

# 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

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	1
<b>Erstes Kapitel – Vertragsfreiheit und ihre Grenzen</b> .....	5
<b>A. Der Begriff der Vertragsfreiheit</b> .....	5
<b>B. Verfassungsrechtliche Grundlagen</b> .....	6
<b>C. Rechtstheoretische Grundlagen</b> .....	7
<b>D. Grenzen der Vertragsfreiheit</b> .....	8
<b>I. Die §§ 305 ff. BGB als Modellnormen zur Bewältigung von             Krisen der Vertragsfreiheit</b> .....	9
1. Erscheinungsbild, Rechtsqualität und Funktion von AGB.....	9
a) Erscheinungsbild.....	9
b) Rechtsqualität und Geltungsgrund.....	10
c) Funktion.....	16
2. Schutzzweck der §§ 305 ff. BGB.....	18
3. Rechtfertigung eines Eingriffs in die Vertragsfreiheit durch die §§ 305 ff. BGB.....	19
a) Wirtschaftliches Machtgefälle.....	19
b) Verbraucherschutzgedanke.....	20
c) Einseitige Inanspruchnahme der Vertragsgestaltungsfreiheit.....	21
4. Systematik des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.....	23
5. Einbeziehungskontrolle anhand der §§ 305 II bis 305c BGB.....	24
6. Inhaltskontrolle anhand der §§ 307 bis 309 BGB und deren nähere Qualifizierung.....	24
a) Generalisierend-typisierender, nicht individueller Angemessenheitsmaßstab.....	25
b) Ausgestaltungs-, nicht Ausübungskontrolle.....	26
c) Wirksamkeitskontrolle ohne Gestaltungscompetenz.....	27
d) Rechts-, nicht Billigkeitskontrolle.....	27
<b>II. Verhältnis und Abgrenzung zu anderen Kontrollmaßstäben</b> .....	30
1. Verfassungsrecht.....	30
2. Vertragsauslegung, §§ 133, 157 BGB.....	31
a) Grundlegende Überlegungen.....	31
b) Anwendungsvorrang der Auslegungsregeln.....	33
c) Bedeutung für die Vertragsauslegung im Arbeitsrecht.....	34
3. Anfechtungsregeln, §§ 119 ff. BGB.....	39

a) Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 I BGB .....	40
aa) Zulässigkeit einer Teilanfechtung .....	42
bb) Rechtsfolgen einer Teilanfechtung .....	43
b) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 I 1. Alt. BGB .....	48
aa) Teilanfechtung .....	48
bb) Gesamtanfechtung .....	48
4. Verbotsgesetze i.S.d. § 134 BGB und unmittelbar zwingendes Recht .....	51
a) Grundlegende Überlegungen .....	51
b) Anwendungsvorrang des zwingenden Rechts .....	52
c) Bedeutung für das zwingende Arbeitnehmerschutzrecht .....	57
d) Bedeutung für Tarifnormen und Betriebsvereinbarungen .....	58
5. Verbot der Gesetzesumgehung .....	61
a) Allgemeine Überlegungen .....	61
b) Ausweitung des Verbots der Gesetzesumgehung im Arbeitsrecht .....	63
6. Sittenwidrigkeitskontrolle, § 138 BGB .....	67
a) Allgemeine Überlegungen .....	67
aa) Anwendungsbereich .....	67
bb) Prüfungsmaßstab .....	70
b) Anwendungsvorrang der AGB-Inhaltskontrolle .....	72
c) Bedeutung für die Sittenwidrigkeitskontrolle im Arbeitsrecht .....	76
7. Angemessenheitskontrolle anhand des § 242 BGB .....	79
a) Ausgestaltungskontrolle bei institutionellem Rechtsmissbrauch .....	79
b) Ausübungskontrolle bei individuellem Rechtsmissbrauch .....	82
c) Zwischenergebnis .....	85
8. Billigkeitskontrolle anhand des § 315 III BGB .....	86
a) Allgemeine Überlegungen .....	86
b) Anwendungsvorrang der AGB-Inhaltskontrolle .....	89
c) Bedeutung für die Billigkeitskontrolle im Arbeitsrecht .....	90
<b>III. Zusammenfassung .....</b>	<b>92</b>

## **Zweites Kapitel – Die Bereichsausnahme des § 23 I AGBG und ihre Auswirkungen auf die Entwicklung der AGB- Kontrolle im Arbeitsrecht .....**

93

- |  |           |
|--|-----------|
| <b>A. Regelungsinhalt und Reichweite des § 23 I AGBG im<br/>Arbeitsrecht .....</b> | <b>93</b> |
| <b>B. Ratio legis des § 23 I AGBG .....</b>  | <b>95</b> |

- I. Begründung des Gesetzgebers** ..... 95
- II. Kritik an der Gesetzesbegründung** ..... 96
  - 1. Unzureichende Berücksichtigung der arbeitsgerichtlichen Kontrolle ..... 96
  - 2. Ungleichbehandlung trotz Vergleichbarkeit der Interessenlagen ..... 100
  - 3. Unzureichende Berücksichtigung der Einbeziehungskontrolle ..... 101
  - 4. Kein ausreichender Schutz durch kollektivrechtliche Vereinbarungen..... 101
- C. Kontrolle des Arbeitsvertrages außerhalb des AGBG** ..... 102
  - I. Legitimation einer Vertragskontrolle im Arbeitsrecht**..... 105
    - 1. Grundsätzliche rechtstheoretische Überlegungen ..... 105
      - a) Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Beschränkung der Vertragsfreiheit ..... 106
      - b) Vertragstheoretische Überlegungen zur Beschränkung der Vertragsfreiheit ..... 108
      - c) Parallelen beider Ansätze ..... 109
    - 2. Eingrenzung struktureller Ungleichgewichtslagen im Arbeitsrecht..... 111
  - II. Dogmatische Umsetzung einer Vertragskontrolle im Arbeitsrecht**..... 115
    - 1. Art. 12 I GG als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB?..... 117
    - 2. Sittenwidrigkeitskontrolle anhand des § 138 I BGB? ..... 118
    - 3. Angemessenheits- (§ 242 BGB) oder Billigkeitskontrolle (§ 315 III BGB)?..... 120
      - a) Entwicklung in der Arbeitsrechtslehre ..... 120
      - b) Entwicklung in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ..... 122
        - aa) Entwicklung hin zu den abstrakt-generellen Maßstäben des § 242 BGB ..... 122
        - bb) Keine endgültige Festlegung ..... 128
    - 4. Einfluss des AGB-Rechts auf den Entwicklungsverlauf..... 131
      - a) Entwicklungsversuche der Lehre..... 133
        - aa) Analogie zu den §§ 2 bis 5 AGBG ..... 134
        - bb) Analogie zu den §§ 9 bis 11 AGBG ..... 136
        - cc) Analogie zu § 6 AGBG ..... 139
      - b) Entwicklung in der Rechtsprechung..... 141
        - aa) Standpunkte unterinstanzlicher Gerichte..... 141
        - bb) Standpunkt des Bundesarbeitsgerichts ..... 143
- III. Zusammenfassung** ..... 147

<b>Drittes Kapitel - Modifizierte Bereichsausnahme und Bereichseinschränkung des § 310 IV 1 und 2 BGB</b> .....	149
<b>A. Grundlegende Überlegungen zu § 310 IV 1 und 2 BGB</b> .....	149
<b>B. Ratio legis des § 310 IV 1 und 2 BGB</b> .....	151
<b>I. Entstehungsgeschichte und Begründung des Gesetzgebers zu § 310 IV BGB</b> .....	151
1. Ursprünglicher Gesetzesvorschlag der Bundesregierung.....	151
2. Prüfbitte des Bundesrates .....	152
3. Stellungnahme der Bundesregierung im Regierungsentwurf.....	152
4. Paralleler Fraktionsentwurf .....	154
<b>II. Kritische Würdigung der Gesetzesbegründung</b> .....	155
1. Grundsätzliches Bedürfnis nach Rechtsvereinheitlichung .....	157
2. Vermeidung bisheriger Rechtsunsicherheiten.....	160
3. Anpassungsmöglichkeit an die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten .....	162
4. Kein ausreichender Schutz durch bestehende Schutzvorschriften .....	163
<b>C. Grundsatz-Ausnahme-Modell des § 310 IV 1 und 2 BGB</b> .....	166
<b>D. Modifizierte Bereichsausnahme des § 310 IV 1 BGB</b> .....	167
<b>I. Verträge auf dem Gebiet des Individualarbeitsrechts</b> .....	167
<b>II. Vertragliche Bezugnahme auf kontrollfreie Kollektivvereinbarungen</b> .....	168
1. Anwendbarkeit der modifizierten Bereichsausnahme .....	170
a) Grammatische Interpretation .....	171
b) Interpretation aus dem historischen Zusammenhang .....	171
c) Teleologische Interpretation .....	172
aa) Inhaltskontrolle und materielle Richtigkeitsgewähr.....	173
bb) Einbeziehungskontrolle und normative Wirkung.....	174
cc) Kumulation von materieller Richtigkeitsgewähr und normativer Wirkung .....	175
d) Systematische Interpretation.....	176
aa) Herausnahme aus dem Bereich der Einbeziehungskontrolle .....	177
bb) Herausnahme aus dem Bereich der Inhaltskontrolle.....	182
e) Zwischenergebnis .....	182
2. Ergänzung der modifizierten Bereichsausnahme durch § 310 IV 3 BGB.....	183
a) Kontrollfreiheit nach § 307 III 1 BGB und deren Ursachen .....	183

b)	Gleichstellungsanordnung des § 310 IV 3 BGB .....	186
c)	Privilegierte und nicht privilegierte Objekte der Bezugnahme .....	189
aa)	Deklaratorische und konstitutive Bezugnahme i.S.d. § 307 III 1 BGB .....	189
bb)	Bedeutung für arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln .....	191
aaa)	Konstitutive Bezugnahme auf Tarifverträge .....	195
(1)	Bezugnahme außerhalb des fachlichen Geltungsbereichs .....	195
(2)	Bezugnahme außerhalb des geographischen Geltungsbereichs .....	196
(3)	Bezugnahme außerhalb des zeitlichen Geltungsbereichs.....	196
bbb)	Konstitutive Bezugnahme auf Betriebs- oder Dienstvereinbarungen .....	199
cc)	Zwischenergebnis .....	202
d)	Privilegierter und nicht privilegierter Umfang der Bezugnahme .....	202
aa)	„Abweichungen“ oder „Ergänzungen“ i.S.d. § 307 III 1 BGB.....	203
bb)	Bedeutung für arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln .....	204
aaa)	Globalverweisungen .....	205
bbb)	Einzelverweisungen.....	205
ccc)	Teilverweisungen.....	207
(1)	Interpretation aus dem historischen Zusammenhang .....	208
(2)	Grammatische Interpretation .....	209
(3)	Teleologische Interpretation .....	211
(4)	Systematische Interpretation.....	212
cc)	Zwischenergebnis .....	218
3.	Zusammenfassung .....	218
<b>III. Kirchliche Arbeitsvertragsrichtlinien des „Dritten Weges“ .....</b>		<b>219</b>
1.	Das Verfahren des Dritten Weges .....	220
2.	Der Dritte Weg und die Bereichsausnahme des § 310 IV 1 BGB .....	223
a)	Regelungslücke .....	226
b)	Vergleichbarkeit der Interessenlagen .....	227
aa)	Inhaltskontrolle und materielle Richtigkeitsgewähr.....	228
aaa)	Entwicklung in der Rechtsprechung des BAG.....	228
bbb)	Gründe für eine Inhaltskontrolle .....	231
ccc)	Gründe gegen eine Inhaltskontrolle und eigener Standpunkt .....	232
bb)	Einbeziehungskontrolle und normative Wirkung.....	239
aaa)	Gründe für eine Einbeziehungskontrolle.....	240
bbb)	Gründe gegen eine Einbeziehungskontrolle.....	242
(1)	Delegationstheorien .....	243
(2)	Theorie mitgliedschaftlicher Legitimation .....	245

ccc) Eigener Standpunkt.....	245
c) Zwischenergebnis .....	249
3. Der Dritte Weg und die Gleichstellungsanordnung des § 310 IV 3 BGB.....	250
a) Fallgruppe 1 – Globalverweisung auf einen potentiell einschlägigen TV .....	251
b) Fallgruppe 2 – Eigenständige Regelung durch die Kommission .....	253
4. Zwischenergebnis .....	256
<b>IV. Dienstvereinbarungen des kirchlichen Mitarbeitervertretungsrechts .....</b>	<b>256</b>
<b>V. Zwischenergebnis.....</b>	<b>257</b>
<b>E. Die Bereichseinschränkung des § 310 IV 2 Halbsatz 1 BGB .....</b>	<b>258</b>
<b>I. Grundlegende Überlegungen zur gesetzestechnischen Gestaltung.....</b>	<b>259</b>
1. Unbestimmt deskriptive und unbestimmt normative Rechtsbegriffe.....	259
a) Zuordnung der Merkmale des § 310 IV 2 Halbsatz 1 BGB.....	261
b) Schlussfolgerungen für die weitere Auslegung.....	263
2. Generalklauseln und ihre Bedeutung als „Delegationsnormen“ .....	265
a) Die Bereichseinschränkung als Generalklausel.....	265
b) Schlussfolgerungen für die Auslegung der Bereichseinschränkung .....	269
<b>II. Systematische Verortung des § 310 IV 2 Halbsatz 1 BGB .....</b>	<b>271</b>
1. Kritische Würdigung bisheriger Lösungsansätze .....	271
2. Eigener Lösungsansatz .....	274
a) An allgemeinen Maßstäben orientierte Anwendung der §§ 305 ff. BGB .....	275
b) Angemessene Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Besonderheiten .....	277
c) Zwischenergebnis .....	280
3. Schlussfolgerungen für die weitere Auslegung.....	280
<b>III. Inhalt und Umfang der einzelnen Merkmale des § 310 IV 2 Halbsatz 1 BGB .....</b>	<b>281</b>
1. „Bei der Anwendung auf Arbeitsverträge“ .....	282
a) Arbeitsverträge .....	282
b) Aufhebungs- und Abwicklungsverträge.....	283
aa) Argumente für die Anwendung der Bereichseinschränkung .....	283

- bb) Argumente gegen die Anwendung der Bereichseinschränkung ..... 284
- cc) Stellungnahme ..... 285
- c) Annex- oder Parallelverträge ..... 288
- d) Rechtsverhältnisse mit arbeitnehmerähnlichen Personen ..... 289
- e) Zwischenergebnis ..... 291
- 2. Angemessene Berücksichtigung im Arbeitsrecht geltender Besonderheiten ..... 291
  - a) Im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten ..... 292
    - aa) Das „im Arbeitsrecht Geltende“ ..... 292
    - aaa) Materiell-rechtliche Eingrenzung ..... 292
    - bbb) Gesetzesvertretendes Richterrecht ..... 294
      - (1) Ablehnende Lösungsansätze in Rechtsprechung und Literatur .... 295
      - (2) Lehre vom sog. „Kontinuitätsgebot“ ..... 296
      - (3) Stellungnahme ..... 297
      - (4) Zwischenergebnis ..... 305
    - ccc) Tatsächliche Gegebenheiten eines Arbeitsverhältnisses ..... 305
      - (1) Lösungsansätze der Literatur ..... 306
      - (2) Lösungsansätze der Rechtsprechung ..... 309
      - (3) Stellungnahme ..... 310
        - (3.1) Grammatische Interpretation ..... 310
        - (3.2) Teleologische Interpretation ..... 311
        - (3.3) Systematische Interpretation ..... 312
        - (3.4) Interpretation aus dem historischen Zusammenhang ..... 315
      - (4) Zwischenergebnis ..... 317
    - bb) Der Begriff der „Besonderheit“ ..... 317
    - aaa) Besonderheiten des Arbeitsrechts als solchem ..... 317
    - bbb) Besonderheiten innerhalb des Arbeitsrechts ..... 320
    - ccc) Stellungnahme ..... 321
      - (1) Grammatische Interpretation ..... 321
      - (2) Interpretation aus dem historischen Zusammenhang ..... 322
      - (3) Teleologische Interpretation ..... 323
      - (4) Systematische Interpretation ..... 324
    - ddd) Muss die Besonderheit eine ausschließliche des Arbeitsrechts sein? ..... 325
    - eee) Zwischenergebnis ..... 328
  - b) Das Erfordernis der „angemessenen Berücksichtigung“ ..... 329
- IV. Zwischenergebnis ..... 333**

<b>F. Nichtanwendbarkeit des § 305 II, III nach § 310 IV 2</b>	
<b>Halbsatz 2 BGB</b> .....	335
<b>I. Grundlegende Überlegungen</b> .....	335
1. Einbeziehungskontrolle nach § 305 II und III BGB.....	335
2. Unanwendbarkeit bei „Arbeitsverträgen“ nach § 310 IV 2	
Halbsatz 2 BGB .....	336
<b>II. Anforderungen an die Einbeziehung bei Arbeitsverträgen</b> .....	340
1. Geltung der allgemeinen rechtsgeschäftlichen Regeln zur	
Einbeziehung .....	340
2. Besonderheiten in Fällen der konkludenten Einbeziehung .....	341
3. Besonderheiten in Fällen der Bezugnahme auf kollektive	
Regelwerke .....	343
a) Bedeutung des § 310 IV 2 Halbsatz 2 BGB .....	343
b) Erfordernis eines qualifizierten Nachweises? .....	344
<b>III. Zwischenergebnis</b> .....	346
<b>Viertes Kapitel – Der Arbeitsvertrag als</b>	
<b>Verbrauchervertrag i. S. d. § 310 III BGB</b> .....	347
<b>A. Die Problematik der Einordnung</b> .....	348
<b>I. Der Arbeitnehmer als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB</b> .....	349
1. Sonstige Verträge und sog. Annexverträge .....	350
2. Verträge auf dem Gebiet des Arbeitsrechts .....	351
a) Grammatische Interpretation .....	354
b) Interpretation aus dem historischen Zusammenhang .....	355
c) Systematische Interpretation.....	357
d) Teleologische Interpretation .....	359
3. Zwischenergebnis .....	361
<b>II. Der Arbeitgeber als Unternehmer im Sinne des § 14 BGB</b> .....	361
<b>B. Teleologische Reduktion des § 310 III BGB?</b> .....	362
<b>C. Modifikation der AGB-rechtlichen Grundsätze über</b>	
<b>§ 310 III BGB</b> .....	364
<b>I. Systematik</b> .....	365
<b>II. Normzweck</b> .....	365
<b>III. Bedeutung des § 310 III BGB im Arbeitsrecht</b> .....	366

1. Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs über § 310 III Nr. 1 und 2 BGB.....	366
a) Eröffnung des Anwendungsbereichs über § 305 I BGB .....	366
aa) Vertragsbedingungen.....	367
bb) Einseitige Rechtsgeschäfte und rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen.....	368
cc) Vorformulierung.....	369
aaa) Vorformulierung ungeschriebener Geschäftsbedingungen .....	369
bbb) Vorformulierung durch Dritte .....	370
ccc) Unselbstständige und selbstständige Ergänzung von Leerstellen.....	371
ddd) Vorformulierung bei Aufhebungs- und Abwicklungsverträgen.....	371
dd) Für eine Vielzahl von Verträgen .....	373
ee) Stellen der Vertragsbedingungen .....	374
ff) Nicht im Einzelnen ausgehandelt .....	376
gg) Zwischenergebnis .....	378
b) Modifikation des § 305 I BGB über § 310 III Nr. 1 und Nr. 2 BGB.....	378
aa) Standardverträge, § 310 III Nr. 1 BGB .....	378
bb) Vorformulierte Einzelverträge, § 310 III Nr. 2 BGB.....	380
2. Ausdehnung des Angemessenheitsmaßstabes über § 310 III Nr. 3 BGB.....	383
<b>D. Zusammenfassung.....</b>	<b>387</b>
<b>Fünftes Kapitel – Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung oder Klauselunwirksamkeit, § 306 BGB .....</b>	<b>389</b>
<b>A. Folgen für den Vertrag insgesamt, § 306 I BGB .....</b>	<b>389</b>
<b>I. Allgemeine Überlegungen .....</b>	<b>389</b>
<b>II. Anwendbarkeit im Arbeitsrecht.....</b>	<b>390</b>
<b>III. Anwendungsfälle.....</b>	<b>390</b>
1. Fallgruppe 1 – Nicht wirksame Einbeziehung .....	390
2. Fallgruppe 2 – Unwirksamkeit nach §§ 307 bis 309 BGB .....	391
<b>B. Folgen im Bereich unwirksamer Klauseln, § 306 II BGB.....</b>	<b>393</b>
<b>I. Vorliegen einer Vertragslücke.....</b>	<b>393</b>
1. Ersatzloser Wegfall der beanstandeten Klausel .....	393
2. Sachliche Teilbarkeit (sog. „blue-pencil-Test“).....	394

3. Geltungserhaltende Reduktion .....	395
a) Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion im allgemeinen Zivilrecht.....	395
b) Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion im Arbeitsrecht.....	396
aa) Bisherige Rechtsprechung als im Arbeitsrecht geltende Besonderheit? .....	398
bb) Abweichende Interessenlage im Arbeitsrecht? .....	399
cc) Sonderfall Altverträge .....	401
<b>II. Lückenfüllung über § 306 II BGB .....</b>	<b>403</b>
1. Lückenfüllung über das dispositive Recht .....	403
2. Lückenfüllung über das gesetzvertretende Richterrecht.....	403
3. Ergänzende Vertragsauslegung .....	404
<b>C. Gesamtwirksamkeit des Vertrags, § 306 III BGB.....</b>	<b>407</b>
<b>D. Zusammenfassung.....</b>	<b>408</b>
<b>Sechstes Kapitel – Zusammenfassende Thesen.....</b>	<b>411</b>