe *Becker*, JZ 2010, 1098 (1103 Fn. 95); *Stoffels*, AGB-Recht, Rz. 70; insoweit krit. bereits *E. Schmidt*, JuS 1987, 929 (931).

2 Vgl. *UBH/Ulmer/Habersack*, Einl. Rz. 4.

3 Zum allgemeinen AGB-Recht ebenso BGH 10.1.1996 – XII ZR 271/94 – NJW 1996, 988 (989).

4 *Stoffels*, AGB-Recht, Rz. 67; plastisch schon *Raiser*, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1935), S. 20: „Inbegriff ersparter Prozesse“.

5 *Preis/Preis*, Der Arbeitsvertrag, I A Rz. 108.

6 *Stoffels*, AGB-Recht, Rz. 71.

gelmäßig zwingenden Charakter haben, geht es insoweit allerdings weniger darum, dass dispositive Einzelregelungen abgeändert werden sollen. Vielmehr steht im Arbeitsverhältnis die Substitution von fehlendem Recht, also die **Lückenausfüllungsfunktion**,¹ im Vordergrund. Ursache hierfür ist in erster Linie, dass es nach wie vor an einem Arbeitsvertragsgesetz fehlt. Daher sind zahlreiche Fragen nicht gesetzlich geklärt, die von der Praxis häufig als regelungsbedürftig angesehen werden. Hierzu gehören etwa die Befugnis des Arbeitgebers, Überstunden anzurufen oder den Arbeitnehmer freizustellen, wie auch die schnelle Herbeiführung klarer Verhältnisse durch Ausschlussfristen. Hinzu kommt, dass Manteltarifverträge, die zumindest teilweise in diese Bresche springen, infolge der zurückgehenden Tarifbindung immer weniger Arbeitsverhältnisse regulieren. Beide Faktoren haben zur Folge, dass ein erhebliches Bedürfnis nach einer vorformulierten Gestaltung von Nebenbedingungen auf der arbeitsvertraglichen Ebene besteht.

Eine **arbeitsrechtspezifische Funktion**, die im allgemeinen AGB-Recht keine Parallele findet, liegt darin, dass **betriebsorganisatorische Notwendigkeiten** vielfach eine einheitliche Ausgestaltung der Arbeitsverträge gebieten oder zumindest nahelegen. Dies betrifft diejenigen Arbeitsbedingungen, die sich unmittelbar auf die Einbringung der Arbeitsleistung in den betrieblichen Prozess beziehen, weil es insoweit regelmäßig einer Koordination der Einzelleistungen bedarf, um eine Gesamtleistung hervorzubringen. So können Kurzarbeits- oder Überstundenregelungen (Umfang, Ankündigungsfrist etc.) sinnvollerweise nur einheitlich ausgestaltet werden, damit das mit der betriebsorganisatorischen Maßnahme verfolgte Ziel erreicht werden kann. Darüber hinaus tragen vorformulierte Arbeitsverträge zu einer **Gleichbehandlung der Arbeitnehmer** bei.² In zahlreichen Fällen wird dies zugleich durch den Gleichbehandlungegrundsatz rechtlich geboten sein, weil sich der Vorrang der Vertragsfreiheit vor dem Gleichbehandlungegrundsatz nur auf individuell vereinbarte Abreden, nicht aber auf die pauschale Unterwerfung der Arbeitnehmer unter vorformulierte Vertragsbedingungen bezieht.³ Daneben ist eine Gleichbehandlung der Mitarbeiter aber auch personalpolitisch (betriebspсhologisch) vielfach unabweisbar, was insbesondere

1 So die Begriffsbildung von *Locher*, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 3. Aufl. (1997), S. 7; ihm folgend *Stoffels*, AGB-Recht, Rz. 71.

2 *Preis/Preis*, Der Arbeitsvertrag, I A Rz. 107; siehe dazu auch *Junker*, FS Buchner (2009), S. 369 (372).

3 Vgl. *ErfK/Preis*, § 611 BGB Rz. 575; *HWK/Thüsing*, § 611 BGB Rz. 187; einschränkend aber *Staudinger/Richardi/Fischinger*, BGB, Neubearbeitung 2011, § 611 Rz. 507.

Einführung

für die Gleichbehandlung von tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern gilt.

- 12 Zu nennen ist weiter schließlich die aus dem allgemeinen AGB-Recht ebenfalls bekannte¹ **Risikoverlagerungsfunktion**. Soweit das Arbeitsvertragsrecht keine zwingenden Vorgaben enthält, sondern Regelungsspielräume eröffnet, können AGB dazu dienen, bestimmte Risiken, die das dispositive Recht an sich dem Arbeitgeber zuweist, etwa die Entgeltzahlungspflicht bei einer vorübergehenden Verhinderung an der Arbeitsleistung infolge persönlicher Gründe gemäß § 616 BGB, auf den Arbeitnehmer zu verlagern. Die Ausnutzung solcher Spielräume ist nicht schon im Ansatz illegitim, weil der Gesetzgeber mit der Dispositivität einer Norm gerade zu verstehen gegeben hat, dass er insoweit keine zwingende Regelung für erforderlich hält, sondern eine Abweichung von den gesetzlichen Vorgaben als grundsätzlich zulässig ansieht. Zu einem AGB-rechtlichen Problem wird eine solche Risikoverlagerung aber dann, wenn es sich dabei nicht um eine im Einzelnen ausgehandelte Vertragsbedingung, sondern um eine vom Arbeitgeber vorformulierte und vom Arbeitnehmer pauschal akzeptierte Bedingung handelt (näher dazu unten Rz. 25 ff.). Auch in diesem Fall ist freilich nicht jede Risikoverlagerung auf den Arbeitnehmer per se anstößig, sondern kann durch hinreichend gewichtige Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein, mag es auch zu kurz greifen, eine Risikoabwälzung als notwendige Begleiterscheinung jeder Rationalisierung anzusehen.²
- 13 Soweit im AGB-rechtlichen Schrifttum schließlich zuweilen die **Verheimlichungsfunktion** angesprochen wird,³ handelt es sich von vornherein um keinen legitimen Zweck. Keine Rechtsordnung kann die Hand zu einer Vertragsgestaltung reichen, die geradezu das Ziel verfolgt, die andere Vertragspartei „hinters Licht“ zu führen. Das Problem besteht insoweit freilich nicht in diesem unbestreitbaren Grundsatz, sondern darin, wie weit die Rechtsordnung den Schutz vor Klauseln im Hinblick auf ihren überraschenden Charakter vorantreiben sollte.

1 BT-Drucks. 7/3919, S. 9; MünchKommBGB/Basedow, Vor § 305 Rz. 3; Kötz, Gutachten zum 50. DJT, Bd. I (1974) S. A 26 f.; Stoffels, AGB-Recht, Rz. 73; UBH/Ulmer/Habersack, Einl. Rz. 5; ähnlich bereits Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1935), S. 22: AGB als „Werkzeuge wirtschaftlicher Machterhaltung und -verstärkung“.

2 So generell bereits Kötz, Gutachten zum 50. DJT, Bd. I (1974) S. A 26; E. Schmidt, JuS 1987, 929 (931).

3 Kliege, Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse, 1966, S. 19 ff.; Staudinger/Schlosser, § 305c Rz. 2.

traglichen Wettbewerbsverbots ist auszugehen, wenn der Arbeitnehmer eine Tätigkeit bei einem Wettbewerber aufnehmen will. Demgegenüber ist von der Existenz eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots auszugehen, wenn der Arbeitnehmer Zahlung der Karenzentschädigung geltend macht.¹ Etwaige Unklarheiten bei der Höhe der für ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot zugesagten Karenzentschädigung gehen zu Lasten des Arbeitgebers als Verwender.²

n) Widerrufsrecht

- 72 Auch auf die Frage, was im Fall der wirksamen Ausübung eines Widerrufsrechts des Arbeitgebers gelten soll, findet die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB Anwendung.³

o) Zielvereinbarungen/Punktaufstiegsprämie

- 73 Unklarheiten bei der Regelung des zu erreichenden Ziels in einer Zielvereinbarung gehen zu Lasten des Arbeitgebers.⁴ Ebenso geht es zu Lasten des Arbeitgebers, wenn bei einer „Punktaufstiegsprämie“ in einem Profi-Fußballspielervertrag unklar ist, ob die Zahlung der Prämie davon abhängt, dass der Spieler tatsächlich in Spielen eingesetzt worden ist oder nicht.⁵

Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit

306 (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.

1 LAG Nürnberg 16.6.2005 – 8 Sa 986/04; LAG Köln 28.5.2010 – 10 Sa 162/10; vgl. auch DBD/Däubler, § 305c Rz. 34a; unklar Bauer/Diller, NJW 2002, 1609 (1613).

2 LAG Hamm 23.3.2010 – 14 SaGa 68/09; vgl. auch Rz. 54.

3 BAG 26.1.2005 – 10 AZR 331/04 – NZA-RR 2005, 389 (392).

4 LAG Hessen 29.1.2002 – 7 Sa 836/01; zustimmend HWK/Gotthardt, § 305c BGB Rz. 10.

5 LAG Rheinland-Pfalz 21.1.2011 – 9 Sa 444/10.

(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.

I. Einführung	1	a) Subsidiarität der ergänzenden Vertragsauslegung gegenüber der Lückenfüllung durch dispositives Recht gemäß § 306 Abs. 2 BGB...	55
II. Überblick über das Rechtsfolgenkonzept des § 306 BGB ...	2	b) Ausfüllungsbedürftige Vertragslücke.....	57
1. § 306 Abs. 1 BGB	3	c) Ausfüllung der Vertragslücke	63
2. § 306 Abs. 2 BGB	4	d) Ergänzende Vertragsauslegung bei „Altverträgen“ ...	67
3. § 306 Abs. 3 BGB	5		
III. Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (EG-Klausel-RL)	6		
IV. Anwendungsbereich des § 306 BGB	11	2. Verbot der geltungserhaltenden Reduktion.....	69
1. Wirksamkeit des Restvertrages	13	a) Grundlagen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion	70
2. AGB sind nicht Vertragsinhalt geworden	16	b) Kritik am Verbot der geltungserhaltenden Reduktion	71
3. Unwirksame AGB.....	18	c) Problematik des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion	73
V. Teilunwirksamkeit des Rechtsgeschäfts nach § 306 Abs. 1 BGB	19		
1. Teilbarkeit von vorformulierten Vertragsbedingungen in der Rechtsprechung des BGH	20	VIII. Salvatorische Klauseln	77
2. Teilbarkeit von vorformulierten Vertragsbedingungen in der Rechtsprechung des BAG.	23	1. Teilunwirksamkeits- oder Erhaltungsklauseln	78
3. Einzelfälle der Teilbarkeit bzw. Nichtteilbarkeit vorformulierter Vertragsbestimmungen.....	26	2. Gesetzesverweisende Klauseln	79
VI. Schließung der Vertragslücke nach § 306 Abs. 2 BGB	49	3. Ersetzungsklauseln	80
VII. Ergänzende Vertragsauslegung	53	4. Reduktionsklauseln.....	81
1. Voraussetzungen der ergänzenden Vertragsauslegung ...	54	5. Kombination einer Ersetzungs-, Reduktions- oder gesetzesverweisenden Klausel mit einer Teilunwirksamkeits- bzw. Erhaltungsklausel	82
IX. Gesamtunwirksamkeit des Vertrages nach § 306 Abs. 3 BGB	83		

I. Einführung

- 1 Mit der Integration des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in das BGB und der teilweisen¹ Aufhebung der Bereichsausnahme für Verträge auf dem Gebiet des Arbeitsrechts haben sich nicht nur die Anforderungen an arbeitsvertragliche Abreden verändert. Auch die Rechtsfolgen der fehlgeschlagenen Einbeziehung und der Unwirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen sowie – da der Arbeitnehmer Verbraucher i.S.d. § 13 BGB, der Arbeitsvertrag also Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB ist² – vorformulierter Abreden i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB richten sich nach den Bestimmungen des AGB-Kontrollrechts. Maßgeblich ist insoweit das Rechtsfolgenkonzept des § 306 BGB. Diese Bestimmung verpflichtet das Gericht – sofern die AGB oder die einzelnen Klauseln selbst teilbar sind – zur Eliminierung der unwirksamen Bestimmung bzw. des unwirksamen Klauselteils (s. Erl. Rz. 19–37) im Wege des „blue-pencil-Tests“ (§ 306 Abs. 1 BGB) sowie zur Lückenfüllung nach § 306 Abs. 2 BGB (s. Erl. Rz. 49–52) und legitimiert es zur ergänzenden Vertragsauslegung (s. Erl. Rz. 53–68).³ Eine geltungserhaltende Reduktion in dem Sinne, dass eine unwirksame Klausel stets und ohne weiteres auf den gerade noch zulässigen Inhalt zurückgeführt und mit eben diesem Inhalt aufrechterhalten wird, ist in § 306 BGB nicht vorgesehen.⁴ Arbeitsrechtliche Besonderheiten, die eine geltungserhaltende Reduktion im zuvor beschriebenen Sinne rechtfertigen könnten, bestehen nach der Rechtsprechung des BAG nicht.⁵

II. Überblick über das Rechtsfolgenkonzept des § 306 BGB

- 2 § 306 BGB, der in seinem Wortlaut mit seiner Vorgängerregelung, § 6 AGBG, übereinstimmt, regelt die Folgen der fehlgeschlagenen Einbeziehung und der Unwirksamkeit von AGB für den Bestand und den Inhalt des zwischen dem Verwender (Arbeitgeber) und dem Vertragspartner des Verwenders (Arbeitnehmer) geschlossenen Vertrages. Er enthält eine ko-

1 § 310 Abs. 4 BGB hat die Bereichsausnahme für Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen aufrechterhalten.

2 Vgl. BAG 25.5.2005 – 5 AZR 572/04 – NZA 2005, 1111; BAG 16.5.2012 – 5 AZR 347/11.

3 Vgl. Schlewing, RdA 2011, 92 (94 f.); Schlewing, NZA, Beilage 2/2012, 33 (33).

4 Vgl. Nachweise bei Schlewing, JbArbR Bd. 47, S. 47 (S. 48 Fn. 12).

5 Vgl. BAG 4.3.2004 – 8 AZR 196/03 – NZA 2004, 727; BAG 25.5.2005 – 5 AZR 572/04 – NZA 2005, 1111.

difizierte Abweichung von der Auslegungsregel des § 139 BGB,¹ wonach im Falle der Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.

1. § 306 Abs. 1 BGB

Nach § 306 Abs. 1 BGB bleibt der Vertrag, sofern AGB ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, – abweichend von § 139 BGB – im Übrigen wirksam. Diese Bestimmung hat die **Vertragserhaltung** und damit in erster Linie den Schutz des Vertragspartners des Verwenders zum Ziel.² Dieser hat regelmäßig ein Interesse daran, dass nur die unbilligen Abreden entfallen und der Vertrag im Übrigen bestehen bleibt.³ Andernfalls, entfiele der Vertrag schon durch eine einzelne unwirksame Bestimmung vollständig, wäre der Vertragspartner des Verwenders grundsätzlich auf die Rückabwicklung des gesamten Vertrages⁴ – und zwar mit dem Risiko des § 818 Abs. 3 BGB – angewiesen; eine solche Rechtsfolge würde nicht nur über das Regelungsziel der die Unwirksamkeit der Klausel auslösenden Bestimmungen hinauschießen; auch der mit dem AGB-Kontrollrecht bezweckte Schutz würde nicht erreicht.⁵ Entsprechend dem ihm immanenten Vertragserhaltungsgedanken berücksichtigt § 306 Abs. 1 BGB, dass Klauseln nur teilweise unwirksam sein können und ordnet den Wegfall der Bestimmungen nur „insoweit“ an, als diese der Inhaltskontrolle nicht standhalten. Hier findet die Verpflichtung des Gerichts zur Eliminierung der unwirksamen Bestimmung bzw. des unwirksamen Klauselteils mittels des „blue-pencil-Tests“ (s. Erl. Rz. 19–37) ihre Grundlage.

2. § 306 Abs. 2 BGB

Eine Vorschrift, die – abweichend von § 139 BGB – die grundsätzliche Aufrechterhaltung des Vertrages anordnet, muss auch angeben, ob und ggf. wie die infolge der Nichteinbeziehung oder Unwirksamkeit von

1 Vgl. BAG 13.4.2010 – 9 AZR 36/090 – DB 2010, 2805; BAG 21.6.2011 – 9 AZR 236/10 – NZA 2011, 1274; BAG 19.10.2011 – 7 AZR 672/10.

2 Vgl. auch DBD/Bonin, § 306 Rz. 2; UBH/Schmidt, § 306 Rz. 5; BGH 16.1.1992 – IX ZR 113/91 – NJW 1992, 896.

3 Vgl. BGH 13.11.1997 – IX ZR 289/96 – NJW 1998, 450.

4 Im Arbeitsrecht kommen stattdessen regelmäßig die Regeln über das Arbeitsverhältnis auf fehlerhafter Vertragsgrundlage zur Anwendung.

5 Vgl. BGH 13.11.1997 – IX ZR 289/96 – NJW 1998, 450; BGH 26.10.2005 – VIII ZR 48/05 – NJW 2006, 996; s. auch BT-Drucks. 7/3919, S. 20 f.

AGB entstandenen **Vertragslücken** zu **schließen** sind.¹ Diese Aufgabe nimmt § 306 Abs. 2 BGB wahr. Danach richtet sich der Inhalt des Vertrages, soweit die Bestimmungen unwirksam oder nicht Vertragsbestandteil geworden sind, nach den gesetzlichen Vorschriften. Hierzu gehört zunächst das **dispositive Gesetzesrecht** i.S. einer konkreten materiell-rechtlichen Regelung² einschließlich seiner Fortentwicklung durch die Rechtsprechung und der Möglichkeit analoger Anwendung, aber auch alle **zu Richterrecht verfestigten Rechtsgrundsätze** und das **Gewohnheitsrecht** fallen unter § 306 Abs. 2 BGB.³ Damit werden die Vertragsparteien auf genau die Bestimmungen und Grundsätze verwiesen, die nach der Wertung des Gesetzgebers im Regelfall zu einem angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen führen.⁴ Durch das Eingreifen des dispositiven Rechts gemäß § 306 Abs. 2 BGB werden demnach auch die Interessen des Verwenders gewahrt.⁵

3. § 306 Abs. 3 BGB

- 5 § 306 BGB will den Gedanken der Erhaltung des Vertrages mit einem von der Rechtsordnung anerkannten Inhalt, wie er in den Absätzen 1 und 2 seinen Ausdruck gefunden hat, allerdings nicht ausnahmslos, sondern nur im größtmöglichen Umfang zur Anwendung bringen.⁶ Diesem Anliegen trägt § 306 Abs. 3 BGB Rechnung. Danach ist der Vertrag – abweichend von § 139 BGB⁷ – ausnahmsweise unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Abs. 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei – i.d.R. wird dies der Arbeitgeber sein – darstellen würde (zu den Voraussetzungen des § 306 Abs. 3 im Einzelnen s. Erl. Rz. 83–85). Damit wirkt sich § 306 Abs. 3 BGB im Regelfall als Schutzvorschrift zugunsten des Arbeitgebers aus. Für die Annahme der **Unzumutbarkeit** genügt allerdings nicht schon jeder wirtschaftliche Nachteil auf Seiten des Arbeitgebers; erforderlich ist vielmehr eine **einschneidende Störung des Äquivalenzverhältnisses**.⁸ Die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages ist darüber hinaus „ultima ratio“. Sie kommt nur dann in Betracht, wenn ein Fest-

1 BT-Drucks. 7/3919, S. 21.

2 Vgl. BGH 12.10.2005 – IV ZR 162/03 – NJW 2005, 3559.

3 Stoffels, AGB-Recht, Rz. 610; UBH/Schmidt, § 306 Rz. 27; WLP/Lindacher, § 306 Rz. 14.

4 Vgl. Willemse/Grau, RdA 2003, 321 (324).

5 Vgl. I. Schmidt, NZA 2004, 1002 (1009).

6 BT-Drucks. 7/3919, S. 21.

7 Vgl. BGH 8.5.2007 – KZR 14/04 – NJW 2007, 3568.

8 Vgl. nur BGH 9.5.1996 – III ZR 209/95 – NJW-RR 1996, 1009.

halten am Vertrag auch unter Berücksichtigung der nach Abs. 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte darstellen würde.

III. Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (EG-Klausel-RL)

Nach **Art. 6 Abs. 1 der EG-Klausel-RL** sehen die Mitgliedstaaten vor, 6 dass missbräuchliche Klauseln in Verträgen, die ein Gewerbetreibender mit einem Verbraucher geschlossen hat, für den Verbraucher unverbindlich sind, und legen die Bedingungen hierfür in ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften fest; sie sehen ferner vor, dass der Vertrag für beide Parteien auf derselben Grundlage bindend bleibt, wenn er ohne die missbräuchlichen Klauseln bestehen kann. Ausweislich des **21. Erwägungsgrundes der EG-Klausel-RL** müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass in von einem Gewerbetreibenden mit Verbrauchern abgeschlossenen Verträgen keine missbräuchlichen Klauseln verwendet werden. Werden derartige Klauseln trotzdem verwendet, müssen sie für den Verbraucher unverbindlich sein; die verbleibenden Klauseln müssen jedoch weiterhin gelten und der Vertrag im Übrigen auf der Grundlage dieser Klauseln für beide Teile verbindlich sein, sofern ein solches Fortbestehen ohne die missbräuchlichen Klauseln möglich ist.

Diesen Anforderungen werden die Absätze 1 und 2 des § 306 BGB ohne 7 weiteres gerecht. § 306 Abs. 1 BGB ordnet die Fortgeltung des Restvertrages bei Unwirksamkeit von AGB-Klauseln an. Da die EG-Klausel-RL keine Vorgaben darüber enthält, welche Regelungen an die Stelle der missbräuchlichen Bestimmungen treten, sind die Mitgliedstaaten grds. frei in der Entscheidung, ob und wie sie die durch die Unwirksamkeit entstandene Lücke im Vertrag schließen wollen. Die in § 306 Abs. 2 BGB ausdrücklich vorgesehene Lückenfüllung durch dispositives Recht und die Lückenfüllung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung sind daher ebenfalls mit der EG-Klausel-RL vereinbar.¹

Aufgrund der unterschiedlichen Textfassung der EG-Klausel-RL, die auf 8 die „Möglichkeit des Fortbestandes des Vertrages“ ohne die missbräuchlichen Klauseln abstellt und der nationalen Bestimmung des Abs. 3, die eine „unzumutbare Härte“ voraussetzt, ist im Schrifttum umstritten, ob § 306 Abs. 3 BGB mit Art. 6 der EG-Klausel-RL vereinbar ist. Dies

1 Ganz überwiegende Ansicht, Erman/Roloff, § 306 Rz. 3; MünchKommBGB/Basadow, § 306 Rz. 4; BGH 12.10.2005 – IV ZR 162/03 – NJW 2005, 3559; differenzierend Bamberger/Roth/Schmidt, § 306 Rz. 2.

wird zum Teil bejaht,¹ allerdings gibt es auch Stimmen, die die **Unionsrechtskonformität von § 306 Abs. 3 BGB** in Zweifel ziehen.² Zum Teil wird ausdrücklich darauf hingewiesen, angesichts der Unklarheiten über die Reichweite von Art. 6 EG-Klausel-RL sei ein letztinstanzliches Gericht zur Vorlage an den EuGH verpflichtet, wenn es die Frage, ob Art. 6 EG-Klausel-RL zugunsten des Verwenders so ausgelegt werden kann, dass er auch eine unzumutbare Härte umfasst, zu Lasten des Verbrauchers bejahen will.³

- 9 Dieser Streit dürfte durch die Urteile des EuGH vom 15.3.2012⁴ und vom 14.6.2012⁵ zugunsten der Unionsrechtskonformität von § 306 Abs. 3 BGB entschieden sein. In seinem Urteil vom 15.3.2012 hat der EuGH ausgeführt, Art. 6 Abs. 1 der RL 93/13/EWG könne auf der einen Seite nicht dahin ausgelegt werden, dass sich das angerufene Gericht bei Beurteilung der Frage, ob ein Vertrag, der eine oder mehrere missbräuchliche Klauseln enthält, ohne diese Klausel bestehen kann, ausschließlich auf die etwaige Vorteilhaftigkeit der Nichtigerklärung des gesamten Vertrages für den Verbraucher stützen könne. Auf der anderen Seite hindere die RL 93/13/EWG einen Mitgliedstaat aber nicht daran, im Einklang mit dem Unionsrecht eine nationale Regelung vorzusehen, die es erlaubt, einen Vertrag, den ein Gewerbetreibender mit einem Verbraucher geschlossen hat und der eine oder mehrere missbräuchliche Klauseln enthält, in seiner Gesamtheit für nichtig zu erklären, wenn sich erweist, dass dadurch ein besserer Schutz des Verbrauchers gewährleistet ist. Und nach der Entscheidung des EuGH vom 14.6.2012 ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 der EG-Klausel-RL, dass die nationalen Gerichte eine missbräuchliche Vertragsklausel nur für unanwendbar zu erklären haben, damit sie den Verbraucher nicht bindet, ohne dass sie befugt wären, deren Inhalt abzuändern. Denn der betreffende Vertrag müsste – abgesehen von der Änderung, die sich aus der Aufhebung missbräuchlicher Klauseln ergebe – grundsätzlich unverändert fortbestehen, soweit dies nach den Vorschriften des innerstaatlichen Rechts rechtlich möglich sei. Damit kommt es auf die **rechtliche Möglichkeit des Fortbestandes des Vertrages** nach nationalem Recht an. Da das Unzumutbarkeitserfordernis des § 306 Abs. 3 BGB eine Konkretisierung des Über-

1 So Heinrichs, NJW 1996, 2190 (2195); Palandt/Grüneberg, § 306 Rz. 16; Staudinger/Schlosser, § 306 Rz. 1.

2 Stoffels, AGB-Recht, Rz. 632; MünchKommBGB/Basedow, § 306 Rz. 5, 6; UBH/Schmidt, § 306 Rz. 4d.

3 So Bamberger/Roth/Schmidt, § 306 Rz. 3; Erman/Roloff, § 306 Rz. 3.

4 EuGH 15.3.2012 – C-453/10 – EuZW 2012, 302.

5 EuGH 14.6.2012 – C-618/10 – NJW 2012, 2257.

maßverbotes des Art. 20 Abs. 3 GG ist, dürfte die Unionsrechtskonformität von § 306 Abs. 3 BGB demnach nicht mehr in Frage stehen.

In seinem Urteil vom 14.6.2012¹ hat der EuGH zudem entschieden, dass Art. 6 Abs. 1 der RL 93/13/EWG nicht dahin verstanden werden könne, dass er es dem nationalen Gericht gestatte, wenn es eine missbräuchliche Klausel in einem Vertrag zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher entdeckt, den Inhalt dieser Klausel abzuändern statt schlicht deren Anwendung gegenüber dem Verbraucher auszuschließen. Art. 6 Abs. 1 der RL 93/13/EWG stehe deshalb einer mitgliedschaftlichen Regelung entgegen, wonach das nationale Gericht, wenn es die Nichtigkeit einer missbräuchlichen Klausel in einem Vertrag zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher feststellt, durch Abänderung des Inhalts dieser Klausel den Vertrag anpassen kann. Da § 306 BGB eine geltungserhaltende Reduktion einer zu missbilligenden Klausel nicht anordnet, ist die Unionsrechtskonformität der Bestimmung auch insoweit nicht zweifelhaft. 10

IV. Anwendungsbereich des § 306 BGB

Der Anwendungsbereich des § 306 BGB umfasst – wie sich aus § 306 Abs. 1 BGB ergibt – **zwei Fallgruppen**: Erstens die Fälle, dass AGB nicht Vertragsbestandteil geworden sind, und zweitens die Fälle, dass AGB unwirksam sind. Damit ist § 306 BGB auf Individualabreden nicht anwendbar. 11

Auf der anderen Seite ist der Anwendungsbereich des § 306 BGB nicht auf AGB i.S.d. § 305 BGB beschränkt. Nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB findet u.a. § 306 BGB auf vorformulierte Bedingungen in Verbraucherverträgen auch dann Anwendung, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss hat. 12

1. Wirksamkeit des Restvertrages

Da § 306 Abs. 1 BGB den Vertrag „im Übrigen“ erhält, setzt die Bestimmung – unausgesprochen – voraus, dass nach Ausgrenzung aller oder einzelner AGB oder Teilen von ihnen ein wirksamer Rest verbleibt, der ggf. durch dispositives Recht oder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung aufgefüllt werden kann. Dies ist bei einer Gesamtnichtigkeit des 13

¹ EuGH 14.6.2012 – C-618/10 – NJW 2012, 2257.

Vertrages infolge der **Sittenwidrigkeit des Gesamtgeschäfts** nicht der Fall. Dasselbe gilt, wenn der **Vertrag insgesamt angefochten** wurde.

- 14 Eine Anwendung des § 306 BGB kann ausnahmsweise auch dann ausscheiden, wenn von dem Geltungsmangel der AGB auch der Vertragskern, also die **essentialia negotii** in der Weise betroffen sind, dass mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertragsschluss nicht mehr angenommen werden kann.¹ Zwar besteht die Funktion von AGB typischerweise in der Regelung von Nebenabreden, weshalb ihre ganze oder teilweise Nichteinbeziehung oder Unwirksamkeit die Vereinbarungen über die Hauptleistung(en) regelmäßig unberührt lässt. Etwas anderes kann allerdings aus der Anwendung des Transparenzgebots des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB auf Hauptleistungspflichten folgen.²
- 15 Umstritten ist die Anwendbarkeit des § 306 BGB in den Fällen, in denen infolge der Unwirksamkeit einer Vielzahl von Klauseln nur ein sog. „**Torsovertrag**“ verbleibt und eine Lückenfüllung durch dispositives Recht oder im Wege ergänzender Auslegung dem Vertrag beispielsweise einen völlig neuen, von den Parteien so nicht gewollten Inhalt gäbe, der lückenhafte Vertrag also nicht ergänzungsfähig ist. Ein Teil des Schrifttums zieht hieraus die „**sachlogische Konsequenz**“ der Totalnichtigkeit des Vertragstorsos mit der Folge, dass § 306 BGB von vornherein nicht zur Anwendung kommt.³ Dem steht jedoch nicht nur der eindeutige Wortlaut der Bestimmung entgegen, dass sich die Unwirksamkeit auf die zu missbilligenden Klauseln beschränkt und eine Nichtigkeit des zunächst wirksamen Gesamtvertrages nur unter den Voraussetzungen des § 306 Abs. 3 BGB in Betracht kommt, entspricht auch dem Sinn und Zweck der Regelung. § 306 BGB will die Risiken gerade in der Weise verteilen, dass der Verwender bis zur Grenze der Unzumutbarkeit an einen aus seiner Sicht lückenhaften Vertrag gebunden bleibt.⁴ Für die in-

1 Vgl. BGH 30.6.1995 – V ZR 184/94 – NJW 1995, 2637; Erman/Roloff, § 306 Rz. 4; Stoffels, AGB-Recht, Rz. 587; UBH/Schmidt, § 306 Rz. 10; WLP/Lindacher, § 306 Rz. 54; zum Teil einschränkend Bamberger/Roth/Schmidt, § 306 Rz. 6; Palandt/Grüneberg, § 306 Rz. 3; Staudinger/Schlosser, § 306 Rz. 2.

2 So UBH/Schmidt, § 306 Rz. 10.

3 So Stoffels, AGB-Recht, Rz. 589; s. auch Bamberger/Roth/Schmidt, § 306 Rz. 6 unter Hinweis auf Art. 6 Abs. 1 Halbs. 2 EG-Klausel-RL; MünchKommBGB/Bassadow, § 306 Rz. 8 ebenfalls unter Hinweis auf Art. 6 Abs. 1 Halbs. 2 EG-Klausel-RL; WLP/Lindacher, § 306 Rz. 54.

4 BGH 7.11.1985 – IX ZR 40/85 – NJW 1986, 928; BGH 16.10.1986 – III ZR 92/85 – NJW 1987, 184; im Ergebnis auch BGH 8.5.2007 – KZR 14/04 – NJW 2007,