

Arbeitsrecht: Angemessene Vertragsstrafe darf auch vorformuliert sein

Ein Arbeitnehmer hat eine im Arbeitsvertrag vereinbarte Strafe auch dann zu zahlen, wenn sie „vorformuliert“, also nicht individuell vereinbart wurde, etwa wenn er die Kündigungsfrist nicht einhält. Das gilt nicht, wenn die Vertragsstrafe den Verdienst übersteigt, der in der Kündigungsfrist hätte erzielt werden können. Dem Arbeitgeber ist es in solchen Fällen auch verwehrt, die Strafe auf das „zulässige Maß“ zu reduzieren.

Quelle: Wolfgang Büser

Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen; Voraussetzungen für die Annahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen; Vorliegen benachteiligender Vertragsstrafenklauseln

Gericht: BAG

Datum: 18.12.2008

Aktenzeichen: 8 AZR 81/08

Entscheidungsform: Urteil

Referenz: JurionRS 2008, 33844

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

ArbG Düsseldorf - 15.05.2007 - AZ: 5 Ca 4967/06

LAG Düsseldorf - 05.10.2007 - AZ: 9 Sa 986/07

Rechtsgrundlagen:

§ 252 BGB

§ 305 BGB

§ 307 BGB

§ 309 BGB

§ 310 BGB

§ 339 BGB

§ 343 BGB

§ 138 ZPO

§ 287 ZPO

§ 551 ZPO

§ 559 ZPO

§ 72 ArbGG

Fundstellen:

ArbR 2009, 113

BB 2009, 2029

DB 2009, 2269-2272

EzA-SD 19/2009, 7-11

FA 2009, 310

JR 2010, 91

NZA-RR 2009, 519-526

ZTR 2009, 601

BAG, 18.12.2008 - 8 AZR 81/08**Redaktioneller Leitsatz:**

1. Arbeitsverträge stellen Verträge zwischen einem Unternehmer (Arbeitgeber) und einem Verbraucher (Arbeitnehmer) iSv. § 310 Abs. 3 BGB dar.
2. a) Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Vertragsbedingungen sind für eine Vielzahl von Verträgen bereits dann vorformuliert, wenn ihre dreimalige Verwendung beabsichtigt ist.
b) Gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB finden bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbraucherverträge) § 305c Abs. 2 BGB und die §§ 306 und 307 bis 309 BGB auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann Anwendung, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte.
3. Die Möglichkeit der Einflussnahme gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB entspricht inhaltlich einem Aushandeln und setzt damit voraus, dass der Verwender die Klausel ernsthaft zur Disposition gestellt und dem Arbeitnehmer Gestaltungsfreiheit zur Wahrung seiner Interessen eingeräumt hat.
4. Eine Vertragsstrafenabrede ist unwirksam, wenn sie den Arbeitgeber unangemessen benachteiligt.

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. Dezember 2008 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Hermann und Dr. Pauli für Recht erkannt:

Tenor:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 5. Oktober 2007 - 9 Sa 986/07 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten darüber, ob der Kläger gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe hat.
- 2 Der Beklagte war bei dem Kläger, der eine Fahrschule betreibt, seit dem 1. April 2006 als angestellter Fahrlehrer beschäftigt.
- 3 In dem schriftlichen Arbeitsvertrag vom 8. Februar 2006 hatten die Parteien ua. Folgendes vereinbart:

"§ 6 Probezeit

Es wird ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vereinbart. Die ersten 06 Monate gelten als Probezeit. Während dieser Probezeit haben beide Vertragspartner das Recht, den Arbeitsvertrag mit sechswöchiger Frist zum Monatsende schriftlich zu kündigen. ...

§ 7 Kündigung

Nach Ablauf der Probezeit beträgt die Kündigungsfrist 6 Wochen zum Quartalsende.

...

§ 13 Vertragsstrafe

Löst der AN das Dienstverhältnis vertragswidrig oder tritt er die Tätigkeit gar nicht an, so hat er eine Vertragsstrafe in Höhe dreier Bruttomonatsvergütungen zu bezahlen.

...

§ 17 Besondere Vereinbarungen/Nebenabreden

Zu § 2 Arbeitszeit:

Der AN wünscht ausdrücklich die eigene Fahrstundeneinteilung. Hierbei sind an allen Werktagen jeweils 11 FS ggfs. zuzügl. der theoretischen Unterrichte einzuteilen und zu schulen. Hauptarbeitszeiten sind die Abendstunden und die Samstage!

Zu § 3 Vergütung:

Nach Ablauf der Probezeit beträgt der Stundensatz dann

Euro 10,50

Zu § 9 Urlaub

Der Urlaubsanspruch für das Jahr 2006 beträgt 20 Werktage. 3 Werktage werden für den Zeitraum vom 20.04. bis einschließlich 24.04.2006 verbraucht. Der in diesem Zeitraum (Probezeit) fallende Urlaub gilt, im Gegensatz zu § 9 (1) dieses Vertrages, als genehmigt."

4 Die Kündigungsfrist in § 6 des Arbeitsvertrages wurde auf Wunsch des Beklagten gewählt, da dieser aus einem sicheren Beschäftigungsverhältnis wechseln wollte.

- 5 Der Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 10. Juli 2006 zum 31. Juli 2006 und stellte seine Arbeitsleistung zum 31. Juli 2006 ein.
- 6 Der Kläger hat vorgetragen, der Beklagte habe monatlich 3.020,00 Euro brutto verdient. Durch die Nichteinhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist und die Einstellung der Tätigkeit durch den Beklagten am 31. Juli 2006 sei ein massiver Umsatz- und Gewinnausfall entstanden, da sein Fahrschulbetrieb voll ausgelastet sei und ein Ersatzfahrlehrer weder am Arbeitsmarkt noch über Personaldienstleister in vertretbarer Nähe zum Einsatzort D verfügbar gewesen sei. Der Beklagte schulde ihm daher die im Arbeitsvertrag vereinbarte Vertragsstrafe in Höhe von drei Bruttomonatsvergütungen. Sowohl die Kündigungsfrist während der Probezeit als auch die Vertragsstrafenklausel und die Regelungen in § 17 des Arbeitsvertrages seien einzeln mit dem Beklagten ausgehandelt worden. Es lägen keine vorformulierten Vertragsbedingungen vor, auf deren Gestaltung der Beklagte keinen Einfluss gehabt habe.
- 7 Der Kläger hat - soweit der Rechtsstreit in die Revisionsinstanz gelangt ist - beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 9.060,00 Euro zu zahlen.
- 8 Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt.
- 9 Er trägt vor, er habe lediglich ein Durchschnittseinkommen in Höhe von monatlich 2.000,00 Euro bis 2.300,00 Euro erzielt. Die im Anstellungsvertrag vom 8. Februar 2006 vereinbarte Vertragsstrafenabrede sei gemäß § 307 BGB unwirksam, da sie ihn unangemessen benachteilige. Die Vertragsbedingungen des Anstellungsvertrages seien vom Kläger vorformuliert gewesen.
- 10 Das Arbeitsgericht hat die Klage auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 9.060,00 Euro abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger den Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 9.060,00 Euro weiter, während der Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe

- 11 Die Revision des Klägers ist unbegründet. Ihm steht der geltend gemachte Anspruch auf eine Vertragsstrafe nicht zu.
- 12 A. Das Landesarbeitsgericht hat seine klageabweisende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet. Der Beklagte sei nicht verpflichtet, eine Vertragsstrafe nach § 13 des Anstellungsvertrages vom 8. Februar 2006 an den Kläger zu zahlen. Er habe zwar das Arbeitsverhältnis vertragswidrig gelöst. § 13 des Vertrages sei aber nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Diese Norm finde gemäß § 310 Abs. 3 BGB auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung, da es sich bei dem Anstellungsvertrag um einen Verbrauchervertrag handle und der Beklagte aufgrund der Vorformulierung des § 13 keinen Einfluss auf den Klauselinhalt haben können. Die Möglichkeit der Einflussnahme iSd. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB hätte vorausgesetzt, dass der Kläger die Klausel ernsthaft zur Disposition gestellt und dem Beklagten Gestaltungsfreiheit zur Wahrung seiner Interessen eingeräumt hätte. Entsprechende Tatsachen habe der Kläger nicht behauptet. Aus dem Umstand, dass der Beklagte maßgeblich zur Gestaltung der Kündigungsfrist während der Probezeit beigetragen habe, folge nicht, dass der Beklagte auch Einfluss auf die Vereinbarung der Vertragsstrafe genommen habe.
- 13 Die von den Parteien für den Fall der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbarte Vertragsstrafe in Höhe von drei Bruttomonatsvergütungen führe jedenfalls dann, wenn das Arbeitsverhältnis innerhalb der Probezeit vorzeitig aufgelöst werde, zu einer unangemessenen Benachteiligung des Beklagten iSd. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Sie sei unangemessen hoch. Eine Herabsetzung der Vertragsstrafe komme nach § 306 Abs. 2 BGB nicht in Frage.

- 14 B. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.
- 15 Obwohl der Beklagte sein Arbeitsverhältnis nicht mit der in § 6 des Anstellungsvertrages vom 8. Februar 2006 vereinbarten Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Monatsende während der Probezeit beendet hat, steht dem Kläger die eingeklagte Vertragsstrafe nicht zu, weil die Vertragsstrafenvereinbarung in § 13 des Anstellungsvertrages gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam ist.
- 16 I. Die Vertragsstrafenabrede ist gemäß den §§ 305c Abs. 2, 306 und 307 bis 309 BGB auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen. Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei § 13 des Arbeitsvertrages um eine Allgemeine Geschäftsbedingung iSd. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB handelt. Jedenfalls stellt § 13 des Anstellungsvertrages, der zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher abgeschlossen wurde, eine vorformulierte Vertragsbedingung dar, auf deren Inhalt der Beklagte wegen der Vorformulierung durch den Kläger keinen Einfluss nehmen konnte (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB).
- 17 1. Nach der Legaldefinition in § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Vertragsbedingungen sind für eine Vielzahl von Verträgen bereits dann vorformuliert, wenn ihre dreimalige Verwendung beabsichtigt ist (BAG 1. März 2006 - 5 AZR 363/05 - BAGE 117, 155 = AP BGB § 308 Nr. 3 = EzA TVG § 4 Tariflohnerhöhung Nr. 48). Gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB finden bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbraucherverträge) § 305 c Abs. 2 BGB und die §§ 306 und 307 bis 309 BGB auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann Anwendung, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte.
- 18 2. Das Landesarbeitsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob der Kläger den Anstellungsvertrag, insbesondere soweit unter § 13 die Vertragsstrafe geregelt ist, zum Zwecke der Mehrfachverwendung vorformuliert hatte. Die Rechtsprechung hat trotz fehlender Feststellungen des Berufungsgerichts zur Vorformulierung einer Arbeitsvertragsbedingung das Vorliegen einer Allgemeinen Geschäftsbedingung iSd. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB dann bejaht, wenn aus dem Inhalt und der äußeren Gestaltung der in einem Vertrag verwendeten Bedingungen sich ein vom Verwender zu widerlegender Anschein dafür ergibt, dass sie zur Mehrfachverwendung formuliert worden sind und der Anschein nicht widerlegt worden ist (BAG 20. Mai 2008 - 9 AZR 382/07 - AP BGB § 307 Nr. 35 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 37 mwN; Senat 14. August 2007 - 8 AZR 973/06 - AP BGB § 307 Nr. 28 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 28). Ein Anschein für die beabsichtigte Mehrfachverwendung kann vorliegen, wenn der Vertrag zahlreiche formelhafte Klauseln enthält und nicht auf die individuelle Vertragssituation abgestimmt ist (BAG 20. Mai 2008 - 9 AZR 382/07 - aaO.). Der Anschein eines zur Mehrfachverwendung entwickelten Vertrages wird nicht dadurch widerlegt, dass er in Teilen individuelle Vereinbarungen enthält (BGH 27. November 2003 - VII ZR 53/03 - BGHZ 157, 102). Der Anstellungsvertrag vom 8. Februar 2006 enthält von seinem äußeren Erscheinungsbild her zahlreiche formelhafte Klauseln, die nicht auf die individuelle Vertragssituation des Beklagten abgestimmt sind. Zu diesen gehört auch § 13. Gerade die unter § 17 getroffenen Vereinbarungen/Nebenabreden, die wiederum Änderungen bzw. Ergänzungen zu den im Vertragstext enthaltenen §§ 2, 3 und 9 vorsehen, und die hinsichtlich der Fahrerlaubnisklassen im Vertragstext vorgesehenen Streichmöglichkeiten sprechen dafür, dass der Vertragstext im Übrigen grundsätzlich von dem Kläger vorformuliert wurde und für die mehrfache Verwendung bestimmt war.
- 19 Letztlich bedarf es jedoch keiner abschließenden Entscheidung, ob es sich bei § 13 des Anstellungsvertrages um eine Allgemeine Geschäftsbedingung iSd. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB handelt, weil § 305 c Abs. 2 BGB und die §§ 306 und 307 bis 309 BGB bereits wegen § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB auf § 13 des Anstellungsvertrages Anwendung finden.
- 20 3. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht angenommen, dass es sich bei dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Anstellungsvertrag um einen Verbrauchervertrag iSd. § 310 Abs. 3 BGB

handelt. Das Bundesarbeitsgericht betrachtet Arbeitsverträge als Verträge zwischen einem Unternehmer (Arbeitgeber) und einem Verbraucher (Arbeitnehmer) iSv. § 310 Abs. 3 BGB (18. März 2008 - 9 AZR 186/07 - AP BGB § 310 Nr. 12 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 36; 14. August 2007 - 8 AZR 973/06 - AP BGB § 307 Nr. 28 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 28; 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 - BAGE 115, 19 = AP BGB § 310 Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 3).

- 21** 4. § 13 des Anstellungsvertrages ist vom Kläger vorformuliert worden. Vorformuliert sind Bedingungen schon dann, wenn sie von der einen Seite vor Vertragsschluss aufgezeichnet oder in sonstiger Weise fixiert worden sind (vgl. BGH 3. April 1998 - V ZR 6/97 - NJW 1998, 2600; Palandt/Grüneberg 67. Aufl. § 310 BGB Rn. 12 mit Verweis auf § 305 BGB Rn. 8). Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, dass die Regelung in § 13 des Anstellungsvertrages vom Kläger vorformuliert worden ist. An diese Feststellung ist das Revisionsgericht gebunden (§ 559 Abs. 2 ZPO). Ein zulässiger und begründeter Revisionsangriff ist nicht erfolgt. Der Kläger hat die Tatsache der durch ihn erfolgten Vorformulierung dieser Klausel in der Revisionsbegründung nicht ausdrücklich in Abrede gestellt. Er hat nur geltend gemacht, der Beklagte habe auf die Vertragsbedingungen Einfluss genommen.
- 22** 5. Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist auch, dass das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis gelangt ist, der Beklagte habe wegen der Vorformulierung der Vertragsstrafenabrede durch den Kläger keinen Einfluss auf deren Inhalt nehmen können. Nach zutreffender Ansicht entspricht "Einfluss nehmen" iSd. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB dem "Aushandeln" iSd. § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB (ErfK/Preis 9. Aufl. §§ 305 - 310 BGB Rn. 23; Palandt/Grüneberg 67. Aufl. § 310 BGB Rn. 17 mwN). Auch das Bundesarbeitsgericht geht davon aus, dass die Möglichkeit der Einflussnahme gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB inhaltlich einem Aushandeln entspricht und damit voraussetzt, dass der Verwender die Klausel ernsthaft zur Disposition gestellt und dem Arbeitnehmer Gestaltungsfreiheit zur Wahrung seiner Interessen eingeräumt hat (BAG 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 - mwN, BAGE 115, 19 = AP BGB § 310 Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 3). Die Möglichkeit der Einflussnahme ist nicht bereits deshalb auszuschließen, weil der vorformulierte Text bestehen blieb. Sie ist auch bei einem Belassen des vorformulierten Textes anzunehmen, wenn der Text zwischen den Vertragsparteien erörtert worden ist und der Verwender grundsätzlich zu einer Abänderung der Klausel bereit war und dies dem anderen bei Abschluss des Vertrages bewusst gewesen ist (BGH 3. April 1998 - V ZR 6/97 - mwN, NJW 1998, 2600, 2601) [BGH 03.04.1998 - V ZR 6/97]. Die Beweislast dafür, dass bei einer Vertragsklausel, die nur zu einer einmaligen Verwendung bestimmt war, für den Verbraucher keine Möglichkeit der Einflussnahme bestanden hat, trägt letztlich der Verbraucher, wenn sich der Unternehmer im Rahmen einer abgestuften Darlegungslast auf eine entsprechende Behauptung des Verbrauchers konkret eingelassen hat (vgl. BAG 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 - aaO.).
- 23** Unter Berücksichtigung dieser abgestuften Darlegungslast hat der Kläger hier nicht in ausreichender Weise vorgetragen, dass der Beklagte auf den Inhalt der Klausel in § 13 des Anstellungsvertrages Einfluss im oben dargestellten Sinn nehmen konnte.
- 24** a) Dass nach dem unstreitigen Vorbringen der Parteien der Beklagte dadurch Einfluss auf den Inhalt des Anstellungsvertrages genommen hat, dass die Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Monatsende innerhalb der Probezeit auf seinen Wunsch in den Vertrag aufgenommen worden ist, führt nicht zur Unanwendbarkeit der §§ 305c Abs. 2, 306 und 307 bis 309 BGB gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB auf die Vertragsstrafenabrede. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB eröffnet den Anwendungsbereich für diese Vorschriften, wenn keine Möglichkeit der Einflussnahme hinsichtlich der Vertragsbedingung, um deren Wirksamkeit die Vertragsparteien streiten, bestanden hat. Ein Gesamtvertrag kann durchaus aus individuell ausgehandelten Bestimmungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen bzw. vorformulierten Bestimmungen, auf die der Verbraucher keinen Einfluss nehmen konnte, bestehen (vgl. Palandt/Heinrichs 67. Aufl. § 305 BGB Rn. 15). Daher folgt daraus, dass die verlängerte Kündigungsfrist nach § 6 des Anstellungsvertrages auf ausdrücklichen Wunsch des Beklagten in den Vertrag aufgenommen worden ist, nicht, dass der Beklagte auch auf § 13 des Vertrages Einfluss nehmen konnte und daher diese Regelung einer Überprüfung nach den §§ 305c Abs. 2, 306 und 307 bis 309 BGB entzogen ist.

- 25 b) Der Beklagte hat geltend gemacht, § 13 des Anstellungsvertrages sei nicht ausgehandelt worden. Unter Berücksichtigung der abgestuften Darlegungslast hätte der Kläger nunmehr schlüssig vortragen müssen, dass der Beklagte hinsichtlich dieser Vertragsbestimmung die Möglichkeit der Einflussnahme gehabt hatte, der Kläger demnach diese Vertragsklausel ernsthaft zur Disposition gestellt und dem Beklagten Gestaltungsfreiheit zur Wahrung seiner Interessen eingeräumt hatte.
- 26 c) Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass der Kläger entsprechende Tatsachen in den Tatsacheninstanzen nicht hinreichend vorgetragen hat.
- 27 Die abgestufte Darlegungslast verlangt von dem Unternehmer nichts Unmögliches. Sie beinhaltet insbesondere nicht die Verpflichtung des Unternehmers, im Rechtsstreit nahezu wörtlich den Ablauf der Vertragsverhandlungen darzustellen. Vielmehr genügt dieser seiner ihm aus § 138 Abs. 1 und 2 ZPO obliegenden Verpflichtung, wenn sich aus seinem Vorbringen ergibt, dass die fragliche Vertragsklausel von ihm während der Vertragsverhandlungen zur Disposition gestellt wurde und dies für den Arbeitnehmer erkennbar war. Zu einem entsprechenden Vortrag ist der Unternehmer in der Lage, weil dies den Gegenstand seiner eigenen Wahrnehmungen bildet.
- 28 Der Kläger hat in den Vorinstanzen keine Tatsachen vorgetragen, aus denen der Schluss gezogen werden kann, er habe die Einzelheiten der Vertragsstrafenabrede in § 13 des Anstellungsvertrages gegenüber dem Beklagten zur Disposition gestellt. Seinem erst- und zweitinstanzlichen Vorbringen ist auch nicht zu entnehmen, dass § 13 des Vertrages etwa deshalb in den Anstellungsvertrag aufgenommen worden sei, weil die Kündigungsfrist während der Probezeit entsprechend dem Wunsch des Beklagten verlängert worden sei.
- 29 Soweit der Kläger vorgetragen hat, gerade auf Grund der gravierenden Auswirkungen einer vertragswidrigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses für ihn habe er mit dem Beklagten eine Vertragsstrafe in Höhe von drei Bruttomonatsvergütungen vereinbart, ist diesem Vorbringen nicht zu entnehmen, dass die Regelung in § 13 des Anstellungsvertrages durch den Kläger zur Disposition gestellt worden ist. Das Bestehen eines Zusammenhangs zwischen der Vertragsstrafenabrede und der Vereinbarung einer verlängerten Kündigungsfrist während der Probezeit ist nicht erkennbar. Der klägerische Vortrag zur Aufnahme der Vertragsstrafenregelung in den Vertrag spricht im Gegenteil dafür, dass allein auf Grund der aus Sicht des Klägers gravierenden Nachteile einer jeden vertragswidrigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Beklagten die Vertragsstrafenabrede in den Vertrag aufgenommen worden ist.
- 30 Durch die Erklärung in der mündlichen Verhandlung vom 15. Mai 2007 vor dem Arbeitsgericht, sowohl die Kündigungsfrist in der Probezeit als auch die Vertragsstrafenklausel und die Regelungen in § 17 des Anstellungsvertrages seien einzeln mit dem Beklagten ausgehandelt worden, ist der Kläger der ihm obliegenden abgestuften Darlegungslast ebenfalls nicht nachgekommen. Er hat nicht ausreichend dargelegt, dass die Vertragsstrafenabrede im Gegenzug für die Vereinbarung einer längeren Kündigungsfrist während der Probezeit vereinbart worden ist.
- 31 Die Behauptung des Klägers in seiner Revisionsbegründung, es habe Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien gegeben, bei denen er dem Beklagten bei der Frage der Kündigungsfrist entgegengekommen sei und im Gegenzug mit diesem eine seinen betrieblichen Interessen Rechnung tragende Vertragsstrafenvereinbarung für den Fall der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses getroffen habe, ist unbeachtlich, weil ein in der Revisionsinstanz erfolgter neuer Sachvortrag gemäß § 559 Abs. 1 ZPO nicht zu berücksichtigen ist.
- 32 Hätte der Revisionskläger geltend machen wollen, das Landesarbeitsgericht habe seinen erfolgten Sachvortrag nicht berücksichtigt, so hätte er im Rahmen einer gemäß § 551 Abs. 3 Nr. 2b ZPO, § 72 Abs. 5 ArbGG zulässigen Verfahrensrüge seinen (angeblich) übergangenen Tatsachenvortrag unter Angabe der Fundstelle in den Schriftsätzen der Tatsacheninstanzen bezeichnen müssen (vgl. Senat 24. April 2008 - 8 AZR 347/07 - AP BGB § 611 Haftung des Arbeitgebers Nr. 42 = EzA BGB 2002 § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 8). Dieser Anforderung genügt die Revisionsbegründung nicht. Denn der Kläger trägt nicht im einzelnen vor, was er in welchem Schriftsatz oder in welcher

mündlichen Verhandlung bis zur Verkündung des Urteils des Landesarbeitsgericht vorgetragen haben will.

- 33** Der Kläger hat auch keine zulässige Aufklärungsrüge nach § 551 Abs. 3 Nr. 2b ZPO , § 72 Abs. 5 ArbGG erhoben. Bei einer Aufklärungsrüge ist darzulegen, dass für das Gericht eine Aufklärungspflicht bestanden hat, diese verletzt worden ist, was vorgetragen worden wäre, wenn das Gericht der Aufklärungspflicht genügt hätte, und dass die Entscheidung zu Gunsten des Rügenden ausgefallen wäre (Senat 26. Juli 2007 - 8 AZR 769/06 - mwN, AP BGB § 613a Nr. 324). Der Kläger hat in der Revisionsbegründung weder dargelegt, dass für das Landesarbeitsgericht eine Aufklärungspflicht bestanden habe, noch dass diese verletzt worden sei. Angesichts des Umstandes, dass bereits das Arbeitsgericht in seinem Urteil vom 15. Mai 2007 auf den Seiten 11 und 12 der Entscheidungsgründe ausgeführt hat, der Vortrag des Klägers zu einem Aushandeln der Vertragsstrafenklausel sei gänzlich unsubstantiiert und es fehle jeder konkrete Vortrag des Klägers, dass er eine Vertragsstrafe in Höhe von drei Bruttomonatsvergütungen ernsthaft zur Disposition gestellt habe, ist die Verletzung einer diesbezüglichen Aufklärungspflicht seitens des Landesarbeitsgerichts auch nicht erkennbar.
- 34** II. Die Vertragsstrafenabrede in § 13 des Arbeitsvertrages ist nicht nach § 309 Nr. 6 BGB unwirksam.
- 35** 1. Die Anwendbarkeit der §§ 307 Absätze 1 und 2 , 308 und 309 BGB ist auf den Streitfall nicht durch § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB ausgeschlossen. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB erklärt die vorgenannten gesetzlichen Regelungen nur für solche Bestimmungen für anwendbar, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden.
- 36** Das Gesetz sieht für den Fall, dass ein Arbeitnehmer unter Verletzung der arbeitsvertraglich vereinbarten Kündigungsfrist seinen Arbeitsvertrag verfrüht kündigt und mit Ablauf der vertragswidrigen Kündigungsfrist seine Arbeitsleistung einstellt, keine Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe vor. Damit stellt die Vereinbarung einer Vertragsstrafe in § 13 des Anstellungsvertrages für den Fall, dass der Beklagte "das Dienstverhältnis vertragswidrig" löst eine Rechtsvorschriften ergänzende Regelung dar.
- 37** 2. Zwar bestimmt § 13 des Anstellungsvertrages die Verwirkung der Vertragsstrafe gerade für den Fall, dass sich der Arbeitnehmer vertragswidrig von dem Vertrag löst. § 309 Nr. 6 BGB ist aber vorliegend gemäß § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB nicht anwendbar, weil die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten dem entgegenstehen.
- 38** Nach der Rechtsprechung des Senats sind zwar Vertragsstrafenabreden in Formularverträgen nach § 309 Nr. 6 BGB generell unzulässig, in formularmäßigen Arbeitsverträgen folgt aber aus der angemessenen Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten nach § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB die grundsätzliche Zulässigkeit von Vertragsstrafenabreden (4. März 2004 - 8 AZR 196/03 - BAGE 110, 8 [BAG 04.03.2004 - 8 AZR 196/03] = AP BGB § 309 Nr. 3 = EzA BGB 2002 § 309 Nr. 1). Dabei ist zum Schutz des Arbeitnehmers ein strenger Maßstab anzulegen (BAG 14. August 2007 - 8 AZR 973/06 - AP BGB § 307 Nr. 28 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 28).
- 39** III. Die Vertragsstrafenabrede in § 13 des Arbeitsvertrages ist gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, weil sie im Streitfalle eine unangemessene Benachteiligung des Beklagten darstellt.
- 40** 1. Der Anwendbarkeit von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB stehen im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten gemäß § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB für Vertragsstrafenregelungen ebenso wenig entgegen (vgl. Senat 4. März 2004 - 8 AZR 196/03 - BAGE 110, 8 [BAG 04.03.2004 - 8 AZR 196/03] = AP BGB § 309 Nr. 3 = EzA BGB 2002 § 309 Nr. 1) wie die Bestimmung des § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB (vgl. oben B II 1).
- 41** 2. Gegenstand der Inhaltskontrolle sind die einzelnen, nur formal verbundenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wenn sie sprachlich und inhaltlich teilbar sind (vgl. BAG 15. März 2005 - 9

AZR 502/03 - BAGE 114, 97 = AP BGB § 781 Nr. 7 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 2). Eine Teilung von Vertragsklauseln in einen zulässigen und einen unzulässigen Teil ist möglich, wenn der unzulässige Teil sprachlich eindeutig trennbar ist. Enthält die Klausel neben den unwirksamen auch unbedenkliche, sprachlich und inhaltlich abtrennbare Bestandteile, bleiben diese wirksam, auch wenn sie den gleichen Sachkomplex betreffen. Voraussetzung dafür ist aber, dass nach dem Wegstreichen der unwirksamen Teilregelung(en) ein aus sich heraus verständlicher Klauselrest verbleibt (vgl. Senat 21. April. 2005 - 8 AZR 425/04 - AP BGB § 307 Nr. 3 = EzA BGB 2002 § 309 Nr. 3). Wenn eine Bestimmung nicht sprachlich und inhaltlich teilbar ist, ist zu prüfen, ob sie in ihrer Gesamtheit eine unangemessene Benachteiligung iSd. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unter Berücksichtigung des § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB darstellt. Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend festgestellt hat, handelt es sich bei der Vertragsstrafenabrede nicht um eine einheitliche, inhaltlich nicht trennbare Bestimmung. Vielmehr ist das Vertragsstrafeversprechen für zwei unterschiedliche, sprachlich und inhaltlich trennbare Sachverhalte abgegeben worden und zwar zunächst für den Fall, dass der Arbeitnehmer das Dienstverhältnis vertragswidrig löst und zum anderen für den Fall, dass er die Tätigkeit nicht antritt. Da der Beklagte die Tätigkeit beim Kläger aufgenommen hatte, kommt als Anspruchsgrundlage für die Vertragsstrafe nur die erste Alternative des § 13 des Anstellungsvertrages in Betracht. Diese ist ihrerseits nicht teilbar in dem dargestellten Sinne. Insoweit handelt es sich um eine einheitliche Klausel, die in ihrer Gesamtheit auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen ist.

- 42** 3. Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.
- 43** a) Die Vertragsstrafenabrede stellt nicht bereits nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB eine unangemessene Benachteiligung des Beklagten dar. Nach dieser Norm kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.
- 44** Ein Verstoß gegen dieses Transparenzgebot liegt nicht vor. Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB sind Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten ihrer Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Dazu gehört auch, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (BAG 3. April 2007 - 9 AZR 867/06 - AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 46 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 22). Die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen müssen so genau beschrieben werden, dass für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Eine Klausel genügt dem Bestimmtheitsgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, wenn sie im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Vertragspartners des Klauselverwenders so klar und präzise wie möglich beschreibt. Sie verletzt das Bestimmtheitsgebot, wenn sie vermeidbare Unklarheiten und Spielräume enthält (Senat 14. August 2007 - 8 AZR 973/06 - AP BGB § 307 Nr. 28 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 28).
- 45** Bei der Beurteilung, ob eine Regelung dem Transparenzgebot genügt, ist nicht auf den flüchtigen Betrachter, sondern auf den aufmerksamen und sorgfältigen Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr abzustellen (Palandt/Grüneberg 67. Aufl. § 307 BGB Rn. 19).
- 46** Die Regelung in § 13 des Anstellungsvertrages ist hinsichtlich der ersten Alternative hinreichend bestimmt und lässt den Arbeitnehmer erkennen, unter welchen Voraussetzungen die Vertragsstrafe verwirkt ist. Aus dieser Vertragsklausel ergibt sich, dass eine Vertragsstrafe in Höhe von drei Bruttomonatsvergütungen zu zahlen ist, wenn der Arbeitnehmer das Dienstverhältnis vertragswidrig löst. Ein vertragswidriges Lösen des Dienstverhältnisses liegt vor, wenn der Arbeitnehmer seiner Hauptleistungspflicht aus dem Arbeitsverhältnis auf Dauer und endgültig unter Berufung auf einen Beendigungstatbestand nicht mehr nachkommt, sich also vom Vertrag lossagt, obwohl ein rechtlich wirksamer Beendigungstatbestand (noch) nicht eingetreten ist. Dieser Inhalt der Klausel ist für den Arbeitnehmer erkennbar. Der Beklagte hat diesbezüglich auch keine Bedenken geltend gemacht. Unschädlich ist das Fehlen eines Hinweises, dass die Vertragsstrafe nur verwirkt ist, wenn die

Nichterbringung der geschuldeten Dienstleistung auf einem Verschulden des Arbeitnehmers beruht. Denn dies folgt zum einen aus § 339 BGB und zum anderen handelt es sich hierbei um einen für den Arbeitnehmer günstigen Umstand. Im Übrigen kann die Klausel nicht dahin verstanden werden, dass die Vertragsstrafe auch bei einem unverschuldeten Verhalten des Arbeitnehmers verwirkt sein soll.

- 47** b) Das Vertragsstrafeversprechen benachteiligt den Beklagten aber gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB deshalb unangemessen, weil die vorgesehene Vertragsstrafe von drei Bruttomonatsvergütungen für den Fall, dass er das Dienstverhältnis vertragswidrig löst, unangemessen hoch ist und damit eine Übersicherung des Klägers darstellt.
- 48** Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Unangemessen ist jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses des Arbeitnehmers, die nicht durch begründete und billigenwerte Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt ist oder durch gleichwertige Vorteile ausgeglichen wird (Senat 21. April 2005 - 8 AZR 425/04 - AP BGB § 307 Nr. 3 = EzA BGB 2002 § 309 Nr. 3). Die Feststellung einer unangemessenen Benachteiligung setzt eine wechselseitige Berücksichtigung und Bewertung rechtlich anzuerkennender Interessen der Vertragspartner voraus. Bei diesem Vorgang sind auch grundrechtlich geschützte Rechtspositionen zu beachten. Es bedarf einer umfassenden Würdigung der beiden Positionen unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben (Senat 21. April 2005 - 8 AZR 425/04 - aaO.). Dabei ist auch die Stellung der Klausel im Gesamtvertrag zu berücksichtigen, ebenso wie kompensierende oder summierende Effekte (Senat 4. März 2004 - 8 AZR 196/03 - BAGE 110, 8 [BAG 04.03.2004 - 8 AZR 196/03] = AP BGB § 309 Nr. 3 = EzA BGB 2002 § 309 Nr. 1). Zur Beurteilung der Unangemessenheit ist ein genereller, typisierender, vom Einzelfall losgelöster Maßstab anzulegen. Im Rahmen der Inhaltskontrolle sind dabei Art und Gegenstand, Zweck und besondere Eigenart des jeweiligen Geschäfts zu berücksichtigen. Zu prüfen ist, ob der Klauselinhalt bei der in Rede stehenden Art des Rechtsgeschäfts generell unter Berücksichtigung der typischen Interessen der beteiligten Verkehrskreise eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners ergibt. Werden Allgemeine Geschäftsbedingungen für verschiedene Arten von Geschäften oder gegenüber verschiedenen Verkehrskreisen verwendet, deren Interessen, Verhältnisse und Schutzbedürfnisse generell unterschiedlich gelagert sind, so kann die Abwägung zu gruppentypisch unterschiedlichen Ergebnissen führen. Sie ist in den Vertrags- oder Fallgruppen vorzunehmen, wie sie durch die an dem Sachgegenstand orientierte typische Interessenlage gebildet werden (BAG 4. März 2004 - 8 AZR 196/03 - aaO.).
- 49** Bei Verbraucherverträgen sind gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen (BAG 14. August 2007 - 8 AZR 973/06 - AP BGB § 307 Nr. 28 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 28). Zu den konkret-individuellen Begleitumständen gehören bei richtlinienkonformer Auslegung des Gesetzes unter Berücksichtigung des 16. Erwägungsgrundes zur Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. EG Nr. L 95 vom 21. April 1993 S. 29) insbesondere (1) persönliche Eigenschaften des individuellen Vertragspartners, die sich auf die Verhandlungsstärke auswirken, (2) Besonderheiten der konkreten Vertragsabschlusssituation, wie zB Überrumpelung, Belehrung sowie (3) untypische Sonderinteressen des Vertragspartners (BAG 31. August 2005 - 5 AZR 545/04 - BAGE 115, 372 = AP ArbZG § 6 Nr. 8 = EzA ArbZG § 6 Nr. 6). Die Berücksichtigung dieser Umstände kann sowohl zur Unwirksamkeit einer nach generell-abstrakter Betrachtung wirksamen Klausel als auch zur Wirksamkeit einer nach typisierter Inhaltskontrolle unwirksamen Klausel führen (Senat 14. August 2007 - 8 AZR 973/06 - aaO.).
- 50** Vertragsstrafenabreden benachteiligen danach den Arbeitnehmer nicht schon generell unangemessen. Die Vertragsstrafe sichert das berechtigte Bedürfnis des Arbeitgebers, eine arbeitsvertragswidrige und schuldhaftige Nichtaufnahme oder Beendigung der Arbeitstätigkeit seitens des Arbeitnehmers zu vermeiden. Ebenso soll die fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes (§ 626 BGB) verhindert werden. Es geht darum, dem Arbeitgeber seinerseits die nahtlose Erbringung der Dienstleistungen gegenüber seinem Kunden

und gegebenenfalls die entsprechende Einarbeitung eines Nachfolgers zu ermöglichen. Stellt der Arbeitnehmer die Arbeit vertragswidrig ein oder muss ihm fristlos gekündigt werden, sind die Darlegung und der Beweis eines konkreten Schadens erfahrungsgemäß regelmäßig mit besonderen Schwierigkeiten verbunden. Die schadensersatzrechtlichen und zivilprozessualen Erleichterungen nach § 252 Satz 2 BGB und § 287 ZPO erleichtern nur in geringfügigem Umfang die Darlegung und den Nachweis des Schadens; der Nachweis des Schadens und des Kausalzusammenhangs zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden ist in der Praxis kaum zu führen (Senat 4. März 2004 - 8 AZR 196/03 - BAGE 110, 8 [BAG 04.03.2004 - 8 AZR 196/03] = AP BGB § 309 Nr. 3 = EzA BGB 2002 § 309 Nr. 1). Das Interesse des Arbeitgebers an einer Vertragsstrafenregelung ist deshalb aner kennenswert. Der Arbeitnehmer wird auch nicht unangemessen benachteiligt, weil es an ihm liegt, seine Hauptpflichten zu erbringen. Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse an der Einhaltung der arbeitsvertraglichen Hauptpflicht, während der Arbeitnehmer in der Regel weder ein Recht noch ein schützenswertes Interesse daran hat, den Arbeitsvertrag zu brechen (BAG 4. März 2004 - 8 AZR 196/03 - aaO.). Dabei ist es zu eng, die Vertragsstrafe allein mit einem vermögensrechtlichen Interesse des Arbeitgebers zu begründen. Die schadensausgleichende Funktion ist nur eine der beiden Funktionen der Vertragsstrafe. Diese dient auch der Sicherung der Arbeitsaufnahme und muss nicht zwingend beide Zwecke verfolgen. Ist aber erkennbar, dass die Vertragsstrafe in erster Linie zur bloßen Schöpfung neuer, vom Sachinteresse des Verwenders losgelöster Geldforderungen eingesetzt wird, fehlt es am berechtigten Interesse des Arbeitgebers (Senat 4. März 2004 - 8 AZR 196/03 - aaO.).

- 51** 4. Im Streitfalle ist die Vertragsstrafe von drei Bruttomonatsvergütungen, die nach § 13 des Arbeitsvertrages immer dann verwirkt ist, wenn der Arbeitnehmer sich vertragswidrig vom Arbeitsverhältnis löst, unangemessen hoch und dient letztlich zur bloßen Schöpfung neuer, vom Sachinteresse des Klägers losgelöster Geldforderungen.
- 52** a) Eine unangemessene Benachteiligung kann aus der Höhe einer Vertragsstrafe folgen (Senat 4. März 2004 - 8 AZR 196/03 - BAGE 110, 8 [BAG 04.03.2004 - 8 AZR 196/03] = AP BGB § 309 Nr. 3 = EzA BGB 2002 § 309 Nr. 1).
- 53** b) Nach der Rechtsprechung des Senats ist zur Feststellung der Angemessenheit einer Vertragsstrafe im Zusammenhang mit der Nichterbringung der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer die maßgebliche Kündigungsfrist von erheblicher Bedeutung. In der Länge der Kündigungsfrist kommt zum Ausdruck, in welchem zeitlichen Umfang der Arbeitgeber Arbeitsleistungen vom Arbeitnehmer verlangen kann und welches Interesse er an der Arbeitsleistung hat. Da es bei der Vereinbarung einer Vertragsstrafe jedenfalls auch um einen vermögensmäßigen Ausgleich nicht erbrachter Vertragsleistungen geht, sind die Kündigungsfristen, die durch den Vertragsbruch vom Arbeitnehmer nicht beachtet wurden, ein relevanter Abwägungsgesichtspunkt zur Feststellung der Angemessenheit der Vertragsstrafenhöhe (vgl. 4. März 2004 - 8 AZR 196/03 - BAGE 110, 8 [BAG 04.03.2004 - 8 AZR 196/03] = AP BGB § 309 Nr. 3 = EzA BGB 2002 § 309 Nr. 1).
- 54** Die Höhe der Vergütung ist grundsätzlich ein geeigneter Maßstab, um den Wert der Arbeitsleistung festzustellen. In dieser kommt zum Ausdruck, welche Mittel der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der Marktverhältnisse einsetzen muss, um den Gegenwert der Arbeitsleistung zu erhalten, mit deren Hilfe er seine wirtschaftlichen Ziele verfolgt. Die Länge der jeweiligen Kündigungsfrist und die für diesen Zeitraum zu zahlende Vergütung spiegeln damit regelmäßig das wirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers an der Arbeitskraft des Arbeitnehmers wider. Diese Umstände sind danach auch für den Umfang eines möglichen Schadens bei vertragswidriger Lösung vom Arbeitsverhältnis von Bedeutung. Dementsprechend ist eine Vertragsstrafe in Höhe der Arbeitnehmerbezüge bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist für den Fall des Nichtantritts der Arbeit grundsätzlich angemessen (vgl. BAG 4. März 2004 - 8 AZR 196/03 - BAGE 110, 8 [BAG 04.03.2004 - 8 AZR 196/03] = AP BGB § 309 Nr. 3 = EzA BGB 2002 § 309 Nr. 1). Eine Vertragsstrafe, die höher ist als die Arbeitsvergütung, die für die Zeit zwischen einer vorzeitigen tatsächlichen Beendigung und dem rechtlich zulässigen Beendigungszeitpunkt zu zahlen wäre, ist nur ausnahmsweise angemessen iSd. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dies ist dann der Fall, wenn das Sanktionsinteresse des Arbeitgebers im Falle der vertragswidrigen Nichterbringung der Arbeitsleistung vor der rechtlich

zulässigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses den Wert der Arbeitsleistung, der sich in der Arbeitsvergütung bis zur vertraglich zulässigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses dokumentiert, auf Grund besonderer Umstände typischerweise und generell übersteigt (vgl. Senat 4. März 2004 - 8 AZR 196/03 - aaO.).

- 55** c) Die vereinbarte Vertragsstrafe in Höhe von drei Bruttomonatsvergütungen benachteiligt den Beklagten im Streitfalle unangemessen.
- 56** Sie übersteigt deutlich die Vergütung für die in der Probezeit geltende Kündigungsfrist. Diese beträgt nach § 6 des Anstellungsvertrages sechs Wochen zum Monatsende. Damit kann zwischen dem Zeitpunkt, zu dem der Beklagte sein Arbeitsverhältnis unter Beachtung der Kündigungsfrist hätte beenden dürfen, und dem Zeitpunkt, an dem er tatsächlich seine Arbeitstätigkeit einstellt, ein Zeitraum von höchstens einem Kalendermonat zuzüglich sechs Wochen liegen. Damit übersteigt in jedem denkbaren Fall die Höhe der Vertragsstrafe von drei Bruttomonatsvergütungen den Wert der vertragswidrig nicht erbrachten Tätigkeit, der grundsätzlich durch die Höhe der für diesen Zeitraum vereinbarten Arbeitsvergütung bestimmt wird.
- 57** Es liegen auch keine sonstigen berechtigten Interessen des Klägers vor, welche die Höhe der Vertragsstrafe rechtfertigen könnten. Dass die Vertragsstrafe generell der Durchsetzung seines berechtigten Interesses an der Verhinderung des Vertragsbruches dient, und zwar auch der Höhe nach, ist von dem Kläger als Verwender der Formulklausel darzulegen (vgl. dazu BAG 4. März 2004 - 8 AZR 344/03 -). Er hat keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass die vertragswidrige Einstellung der Tätigkeit durch einen Fahrlehrer ein bis höchstens zweieinhalb Monate vor Ablauf des Vertragsverhältnisses bei einer typischen und generellen Betrachtungsweise zu Nachteilen für den Fahrschulinhaber führt, die eine Vertragsstrafe in Höhe von drei Bruttomonatsvergütungen rechtfertigen würden. Zwar ist bei einem Vertragsbruch eines Arbeitnehmers üblicherweise mit einem Gewinnausfall zu rechnen. Die Höhe der Vertragsstrafe darf aber nicht außer Verhältnis zu den zu erwartenden Gewinnausfällen stehen. Dabei hat es auch Bedeutung, inwieweit die durch den Vertragsbruch verursachten Gewinnausfälle typischerweise durch den Arbeitgeber vermieden werden können, zB durch Neueinstellungen. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber auch bei einer vertragsgemäßen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer Ersatz für diesen beschaffen muss. Der Kläger hat zur Höhe von erfahrungsgemäß zu erwartenden Gewinnausfällen bei Fahrschulunternehmen, wenn ein Fahrlehrer die Tätigkeit einstellt, nichts Konkretes vorgetragen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, weshalb regelmäßig oder selbst im konkreten Falle die - auch kurzfristige - Einstellung eines neuen Fahrlehrers nicht möglich sein soll. Auch insoweit hat der Kläger lediglich pauschal behauptet, ein Ersatzfahrlehrer sei weder am Arbeitsmarkt noch über Personaldienstleister verfügbar. Es fehlt ein substantiiertes Vortrag zu der Arbeitsmarktsituation für Fahrlehrer im örtlichen Bereich, in dem die Parteien tätig waren. Die eingereichten Ausdrücke aus der Bewerberdatenbank der Arbeitsagentur vom 8. August 2006 sind nicht aussagekräftig, da sich aus dem einen Ausdruck nicht die konkrete Suchanfrage ergibt und der andere Ausdruck, soweit dieser überhaupt verständlich ist, ein Stellengesuch eines Arbeitssuchenden betrifft. Da die Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Monatsende innerhalb der Probezeit unstreitig auf dem Wunsch des Beklagten und nicht auf dem des Klägers beruhte, kann aus der Länge der Kündigungsfrist in der Probezeit nicht darauf geschlossen werden, dass es allgemein im Tätigkeitsbereich des Klägers mit Schwierigkeiten verbunden war, einen neuen Fahrlehrer zu finden und aus diesem Grunde der Kläger gerade durch die Länge der Kündigungsfrist sicherstellen wollte, rechtzeitig einen Ersatz finden zu können.
- 58** Der Gesichtspunkt der Druckausübung, also den Arbeitnehmer zu vertragsgerechtem Verhalten anzuhalten, rechtfertigt für sich genommen auch nicht die vereinbarte Höhe der Vertragsstrafe. Auch dabei ist zu berücksichtigen, welches wirtschaftliche Interesse der Kläger an der Erbringung der Arbeitsleistung durch den Beklagten bis zur rechtlich zulässigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat.
- 59** Im Streitfalle liegen keine weiteren gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB zu berücksichtigenden vertragsbegleitenden Umstände vor, die zu einer anderen Bewertung führen. Selbst wenn die Fahrschulbetriebe des Klägers voll ausgelastet waren und dies bei Vertragsschluss auch dem

Beklagten bekannt war, kann dieser Umstand die Höhe der Vertragsstrafe von drei Bruttomonatsvergütungen bei einer vertragswidrigen Lösung des Arbeitsverhältnisses durch den Beklagten nicht rechtfertigen. Bei Vertragsschluss war nämlich nicht erkennbar, dass die Schäden, die dem Kläger durch die vorzeitige tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstehen, eine Größenordnung erreichen können, die drei Bruttomonatsvergütungen nahekommt. Es fehlt jeder konkrete Vortrag des Klägers, warum die Parteien bereits bei Vertragsschluss davon ausgegangen sein sollten, dass die kurzfristige Neueinstellung eines Fahrlehrers im Falle einer vertragswidrigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Beklagten nicht möglich sein werde.

- 60** Soweit der Kläger auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 25. Oktober 1994 (- 9 AZR 265/93 -) verweist, geht dies ins Leere. Diese betraf die Frage, ob eine verwirkte Vertragsstrafe nach § 343 BGB herabzusetzen war. Dabei lag der Verwirkung der Vertragsstrafe kein Vertragsbruch zugrunde, sondern ein Verstoß gegen ein Wettbewerbsverbot. Der Prüfungsmaßstab nach § 343 BGB, nach dem es auf die Umstände des Einzelfalles ankommt, entspricht auch nicht dem Prüfungsmaßstab für die Beurteilung, ob eine Vertragsstrafe gemäß § 307 BGB wirksam vereinbart worden ist.
- 61** 5. Eine geltungserhaltende Reduktion der nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksamen Regelung in § 13 des Anstellungsvertrages auf eine Vertragsstrafe in zulässiger Höhe scheidet aus.
- 62** Grundsätzlich ist im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine geltungserhaltende Reduktion nicht vorgesehen (vgl. § 306 Abs. 2 BGB). Dabei kann dahinstehen, ob es Ausnahmefälle gibt, in denen das "Alles - oder - Nichts - Prinzip" dem Charakter des Arbeitsverhältnisses als einem Dauerschuldverhältnis mit für den Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eingeschränkter Kündigungsmöglichkeit nicht gerecht wird. Die Unwirksamkeit einer Vertragsstrafenabrede wegen unangemessener Benachteiligung des Arbeitnehmers stellt einen solchen Ausnahmefall nicht dar (Senat 14. August 2007 - 8 AZR 973/06 - AP BGB § 307 Nr. 28 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 28).
- 63** 6. Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt bei einer gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksamen Vertragsstrafenabrede ebenfalls nicht in Betracht, weil sie den Regelungszweck dieser Vorschrift unterlaufen würde.
- 64** Eine ergänzende Vertragsauslegung setzt voraus, dass der Regelungsplan der Parteien infolge der durch die Unwirksamkeit einer Vertragsklausel entstandenen Lücke einer Vervollständigung bedarf. Dies ist nur dann anzunehmen, wenn die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel keine angemessene, den typischen Interessen des AGB-Verwenders und seines Vertragspartners Rechnung tragende Lösung bietet. Allerdings rechtfertigt nicht jede Verschiebung der Gewichte zu Lasten des Verwenders die Annahme einer ergänzungsbedürftigen Lücke. Eine ergänzende Vertragsauslegung käme nur dann in Frage, wenn sich das Festhalten am Vertrag für den Verwender als unzumutbare Härte iSd. § 306 Abs. 3 BGB darstellen würde. Im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung wäre zu fragen, was die Parteien vereinbart hätten, wenn ihnen die gesetzlich angeordnete Unwirksamkeit der Klausel bekannt gewesen wäre. Es gälte dann, in Ausrichtung am hypothetischen Parteiwillen und am Maßstab von Treu und Glauben eine lückenausfüllende Ersatzregelung zu finden. Während bei der geltungserhaltenden Reduktion nach der Grenze des am Maßstab der §§ 307 ff. BGB zu beurteilenden "gerade noch Zulässigen" gesucht wird, erstrebt die ergänzende Vertragsauslegung einen beiden Seiten so weit wie möglich gerecht werdenden Ausgleich. Grundsätzlich sind die Gerichte jedoch weder zu einer geltungserhaltenden Reduktion unwirksamer Klauseln berechtigt noch dazu, durch ergänzende Vertragsauslegung an die Stelle einer unzulässigen Klausel die zulässige Klauselfassung zu setzen, die der Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen voraussichtlich gewählt haben würde, wenn ihm die Unzulässigkeit der beanstandeten Klausel bekannt gewesen wäre (BAG 23. Januar 2007 - 9 AZR 482/06 - AP BGB § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr. 38 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 19). Eine ergänzende Auslegung im Falle einer unwirksamen Vertragsstrafenabrede würde dem Verwender das Risiko der unzulässig zu weit gefassten Klausel vollständig nehmen und eine Vertragshilfe allein zu seinen Gunsten darstellen. Die Unwirksamkeit der Vertragsstrafenabrede führt nicht zu einer krassen

Störung des Gleichgewichts, die eine ergänzende Vertragsauslegung zugunsten des Klägers böte. Der Kläger hätte es im Übrigen in der Hand gehabt, die Vertragsstrafenvereinbarung präzise und auf die unterschiedlichen Fallkonstellationen bezogen zu formulieren (vgl. auch BAG 23. Januar 2007 - 9 AZR 482/06 - aaO., zur Rückzahlung von Ausbildungskosten).

- 65** 7. Eine Herabsetzung der Vertragsstrafe gemäß § 343 BGB auf das angemessene Maß kommt nur bei wirksam vereinbarten Vertragsstrafen in Betracht (BAG 4. März 2004 - 8 AZR 196/03 - BAGE 110, 8 [BAG 04.03.2004 - 8 AZR 196/03] = AP BGB § 309 Nr. 3 = EzA BGB 2002 § 309 Nr. 1).
- 66** C. Der Kläger hat gemäß § 97 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen.

Hauck
Böck
Breinlinger
Hermann
Pauli

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.