

Studien zum Arbeitsrecht und zur Arbeitsrechtsvergleichung

Band 24

Andreas Hofelich

Von der Bereichsausnahme zur Bereichseinschränkung

Grundfragen der dogmatischen Integration
des Individualarbeitsrechts in das Recht
der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Einleitung

Seit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes¹ sind Wissenschaft und Praxis darum bemüht, die Konsequenzen der gesetzlichen Neuregelungen für die verschiedenen Teildisziplinen des Zivilrechts zu beleuchten. Im Arbeitsrecht steht insbesondere die AGB-Kontrolle anhand der §§ 305 ff. BGB im Mittelpunkt der Diskussion². Und dies nicht ohne Grund, denn der individuell ausgehandelte Arbeitsvertrag ist in der Praxis zu einer Restgröße geschmolzen³; er hat praktische Relevanz allenfalls für leitende Angestellte⁴. Die Verwendung vorformulierter Arbeitsverträge durch den Arbeitgeber ist dagegen der Regelfall⁵.

Zwar hat es auch vor dem 1.1.2002 eine Wirksamkeitskontrolle allgemeiner arbeitsvertraglicher Geschäftsbedingungen gegeben⁶. Im Vergleich zur AGB-Kontrolle des allgemeinen Zivilrechts war die inhaltliche Überprüfung vorfor-

-
- 1 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 verkündet am 29.11.2001 im BGBl. Teil I, Nr. 61, S. 3138 ff.
 - 2 Vgl. nur die Beiträge aus der Aufsatzliteratur von Annuß, BB 2002, S. 458 ff; Bayreuther, RdA 2003, S. 81 ff; Birnbaum, NZA 2003, S. 944 ff.; Däubler, NZA 2001, S. 1329 ff; Gotthardt, ZIP 2002, S. 277 ff; Henssler, RdA 2002, S. 129 (135 ff.); Hönn, ZfA 2003, S. 325 ff; Joost, Festschrift für Ulmer, S. 1199 ff; Joussem, NZA 2001, S. 745 ff; Lakies, NZA 2004, S. 569 ff; Lieb, Festschrift für Ulmer, S. 1231 ff; Lingemann, NZA 2002, S. 181 ff; Löwisch, Festschrift für Wiedemann, S. 311 (317 ff.); Oetker, Festschrift für Wiedemann, S. 383 ff; Preis, Festschrift für Wiedemann, S. 425 ff; Reinecke, DB 2002, S. 583 ff; Richardi, NZA 2002, S. 1057 ff; Singer, RdA 2003, S. 194 ff; Söllner, ZfA 2003, S. 145 ff; Steinau-Steinrück/Hurek, NZA 2004, S. 965 ff; Thüsing, NZA 2002, S. 591 ff; Willemsen/Grau, RdA 2003, S. 321 ff.
 - 3 Vgl. Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, S. 54 ff; Zeller-Müller, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen und auf Aufhebungsverträge, S. 36.
 - 4 Lakies, NZA 2004, S. 569 (569); Zöllner, RdA 1989, S. 152 (154).
 - 5 Dieterich, RdA 1995, S. 129 (135); Gotthardt, ZIP 2002, S. 277 (278); Grobys, GmbHR 2/2002, R 29 (29); Hanau/Kania, Festschrift für Schaub, S. 239 (239); Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 77; Lakies, NZA 2004, S. 569 (569); Preis, Festschrift für Wiedemann, S. 425 (425); derselbe, in: Preis, Der Arbeitsvertrag, I C Rn. 47; Richardi, NZA 2002, S. 1057 (1058); Stoffels, AGB-Recht, Rn. 171; derselbe, NZA 2004 – Sonderb. 1, S. 19 (19). Vgl. auch bereits Nußbaum, ArchBürgR 42 (1916), S. 136 (186).
 - 6 Basedow, in: Münchener Kommentar, § 310 BGB Rn. 88; Coester-Waltjen, AcP 190 (1990), S. 1 (6 und 12); Gotthardt, ZIP 2002, S. 277 (278); Hromadka, Festschrift für Dieterich, S. 251 (251); Reinecke, DB 2002, S. 583 (583); Wisskirchen/Bissels, Arbeitsverträge rechtssicher gestalten, S. 14.

mulierter Arbeitsbedingungen jedoch in ihrem Schutzniveau eher niedrig ausgeprägt⁷, vor allem existierten im Bereich des Arbeitsrechts keine einheitlichen, klar umrissenen Kontrollinstrumentarien⁸. Vielmehr vollzog sich die Kontrolle des Arbeitsvertrags, bedingt durch fehlende gesetzgeberische Grundentscheidungen, im Rahmen zivilrechtlicher Generalklauseln⁹ bzw. am Vorbild „allgemeiner Rechtsgrundsätze, die auch im AGB-Recht ihren Niederschlag gefunden hatten“¹⁰.

Mit der gesetzlichen Neuregelung der AGB-Vorschriften und der hiermit verbundenen Hereinnahme des Individualarbeitsvertrags in eben dieses Kontrollinstrumentarium hat der Gesetzgeber den bisher relativ weiten und zugleich äußerst umstrittenen Gestaltungsspielräumen klare Grenzen gezogen. Doch auch wenn mit den §§ 305-310 BGB nunmehr ein „festes“ Regelwerk bereitsteht, geht hiermit nicht zwingend die Lösung aller Probleme einher¹¹. Insbesondere lassen sich die im allgemeinen Zivilrecht entwickelten Wertungsmaßstäbe nicht unbesehen auf das Arbeitsrecht übertragen. Warum sonst sollte § 310 IV 2 Halbsatz 1 BGB anordnen, dass bei der Anwendung der §§ 305 ff. BGB auf Arbeitsverträge „die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen“ sind¹²?

Die grundlegenden Fragestellungen, um deren Beantwortung sich der Autor dieser Abhandlung bemühen wird, sind damit aufgeworfen: Wie lassen sich die Bedürfnisse des Individualarbeitsrechts dogmatisch in das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen integrieren? In welchen Bereichen sollten bisherige Lösungswege im Lichte der §§ 305 ff. BGB aufgegeben, neu überdacht oder angepasst werden und wo können „alte“ weiterhin beschriftet werden? Kurzum,

7 So die zutreffende Bewertung von: Bayreuther, RdA 2003, S. 81 (81); Preis/Stoffels, ZHR 160 (1996), S. 442 (492); Reinecke, NZA 2000 – Sonderb. Heft 3, S. 23 (23); vgl. auch BT-Drucks. 14/6857, S. 54.

8 Gotthardt, ZIP 2002, S. 277 (278).

9 So, insbesondere unter Heranziehung des § 242 BGB, die Rechtsprechung des BAG: BAG (16.3.1994), NZA 1994, S. 937 (938); BAG (29.11.1995), NZA 1996, S. 702 (702 ff.); BAG (21.11.2001), NZA 2002, S. 551 (552 ff.); und ein Großteil der Literatur: vgl. nur Henssler, RdA 2002, S. 129 (135); Wolf, RdA 1988, S. 270 (271 ff.).

10 Bayreuther, RdA 2003, S. 81 (81); Coester-Waltjen, AcP 190 (1990), S. 1 (5 ff.); Fenn, Festschrift für Söllner, S. 333 (336 ff.); Wisskirchen/Bissels, Arbeitsverträge rechtssicher gestalten, S. 14; Zöllner, RdA 1989, S. 152 (157 ff.); sowie aus der Rechtsprechung: LAG Bremen (28. 7. 1987), NZA 1987, S. 815 (815 ff.).

11 Vgl. nur Zeller-Müller, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen und auf Aufhebungsverträge, S. 35.

12 Dieser Ansicht auch: Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, S. 139; Gotthardt, ZIP 2002, S. 277 (277).

wie fügt sich das Arbeitsrecht unter angemessener Berücksichtigung der dort „geltenden Besonderheiten“ in die Strukturen der §§ 305 ff. BGB ein?

Eine befriedigende Antwort hierauf ist – auch zehn Jahre nach Inkrafttreten der Schuldrechtsreform – bei weitem noch nicht gefunden. Zwar ist die AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen bereits in einigen Monographien wissenschaftlich untersucht worden¹³. Gleichwohl ist es noch nicht gelungen, das Arbeitsrecht, losgelöst vom jeweiligen Einzelfall, insgesamt widerspruchsfrei in das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu integrieren. Dabei handelt es sich letztlich um eine klassische Frage der Jurisprudenz und Rechtsdogmatik: Es geht nämlich um nicht mehr und nicht weniger, als die richtige rechtssystematische Verankerung des Arbeitsrechts, dessen dogmatische Struktur, dessen Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum allgemeinen Zivilrecht.

Die nachfolgende Untersuchung wird sich deshalb auch nicht den zahllosen Fragestellungen einzelner Klauseltypen widmen. Denn diese können wesentlich effizienter durch die juristische Aufsatz- und Kommentarliteratur behandelt werden. Sie soll vielmehr die Strukturen der für das Arbeitsrecht „neuen“ §§ 305 ff. BGB offenlegen und dabei klären, wie sich die „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“ in diese Strukturen einfügen.

Die Untersuchung gliedert sich hierbei in fünf Kapitel. Sie beginnt mit einem allgemeinen Überblick über die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen und der hiermit verbundenen Frage nach der Rechtfertigung einer Vertragskontrolle wie auch der dogmatischen Abgrenzung zwischen den §§ 305 ff. BGB und anderen, die Vertragsfreiheit begrenzenden Rechtsinstituten. Insofern gilt es insbesondere eventuelle Gemeinsamkeiten und Unterschiede herauszuarbeiten. Denn die Bedeutung des AGB-Rechts für die Kontrolle von Arbeitsverträgen lässt sich nur dann richtig bewerten, wenn man sich des Verhältnisses der §§ 305 ff. BGB zu anderweitigen Schutzmechanismen klar wird, die entweder privatautonomes

13 Vgl. zur *Rechtslage vor der Schuldrechtsreform*: Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht (1992); Heinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit (2000); Hildebrandt, Disparität und Inhaltskontrolle im Arbeitsrecht (1987); Hoyningen-Huene, Die Billigkeit im Arbeitsrecht (1978); Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht (1993); Säcker, Allgemeine Arbeitsbedingungen im Schnittpunkt von Privat- und Kollektivautonomie (1967); Westhoff, Die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen (1975). Vgl. zur *Rechtslage nach der Schuldrechtsreform*: Bratz, Arbeitsrechtliche Besonderheiten bei der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen (2005); Däubler/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht (2010); Kriebitzsch, Die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Arbeitsbedingungen anhand der §§ 305 ff. BGB (2008); Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen (2003); Schlodder, Der Arbeitsvertrag im neuen Schuldrecht (2004); Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht (2007); Zeller-Müller, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen und auf Aufhebungsverträge (2004).

Handeln generell beschränken oder speziell für Fälle der Vertragsstörung Vorsorge treffen. Zumal solche Schutzmechanismen in der Vergangenheit häufig herangezogen wurden, um letztlich eine – sei es auch verdeckte – Inhaltskontrolle arbeitsvertraglicher Inhalte vornehmen. Das *erste Kapitel* versteht sich also gewissermaßen als „Allgemeiner Teil“ der Arbeit. Es enthält die dogmatischen Grundlagen. Der anschließende Vergleich zwischen altem und neuem Recht im „Besonderen Teil“ erfolgt dann in ständiger Rückkoppelung an die hier herausgearbeiteten Grundsätze. An den allgemeinen Überblick des ersten Kapitels schließt sich im *zweiten Kapitel* eine eingehende Untersuchung der bislang geltenden Bereichsausnahme des § 23 I AGBG und ihrer Auswirkungen auf die AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht an. Denn in die dogmatischen Problemstellungen der mit der Schuldrechtsreform bedingten Integration des Individualarbeitsrechts in das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann nur eindringen, wer grundlegende Kenntnisse der rechtsgeschichtlichen Entwicklung und des insofern erfolgten Wandels im System der arbeitsrechtlichen Vertragskontrolle besitzt. Im Rahmen des *dritten Kapitels* erfolgt dann eine eingehende Untersuchung der die Bereichsausnahme des § 23 I AGBG ablösenden und für das Arbeitsrecht zentralen Bestimmung des § 310 IV BGB. Neben der Herausarbeitung des in § 310 IV 1 und 2 BGB enthaltenen Grundsatz-Ausnahme-Modells und seiner Auswirkungen auf die dogmatische Integration des Arbeitsrechts in das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird es hier insbesondere um einen im Schrifttum eher vernachlässigten, hermeneutischen Aspekt gehen: Die Frage nämlich, was abgehoben vom Einzelfall, generell unter den „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“ und deren „angemessener Berücksichtigung“ zu verstehen ist. Es geht also weniger um die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf einzelne Klauseltypen, als vielmehr um die allgemeine Frage, nach dem hinter § 310 IV BGB stehenden dogmatischen Konzept. An die Ergebnisse dieser Untersuchung knüpft das *vierte Kapitel* die Behandlung der Frage an, ob und in welchem Umfang § 310 III BGB im Arbeitsrecht Anwendung finden kann. Denn die dogmatische Integration des Arbeitsrechts in das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird nicht allein von der zentralen Bestimmung des § 310 IV BGB, sondern daneben – gewissermaßen „flankierend“ – auch von § 310 III BGB bestimmt; lassen sich die allgemeinen Regeln des AGB-Rechts doch nicht nur über die Bereichseinschränkung des § 310 IV 2 BGB, sondern – dem vorgelagert – bereits über § 310 III BGB modifizieren. Das *fünfte Kapitel* behandelt dann abschließend die mit der Erörterung der §§ 305 ff. BGB untrennbar verknüpfte Frage nach den Rechtsfolgen einer AGB-Kontrolle des Arbeitsvertrages.

Erstes Kapitel – Vertragsfreiheit und ihre Grenzen

Eine Kontrolle vertraglicher Inhalte gleich welcher Art bedeutet zugleich immer auch einen Eingriff in die Vertragsfreiheit der am Vertragsschluss beteiligten Parteien. Zweck und Wirkung der AGB-Kontrolle arbeitsvertraglicher Vereinbarungen kann man deshalb auch nur verstehen, wenn man sich zunächst vergegenwärtigt, was unter dem Begriff der Vertragsfreiheit zu verstehen ist (A), welche Rechtsgedanken und Prinzipien dieser Freiheit zugrunde liegen (B und C) und unter welchen grundsätzlichen Voraussetzungen sie Einschränkungen erfahren kann (D).

A. Der Begriff der Vertragsfreiheit

Während der Begriff der Privatautonomie ganz allgemein die Freiheit des Einzelnen umschreibt, seine rechtlichen Beziehungen und die ihn betreffenden Rechtsverhältnisse innerhalb der gesetzlichen Grenzen rechtsgeschäftlich zu regeln¹, wird dieser Grundsatz für den Bereich des Vertragsrechts durch denjenigen der Vertragsfreiheit konkretisiert und verwirklicht². Vertragsfreiheit bedeutet dementsprechend, dass jedermann mit wem auch immer jede beliebige Art von Vereinbarung mit jedem beliebigen – auch unter objektiven Gesichtspunkten unvernünftig erscheinenden – Inhalt schließen kann, soweit dieser nicht durch gesetzliche Bestimmungen beschränkt oder ausgeschlossen ist³. Es geht

-
- 1 Boemke, NZA 1993, S. 532 (532); Zeller-Müller, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen und auf Aufhebungsverträge, S. 41.
 - 2 In terminologischer Hinsicht sei ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Begriffe Privatautonomie und Vertragsfreiheit keineswegs synonym zu gebrauchen sind. Auch wenn sich der Vertrag als Hauptform privatautonomer Gestaltung darstellt, so stehen die Begriffe doch in einem Stufenverhältnis von Oberbegriff („Privatautonomie“) und Teilaspekt („Vertragsfreiheit“) zueinander. Weitere Teilaspekte der Privatautonomie sind etwa die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 I GG) oder die Testier- und Eigentumsfreiheit (Art. 14 I 1 GG). Vgl. zum Ganzen: Boemke, NZA 1993, S. 532 (532); Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 34 Rn. 22 ff.; Schmidt, DRiZ 1991, S. 81 (82); Söllner, RdA 1989, S. 144 (144).
 - 3 Boemke, NZA 1993, S. 532 (532); Coester-Waltjen, AcP 190 (1990), S. 1 (2 und 14); Feuerborn, Sachliche Gründe im Arbeitsrecht, S. 43; Grunsky, in: Deutsches Rechtslexikon (Band 3), S. 4585.

folglich um nichts anderes, als die Kompetenz zur selbstbestimmten Gestaltung eines Rechtsverhältnisses durch die Vertragsparteien selbst⁴.

B. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Zwar wird diese Möglichkeit privatautonomer Betätigung im Gegensatz zur Weimarer Reichsverfassung (vgl. Art. 152 I WRV)⁵ nicht mehr ausdrücklich im Grundgesetz garantiert⁶. Die Privatautonomie und mit ihr die Vertragsfreiheit, als ihr wesentlicher Bestandteil, werden aber durch die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG verfassungsrechtlich verbürgt⁷. Darüber hinaus können (sofern möglich) zu ihrer Gewährleistung bereichsspezifische Spezialgrundrechte herangezogen werden⁸. Da dies auch auf das Verhältnis der allgemeinen Handlungsfreiheit zur Berufsfreiheit des Art. 12 I 1 GG zutrifft (Privatautonomie und Vertragsfreiheit stellen sich als besondere Ausprägungen der Berufsfreiheit dar und partizipieren daher bereits an deren Garantiefunktion⁹), ist die verfassungsrechtliche Grundlage der arbeitsrechtlichen Vertragsfreiheit in Art. 12 I 1 GG zu erblicken¹⁰. Dies gilt für die Arbeitgeber- wie für die Arbeit-

-
- 4 Zeller-Müller, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen und auf Aufhebungsverträge, S. 44.
 - 5 Art. 152 I der Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919, Reichsgesetzblatt 1919, S. 1383 ff., lautete: „Im Wirtschaftsleben gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe des Gesetzes“.
 - 6 Laufke, Festschrift für Lehmann, S. 145 (145).
 - 7 BVerfG (5.8.1994), NJW 1994, S. 2749 (2750); BAG (16.3.1994), BAGE 76, S. 155 (166); Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfäuf, Art. 2 GG Rn. 33; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 2 GG Rn. 4; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 34 Rn. 22; Papier, RdA 1989, S. 137 (138); Söllner, RdA 1989, S. 144 (145).
 - 8 Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 34 Rn 22; Papier, RdA 1989, S. 137 (138); Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, S. 38; Söllner, RdA 1989, S. 144 (147).
 - 9 Papier, RdA 1989, S. 137 (138); Schnorr, AP § 611 BGB Konkurrenzklausele, Nr. 213; Zeller-Müller, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen und auf Aufhebungsverträge, S. 42.
 - 10 Es gibt allerdings auch Stimmen, die auch die arbeitsrechtliche Vertragsfreiheit in Art. 2 I GG verankert sehen; vgl. etwa BAG (29.6.1962), BAGE 13, S. 168 (177). Dieser Standpunkt verkennt jedoch die grundrechtssystematische Spezialität des Art. 12 I GG gegenüber Art. 2 I GG. Wie hier daher auch: BAG (16.3.1994), BAGE 76, S. 155 (166); Boemke, NZA 1993, S. 532 (534); Feuerborn, Sachliche Gründe im Arbeitsrecht, S. 7 und 43; Kiel, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, § 1 KSchG Rn. 445a; Papier, RdA 1989, S. 137 (138); Scholz, ZfA 1981, S. 265 (275); Söllner, RdA 1989, S. 144 (147 ff.).

nehmerseite gleichermaßen¹¹. Lediglich sofern der für Art. 12 I 1 GG erforderliche berufliche Bezug fehlt, verbleibt es beim subsidiären Auffanggrundrecht des Art. 2 I GG¹².

C. Rechtstheoretische Grundlagen

Unabhängig von dieser verfassungsrechtlichen Herleitung lassen sich dem Grundsatz der Vertragsfreiheit zwei grundlegende, sich teilweise überlagernde Rechtsgedanken entnehmen: Zum einen das rechtsethische „Prinzip der Selbstbestimmung“ (auch als „Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsbeziehungen des Einzelnen nach seinem Willen“ bekannt)¹³, zum anderen das – der Bezeichnung nach auf Schmidt-Rimpler zurückgehende – „Prinzip der materiellen Richtigkeitsgewähr des frei und gleichgewichtig ausgehandelten Vertragskompromisses“¹⁴. Während durch das Prinzip der Selbstbestimmung hervorgehoben wird, dass jeder Einzelne grundsätzlich nach seinem freien Willen entscheiden kann, ob, mit wem und worüber er einen Vertrag abschließen will (sog. Abschlussfreiheit), was für eine inhaltliche Ausgestaltung die Abrede erfahren soll (sog. Inhalts- oder Gestaltungsfreiheit) und in welcher Form er sich ausdrücken will (sog. Formfreiheit)¹⁵; basiert das Prinzip der materiellen Richtigkeitsgewähr auf der Annahme, dass der in der Selbstbestimmung enthaltene Gedanke der rechtsgeschäftlichen Willensfreiheit zugleich ein Ordnungsprinzip der Selbstregulierung verkörpert. Denn die Vertragspartner werden aufgrund ihrer gegenläufigen

11 Zwar wird teilweise vertreten, die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers sei in den Art. 1, 2 und 14 GG verankert (vgl. BAG (19.4.1990), NZA 1990, 724 (725); Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch (9. Aufl., 2000), § 32 Rn. 20). Diese Differenzierung zwischen der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers und der des Arbeitnehmers ist aber nicht gerechtfertigt, denn auch die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers ist unmittelbarer Ausfluss seiner Berufsfreiheit. Wie hier: Papier, RdA 1989, S. 137 (138); Scholz, ZfA 1981, S. 265 (276 ff.); Söllner, RdA 1989, S. 144 (148); Zeller-Müller, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen und auf Aufhebungsverträge, S. 44.

12 Söllner, RdA 1989, S. 144 (148 ff.).

13 Boemke, NZA 1993, S. 532 (532); Fastrich, RdA 1997, S. 65 (68); Preis, AuR 1994, S. 139 (141).

14 Vgl. Schmidt-Rimpler, AcP 147 (1941), S. 130 (149 ff.); derselbe, Festschrift für Raiser, S. 3 (12 ff.).

15 Boemke, NZA 1993, S. 532 (534 ff.); Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 34 Rn 24 ff.; Laufke, Festschrift für Lehmann, S. 145 (145); Zeller-Müller, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen und auf Aufhebungsverträge, S. 45.

Interessen Belastungen nur insoweit hinnehmen, als ihnen auf der anderen Seite Vorteile erwachsen¹⁶. Da die Parteien mithin im Allgemeinen das für sie Richtige vereinbaren, folgt aus dem Ordnungsprinzip der Selbstregulierung zugleich die materielle Richtigkeitsgewähr des frei und gleichgewichtig ausgehandelten Vertragskompromisses; die Gewähr dafür also, dass der Vertragsschluss zu im Großen und Ganzen sachgerechten und tragbaren Ergebnissen für alle Beteiligten führt¹⁷. Zwar kann diese Gewähr – wie Schmidt-Rimpler selbst betont¹⁸ – nur eine begrenzte sein, weil die Vertragspartner möglicherweise nicht in der Lage sind, ihre Situation richtig einzuschätzen oder weil sie etwas Unvernünftiges wollen. Derartige Reibungsverluste an objektiver Richtigkeit sind von der Rechtsordnung aber zum Schutze der zweiten die Vertragsfreiheit tragenden Säule, der Selbstverantwortung des Einzelnen, hinzunehmen¹⁹.

D. Grenzen der Vertragsfreiheit

Auch wenn die Vertragsfreiheit als Instrument der freiheitlichen Rechtsgestaltung für eine liberale Rechtsordnung unverzichtbar ist²⁰, so ist sie keinesfalls grenzenlos. Zwar können sich alle am Zivilrechtsverkehr teilnehmenden Personen als gleichrangige Grundrechtsträger auf die durch Art. 2 I GG bzw. im Arbeitsrecht durch Art. 12 I 1 GG geschützte Vertragsfreiheit berufen, doch kann die privatautonome Betätigung des einen zugleich auch Freiheitsbeschränkung des anderen bedeuten²¹. Die Freiheit des rechtsgeschäftlichen Handelns kann daher als tragendes Prinzip unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung nur dann für beide Vertragsparteien aufrechterhalten werden, wenn man ihr die in einem sozialen Rechtsstaat notwendigen Grenzen zieht²². Schon aus diesem Grund

16 BAG (16.3.1994), BAGE 76, S. 155 (166 ff.); Coester-Waltjen, AcP 190 (1990), S. 1 (14 ff.); Preis, AuR 1994, S. 139 (141); Schmidt-Rimpler, AcP 147 (1941), S. 130 (161).

17 Coester-Waltjen, AcP 190 (1990), S. 1 (15).

18 Schmidt-Rimpler, AcP 147 (1941), S. 130 (165).

19 Coester-Waltjen, AcP 190 (1990), S. 1 (15); Fastrich, RdA 1997, S. 65 (68).

20 Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 34 Rn. 22; Preis, AuR 1994, S. 139 (141).

21 BVerfG (5.8.1994), NJW 1994, S. 2749 (2750); Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, S. 37; derselbe, AuR 1994, S. 139 (142 ff.); Preis/Röls, DB 1994, S. 261 (261); Zeller-Müller, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen und auf Aufhebungsverträge, S. 47.

22 BAG (16.3.1994), BAGE 76, S. 155 (166 ff.); Weitnauer, AP § 242 BGB Ruhegehalt, Nr. 15615.

kann die Vertragsfreiheit, so die mittlerweile einhellige Auffassung²³, nur in den Schranken des sie gewährleistenden Grundrechts gewährt werden. Die grundrechtliche Verankerung der Vertragsfreiheit bedeutet im Umkehrschluss aber zugleich, dass Beschränkungen zum einen nicht beliebig möglich sind, sondern einer besonderen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürfen²⁴. Zum anderen folgt hieraus, dass die Vertragsfreiheit mit Rücksicht auf ihren durch Art. 2 I GG bzw. Art. 12 I 1 GG gewährleisteten Schutz nur durch die in der Verfassung selbst zugelassenen Grenzen, d.h. insbesondere durch die „verfassungsmäßige Ordnung“ (Art. 2 I GG) bzw. „durch oder aufgrund eines Gesetzes“ (Art. 12 I 2 GG) Beschränkungen erfahren kann²⁵.

I. Die §§ 305 ff. BGB als Modellnormen zur Bewältigung von Krisen der Vertragsfreiheit

Ein – allerdings nicht das einzige – Mittel²⁶ zur Einschränkung der Vertragsfreiheit ist dasjenige der AGB-Kontrolle im Sinne der §§ 305 ff. BGB.

1. Erscheinungsbild, Rechtsqualität und Funktion von AGB

a) *Erscheinungsbild*

Einheitlichen Vertragsregelwerken, als die sich AGB üblicherweise präsentieren, ist gemein, dass sie (1) nicht im Hinblick auf einen einzigen Vertragsschluss vorformuliert, sondern auf wiederkehrende gleichförmige Vertragsschlüsse ausgerichtet sind (§ 305 I 1 BGB spricht von einer „Vielzahl von Verträgen“) und dass sie (2) einseitig in den jeweiligen Vertragskontext eingeführt werden (§ 305 I 1 BGB benutzt das gleichbedeutende Wort „stellen“), mithin prinzipiell einer Aushandlung im einzelnen nicht zugänglich sind (Negativmerkmal aus

23 Vgl. nur statt vieler: Coester-Waltjen, AcP 190 (1990), S. 1 (4); Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, S. 38.

24 Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 1 Rn. 3; Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, S. 38. Anderer Ansicht noch Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (Band 2), S. 18, der den Standpunkt vertrat, der Gesetzgeber sei bei der Eingrenzung der Vertragsfreiheit grundsätzlich nicht beschränkt, es sei denn die Vertragsfreiheit werde hierdurch gänzlich in ihrem Bestand gefährdet.

25 Andere Möglichkeiten der Grundrechtseinschränkung gibt es nach herrschender Ansicht nicht: vgl. BVerfG (19.10.1983), BVerfGE 65, S. 196 (210); BVerfG (24.4.1985), BVerfGE 69, S. 1 (54 ff.); Katz, Staatsrecht, Rn. 624.

26 Vgl. unten S. 3 ff.