

AGB-Kontrolle vorformulierter Arbeitsbedingungen

Henssler / Moll

2. Auflage 2020
ISBN 978-3-406-66730-5
C.H.BECK

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

XV. Aushänge (Erklärungs- und Zugangsfiktionen)

formklauseln insbesondere dann, wenn der Eindruck entsteht, eine nach Vertragsschluss getroffene Individualvereinbarung sei unwirksam.

3. Klauselvorschläge

Qualifizierte Schriftformklausel:

Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. Das gilt auch für die Aufhebung der Schriftformabrede selbst. Ausgenommen hiervon sind Individualabreden iSv § 305b BGB.

Alternativer Vorschlag aus dem Schrifttum:⁵³⁷

Ergänzungen und Änderungen dieses Arbeitsvertrages bedürfen der Schriftform, es sei denn, sie beruhen auf einer ausdrücklichen oder individuellen Vertragsabrede. Auch die Aufhebung dieses Schriftformerfordernisses bedarf der Schriftform. Eine betriebliche Übung ist keine ausdrückliche bzw. individuelle Vertragsabrede.

312

4. Rechtsprechung und Literatur (Auswahl)

– BAG 20.5.2008 – 9 AZR 382/07, NZA 2008, 1233

– BAG 24.6.2003 – 9 AZR 302/02, NZA 2003, 1145

313

– *Bieder* SAE 2007, 379

– *Franzen* SAE 2009, 89

– *Hromadka* DB 2004, 1261

– *Leder/Scheuermann* NZA 2008, 1222

– *Lingemann/Gotham* NJW 2009, 268

– *Preis* NZA 2009, 281 (286)

– *Schramm* DB 2008, 2362

– *Ulrici* BB 2008, 2243

314

XV. Aushänge (Erklärungs- und Zugangsfiktionen)

1. Erläuterungen

Der Arbeitgeber kann ein erhebliches Interesse daran haben, die Unwägbarkeiten bei der Übermittlung von Willenserklärungen – Bsp.: Zugangszeitpunkt, Zugangsvereitelung – abweichend von der Regelung des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB durch vertragliche Vereinbarungen zu mini-

315

⁵³⁷ *Preis* NZA 2009, 281 (286).

mieren, so etwa durch Zugangsfiktionen oder den Ausschluss bestimmter Zugangshindernisse.

316 Soweit es sich um echte Zugangsfiktionen handelt, steht in formulärmäßigen Arbeitsverträgen die Vorschrift des § 308 Nr. 6 BGB einer solchen Absprache entgegen, wenn die übermittelte Erklärung von besonderer Bedeutung ist. Arbeitsrechtliche Besonderheiten, die die Anwendbarkeit dieser Norm begrenzen könnten, sind nicht ersichtlich. Die besondere Bedeutung iSv § 308 Nr. 6 BGB ist immer dann anzunehmen, wenn an die Erklärung für den Vertragspartner nachteilige Rechtsfolgen geknüpft sind.⁵³⁸ Darunter fallen insbesondere Kündigungen, Fristsetzungen und Abmahnungen, gerade also solche Erklärungen, bei denen der Arbeitgeber ein besonderes Interesse an einer Zugangsfiktion hätte.

317 Soweit **Aushänge am Schwarzen Brett** gemacht werden, werden abgegebene Erklärungen auch erst durch Zugang wirksam, also wenn der Arbeitnehmer sie zur Kenntnis nehmen kann. Insoweit ist (auch) eine Klausel verzichtbar, nach der es dem Arbeitnehmer verwehrt wird, sich darauf zu berufen, er habe einen Aushang nicht gelesen. Diese Regelung ist deklaratorischer Natur, gibt nämlich nur die geltende Rechtslage wieder. Soweit man eine Beweislastregel in Betracht zieht, wonach der Arbeitnehmer, die Umstände nachzuweisen hat, nach denen ihm die Kenntnisnahme nicht möglich gewesen ist, ist ein Verstoß gegen § 309 Nr. 12 BGB regelmäßig nicht zu befürchten; denn solche Umstände werden regelmäßig in der Sphäre des Arbeitnehmers begründet liegen (Bsp.: Urlaub, Krankheit), so dass er ohnehin beweisbelastet ist. Ist eine Klausel als Zugangsfiktion ausgestaltet, soll also die ausgehängte Erklärung unabhängig von einer tatsächlichen Kenntnisnahme(möglichkeit) des Arbeitnehmers Wirksamkeit entfalten, so scheitert dies nach Maßgabe von § 308 Nr. 6 BGB.

2. Zusammenfassung

318 Klauseln, die Zugangsfiktionen formulieren, werden in den für den Arbeitgeber „interessanten“ Fällen grundsätzlich an § 308 Nr. 6 BGB scheitern. Klauseln, die darauf abzielen sicherzustellen, dass der Arbeitnehmer Aushänge am Schwarzen Brett liest, sind nicht geeignet, die gesetzliche Rechtslage zu ändern. Eine Aufnahme in den Vertrag kann sich aber anbieten, um die Bedeutung von Aushängen am Schwarzen Brett hervorzuheben und das Informationsinteresse der Belegschaft zu stärken.⁵³⁹

⁵³⁸ ErfK/Preis BGB §§ 305–310 Rn. 101; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rn. 294; Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, AGB-Recht, BGB § 308 Nr. 6 Rn. 7.

⁵³⁹ Zurückhaltender Preis/Preis, Arbeitsvertrag, II Z 10 Rn. 23.

3. Klauselvorschlag

Mitarbeiter können sich nicht darauf berufen, einen Aushang am Schwarzen Brett nicht gelesen zu haben, es sei denn, sie waren während der Dauer des Aushangs nicht im Betrieb tätig.

319

XVI. Vollständigkeitsklauseln

1. Erläuterungen

Vollständigkeitsklauseln dienen dazu, eine Aussage über die abschließende Vollständigkeit der Vertragsurkunde zu treffen. Sie beziehen sich auf vor oder bei Vertragsschluss getroffene Nebenabreden. Diesbezüglich ist immer § 305b BGB zu beachten, der individuellen Abreden den Vorrang einräumt. Solche Klauseln werden in Rechtsprechung⁵⁴⁰ und Literatur⁵⁴¹ grundsätzlich nicht beanstandet, da sie nur einen anerkannten Rechtssatz – Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Vertragsurkunde – wiederholen. Dieses Argument lässt sich auch auf Arbeitsverträge übertragen. Weder ein Verstoß gegen § 309 Nr. 12 lit. b) BGB noch ein solcher gegen § 307 Abs. 1 BGB liegt vor. Etwas anderes muss gelten, soweit der Beweis des Vorliegens von Nebenabreden ausgeschlossen werden soll, die Klausel also als unwiderlegbare Vermutung oder Fiktion ausgestaltet ist.⁵⁴²

320

2. Klauselvorschlag

Dieser Vertrag gibt die getroffenen Absprachen zwischen den Vertragspartnern vollständig wieder. Mündliche oder schriftliche Nebenabreden sind nicht getroffen. Die Vertragspartei, die sich gleichwohl auf Nebenabreden beruft, hat diese zu beweisen.

321

⁵⁴⁰ BGH 26.11.1984 – VII ZR 214/83, BGHZ 93, 29, 60f.

⁵⁴¹ Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer, AGB-Recht, BGB § 305b Rn. 39; Palandt/Grüneberg BGB § 305b Rn. 5.

⁵⁴² Preis/Preis, Arbeitsvertrag, II V 60 Rn. 8.

XVII. Beweislastregelungen/Regelung der Arbeitnehmerhaftung

1. Erläuterungen

a) Gesetzliche Grundlagen

322 § 309 Nr. 12 BGB normiert ein generelles Verbot der Beweislaständerung durch den Verwender von Formularverträgen zum Nachteil des anderen Vertragsteils. Darunter fällt neben der Umkehr der Beweislast auch jede Erschwerung der Beweis- und Behauptungsanforderungen (bspw. Erschwerung der Beweisführung, Ausschluss bestimmter Beweismittel, ggf. Tatsachenbestätigungen).

323 Nicht zu beanstanden sind auf der Grundlage dieser Vorschrift die sog. Vollständigkeitsklauseln (→ Rn. 320ff.) wenn diese so ausgestaltet sind, dass sie lediglich die allgemein anerkannte Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Vertragsurkunde wiederholen. Aus Sicht der Praxis hilfreich sind Klauseln, welche den Arbeitnehmer gewisse Umstände als gegeben bestätigen lassen, sei es, dass er den in deutscher Sprache abgefassten Vertrag verstanden habe, dass er eine Ausfertigung des Vertrages erhalten habe oder aber, dass er bestimmte, seinen Gesundheitszustand betreffende Tatsachen zusichert. Soweit solche Tatsachenbestätigungen allerdings dazu geeignet sind, zumindest faktisch die Beweislast zu Lasten des Arbeitnehmers zu verschieben, stehen ihrer Wirksamkeit wegen § 309 Nr. 12 BGB nicht unerhebliche Bedenken entgegen.

b) Arbeitnehmerhaftung

324 Bei der arbeitsvertraglichen Verteilung der Beweislast ist zu beachten, dass mit der dispositiven⁵⁴³ Beweislastregelung des § 619a BGB für den gesamten Bereich der Arbeitnehmerhaftung – nach seinem Wortlaut also für alle Formen einer vertraglichen Pflichtverletzung – die Beweislast entgegen der allgemeinen Regel des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zurück auf den Arbeitgeber verlagert wird. Der zu weit gefasste Wortlaut des § 619a BGB ist allerdings im Wege einer teleologischen Reduktion dahingehend einzuschränken, dass er nur die Fälle erfasst, in denen sich eine überlegene Organisationshoheit des Arbeitgebers realisiert. Nur dann ist es gerechtfertigt, ihm auch ein erhöhtes Beweislastrisiko zuzuweisen.⁵⁴⁴ Sachgerecht bleibt die Beweisbelastung des Arbeitgebers damit in den Fällen der Schlechterfüllung von Hauptpflichten und der

⁵⁴³ MüKoBGB/Henssler BGB § 619a Rn. 54.

⁵⁴⁴ Henssler/v. Westphalen/Dedek, Praxis der Schuldrechtsreform, BGB § 619a Rn. 5; HWK/Krause BGB § 619a Rn. 43.

Verletzung von Schutz- und Rücksichtnahmepflichten. Ansonsten, insbesondere bei Verzug des Schuldners, bleibt es dagegen bei der Beweislastverteilung gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Formulärmäßig vereinbarte Beweislastregelungen, die im Bereich der Arbeitnehmerhaftung abweichend von dem dispositiven § 619a BGB die Beweislast für das Vertretenmüssen auf den Arbeitnehmer verlagern, sind gemäß § 309 Nr. 12 BGB unwirksam.⁵⁴⁵

Entsprechend hat das BAG eine Klausel über pauschalierten Aufwendungsersatz als unangemessen iSv § 307 Abs. 1 S. 1 BGB (§§ 308 Nr. 7 lit. b), 309 Nr. 5 lit. b) BGB) angesehen, wenn dem Vertragspartner nicht die Möglichkeit eingeräumt wird, den Nachweis eines fehlenden oder wesentlich geringeren Anspruchs zu führen.⁵⁴⁶ **325**

c) Sonderfall: Mankoabrede

Einen Sonderfall der Arbeitnehmerhaftung betreffen sog. Mankoabreden, durch die sich der Arbeitgeber vor dem Risiko schützen will, dass sich bei einem dem Arbeitnehmer anvertrauten Warenbestand bzw. einer ihm anvertrauten Kasse Fehlmengen oder Fehlbeträge ergeben. Mankovereinbarungen werden vor allem getroffen, um sich den beweisrechtlichen Schwierigkeiten der Mankohaftung zu entziehen. Ohne eine besondere vertragliche Zuordnung der Verantwortlichkeit für solche Fehlbestände richtet sich die Haftung nach allgemeinem Vertragsrecht. Wird der Arbeitnehmer Besitzer der anvertrauten Sache, bspw. weil er sie zu einem bestimmten Grad selbstständig verwaltet, so kann sich eine Haftung aus einem Verwahrungs- oder Auftragsverhältnis ergeben. Regelmäßig wird der Arbeitnehmer aber nur Besitzdiener sein,⁵⁴⁷ so dass sich die Haftung lediglich aus vertraglicher Pflichtverletzung (§ 280 BGB) oder unerlaubter Handlung ergibt. In diesem Bereich greifen nach der Rechtsprechung des BAG die Grundsätze der privilegierten Arbeitnehmerhaftung.⁵⁴⁸ **326**

Das BAG stand schon vor der Schuldrechtsreform Abreden, die eine weitergehende Arbeitnehmerhaftung vorsehen, nicht unkritisch gegenüber und hat sie einer Inhaltskontrolle unterzogen, deren Maßstab § 242 BGB sowie die Grundsätze der privilegierten Arbeitnehmerhaftung waren.⁵⁴⁹ Bei einem angemessenen Mankogeld hat es allerdings selbst verschuldensunabhängige Einstandspflichten des Arbeitnehmers jedenfalls dann für zulässig erachtet, wenn die Haftung auf die Höhe des **327**

⁵⁴⁵ MüKoBGB/Henssler BGB § 619a Rn. 54.

⁵⁴⁶ BAG 27.7.2010 – 3 AZR 777/08, NZA 2010, 1237.

⁵⁴⁷ BAG 17.9.1998 – 8 AZR 175/97, NZA 1999, 141.

⁵⁴⁸ BAG 2.12.1999 – 8 AZR 386/98, NZA 2000, 715.

⁵⁴⁹ BAG 2.12.1999 – 8 AZR 386/98, NZA 2000, 715.

vereinbarten Mankogelds beschränkt war. Eine solche Abrede dürfte auch nach geltendem Recht nicht gegen § 309 Nr. 12 BGB verstoßen, da die Parteien hier weder eine direkte Beweislastabrede treffen noch faktisch die Beweisführung erschweren. Vielmehr definieren sie zulässigerweise die Anspruchsvoraussetzung für einen Regressanspruch des Arbeitgebers neu, schließen nämlich das Tatbestandsmerkmal des Verschuldens aus. Für die übrigen Anspruchsvoraussetzungen – Fehlbetrag, haftungsbegründende Kausalität, Entstehung des Fehlbetrags während der Alleinverantwortlichkeit des Arbeitnehmers – bleibt der Arbeitgeber beweiselastet.⁵⁵⁰

328 Nach altem Recht hat das BAG Mankoabreden darüberhinausgehend auch bei Verzicht auf eine Haftungshöchstgrenze akzeptiert. Klauseln mit dem Inhalt „Herr/Frau ... werden für den Schwund und sonstige zu vermeidende Verluste ... % des Warenbestandes gutgeschrieben. Im Übrigen haftet Herr/Frau ... für jedes Manko, sofern er/sie nicht beweist, dass das Manko auch bei Anwendung größter Sorgfalt nicht zu vermeiden war. Zum Ausgleich für die Übernahme der Mankohaftung zahlt die Firma an Herrn/Frau ... EUR.“ wurden daher in der Vertragsgestaltungspraxis durchaus häufig verwendet.⁵⁵¹ Da mit solchen Klauseln aber die nicht dispositiven Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs abbedungen werden, kommt ihre Verwendung heute nicht mehr in Betracht. Aufgrund des Verbots einer geltungserhaltenden Reduktion sind die Klauseln nichtig, sodass sich die Ersatzpflicht des Arbeitnehmers nach den Grundsätzen der allgemeinen Mankohaftung bestimmt.⁵⁵²

329 Häufiger werden Mankoklauseln dergestalt vereinbart, dass dem Arbeitnehmer die Beweislast für ein fehlendes Verschulden aufgebürdet wird. Dies könnte sich als Verstoß gegen § 309 Nr. 12 BGB zumindest in den Haftungsfällen darstellen, für die § 619a BGB einschlägig ist. Etwas anderes muss für Konstellationen gelten, in denen der Schaden nachweislich aus dem Verantwortungsbereich des Arbeitnehmers herrührt und die zur Regelung des § 619a BGB führende besondere Organisationsgewalt des Arbeitgebers gar nicht greift. Nach der hier vertretenen Ansicht ist in solchen Fällen § 619a BGB grundsätzlich nicht anzuwenden mit der Folge, dass solche Klauseln lediglich deklaratorisch die ohnehin bestehende Beweislastregel wiederho-

⁵⁵⁰ BAG 6.6.1984 – 7 AZR 292/81, NZA 1985, 183; Preis/*Stoffels*, Arbeitsvertrag, II M 10 Rn. 13.

⁵⁵¹ Preis/*Stoffels*, Arbeitsvertrag, II M 10 Rn. 13.

⁵⁵² BAG 3.8.1971 – 1 AZR 122/71, AP BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 67.

len.⁵⁵³ Diese Streitfrage ist noch nicht endgültig geklärt⁵⁵⁴ und auch die Rechtsprechung des BAG zur alten Rechtslage nicht eindeutig. So wurde in Fällen eines Kassendefizits teilweise die Regelung des § 282 BGB aF entsprechend herangezogen,⁵⁵⁵ teilweise wurde die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift abgelehnt.⁵⁵⁶

Je nach Art der dem Arbeitnehmer anvertrauten Vermögensgegenstände sollte in die Mankoklausel eine sogenannte Mankospanne aufgenommen werden. Dies bietet sich insbesondere dann an, wenn die Waren einem natürlichen Schwund (Gewichtsverlust; Verderb) ausgesetzt sind und bei der Feststellung des Fehlbetrages dieser Schwund als Ursache nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann. Für diesen Schwund ist dann in der Klausel ein bestimmter Differenzbetrag anzusetzen, bis zu dem eine Haftung des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist. **330**

Insgesamt empfiehlt es sich, die Haftung auf die Summe des für einen bestimmten Zeitraum gezahlten Betrags zu beschränken.⁵⁵⁷ Vieles spricht für einen maximalen Bezugszeitraum von einem Jahr,⁵⁵⁸ so dass der Arbeitnehmer nach einem schadensfreien Jahr sicher sein kann, dass auf diesen Zeitraum entfallende Mankogeld behalten zu können, auch wenn es künftig zu einem Fehlbestand kommt.⁵⁵⁹ **331**

d) Abgrenzung: Deklaratorische Schuldanerkenntnisse

Von § 309 Nr. 12 BGB nicht erfasst werden Abreden, die eine bereits bestehende Schuld lediglich bestätigen sollen (sog. deklaratorische Schuldanerkenntnisse).⁵⁶⁰ Bestätigt ein in einem Getränkemarkt als Kassierer tätiger Arbeitnehmer, dass er der Arbeitgeberin durch Manipulation der Leergutbuchungen einen Schaden iHv 210.000 EUR zzgl. Mehrwertsteuer verursacht habe und sich hinsichtlich des Schadenersatzanspruchs des Arbeitgebers der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfe, ist dieses „Schuldeingeständnis“, auch wenn es sich hierbei um vorformulierte Einmalbedingungen iSv § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB handelt, **332**

⁵⁵³ AA Preis/Stoffels, Arbeitsvertrag, II M 10 Rn. 15; Clemenz/Kreft/Krause/Schlewing BGB § 309 Rn. 150; für die Zulässigkeit dagegen auch Schwirtzek NZA 2005, 437 (442); für eine teleologische Reduktion des § 309 Nr. 12 BGB Palandt/Grüneberg BGB § 309 Rn. 107.

⁵⁵⁴ Clemenz/Kreft/Krause/Schlewing BGB § 309 Rn. 150.

⁵⁵⁵ BAG 6.6.1984 – 7 AZR 292/81, NZA 1985, 183; 29.8.1984 – 7 AZR 572/81.

⁵⁵⁶ BAG 17.9.1998 – 8 AZR 175/97, NZA 1999, 141.

⁵⁵⁷ BAG 2.12.1999 – 8 AZR 386/98, NZA 2000, 715; MüKoBGB/Henssler BGB § 619a Rn. 48.

⁵⁵⁸ Vgl. neben dem Klauselvorschlag unter → Rn. 338 außerdem den Vorschlag bei Hümmerich/Reufels/Borgmann, Gestaltung von Arbeitsverträgen, Rn. 2832.

⁵⁵⁹ Krause RdA 2013, 129 (139).

⁵⁶⁰ BAG 21.4.2016 – 8 AZR 474/14, NZA 2016, 1409.

nicht an § 309 Nr. 12 BGB zu messen. Anders als bei einem abstrakten Schuldanerkenntnis wird durch eine solche Erklärung die Beweislast nicht grundsätzlich verlagert, vielmehr werden durch die Bestätigung der bestehenden Schuld nur mögliche Beweisfragen durch das materielle Recht beseitigt.⁵⁶¹ Das deklaratorische Schuldanerkenntnis ist damit an § 307 BGB zu messen, wobei das BAG den Einwendungsverzicht nicht an sich als unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers qualifiziert. Auch lehnt es die Annahme einer Intransparenz nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB wegen fehlender Belehrung über die Folgen eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses ab.⁵⁶² Offen bleibt auch nach der Entscheidung, welche Anforderungen das BAG an das Zustandekommen des Schuldanerkenntnisses hinsichtlich Bedenkzeit, vorherigem ausdrücklichen Geständnis, Druck der Bestätigung durch Vorgesetzte und damit der Annahme einer unangemessenen Benachteiligung stellt. Für angemessen erachtet es jedenfalls ein infolge eines ausdrücklich erfolgten Geständnisses abgegebenes Schuldanerkenntnis.

- 333** Das Schuldanerkenntnis selbst kann allerdings wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein, wenn ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Es kann zudem nach § 123 BGB wegen widerrechtlicher Drohung anfechtbar sein. Die Drohung mit einer Strafanzeige nach zugegebener Vermögensstrafat durch den Arbeitnehmer in erheblicher Höhe stellt allerdings weder eine sittenwidrige Zwangslage für den Arbeitnehmer her noch berechtigt sie zur Anfechtung nach § 123 BGB.⁵⁶³

2. Zusammenfassung

- 334** Beweislastvereinbarungen sind an § 309 Nr. 12 BGB zu messen, wobei zu berücksichtigen ist, dass § 619a BGB grundsätzlich entgegen § 280 Abs. 1 S. 2 BGB die Beweislast auf den Arbeitgeber zurückverlagert.
- 335** Auch nach neuem Recht bleiben die im Arbeitsvertrag häufig anzutreffenden Mankoabreden grundsätzlich zulässig. Jedoch verbleiben sowohl bei einer verschuldensabhängigen als auch bei einer verschuldensunabhängigen Ausgestaltung Unsicherheiten. Bei der verschuldensabhängigen Mankoabrede ist umstritten, ob die dort getroffenen Beweislastvereinbarungen nicht an § 309 Nr. 12 BGB scheitern, bei verschuldensunabhängigen Mankoabreden birgt die Ermittlung der Angemessenheit des Mankogeldes ein nicht unerhebliches Risiko. Diese Risiken lassen sich vermeiden, wenn die spezielle Mankohaftung der Höhe

⁵⁶¹ So BAG 21.4.2016 – 8 AZR 474/14, NZA 2016, 1409 Rn. 64; kritisch hierzu *Leitmeier* NZA 2017, 227.

⁵⁶² BAG 21.4.2016 – 8 AZR 474/14, NZA 2016, 1409 Rn. 77ff.

⁵⁶³ BAG 22.7.2010 – 8 AZR 144/09, NZA 2011, 743.