

BAG NZA 2004, 727 ff. = ZGS 2004, 275 ff. zur Vertragsstrafenvereinbarung und §§ 309 Nr. 6, 310 IV S.2 BGB im Arbeitsrecht¹

Sachverhalt: Die F soll im Kaufhaus des K als Verkäuferin beschäftigt werden. In dem schriftlichen Formulararbeitsvertrag wurde folgende formularmäßige Vereinbarung getroffen:

„§ 11. Tritt der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis nicht an, so hat der Arbeitnehmer an den Arbeitgeber eine Vertragsstrafe in Höhe eines Bruttomonatslohnes zu zahlen. Der Arbeitgeber kann einen weiter gehenden Schaden geltend machen.“

„§ 12. Die Frist zur ordentlichen Kündigung beträgt für beide Seiten in den ersten 6 Monaten (Probezeit) 2 Wochen.

Nachdem F die Stelle nicht angetreten hat, klagt K die Vertragsstrafe von einem Monatsgehalt ein.

Ist die Klage begründet?

Lösung:

Die Klage wäre begründet, wenn K einen Anspruch gegen die F aus der Vertragsstrafe haben würde:

I. Grds. kann nach § 339 BGB eine Vertragsstrafe wirksam für den Fall vereinbart werden, dass der Schuldner eine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt.

Abreden über Vertragsstrafen können aber im Einzelfall gegen arbeitsrechtliche Gesetze oder arbeitsrechtliche Grundsätze und Schutzprinzipien verstoßen und deshalb unwirksam sein.

II. Bedenken könnten sich daraus ergeben, dass die Vertragsstrafenabrede in einem formularmäßigen Arbeitsvertrag getroffen wurde.

Hieraus folgt evtl. die Unwirksamkeit nach § 309 Nr. 6 BGB, weil gem. § 310 IV S.2 BGB diese Vorschrift anwendbar ist.

1. Nach einer Entscheidung des ArbG Bochum in ZGS 2002, 338 ist jetzt wegen § 309 Nr. 6 BGB eine Vertragsstrafe in Formularverträgen unwirksam.

2. Dagegen hält das ArbG Duisburg in NZA 2002, 1038 ff. Vertragsstrafen in Formularverträgen nach wie vor für zulässig. Der AG hat in solchen Fällen ein berechtigtes Interesse an einer derartigen Vereinbarung, weil bei Vertragsbruch und sonstigen schweren Pflichtverstößen des AN, die den AG zur außerordentlichen Kündigung berechtigen, ein Schadensnachweis für den AG i.d.R. nur schwer oder überhaupt nicht zu erbringen ist, obwohl regelmäßig ein Vermögensschaden des AG eingetreten ist.²

3. Nach Ansicht des LAG Düsseldorf NZA 2003, 382 bzw. des LAG Hamm (besprochen von Hansen in ZGS 2003, 173 ff.) ist ein derartiges berechtigtes Interesse des Arbeitgebers nicht anzuerkennen, sodass Vertragsstrafensprechen in vorformulierten Arbeitsverträgen gem. § 309 Nr. 6 BGB immer unwirksam sind.

¹ vgl. dazu auch HEMMER/WÜST, Arbeitsrecht, Rn. 409b

² Zum Vertragsstrafensprechen in vorformulierten Arbeitsverträgen und den §§ 310 IV S.2, 309 Nr. 6 BGB vgl. ausführlich LINGENMANN in NZA 2002, 181 [191 f.]

4. Das BAG hat die Zulässigkeit entsprechender Vertragsstrafenabreden im Arbeitsrecht in einer sehr sorgfältig und überzeugend begründeten Entscheidung auch nach der neuen Rechtslage nicht generell verneint³.

a) Zunächst hat das BAG zutreffend festgestellt, dass die „Besonderheiten des Arbeitsrechts“ auch bei den Klauselverböten ohne Wertungsmöglichkeit (§ 309 BGB) angemessen zu berücksichtigen sind, § 310 IV S.2 BGB.

Entgegen der teilweise vertretenen Rechtsprechung⁴ und Literaturansicht⁵ findet § 309 Nr. 6 BGB damit nicht „ungefiltert“, d.h. uneingeschränkt Anwendung.

Es sei absolut nicht erkennbar, warum die Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Besonderheiten bei § 309 BGB ausgeschlossen sein solle. Im Gegenteil soll § 310 IV S.2 BGB nach der Gesetzesbegründung gerade im Blick auf spezielle Klauselverböte gelten⁶.

Auch nach dem Wortlaut der Norm sei § 309 BGB nicht ausgeklammert. Vielmehr sei es gerade der Sinn, die Einschränkung des § 310 IV S.2 BGB hierauf anzuwenden⁷.

b) Fraglich ist nun aber, was zu den Besonderheiten des Arbeitsrechts alles zählt.

aa) Nach e.A. soll es Besonderheiten nur bei Sonderarbeitsverhältnissen im kirchlichen Bereich oder in Tendenzunternehmen geben⁸.

Dies lehnt das BAG zu Recht als mit dem Wortlaut der Norm unvereinbar ab⁹.

bb) Nach a.A. sollen diese Besonderheiten nur rechtliche und nicht tatsächliche Besonderheiten sein können¹⁰.

cc) Ob die tatsächlichen Besonderheiten der Vertragsparteien tatsächlich nicht berücksichtigt werden können, hat das BAG (leider) nicht endgültig entschieden, da vorliegend jedenfalls rechtliche Besonderheiten des Arbeitsrechts die Vereinbarung einer Vertragsstrafe rechtfertigen.

(1) Als Besonderheit des Arbeitsrechts hat das BAG den Umstand angesehen, dass ein Arbeitnehmer zur Erbringung der Arbeitsleistung gemäß **§ 888 III ZPO** nicht durch Zwangsgeld oder Zwangshaft angehalten werden kann.

Nach § 888 III ZPO kann die Vollstreckung eines Urteils auf Leistung von Diensten aus einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis nicht durch Zwangsgeld oder -haft herbeigeführt werden.

Der AG hat einen klagbaren Anspruch auf die Arbeitsleistung des AN. Wenn dieser einer entspr. Verurteilung nicht Folge leistet, kann er nach § 61 II ArbGG zur Zahlung einer Entschädigung verurteilt werden.

Gerade aus dem Umstand, dass Klagen auf Arbeitsleistung nur zu einem Zahlungstitel nach § 61 II ArbGG führen können, erwächst nach dem BAG ein legitimes Interesse des AG an der zusätzlichen Sicherung seines Anspruches durch einen Vertragsstrafenabrede. Dies umso mehr, als auch die Vertragsstrafe nur zu einer Vermögenseinbuße führe, wie sie das Gesetz bereits in § 61 II ArbGG vorsehe.

Aus § 888 III ZPO ergibt sich daher eine arbeitsrechtliche Besonderheit, wobei es unschädlich ist, dass es diese Norm auch bei der Herstellung des ehelichen Lebens und der Leistung von Diensten anwendbar ist.

Es genügt, dass sich die Anwendung der Norm im Arbeitsrecht auswirkt¹¹.

³ **BAG NZA 2004, 727 ff. = ZGS 2004, 275 ff.**

⁴ LAG Düsseldorf in NZA 2003, 382 ff.

⁵ BIRNBAUM in NZA 2003, 944 [950]

⁶ BAG NZA 2004, 727 [730]

⁷ BAG NZA 2004, 727 [731]

⁸ BIRNBAUM in NZA 2003, 944 [946]

⁹ BAG NZA 2004, 727 [731]

¹⁰ wohl h.L.; vgl. THÜSING in NZA 2002, 591 [592].

¹¹ BAG NZA 2004, 727 [731] so wie REICHENBACH in NZA 2003, 309 [311]

III. Vertragsstrafenversprechen, die den Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, sind aber unwirksam (§ 307 BGB). Diese Unangemessenheit kann auch in einem Missverhältnis zwischen der Pflichtverletzung und der Höhe der Vertragsstrafe begründet sein.

Im Umkehrschluss aus § 5 II Nr. 2 BBiG sowie aus § 75c HGB folge aber, dass im Arbeitsrecht nicht generell die Vertragsstrafe eine unangemessene Benachteiligung darstelle.

Eine Vertragsstrafe von einem Bruttomonatsgehalt ist ein generell geeigneter Maßstab und grundsätzlich auch nicht zu hoch.

Allerdings ist eine Vertragsstrafe für den Fall des Nichtantritts der Arbeit angesichts einer zweiwöchigen Kündigungsfrist in Höhe eines vollen Bruttomonatsgehalts regelmäßig zu hoch. Wer sich rechtmäßig mit einer Frist von 2 Wochen vom Vertrag lösen kann, darf nicht zur Zahlung eines Bruttomonatsgehalts verpflichtet werden¹².

Dies führt zur Unwirksamkeit der Vertragsstrafenregelung gem. § 307 I S.1 BGB.

Eine Herabsetzung der Vertragsstrafe ist nicht möglich, da es sich dabei um eine unzulässige geltungserhaltende Reduktion handeln würde. Auch § 343 BGB kann nicht herangezogen werden, da diese Vorschrift ja nur bei wirksam vereinbarten Vertragsstrafen anwendbar ist¹³.

Ergebnis: Die Klage der K ist unbegründet.

BAG NZA 2004, 719 ff.: Zur Zulässigkeit der befristeten Erhöhung der regelmäßigen Arbeitszeit

Zunächst hat das BAG in ständiger Rechtsprechung klargestellt, dass § 14 I TzBfG nur für die Befristung des gesamten Arbeitsverhältnisses gilt und nicht für die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen.

Auch eine analoge Anwendung des § 14 I TzBfG scheidet aus.

Aus der Unanwendbarkeit des § 14 I TzBfG auf die Befristung einzelner Vertragsbedingungen folgt aber nicht, dass eine solche Befristung (z.B. befristete Arbeitszeiterhöhung) ohne Einschränkung zulässig ist.

Im Gegenteil: Wenn dem Arbeitnehmer durch die Befristung einzelner Vertragsbedingungen der gesetzliche Änderungskündigungsschutz nach § 2 KSchG entzogen wird, so bedarf es eines Sachgrundes für die Befristung.

¹² BAG NZA 2004, 727 [734]

¹³ BAG NZA 2004, 727 [734]

Wegen der Examensrelevanz als Zusammenfassung nochmals der klassische Streit:

Gibt es beim Stückkauf eine Nacherfüllung durch Nachlieferung ?

- 1.) Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht scheidet ein Anspruch auf Nachlieferung von vornherein aus¹⁴. D.h., es kommt nur die Nachbesserung in Betracht. Begründet wird dies damit, dass bei der Stückschuld nur die Lieferung der geschuldeten Sache, nicht einer anderen zum Pflichtenprogramm des Verkäufers gehöre. Nur das konkret individualisierte Stück wird geschuldet, während die Ersatzlieferung auf Lieferung einer anderen als der zunächst gelieferten, mangelhaften Sache gerichtet ist.

Hiergegen muss aber die Intention des Gesetzgebers angeführt werden. Durch die Einführung des § 433 I S.2 BGB soll bezüglich der Rechte des Käufers bei mangelhafter Lieferung nicht mehr zwischen Stück- und Gattungsschuld zu unterscheiden sein.

- 2.) Eine differenzierende Auffassung lässt einen Nachlieferungsanspruch bei vertretbaren bzw. austauschbaren Sachen zu¹⁵.

Gem. § 91 BGB sind dies bewegliche Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß und Gewicht bestimmt zu werden pflegen. Das heißt vertretbar ist eine Sache dann, wenn sie sich von anderen Sachen der gleichen Art nicht durch ausgeprägte Individualisierungsmerkmale abhebt und daher ohne weiteres ausgetauscht werden kann.

Bezug genommen wird von dieser Ansicht v.a. auf den Kauf von Massenartikeln im Kaufhaus, wo es für den Verkäufer relativ einfach ist, einem Ersatzlieferungsbegehren nachzukommen.

- 3.) In diese Richtung geht auch die von Canaris vertretene Ansicht¹⁶. Die Begrenzung auf vertretbare Sachen sei nicht möglich, da dieser Begriff des deutschen Rechts der Richtlinie fremd sei.

Vielmehr sei bei einer „Ersatz“lieferung darauf abzustellen, ob die Kaufsache ersetzbar sei. Dies bestimme sich nach dem Parteiwillen und seiner Auslegung.

Dabei kommt es insbesondere auf die Gleichwertigkeit und Gleichartigkeit der Ersatzsache im Vergleich zu der gekauften Sache an.

- 4.) Die weiteste Auffassung schließlich will Nachlieferung sogar dann zulassen, wenn die Sache nicht vertretbar i.S.d. § 91 BGB ist, aber dem als Massenprodukt nahe kommt; dann sei auf die Ersatzlieferung einer vergleichbaren Sache abzustellen¹⁷.

Mit diesem Ansatz käme die Möglichkeit einer Ersatzlieferung bei einem gebrauchten Kfz zumindest regelmäßig in Betracht.

- 5.) Schließlich versuchen manche Stimmen in der Literatur bei vertretbaren oder austauschbaren Stücksachen eine Gattungsschuld anzunehmen, um so das Problem „elegant“ aus der Welt zu schaffen¹⁸.

ACHTUNG: Vor solch kühnen Thesen möchten wir Sie warnen! Der Gesetzgeber wollte ausdrücklich die Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungsschulden beibehalten. Wie würde sich sonst § 243 BGB erklären?

¹⁴ Vgl. HUBER, NJW 2002, 1004; LORENZ, JZ 2001, 378; WESTERMANN, NJW 2002, 241.

¹⁵ vgl. KAMANABROU in ZGS 2004, 57 ff.; PAMMLER NJW 2003, 1992 [1993 m.w.N.]; LG Ellwangen in NJW 2003, 517 = **Life & Law 2003, 233 ff.**

¹⁶ vgl. CANARIS, „Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf“, in JZ 2003, 831 ff.

¹⁷ so etwa PALANDT § 439, RN 15; OLG Braunschweig NJW 2003, 1053 [1054]; HUBER, Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht in NJW 2002, 1004 [1006]

¹⁸ so ACKERMANN in JZ 2002, 378[381 f.]

6.) Da Art. 3 III 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie dem Verbraucher einen Nacherfüllungsanspruch gibt, sofern diese nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist, gibt es dort also keine Beschränkung auf die Gattungsschuld, sodass nach einer vermittelnden Ansicht jedenfalls beim Verbrauchsgüterkauf ein Anspruch auf Nachlieferung einer Ersatzsache auch beim Stückkauf einer gebrauchten Sache bestehen soll, sofern die Ersatzsache gleichwertig ist.

7.) **Stellungnahme:** Nach unserer Ansicht müsste berücksichtigt werden, dass bei einer Nachlieferung beim Stückkauf der Verkäufer eine andere als die verkaufte Sache nachliefert, so es sich dabei um ein Aliud handeln würde.

Da aber nach der h.L. die Aliud-Lieferung einen Mangel i.S.d. § 434 III BGB darstellen soll, würde der Verkäufer letztlich mangelhaft nacherfüllen, wenn er bei einem Stückkauf eine andere Sache nachliefern könnte. Geschuldet ist aber ordnungsgemäße Nacherfüllung.

Daher sind wir der Auffassung, dass sich die ein **Nachlieferungsrecht des Verkäufers** kaum sinnvoll erklären lässt.

Logisch und methodisch vertretbar erscheint es aber, einen **Nachlieferungsanspruch des Käufers** (jedenfalls beim Verbrauchsgüterkauf) zu bejahen.

Zu den „**Grenzen des Anspruchs auf Ersatzlieferung bei der Gattungsschuld**“ lesen Sie **FAUST in ZGS 2004, 252 ff.** In diesem Aufsatz schränkt Faust den Nachlieferungsanspruch nach Konkretisierung bzw. bei der Vorratsschuld ein.

Teil 3: Examenstipps für's Zivilrecht

1. **Der Widerruf eines Aufhebungsvertrages eines Arbeitsvertrages gem. § 312 BGB bzw. dessen Anfechtung nach § 123 BGB wegen widerrechtlicher Drohung.**

Lesen: HEMMER/WÜST Arbeitsrecht, Rn. 353 ff. sowie BAG NZA 2004, 597 ff.

2. **Teilschmerzensgeld**

Lesen: Newsletter Nummer 9

3. **Aufrechnung im Prozess und Erledigung des Rechtsstreits**

Lesen: Life & Law 2003, 765 ff. = NJW 3134

4. **Wann ist eine „Aliud-Lieferung“ ein Mangel i.S.d. § 434 III BGB ?**

Lesen: HEMMER/WÜST Schuldrecht II, Rn. 132

5. **Was gilt bei der Lieferung eines wertvolleren Aliuds ?**

Lesen: HEMMER/WÜST Schuldrecht II, Rn.133

6. **Auch die Teillieferung ist ein Mangel i.S.d. § 434 III BGB ! Was gilt in diesem Fall im Rahmen des § 282 I S.2, 3 bzw. des § 323 V S.1, 2 BGB ?**

Lesen: HEMMER/WÜST Schuldrecht II, Rn.137; sowie LG Rottweil besprochen in **Life & Law 2004, 6 ff.;** LORENZ in NJW 2003, 3097 ff.; Grigoleit in ZGS 2002, 115 ff.

7. **Was sind die Rechtsfolgen bei der Selbstvornahme durch den Käufer**

Lesen: HEMMER/WÜST Schuldrecht II, Rn. 171 ff.; KATZENSTEIN in ZGS 2004, Heft 8, 300 ff.