

.....

"

"

"

"

"Inhaltskontrolle einseitiger Leistungsbestimmungsrechte:
typische Gestaltungsformen und rechtliche Beurteilung

"

"

"

"

....."DtKwC"Y @ pgt"

Inhaltsverzeichnis

	<i>Seite</i>
Abkürzungsverzeichnis	III
Literaturverzeichnis	V
Entscheidungsnachweis	VIII
1 Einleitung	1
2 Formen einseitiger Leistungsbestimmungsrechte des Arbeitgebers	2
2.1 Das gesetzliche Direktionsrecht	2
2.2 Die Direktionsrechtserweiterung	3
2.2.1 Die unechte Direktionsrechtserweiterung	3
2.2.2 Die echte Direktionsrechtserweiterung	5
2.3 Weitere Formen einseitiger Leistungsbestimmungsrechte	5
3 Inhaltskontrolle einseitiger Leistungsbestimmungsrechte des Arbeitgebers.....	6
3.1 Allgemeine Geschäftsbedingungen als Bestandteil von Arbeitsverträgen	6
3.1.1 Allgemeine Geschäftsbedingungen in Arbeitsverträgen	6
3.1.2 Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten	7
3.1.3 Rechtsfolgen	8
3.2 Zweistufige Prüfung konstitutiver einseitiger Leistungsbestimmungsrechte	9
3.3 Anwendbarkeit der Inhaltskontrolle gem. § 307 ff BGB	10
3.3.1 Kontrollfreiheit der Hauptleistungspflichten	10
3.3.2 Abweichen von Rechtsvorschriften	10
3.3.3 Einbeziehungskontrolle	11
3.4 Spezielle Klauselverbote gem. §§ 308, 309 BGB	12
3.5 Kontrolle auf Unangemessenheit (§ 307 I Satz 1, II) und Transparenz (§ 307 I Satz 2)	13
3.5.1 Formen der Unangemessenen Benachteiligung	13
3.5.2 Interessenausgleich	14
3.5.3 Umgehung des Kündigungsschutzes als Maßstab	15
3.5.4 Das Transparenzgebot	15
3.5.5 Angabe von Änderungsgründen	16
3.5.6 Zuweisung eines geringerwertigen Arbeitsplatzes	16
4 Zusammenfassung	18
Versicherung gem. § 11 Prüfungsordnung	

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	=	anderer Ansicht
AGB	=	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AP	=	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	=	Arbeitsgericht
Arb.-Hdb.	=	Arbeitsrechts-Handbuch
ArbRB	=	Der Arbeits-Rechts-Berater
Aufl.	=	Auflage
BAG	=	Bundesarbeitsgericht
BB	=	Der Betriebsberater
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	=	Bundesgerichtshof
BT-Drs.	=	Bundestagsdrucksache
BVerfG	=	Bundesverfassungsgericht
ErfK	=	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
f	=	folgende
ff	=	fortfolgende
FS	=	Festschrift
gem.	=	gemäß
GewO	=	Gewerbeordnung
Hrsg.	=	Herausgeber
hrsg. v.	=	herausgegeben von
i.d.R.	=	in der Regel
i.S.d.	=	im Sinne des
i.V.m.	=	in Verbindung mit
KSchG	=	Kündigungsschutzgesetz
NachwG	=	Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen (Nachweisgesetz)
NJOZ	=	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	=	Nummer
NZA	=	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	=	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht - Rechtsprechungsreport

Rdn.	=	Randnummer
S.	=	Seite
sog.	=	sogenannt
u. a.	=	und andere
Urt.	=	Urteil
v.	=	vom
Vgl.	=	Vergleiche
zit.	=	zitiert

Literaturverzeichnis

Annuß, Georg: Grundstrukturen der AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen, in: BB 2006, S. 1333-1339.

Brox, Hans/Rüthers, Bernd/Henssler, Martin: Arbeitsrecht, 16. Aufl., Stuttgart, 2004.
(zit.: Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht)

Däubler, Wolfgang: Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf das Arbeitsrecht, in: NZA 2001, S. 1329-1337.

Dzida, Boris/Schramm, Nils: Versetzungsklauseln: mehr Flexibilität für den Arbeitgeber, mehr Kündigungsschutz für den Arbeitnehmer, in: BB 2007, S. 1221-1228.

Gotthardt, Michael: Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 1. Aufl., München, 2002.
(zit.: Gotthardt, Arbeitsrecht)

Hanau, Peter/Hromadka, Wolfgang: Richterliche Kontrolle flexibler Entgeltregelungen in Allgemeinen Arbeitsbedingungen, in: NZA 2005, S.73-78.

Hromadka, Wolfgang: Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen: Richterliches Arbeitsrecht. Festschrift für Thomas Dieterich zum 65. Geburtstag, hrsg. v. Peter Hanau; München, 1999, S. 251-278.
(zit.: Hromadka, FS für Dieterich)

Hromadka, Wolfgang / Schmitt-Rolfes, Günter: Die AGB-Rechtsprechung des BAG zu Tätigkeit, Entgelt und Arbeitszeit, in: NJW 2007, S.1777-1783.

Hunold, Wolf: AGB-Kontrolle einer Versetzungsklausel, in: NZA 2007, S.19-22.

Hunold, Wolf: Die aktuelle Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle arbeitsrechtlicher Absprachen – AGB-Kontrolle, in: NZA-RR 2008, S.449-457.

Kleinebrink, Wolfgang: Tätigkeitsklauseln in Formulararbeitsverträgen, in: ArbRB 2007, S. 57-60.

Kort, Michael: Grenzen der arbeitgeberseitigen Änderung von Arbeitsbedingungen bei Versetzungen: Festschrift für Rolf Birk zum siebzigsten Geburtstag, hrsg. v. Konzen, Horst u. a., Tübingen, 2008, S. 459-476.

(zit.: Kort, FS für Birk)

Lakies, Thomas: Das Weisungsrecht des Arbeitgebers (§ 106 GewO) – Inhalt und Grenzen, in: BB 2003, S. 364-369.

Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, bearbeitet von Dieterich, Thomas u. a., 8. Aufl., München, 2008.

(zit.: ErfK/Bearbeiter)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, bearbeitet von Müller-Glöge, Rudi u. a., 4. Aufl., München, 2005.

(zit.: Münchener Kommentar/Bearbeiter)

Preis, Ulrich: Arbeitsrecht. Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, 3. Aufl., Köln, 2009.

(zit.: Preis, Arbeitsrecht)

Preis, Ulrich (Hrsg.): Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Köln, 2009.

(zit.: Preis, Arbeitsvertrag)

Preis, Ulrich/Lindemann, Viola: Änderungsvorbehalte – Das BAG durchschlägt den gordischen Knoten, in: NZA 2006, S. 632-638.

Richardi, Reinhard: Gestaltung der Arbeitsverträge durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: NZA 2002, S. 1057-1064.

Richardi, Reinhard/Wlotzke, Otfried (Hrsg.): Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, Band I, Individualarbeitsrecht I; bearbeitet von Blomeyer, Wolfgang u. a., 2. Aufl., München, 2000.

(zit.: Münchner Handbuch/Bearbeiter)

Schaub, Günter/Koch, Ulrich/Linck, Rüdiger/Vogelsang, Hinrich (Hrsg.): Arbeitsrechts-Handbuch; bearbeitet von Linck, Rüdiger u. a., 12. Aufl., München, 2007.

(zit.: Schaub/Bearbeiter, ArbR-Hdb.)

Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, bearbeitet von Coester, Michael u. a., 12. Aufl., 1999 ff, Bearbeitung 2004 ff, Berlin.

(zit.: Staudinger/Bearbeiter)

Tettinger, Peter/Wank, Rolf: Gewerbeordnung, 7. Aufl., München, 2004.

(zit.: GewO/Bearbeiter)

Thüsing, Gregor: Was sind die Besonderheiten des Arbeitsrechts?, in: NZA 2002, S. 591-595.

Entscheidungsnachweis

BVerfG Beschluss v. 23.11.2006, 1 BvR 1909/06, NJW 2007, 286-288.

BGH Urt. v. 12.01.1994, VIII ZR 165/92, NJW 1994, 1060-1069.

BAG Urt. v. 29.09.2004, 5 AZR 559/03, NJOZ 2005, 578-581.

BAG, Urt. v. 12.01.2005, 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465-469.

BAG Urt. v. 25.05.2005, 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111-1117.

BAG Urt. v. 07.12.2005, 5 AZR 535/04, NZA 2006, 423-429.

BAG Urt. v. 01.03.2006, 5 AZR 363/05, NZA 2006, 746-749.

BAG Urt. v. 11.04.2006, 9 AZR 557/05, NZA 2006, 1149-1154.

BAG Urt. v. 09.05.2006, 9 AZR 424/05, NZA 2007, 145-147.

BAG Urt. v. 11.10.2006, 5 AZR 721/05, NJW 2007, 536-540.

BAG Urt. v. 13.03.2007, 9 AZR 433/06, NJOZ 2008, 3160-3171.

BAG Urt. v. 14.08.2007, 9 AZR 18/07, NZA 2008, 1194-1201.

BAG Urt. v. 25.04.2008, 5 AZR 627/06, NZA 2007, 853-855.

BAG Urt. v. 30.07.2008, 10 AZR 606/07, NZA 2008, 1173-1180.

ArbG Bochum Urt. v. 08.07.2002, 3 Ca 1287/02, NZA 2002, 978-980.

BT-Drs. 14/6857 v. 31.08.2001

BT-Drs. 14/7052 v. 09.10.2001

1 Einleitung

Einseitige Leistungsbestimmungsrechte des Arbeitgebers sind im Arbeitsrecht weit verbreitet. Von besonderer Bedeutung ist das sogenannte Direktions- oder Weisungsrecht des Arbeitgebers gem. § 106 GewO. Der Arbeitgeber kann danach Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen innerhalb der Grenzen des Arbeitsvertrages, der geltenden kollektivrechtlichen Vereinbarungen und der Gesetze näher bestimmen. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers wird häufig explizit in den Arbeitsvertrag aufgenommen. Wenn eine solche Vertragsbestimmung nicht über den Inhalt des § 106 GewO hinaus geht, hat sie allerdings nur deklaratorischen Charakter. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit das gesetzliche Direktionsrecht kraft einzelvertraglicher, in Ausnahmefällen auch tarifvertraglicher¹, Regelung zu erweitern. Neben den durch das Direktionsrecht erfassten Leistungsbestimmungsrechten hinsichtlich Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung gibt es noch zahlreiche andere Bereiche, für die der Arbeitgeber sich im Arbeitsvertrag ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht vorbehalten kann wie bspw. Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalte bezüglich des Entgelts oder Regelungen, die Art und Umfang von vertraglichen Nebenpflichten betreffen.

Da es sich bei Arbeitsverträgen meist um vom Arbeitgeber vorformulierte Formularverträge handelt, gelten für sie seit der Schuldrechtsreform zum 1. Januar 2002² die Bestimmungen für Allgemeine Geschäftsbedingungen der §§ 305 ff BGB.³ Von zentraler Bedeutung ist hierbei die Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff BGB. Sie ist allerdings nur auf Vertragsbestimmungen anzuwenden, die nicht lediglich gesetzliche Vorschriften wiedergeben. Somit unterliegen im Bereich der Direktionsrechtsklauseln nur solche Vertragsbestimmungen der Inhaltskontrolle, die die Rechte des Arbeitgebers über die Grenzen des § 106 GewO hinaus erweitern.

Im Folgenden soll untersucht werden, welche Gestaltungsformen es im Bereich der einseitigen Leistungsbestimmungsrechte gibt und wie diese im Hinblick auf die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Inhaltskontrolle, zu beurteilen sind.

¹ Vgl. Schaub/Linck, ArbR-Hdb., § 45 Rdn. 27 ff.

² Seit dem 1. Januar 2003 sind die Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen auch auf Arbeitsverträge anzuwenden, die vor dem 1. Januar 2002 abgeschlossen wurden.

³ Preis, Arbeitsrecht, 216.

2 Formen einseitiger Leistungsbestimmungsrechte des Arbeitgebers

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers ist zum Einen in § 106 GewO gesetzlich normiert, ist zum Anderen aber auch oft Bestandteil von Regelungen in Arbeitsverträgen. Durch die Aufnahme von Umsetzungs-, Versetzungs- und Anpassungsklauseln in den Arbeitsvertrag ergibt sich für den Arbeitgeber die Möglichkeit, den Umfang seines gesetzlichen Weisungsrechtes zu erweitern.⁴ Viele arbeitsvertragliche Klauseln, die das Direktionsrecht des Arbeitgebers betreffen, geben diesem allerdings keine über den Inhalt des § 106 GewO hinausgehende Weisungsbefugnis und haben damit nur deklaratorischen Charakter. In diesem Fall spricht man von einer unechten Erweiterung des Direktionsrechts. Es ist aber auch möglich, das Weisungsrecht des Arbeitgebers durch eine entsprechende Bestimmung im Arbeitsvertrag über den Umfang des gesetzlichen Direktionsrechts hinaus zu erweitern. Solche arbeitsvertraglichen Klauseln stellen sogenannte echte Direktionsrechtserweiterungen dar. Neben den in § 106 GewO genannten Bereichen gibt es noch zahlreiche weitere vertragliche Regelungen einseitiger Leistungsbestimmungsrechte, die bspw. Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalte bezüglich des Entgelts und den Umfang verschiedener Nebenpflichten betreffen.⁵ Im folgenden Abschnitt sollen die verschiedenen Formen einseitiger Leistungsbestimmungsrechte des Arbeitgebers näher erläutert werden.

2.1 Das gesetzliche Direktionsrecht

Aus § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag ergibt sich für den Arbeitnehmer die Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung. Der Arbeitsvertrag bestimmt in den meisten Fällen aber nicht den konkreten Inhalt der Arbeitspflicht, da es nicht möglich ist, alle Einzelheiten des Arbeitsverhältnisses im Voraus zu regeln.⁶ Die Bestimmungen des Arbeitsvertrags bilden nur den Rahmen, innerhalb dessen der Arbeitgeber kraft seines Direktionsrechts die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers durch Weisungen konkretisiert. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers ist seit dem 1. Januar 2003 in § 106 Satz 1 GewO normiert.⁷ Demnach hat der Arbeitgeber das Recht, die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers im Hinblick auf Inhalt, Ort und Zeit näher zu bestimmen. § 106 Satz 2 GewO verdeutlicht, dass sich das Direktionsrecht darüber hinaus auch auf das für die Ordnung im Betrieb relevante Verhalten des Arbeitnehmers bezieht. Als Beispiele seien hier die Einhaltung von

⁴ GewO/Wank § 106 GewO Rdn. 27; Lakies, BB 2003, 364, 366.

⁵ ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rdn. 51; Preis, Arbeitsvertrag, II D 30 Rdn. 284; Preis/Genenger, NZA 2008, 969, 977.

⁶ BAG Urt. v. 11.04.2006, NZA 2006, 1149, 1152; Hromadka, FS für Dieterich, 251, 266 f.

⁷ GewO/Wank § 106 GewO Rdn. 2 f; Lakies, BB 2003, 364, 364; Staudinger/ Rieble § 315 BGB Rdn. 2. Gem. § 6 II GewO gehört § 106 GewO zu den Vorschriften, die auf alle Arbeitnehmer anzuwenden sind.

Sicherheitsbestimmungen oder der Kleiderordnung genannt.⁸ Die Grenzen des Weisungsrechts werden durch den Arbeitsvertrag, geltende Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge sowie durch gesetzliche Vorschriften bestimmt. Auch eine Begrenzung durch den Arbeitsvertrag ergänzende betriebliche Übung ist möglich.⁹ Innerhalb der Grenzen des Direktionsrechts hat der Arbeitnehmer den Weisungen des Arbeitgebers Folge zu leisten, anderenfalls drohen ihm Abmahnung und Kündigung.¹⁰ Dabei gilt, dass die Grenzen des Weisungsrechts umso enger sind, je konkreter die Beschreibung der Leistungspflicht im Arbeitsvertrag formuliert ist. Sofern der Arbeitsvertrag hinsichtlich Arbeitsinhalt, -ort und -zeit hingegen eine weit gefasste Tätigkeitsbeschreibung enthält, kann der Arbeitgeber die genauen Arbeitsbedingungen zu einem großen Teil einseitig festlegen. Ist die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag hingegen schon sehr präzise beschrieben, bleibt dem Arbeitgeber nur ein geringer Spielraum zur Ausübung seines Direktionsrechts.¹¹ Generell ist der Arbeitgeber bei der einseitigen Leistungsbestimmung innerhalb der arbeitsvertraglichen Grenzen nicht völlig frei, sondern an die Grundsätze billigen Ermessens (§ 106 Satz 1 GewO i.V.m. § 315 III Satz 2 BGB) gebunden. Eine Weisung entspricht billigem Ermessen, wenn die wesentlichen Umstände des Einzelfalls abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt wurden. Die Einhaltung dieses Grundsatzes unterliegt der gerichtlichen Kontrolle.¹²

2.2 Die Direktionsrechtserweiterung

2.2.1 Die unechte Direktionsrechtserweiterung

Eine sogenannte unechte Direktionsrechtserweiterung liegt dann vor, wenn im Arbeitsvertrag lediglich das gesetzliche Weisungsrecht des Arbeitgebers festgestellt oder näher definiert wird. Solche Klauseln vergrößern nicht den Umfang des gesetzlichen Direktionsrechts. Manche verringern sogar die gesetzlichen Weisungsbefugnisse des Arbeitgebers. Wenn im Arbeitsvertrag bspw. ein konkreter Tätigkeitsort vereinbart wird, ist dies eine Einschränkung des gesetzlichen Direktionsrechts, da dieses dem Arbeitgeber die Konkretisierung des Arbeitsortes ermöglicht, sofern er nicht durch den Arbeitsvertrag

⁸ Münchener Kommentar/Müller-Glöge § 611 BGB Rdn. 1022; Preis, Arbeitsvertrag, II D 30 Rdn. 285.

⁹ Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 49; Preis, Arbeitsvertrag, II D 30 Rdn. 16; Schaub/Linck, ArbR-Hdb., § 45 Rdn. 29 f.

¹⁰ Preis, Arbeitsvertrag, II D 30 Rdn. 11.

¹¹ GewO/Wank § 106 GewO Rdn. 5 f; Lakies, BB 2003, 364, 364; Münchener Handbuch/Blomeyer § 48 Rdn. 24.

¹² Sog. Ausübungskontrolle, vgl. 3.2.

Preis, Arbeitsrecht, 229; Staudinger/Coester § 611 BGB Rdn. 311.

bestimmt ist.¹³ Unechte Direktionserweiterungsklauseln werden typischerweise dann verwendet, wenn die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers durch ihre Beschreibung im Arbeitsvertrag hinsichtlich Inhalt, Ort oder Zeit festgelegt ist und der Arbeitgeber sich trotz dieser Präzisierung die Möglichkeit von zukünftigen Änderungen der Arbeitsbedingungen vorbehalten möchte. Ist ein Arbeitnehmer bspw. als „Redakteur (verantwortlich für Wort und Bild) in der Hauptredaktion, Ressort Sonderaufgaben“ eingestellt, dient eine entsprechende Direktionsrechtsklausel, die dem Arbeitgeber das Recht zur „Zuweisung eines anderen Arbeitsgebiets“ einräumt dazu, den Umfang des gesetzlichen Weisungsrechts zu erhalten. Im Ergebnis wird die gleiche Situation hergestellt, als ob eine weite Tätigkeitsbeschreibung („Redakteur“) vereinbart worden wäre, die der Arbeitgeber gem. § 106 GewO näher bestimmen kann.¹⁴ Besonders deutlich macht der Arbeitgeber seine Absicht, mit einer derartigen Vertragsgestaltung nicht vom Umfang seines gesetzlichen Weisungsrechts abweichen zu wollen wenn er, wie in folgendem Beispiel, explizit oder durch Übernahme von dessen Wortlaut bzw. Inhalt auf § 106 GewO verweist: „Der Arbeitnehmer wird als Schlosser eingestellt. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich Inhalt, Ort und zeitlicher Lage der Arbeitszeit richtet sich nach § 106 GewO.“¹⁵ Eine unechte Direktionsrechtserweiterung liegt auch dann vor, wenn im Arbeitsvertrag eine enge Tätigkeitsbeschreibung vereinbart ist, die ein bestimmtes Berufs- oder Tätigkeitsbild wie z.B. Schlosser, Elektriker usw. umfasst, und der Arbeitgeber sich ausschließlich Änderungen im Rahmen dieses Berufs- oder Tätigkeitsbildes vorbehält. Statt eines Berufs- oder Tätigkeitsbildes kann auch eine Tarif- oder Vergütungsgruppe als Rahmen dienen. Werden nur Aufgaben innerhalb dieses Berufsbildes oder dieser Vergütungsgruppe in den Änderungsvorbehalt aufgenommen, stellt dies keine Erweiterung der arbeitgeberseitigen Befugnisse gem. § 106 GewO dar.¹⁶ Sowohl das gesetzliche Weisungsrecht als auch die genannte Vertragsgestaltung geben dem Arbeitgeber die Möglichkeit, dem Arbeitnehmer alle Arbeitsleistungen zuzuweisen, die zum Inhalt des jeweils vereinbarten Berufs- oder Tätigkeitsbild bzw. zu den Aufgaben der jeweiligen Tarif- oder Vergütungsgruppe gehören. Welche das im Einzelfall sind ist durch Auslegung unter Beachtung der allgemeinen Verkehrsanschauung zu ermitteln.¹⁷

¹³ Preis, Arbeitsrecht, 225; Preis/Genenger, NZA 2008, 969, 970.

Hierzu ist anzumerken, dass die Vereinbarung eines „Arbeitsgebietes“ sich laut Urteil des BAG auf die Tätigkeit in fachlicher Hinsicht bezieht und den Arbeitsort unberührt lässt (BAG Urt. v. 11.04.2006, NZA 2006, 1149, 1150).

¹⁴ BAG Urt. v. 11.04.2006, NZA 2006, 1149, 1151; Preis/Genenger, NZA 2008, 969, 970.

¹⁵ Preis/Genenger, NZA 2008, 969, 973.

¹⁶ Kleinebrink, ArbRB 2007, 57, 58; Preis/Genenger, NZA 2008, 969, 971.

¹⁷ ErfK/Preis § 106 GewO Rdn. 5; Kleinebrink, ArbRB 2007, 57, 58.

2.2.2 Die echte Direktionsrechtserweiterung

Eine echte Erweiterung des Direktionsrechts liegt vor, wenn das arbeitsvertraglich vereinbarte einseitige Leistungsbestimmungsrecht dem Arbeitgeber weitreichendere Weisungsbefugnisse als § 106 GewO ermöglicht. Der Arbeitgeber behält sich durch echte Direktionsrechtserweiterungsklauseln das Recht vor, Weisungen zu erteilen, die hinsichtlich Inhalt, Ort oder Zeit von der vertraglich vereinbarten Tätigkeit abweichen. Solche Klauseln geben dem Arbeitgeber die Möglichkeit, die Bedingungen des Arbeitsverhältnisses einseitig in einem Ausmaß zu verändern, das anderenfalls nur auf dem Wege einer Änderungskündigung erreicht werden könnte.¹⁸ Eine echte Erweiterung des Direktionsrechts wurde vom BAG bspw. in folgender Vertragsbestimmung gesehen: „Falls erforderlich, kann [der Arbeitgeber] nach Abstimmung der beiderseitigen Interessen Art und Ort der Tätigkeit des/der Angestellten ändern“.¹⁹ Hier behält sich der Arbeitgeber das Recht vor, die Art der vertraglich vereinbarten Tätigkeit verändern zu können, ohne eine Änderungskündigung aussprechen zu müssen. Dies geht über die Möglichkeiten des gesetzlichen Weisungsrechts hinaus.²⁰ Derartige Klauseln unterliegen einer strengeren Kontrolle als unechte Direktionsrechtserweiterungen. Arbeitgebern soll nicht die Umgehung des Kündigungsschutzes ermöglicht werden.

2.3 Weitere Formen einseitiger Leistungsbestimmungsrechte

Neben den durch das Direktionsrecht erfassten Kernbereichen des Arbeitsverhältnisses, Inhalt, Zeit und Ort der Arbeitsleitung ist die Vereinbarung einseitiger Leistungsbestimmungsrechte des Arbeitgebers auch Bestandteil zahlreicher anderer arbeitsvertraglicher Regelungsgebiete, insbesondere der Nebenabreden bezüglich des Entgelts.²¹ Beispielhaft seien hier einige häufig vorkommende Vertragsgestaltungen genannt. Durch einen Widerrufsvorbehalt behält sich der Arbeitgeber die Möglichkeit vor, die Weitergewährung einer zunächst unbefristet vereinbarten Leistung zu beenden.²² Durch einen Freiwilligkeitsvorbehalt wird ein Rechtsanspruch auf eine bestimmte Leistung von Anfang an ausgeschlossen.²³ Anrechnungsvorbehalte bestimmen für übertariflich entlohnte Arbeitnehmer eine Anrechnung eventueller Tariflohnerhöhungen auf die übertarifliche

¹⁸ Preis/Genenger, NZA 2008, 969, 972.

¹⁹ BAG Urt. v. 09.05.2006, NZA 2007, 145, 145.

²⁰ BAG Urt. v. 09.05.2006, NZA 2007, 145, 146.

²¹ GewO/Wank § 106 GewO Rdn. 12.

²² ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rdn. 57 ff; Preis, Arbeitsvertrag, II V 70 Rdn. 3 ff.

²³ Hanau/Hromadka, NZA 2005, 73, 73.

Entlohnung.²⁴ Durch Befristungsklauseln werden einzelne Leistungen auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt. Befristungen gehören zu den vertraglichen Nebenabreden.²⁵ Sind solche Regelungen Bestandteil von Formulararbeitsverträgen, so gelten für sie im Wesentlichen die selben Bestimmungen zur AGB-Kontrolle wie für Direktionsrechtsklauseln.

3 Inhaltskontrolle einseitiger Leistungsbestimmungsrechte des Arbeitgebers

Seit der Schuldrechtsreform kommen auch im Arbeitsrecht die gesetzlichen Bestimmungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. §§ 305 ff BGB zur Anwendung. Bestimmungen in Formulararbeitsverträgen unterliegen somit den Vorschriften zur Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen gem. §§ 305c II, 306, 307, 308, 309 BGB. Der Kern der AGB-Kontrolle einseitiger Leistungsbestimmungsrechte in vorformulierten Arbeitsverträgen ist die Inhaltskontrolle.

3.1 Allgemeine Geschäftsbedingungen als Bestandteil von Arbeitsverträgen

3.1.1 Allgemeine Geschäftsbedingungen in Arbeitsverträgen

Gem. § 305 I BGB versteht man unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen „alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt“. Auch beim Abschluss von Arbeitsverträgen handeln Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Bedingungen für das Arbeitsverhältnis in der Regel nicht als gleichberechtigte Partner miteinander aus, sondern der Arbeitgeber legt dem Arbeitnehmer einen vorformulierten Arbeitsvertrag zur Unterschrift vor. Der Arbeitgeber stellt den Inhalt eines solchen Formulararbeitsvertrags im Allgemeinen nicht zur Disposition, sondern verlangt die Einbeziehung der von ihm vorgelegten Klauseln in den Individualarbeitsvertrag. Er stellt damit die Vertragsbestimmungen, wird also zum Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.²⁶ Zudem sind Arbeitsverträge i.d.R. als Verbraucherverträge i.S.d. § 310 III BGB zu betrachten. Allgemeine Geschäftsbedingungen in Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher gelten gem. § 310 III Nr. 1 BGB stets als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, dass der Verbraucher sie in den Vertrag einführt. Der Arbeitgeber wird in den meisten Fällen, wenn auch nicht immer, die

²⁴ Hunold, NZA-RR 2008, 449, 451.

²⁵ ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rdn. 75.

²⁶ Richardi, NZA 2002, 1057, 1058.

Unternehmereigenschaft i.S.d. § 14 BGB erfüllen. Der Arbeitnehmer ist laut Urteil des BAG vom 13.03.2008 als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB zu betrachten.²⁷ Somit ist das Merkmal des Stells der Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch den Arbeitgeber in aller Regel erfüllt, da in der Praxis nur in Ausnahmefällen der Arbeitnehmer von sich aus AGBs zum Vertragsbestandteil macht. Für die Anwendbarkeit der Bestimmungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen auf Formulararbeitsverträge ist es nicht notwendig, dass der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Verwendung plant, die jeweiligen Vertragsbestimmungen tatsächlich mehrmals zu verwenden. Aufgrund der Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers ist es für die Anwendbarkeit der AGB-Kontrolle ausreichend, wenn vorformulierte Vertragsbedingungen nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind, der Arbeitnehmer aber aufgrund der Vorformulierung keinen Einfluss auf ihren Inhalt nehmen kann (§ 310 III Nr. 2 BGB). Somit unterliegen Arbeitsverträge, die zwischen einem Unternehmer und einem Arbeitnehmer geschlossen werden und die nicht von den Vertragsparteien vollständig im Einzelnen ausgehandelt werden, den Kontrollbestimmungen für Allgemeine Geschäftsbedingungen.²⁸ Nicht anwendbar sind lediglich § 305 II und III BGB, da hier der Arbeitnehmer bereits durch das NachwG ausreichend geschützt ist (§ 310 IV Satz 2 BGB).²⁹

3.1.2 Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten

Bei der Beurteilung, ob eine Anwendung von AGB-rechtlichen Verboten im Einzelfall möglich ist, sind allerdings stets die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen (§ 310 IV Satz 2 BGB).³⁰ Diese Regelung dient der gesetzlichen Würdigung der Tatsache, dass im Arbeitsrecht besondere Problemstellungen bestehen können, die eine von den sonst im Zivilrecht geltenden Grundsätzen abweichende rechtliche Beurteilung notwendig und sinnvoll erscheinen lassen.³¹ Bspw. ist im Arbeitsverhältnis aufgrund seines Charakters als Dauerschuldverhältnis das Bedürfnis nach Anpassung und Flexibilisierung sehr viel stärker ausgeprägt als in anderen häufig durch Formularverträge geregelten Rechtsverhältnissen (bspw. Kaufverträge, Werkverträge oder Darlehensverträge). Dies muss bei der Beurteilung entsprechender arbeitsvertraglicher

²⁷ BVerfG Beschluss v. 23.11.2006, NJW 2007, 286, 287; BAG Urt. v. 25.05.2005, NZA 2005, 1111, 1115; Münchener Kommentar/Müller-Glöge § 611 BGB Rdn. 230.

²⁸ Gotthart, Arbeitsrecht, Rdn. 215 ff; Preis, Arbeitsvertrag, I C Rdn. 54; Schnitker/Grau, BB 2002, 2120, 2121.

²⁹ Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 64; Gotthardt, Arbeitsrecht, 97; a. A. Richardi, NZA 2002, 1057, 1058.

³⁰ Gotthart, Arbeitsrecht, Rdn 245.

³¹ Preis, Arbeitsvertrag, I C Rdn. 89.

Klauseln berücksichtigt werden.³² Ist das Vorliegen einer arbeitsrechtlichen Besonderheit bei der Prüfung einer arbeitsvertraglichen Klausel zu bejahen und erscheint dadurch eine vom Zivilrecht abweichende Behandlung der Klausel gerechtfertigt, sind die Verbote gem. §§ 305 ff BGB nicht anzuwenden und die Klausel ist gültig.³³ Dabei ist zu beachten, dass der Begriff der „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheit“ gesetzlich nicht näher bestimmt ist. Mit der Aufnahme des Begriffs in das Gesetz verfolgte der Gesetzgeber die Absicht, die Anwendung der besonderen Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit (§ 309 BGB) auf arbeitsvertragliche AGBs einzuschränken, um den besonderen Bedürfnissen von Arbeitsverhältnissen Rechnung zu tragen.³⁴ Auch sollten mit der Norm besondere Anforderungen von speziellen Bereichen des Arbeitsrechts wie bspw. dem kirchlichen Arbeitsrecht berücksichtigt werden.³⁵ In der Literatur herrscht Uneinigkeit bezüglich der Auslegung des Begriffs der „arbeitsrechtlichen Besonderheiten“.³⁶ Während bspw. Preis nur die rechtlichen Besonderheiten des Arbeitsrechtes gegenüber dem allgemeinen Bürgerlichen Recht, die sich aus den entsprechenden Gesetzen und dem Richterrecht ergeben, als relevant erachtet, hat das BAG entschieden, dass auch die tatsächlichen Besonderheiten des Arbeitslebens berücksichtigt werden müssen.³⁷ Ein Beispiel für eine tatsächliche Besonderheit des Arbeitslebens ist die Verwendung von Anrechnungsvorbehalten bei übertariflicher Entlohnung. Da diese seit langem und häufig Bestandteil von Arbeitsverträgen sind, kann angenommen werden, dass die Folgen entsprechender vertraglicher Vorbehalte für den durchschnittlichen Arbeitnehmer verständlich sind.³⁸

3.1.3 Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen einer Beanstandung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ergeben sich auch für arbeitsvertragliche Klauseln aus § 306 I BGB. Dieser bestimmt, dass der Vertrag im Übrigen wirksam bleibt, wenn einzelne Vertragsklauseln gem. §§ 307 ff BGB unwirksam oder gem. § 305c BGB nicht Vertragsbestandteil geworden sind. Darüber hinaus gilt das Verbot geltungserhaltender Reduktion, d.h. die zu beanstandende Klausel wird nicht innerhalb der zulässigen Grenzen aufrechterhalten. An ihre Stelle treten die

³² Hanau/Hromadka, NZA 2005, 73, 77.

³³ Preis, Arbeitsvertrag, I C Rdn. 92.

³⁴ BT-Drs. 14/6857, 54.

³⁵ BT-Drs. 14/7052, 189.

³⁶ Annuß, BB 2006, 1333, 1334.

³⁷ BAG Ur. v.25.05.2005, NZA 2005, 1111, 1113; ArbG Bochum Ur. v. 08.07.2002, NZA 2002, 978, 979 f; Preis, Arbeitsvertrag, I C Rdn. 89 ff; Schnitker/Grau, S.2120; Thüsing, NZA 2002, 591, 592.

³⁸ BAG Ur. v. 01.03.2006, NZA 2006, 746, 749.

gesetzlichen Vorschriften, zu denen auch die durch das Richterrecht entwickelten ungeschriebenen Rechtsgrundsätze gehören. Wenn es an einer Gesetzesnorm fehlt, die an die Stelle der beanstandeten Klausel treten kann, ist die entstehende Lücke im Vertrag auf dem Wege der ergänzende Vertragsauslegung durch den Richter zu schließen.³⁹

3.2 Zweistufige Prüfung konstitutiver einseitiger Leistungsbestimmungsrechte

Bei der Beurteilung von arbeitsvertraglich vereinbarten einseitigen Leistungsbestimmungsrechten ist zunächst zu ermitteln, ob es sich um eine konstitutive oder deklaratorische Klausel handelt. Deklaratorische Vertragsbestimmungen wie die unechten Direktionsrechtserweiterungen geben nur den Inhalt der ohnehin bestehenden gesetzlichen Vorschriften wieder. Eine Beanstandung kann sich für sie nur aufgrund einer Verletzung des Transparenzgebotes gem. § 307 I Satz 2 BGB oder der Unklarheitenregelung des § 305c II BGB ergeben.⁴⁰

Bei der Beurteilung der Wirksamkeit von konstitutiven einseitigen Leistungsbestimmungsrechten ist eine zweistufige Prüfung vorzunehmen. Neben der Prüfung der Einhaltung der AGB-rechtlichen Vorschriften, insbesondere im Rahmen der Inhaltskontrolle, ist eine Ausübungskontrolle des Leistungsbestimmungsrechts für den Einzelfall vorzunehmen.⁴¹ Im Rahmen der Ausübungskontrolle ist zu prüfen, ob die entsprechende Leistungsbestimmung den Grundsätzen billigen Ermessens i.S.d. § 315 I BGB entspricht.⁴² Diese sind gewahrt, wenn sowohl die Interessen des Arbeitgebers als auch die des Arbeitnehmers bei der Ausübung des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts angemessen berücksichtigt wurden. Zu würdigen ist dabei einerseits das Interesse des Arbeitgebers an möglichst weitreichende Flexibilität bei der Anpassung des Arbeitsverhältnisses an die jeweiligen wirtschaftlichen Erfordernisse, andererseits das Bedürfnis des Arbeitnehmers nach Vertragsinhaltsschutz.⁴³ Auch eine möglicherweise im Lauf der Zeit eingetretene Konkretisierung der Arbeitspflichten auf bestimmte Arbeitsbedingungen durch entsprechende Übung kann im Rahmen der Ausübungskontrolle von Bedeutung sein. Die Rechtsprechung hat dazu festgelegt, dass der bloße Zeitablauf nicht ausreicht, um dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf gleichbleibende

³⁹ Gotthardt, Arbeitsrecht, 129; Preis, Arbeitsvertrag, I C Rdn. 116 f.

⁴⁰ Preis/Genenger, NZA 2008, 969, 973; Staudinger/Coester § 307 BGB Rdn. 289.

⁴¹ ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rdn. 61, Rdn. 73; Kort, FS für Birk, 459, 466; Preis, Arbeitsvertrag, II D 30 Rdn. 133; Preis/Lindemann, NZA 2006, 632, 633 f.

⁴² ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rdn. 51, Rdn. 62.

⁴³ Münchener Handbuch/Blomeyer § 48 Rdn. 40 f; Preis, Arbeitsvertrag, II D 30 Rdn. 133.

Arbeitsbedingungen zu geben. Vielmehr müssen zusätzliche Umstände hinzutreten, aufgrund derer der Arbeitnehmer erkennen und darauf vertrauen kann, dass der Arbeitgeber nicht beabsichtigt, ihn in anderer als der bisherigen Weise einzusetzen. Beispiele für solche besonderen Umstände sind Ausbildung, Beförderung oder die Übertragung von Führungsaufgaben.⁴⁴

3.3 Anwendbarkeit der Inhaltskontrolle gem. § 307 ff BGB

3.3.1 Kontrollfreiheit der Hauptleistungspflichten

Nicht inhaltstrollfähig sind die vertraglich vereinbarten Hauptleistungspflichten, also die Tätigkeitsbeschreibung und das Arbeitsentgelt. Die Intention der AGB-Kontrolle ist es, die schwächere Vertragspartei vor Vertragsinhalten zu schützen, die sie bei Abschluss des Vertrages nicht in ihrer vollen Tragweite zur Kenntnis nimmt und damit nicht in ausreichendem Maße in ihre Entscheidung über den Vertragsabschluss mit einbezieht. Bei der Vereinbarung der Hauptleistungspflichten ist von einer vergleichbaren Problematik nicht auszugehen. Im Fall des Abschlusses eines Arbeitsvertrages wird i.d.R. der Arbeitnehmer die Hauptabreden über die von ihm zu erbringende Arbeitsleistung und das zu erwartende Entgelt zur Kenntnis nehmen. Kontrollfähig sind hingegen das Entgelt betreffende Nebenabreden und die Hauptleistung einschränkende, verändernde oder ausgestaltende Klauseln.⁴⁵

3.3.2 Abweichen von Rechtsvorschriften

Gem. § 307 III Satz 1 BGB unterliegen nur solche AGBs der Inhaltskontrolle, deren Inhalt von Rechtsvorschriften abweicht oder diese ergänzt. Falls rein deklaratorische Klauseln wie die unechten Direktionsrechtserweiterungen im Rahmen einer Inhaltskontrolle für unwirksam befunden würden, träte an ihre Stelle ohnehin die gesetzliche Regelung gleichen Inhalts (§ 306 II BGB).⁴⁶ Im Bereich der vertraglichen Vereinbarungen zum einseitigen Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers unterliegen nur echte Direktionsrechtserweiterungen und andere konstitutive Klauseln der Inhaltskontrolle. Zu beachten ist, dass neben den materiellen Gesetzen auch ungeschriebene Rechtsgrundsätze

⁴⁴ BAG Urt. v. 29.09.2004, NJOZ 2005, 578, 580; BAG Urt. v. 13.03.2007, NJOZ 2008, 3160, 3166; Kleinebrink, ArbRB 2007, 57, 59; Münchner Handbuch/Blomeyer § 48 Rdn. 26 ff; Preis/Genenger, NZA 2008, 969, 976; Schaub/Linck, ArbR-Hdb., § 45 Rdn. 29.

⁴⁵ Hromadka, FS für Dieterich, 251, 263; Preis, Arbeitsvertrag, I C Rdn. 56 f, II D 30 Rdn. 4; Staudinger/Coester § 307 Rdn. 321.

⁴⁶ Preis, Arbeitsvertrag, I C Rdn. 55; Staudinger/Coester § 307 Rdn. 290.

und Richterrecht zu den Rechtsvorschriften i.S.d. § 307 III Satz 1 BGB gehören, da die Rechtsprechung den Begriff weit auslegt.⁴⁷ Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen werden gem. § 310 IV Satz 3 BGB den Rechtsvorschriften i.S.d. § 307 III BGB gleichgestellt. Sie sind gem. § 310 IV Satz 1 BGB generell nicht der Inhaltskontrolle unterworfen.⁴⁸ Gilt ein einschlägiger Tarifvertrag aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit, durch Allgemeinverbindlichkeitserklärung oder wird vertraglich auf einen ganzen Tarifvertrag oder einen seiner Regelungskomplexe Bezug genommen, ist keine Inhaltskontrolle der entsprechenden Vertragsbestimmungen vorzunehmen. Dies gilt allerdings nicht, wenn nicht auf einen einschlägigen, sondern auf einen branchenfremden Tarifvertrag verwiesen oder nur auf eine einzelne Passage statt auf den ganzen Tarifvertrag Bezug genommen wird. In diesen Fällen gilt nicht mehr die Vermutung, dass der Arbeitnehmer durch die tariflichen Normen nicht unangemessen benachteiligt wird. Daher unterliegen solche Regelungen der Inhaltskontrolle.⁴⁹

3.3.3 Einbeziehungskontrolle

Vor der Kontrolle im Rahmen der §§ 307 ff BGB ist zu überprüfen, ob die betreffende Vertragsbestimmung schon nach den Bestimmungen über überraschende und mehrdeutige Klauseln des § 305c BGB zu beanstanden ist (sog. Einbeziehungskontrolle). Ist dies der Fall, so wird die entsprechende Vertragsbestimmung nicht Vertragsbestandteil und unterliegt damit auch nicht der Inhaltskontrolle. Eine überraschende Klausel liegt vor, wenn der Arbeitnehmer aufgrund der Umstände, insbesondere auch aufgrund des äußeren Erscheinungsbilds des Vertrages, nicht mit ihr zu rechnen braucht. Entscheidend bei der Beurteilung, ob eine Klausel des Arbeitsvertrags als überraschend einzustufen ist, ist nicht nur der subjektive Erwartungshorizont des betroffenen Arbeitnehmers, sondern auch die objektive Ungewöhnlichkeit des Vertragspassus.⁵⁰ Mehrdeutig ist eine Klausel, wenn über ihre Bedeutung nach Anwendung aller zulässigen Auslegungsmethoden nicht behebbare Zweifel bestehen.⁵¹ Anders als die Inhaltskontrolle ist die Einbeziehungskontrolle gem. § 305c BGB auch auf deklaratorische Klauseln wie die unechten Direktionsrechtserweiterungen anzuwenden.⁵²

⁴⁷ Preis, Arbeitsvertrag, I C Rdn. 55.

⁴⁸ Schnitker/Grau, BB 2002, 2120, 2121.

⁴⁹ Annuß, BB 2006, 1333, 1333; Preis, Arbeitsvertrag, I C Rdn. 59 ff.

⁵⁰ Schnitker/Grau, BB 2002, 2120, 2122.

⁵¹ Annuß, BB 2006, 1333, 1336.

⁵² Preis/Genenger, NZA 2008, 969, 973.

3.4 Spezielle Klauselverbote gem. §§ 308, 309 BGB

Im Rahmen der Inhaltskontrolle sind zunächst die speziellen Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB zu prüfen. In diesem Bereich stellt sich allerdings in besonderem Maße die Frage, ob die jeweiligen Klauselverbote aufgrund der „im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten“ uneingeschränkt anwendbar sind.⁵³ Für die arbeitsvertraglichen einseitigen Leistungsbestimmungsrechte sind „im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten“ im Rahmen der Beurteilung der Anwendbarkeit des Klauselverbots bezüglich vertraglich vereinbarten Änderungsvorbehaltes gem. § 308 Nr. 4 BGB von Bedeutung. Nach der Schuldrechtsreform bestand zunächst Unsicherheit bezüglich der Frage, ob § 308 Nr. 4 BGB auf Vertragsklauseln, die das Direktionsrecht des Arbeitgebers betreffen, Anwendung finden soll.⁵⁴ Beantwortet wurde diese Frage durch die Rechtsprechung, als Beispiel sei das Urteil des BAG vom 11.04.2006 genannt.⁵⁵ Das Gericht stellte fest, dass § 308 Nr. 4 BGB nicht auf arbeitsvertragliche Versetzungsvorbehalte anzuwenden ist, da die Vorschrift nur „einseitige Bestimmungsrechte hinsichtlich der Leistung des Verwenders“ betrifft. Es geht also um das Recht des Arbeitgebers, die ihm obliegende Leistung einseitig zu verändern. § 308 Nr. 4 BGB bezieht sich daher nicht auf arbeitsvertragliche Klauseln, die die Leistungspflicht des Arbeitnehmers regeln, ist also auf Versetzungsklauseln oder sonstige Bestimmungen des Arbeitsvertrags bezüglich des Weisungsrechts des Arbeitgebers nicht anzuwenden.⁵⁶ Hingegen kann § 308 Nr. 4 BGB seinem Wortlaut entsprechend auf die Fälle angewendet werden, in denen sich der Arbeitgeber vorbehält, bestimmte Leistungen, insbesondere Lohnbestandteile, einseitig widerrufen zu können. Die Rechtsprechung wendet eine Kontrolle solcher Sachverhalte anhand des § 308 Nr. 4 BGB als gegenüber § 307 BGB speziellere Norm auch regelmäßig an, in der Literatur wird jedoch teilweise die Ansicht vertreten, dass die Kontrolle der Zulässigkeit das Entgelt betreffender Regelungen stattdessen im Rahmen des § 307 BGB erfolgen sollte, da unterschiedliche Bewertungsmaßstäbe für die verschiedenen einseitigen Leistungsbestimmungsrechte sich nur schwer rechtfertigen lassen.⁵⁷ Die Beurteilung einer Vertragsklausel erfolgt bei beiden Vorgehensweisen anhand der gleichen Überlegungen. Nebenabreden über das Entgelt beinhaltende Klauseln sind gem. § 308 Nr. 4 BGB unzulässig, wenn die Interessen des

⁵³ Gotthardt, Arbeitsrecht, 95; Preis, Arbeitsvertrag, I C Rdn. 97.

⁵⁴ Däubler, NZA 2001, 1329, 1336; Schnitker/Grau, BB 2002, 2120, 2124.

⁵⁵ BAG Ur. v. 11.04.2006, NZA 2006, 1149, 1151.

⁵⁶ Kort, FS für Birk, 459, 465.

⁵⁷ BAG Ur. v. 12.01.2005, NZA 2005, 465, 467; BAG Ur. v. 11.10.2006, NJW 2007, 536, 537; BAG Ur. v. 30.07.2008, 1173, 1174; Gotthardt, Arbeitsrecht, 117.

Arbeitnehmers nicht in ausreichendem Maße berücksichtigt werden. Nach der Rechtsprechung darf der widerrufliche Anteil 25-30 % der Gesamtvergütung nicht übersteigen, Art und Höhe der widerruflichen Leistung müssen bezeichnet sein und ein Grund für den Widerruf muss genannt werden (vgl. 3.5 Kontrolle auf Unangemessenheit und Transparenz).⁵⁸

3.5 Kontrolle auf Unangemessenheit (§ 307 I Satz 1, II) und Transparenz (§ 307 I Satz 2)

Von zentraler Bedeutung für die rechtliche Beurteilung von arbeitsvertraglich vereinbarten einseitigen Leistungsbestimmungsrechten ist die Kontrolle auf Angemessenheit und Transparenz nach § 307 BGB.⁵⁹ Dabei ist, wie oben bereits ausgeführt, zu beachten, dass rein deklaratorische Klauseln wie unechte Direktionsrechtserweiterungen nicht auf Angemessenheit zu kontrollieren sind, da sie nur wiedergeben, was ohnehin gesetzlich bestimmt ist. Das Transparenzgebot gilt hingegen auch für Vertragsbestimmungen, die nicht von den gesetzlichen Vorschriften abweichen, ist also gleichermaßen auf konstitutive wie auf deklaratorische Klauseln anzuwenden.⁶⁰

3.5.1 Formen der Unangemessenen Benachteiligung

Gem. § 307 I Satz 1 BGB darf der Arbeitnehmer durch vom Arbeitgeber verwendete AGBs nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt werden. Das Vorliegen einer unangemessenen Benachteiligung ist anzunehmen, wenn eine Vertragsbestimmung mit dem „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist“ (§ 307 II Nr. 1 BGB), wenn durch sie „wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist“ (§ 307 II Nr. 2 BGB) oder wenn sie gegen das Transparenzgebot verstößt (§ 307 I Satz 2 BGB). Das BAG hat festgestellt, dass bei der Beurteilung der Angemessenheit einer Klausel ein „genereller, typisierender, vom Einzelfall losgelöster Maßstab anzulegen“ ist.⁶¹ Trotzdem sind nach § 310 III Nr. 3 BGB bei Verbraucherverträgen, um die es sich bei Arbeitsverträgen zumeist handelt, auch die Umstände bei Vertragsabschluss in die Betrachtung einzubeziehen.⁶² Für

⁵⁸ BAG, Urt. v. 12.01.2005, NZA 2005, 465, 467 f; ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rdn. 52, Rdn. 58, Rdn. 71. Freiwilligkeitsvorbehalte werden wie Widerrufsvorbehalte behandelt.

⁵⁹ Gotthart, Arbeitsrecht, Rdn. 265.

⁶⁰ Preis, Arbeitsvertrag, I A Rdn. 129; Schnitker/Grau, BB 2002, 2120, 2121.

⁶¹ BAG Urt. v. 09.05.2006, NZA 2007, 145, 146.

⁶² BAG Urt. v. 07.12.2005, NZA 2006, 423, 427.

die Bewertung der Wirksamkeit einer Klausel mit unangemessen benachteiligendem Inhalt kommt es nicht darauf an, ob sich aus ihr im zu beurteilenden Einzelfall auch tatsächlich eine benachteiligende Wirkung ergeben hat. Vielmehr ist zu prüfen, was aufgrund der Klausel geltend gemacht werden kann und welche Folgen sich daraus ergeben können.⁶³

3.5.2 Interessenausgleich

Laut BAG ist eine formularmäßige Klausel dann als unangemessen i.S.d. § 307 I Satz 1 BGB zu beurteilen, wenn der Verwender versucht, seine eigenen Interessen durchzusetzen ohne die Belange seines Vertragspartners hinreichend zu berücksichtigen und diesem einen angemessenen Ausgleich zu gewähren. Dies stellt einen Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben dar.⁶⁴ Ein solcher Ausgleich ergibt sich bspw. für flexible Arbeitszeitsysteme wie Arbeit auf Abruf. Der Arbeitgeber hat hier gem. BAG-Rechtsprechung sehr umfangreiche Flexibilisierungsbefugnisse, wenn diesen eine Erhöhung der Arbeitsplatzsicherheit des Arbeitnehmers gegenübersteht. So kann ein variabler Anteil der Arbeitszeit von mehr als 25 Prozent der Mindestarbeitszeit vereinbart werden, wenn die Interessen des Arbeitnehmers dadurch gewahrt sind, dass die Maßnahme dem Erhalt seines Arbeitsplatzes dient. Dies stellt eine „Besonderheit des Arbeitsrechts“ (§ 310 IV Satz 2 BGB) dar.⁶⁵ Auch bei Direktionsrechtserweiterungen erleidet der Arbeitnehmer durch eine Ausdehnung seines möglichen Einsatzbereiches nicht nur Nachteile. Aus der Einbeziehung der „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“ ergibt sich als Nebeneffekt der erweiterten Einsetzbarkeit eines Arbeitnehmers eine Ausdehnung von dessen Kündigungsschutz. Im Fall von betriebsbedingten Kündigungen hat der Arbeitgeber eine Sozialauswahl zwischen allen vergleichbaren Arbeitnehmern vorzunehmen (§ 1 III KSchG). Vergleichbar mit dem von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmer sind alle, deren Arbeitsplatz er aufgrund Weisung des Arbeitgebers einzunehmen verpflichtet werden könnte. Durch ein weites Direktionsrecht vergrößert sich somit die Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer und der Kündigungsschutz erhöht sich durch eine umfassendere Sozialauswahl. Ist ein Arbeitnehmer hingegen aufgrund eines durch seinen Arbeitsvertrag sehr eng begrenzten Direktionsrechts bspw. nur in einem

⁶³ Preis, Arbeitsvertrag, I C Rdn. 99.

⁶⁴ BAG Ur. v. 11.04.2006, NZA 2006, 1149, 1151; Dzida/Schramm, BB 2007, 1221, 1222.

⁶⁵ BAG Ur. v. 12.01.2005, NZA 2005, 465, 467; BAG Ur. v. 07.12. 2005, NZA 2006, 423, 428; BAG Ur. v. 14.08.2007, NZA 2008, 1194, 1198; ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rdn. 56.

genau bestimmten Betrieb einsetzbar, kann er im Fall einer betriebsbedingten Kündigung nicht verlangen, in einen anderen Betrieb seines Arbeitgebers versetzt zu werden.⁶⁶

3.5.3 Umgehung des Kündigungsschutzes als Maßstab

Vor der Schuldrechtsreform war § 2 KSchG ein wichtiger Maßstab für die Wirksamkeit arbeitsvertraglicher einseitiger Leistungsbestimmungsrechte, insbesondere im Bereich der Direktionsrechtsklauseln. In diesem Zusammenhang war eine Klausel darauf zu überprüfen, ob mit ihr eine Umgehung des Kündigungsschutzes erreicht werden sollte. Diese Umgehungsprüfung ist im Rahmen der Schuldrechtsreform zwar durch die AGB-Kontrolle ersetzt worden, der ihr zugrunde liegende Gedanke ist aber bei der Prüfung des § 307 II Nr. 1 BGB weiterhin von Bedeutung.⁶⁷ Das BAG entschied hierzu einen Fall, bei dem eine Personalsachbearbeiterin unter Inanspruchnahme einer arbeitsvertraglich vereinbarten echten Direktionsrechtserweiterungsklausel in den Produktionsbereich versetzt wurde. Das Gericht stellte fest, dass der Arbeitgeber sich in diesem Fall eine „Änderung der vertraglichen Tätigkeit als solche vorbehalten“ hat, was eine Umgehung des KSchG darstellt und daher als unangemessene Benachteiligung nach § 307 II Nr. 1 BGB zu betrachten ist.⁶⁸

3.5.4 Das Transparenzgebot

Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liegt vor, wenn eine vertragliche Bestimmung den Arbeitnehmer deshalb unangemessen benachteiligt, weil sie nicht klar und verständlich gefasst ist (§ 307 I Satz 2 BGB).⁶⁹ Anders als die Kontrolle auf unangemessene Benachteiligung ist die Transparenzkontrolle auch für rein deklaratorische Klauseln, vertragliche Hauptleistungspflichten und Verweise auf Tarifverträge, und Betriebsvereinbarungen vorzunehmen.⁷⁰ Verwender von AGBs sind gem. § 307 I Satz 2 BGB verpflichtet, Vertragsbestimmungen möglichst klar und durchschaubar zu formulieren, sie müssen Rechte und Pflichten, wirtschaftliche Nachteile, Anlass, Richtlinien und Grenzen der Ausübung einseitiger Leistungsbestimmungsrechte möglichst konkret angeben.⁷¹ Für die vertragliche Regelung einseitiger Leistungsbestimmungsrechte

⁶⁶ Dzida/Schramm, BB 2007, 1221, 1222; Kort, FS für Birk, 459, 467; Preis, Arbeitsvertrag, II D 30 Rdn. 6 ff; Preis/Genenger, NZA 2008, 969, 972 f.

⁶⁷ ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rdn. 51; Kort, FS für Birk, 459, 460.

⁶⁸ BAG Ur. v. 09.05.2006, NZA 2007, 145, 146 f.

⁶⁹ Hunold, NZA-RR 2008, 449, 449; Schnitker/Grau, BB 2002, 2120, 2124.

⁷⁰ Preis, Arbeitsvertrag, I C Rdn. 109.

⁷¹ BAG Ur. v. 11.04.2006, NZA 2006, 1149, 1152; Preis/Genenger, NZA 2008, 969, 973.

bedeutet dies, dass die Gründe für die Ausübung und die Grenzen dieser Rechte so konkret wie möglich anzugeben sind.⁷²

3.5.5 Angabe von Änderungsgründen

Für die Einhaltung des Transparenzgebotes ist es jedoch nicht erforderlich, die konkreten Gründe für die Ausübung des Direktionsrechts des Arbeitgebers im Einzelnen in den Arbeitsvertrag aufzunehmen.⁷³ Preis begründet dies mit den „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“ (§ 310 IV BGB). Die Leistungspflichten sind vertraglich i.d.R. nur rahmenmäßig festgelegt, die Möglichkeit der Anpassung an im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbare Veränderungen muss erhalten bleiben.⁷⁴ Das BAG hat dazu in seinem Urteil vom 11.04.2006 festgestellt, dass es dem Arbeitgeber nicht abverlangt werden kann, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses alle möglichen zukünftigen Änderungsgründe zu überblicken und diese im Einzelnen im Arbeitsvertrag anzugeben. Alternativ könnte sich der Arbeitgeber mit einer sehr weit gefassten Formulierung der Begründung wie bspw. „wegen sachlichen Grundes“ einen entsprechend weiten Änderungsspielraum vorbehalten, in diesem Fall würde der Arbeitnehmer aber auch nicht mehr Klarheit über die Ausübung des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts des Arbeitgebers gewinnen als ohne entsprechende vertragliche Regelung.⁷⁵ Auch Formulierungen wie „betriebliche Gründe“, „wirtschaftliche Gründe“ oder „verhaltensbedingte Gründe“ führen nicht dazu, dass der Arbeitnehmer die Bedingungen für die Ausübung des vereinbarten Direktionsrechts besser einschätzen kann, da für ihn offen bleibt, welche dieser Gründe im Einzelfall eine Änderung rechtfertigen.⁷⁶

3.5.6 Zuweisung eines geringerwertigen Arbeitsplatzes

Anders verhält es sich in den Fällen, in denen sich der vertragliche Änderungsvorbehalt nicht ausdrücklich nur auf im Hinblick auf Qualifikationsniveau und Entgelt gleichwertige Tätigkeiten bezieht. Das gesetzliche Direktionsrecht ermöglicht die Zuweisung eines geringerwertigen Arbeitsplatzes selbst bei Beibehaltung der bisherigen Vergütung nicht, der Arbeitgeber kann sich eine derartige Ausdehnung des Umfangs seines Weisungsrechts

⁷² Staudinger/Coester § 307 BGB Rdn. 317.

⁷³ BAG Urt. v. 13.03.2007, NJOZ 2008, 3160, 3165; Dzida/Schramm, BB 2007, 1221, 1221.

⁷⁴ BAG, Urt. v. 11.04.2006, NZA 2006, 1149, 1152; Hunold, NZA 2007, 19, 21; Preis/Genenger, NZA 2008, 969, 973.

⁷⁵ BAG Urt. v. 11.04.2006, NZA 2006, 1149, 1152; Kort, FS für Birk, 459, 468.

⁷⁶ Dzida/Schramm, BB 2007, 1221, 1222; Hromadka/Schmitt-Rolfes, NJW 2007, 1777, 1778.

nur durch echte Direktionsrechtserweiterungsklauseln vorbehalten.⁷⁷ Dabei werden Änderungsvorbehalte, die die Zuweisung eines geringerwertigen Arbeitsplatzes in Verbindung mit einer entsprechenden Absenkung der Vergütungshöhe ermöglichen sollen, von Rechtsprechung und Literatur aufgrund der unangemessenen Benachteiligung des Arbeitnehmers generell als unzulässig erachtet.⁷⁸ Bezüglich der Erfüllung des Transparenzgebotes werden an Leistungsbestimmungsrechtsklauseln, die einen besonders schweren Eingriff in das Vertragsverhältnis ermöglichen, strenge Anforderungen gestellt. Änderungen der Vergütung oder des Qualifikationsniveaus der Tätigkeit stellen solche schweren Eingriffe in das Vertragsverhältnis dar. Für den Arbeitnehmer kann sich bei einer Verringerung des Entgelts gegebenenfalls eine Einschränkung des von ihm angestrebten Vertragszwecks (§ 307 II Nr. 2 BGB), seiner Vergütung, ergeben.⁷⁹ Um bei Vorbehalt der Zuweisung einer geringerwertigen Tätigkeit das Transparenzgebot nicht zu verletzen, muss eine absolute Untergrenze der Geringerwertigkeit bezüglich der Qualifikationsstufe, bei Verringerung des Entgelts bezüglich der Vergütung angegeben werden. Für die Absenkung des Entgelts ist laut Urteil des BAG die Grenze der Zulässigkeit bei einem Umfang des Widerrufsvorbehalts von 25-30 Prozent der Gesamtvergütung zu ziehen⁸⁰, zumindest wenn der Absenkung kein entsprechender Ausgleich für den Arbeitnehmer gegenüber steht.⁸¹

In der Literatur wird bei Vorbehalten, die sich nicht ausdrücklich auf gleichwertige Tätigkeiten beziehen, zusätzlich die Aufnahme von genauen Änderungsgründen in den Arbeitsvertrag als erforderlich betrachtet. Um eine Umgehung der Kündigungsschutzvorschriften zu verhindern, müssen diese Gründe zudem den Anforderungen entsprechen, die an Begründungen für betriebliche Änderungskündigungen gestellt werden.⁸² Das BAG hat in seiner Entscheidung vom 11.04.2006 zunächst offen gelassen, ob bei besonders schwerwiegenden Eingriffen in das Arbeitsverhältnis im Rahmen der Ausübung des arbeitgeberseitigen Weisungsrechts, insbesondere bei der Versetzung eines Arbeitnehmers auf einen geringerwertigen Arbeitsplatz, ausnahmsweise die möglichen Gründe für eine Versetzung in der entsprechenden arbeitsvertraglichen

⁷⁷ Kleinebrink, ArbRB 2007, 57, 58; Preis/Genenger, NZA 2008, 969, 974.

⁷⁸ BAG Urt. v. 09.05.2006, NZA 2006, 145, 146 f.; Dzida/Schramm, BB 2007, 1221, 1224 f.

⁷⁹ BGH Urt. v. 12.01.1994, NJW 1994, 1060, 1061; ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rdn. 52.

⁸⁰ BAG, Urt. v. 12.01.2005, NZA 2005, 465, 467; BAG Urt. v. 07.12.2005, NZA 2006, 423, 428; Dzida/Schramm, BB 2007, 1221, 1225; ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rdn. 55a; Kleinebrink, ArbRB, 57, 60; Preis/Lindemann, NZA 2006, 632, 638.

⁸¹ BAG Urt. v. 14.08.2007, NZA 2008, 1194, 1198.

⁸² ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rdn. 61; Kort, FS für Birk, 459, 471; Preis/Genenger, NZA 2008, 969, 974 f.

Klausel genannt werden müssen.⁸³ In seinem Urteil vom 09.05.2006 hat das BAG einen Versetzungsvorbehalt, der dem Arbeitgeber das Zuweisen einer geringerwertigen Tätigkeit ermöglichen sollte, schließlich als unzulässig beurteilt. Die beanstandete Klausel hatte die Zuweisung einer geringerwertigen Tätigkeit zwar nicht ausdrücklich ermöglicht, war aber so formuliert, dass dem Arbeitnehmer „falls erforderlich“ und nach „Abstimmung der beiderseitigen Interessen“ eine andere als vertraglich vereinbarte Tätigkeit zugewiesen werden konnte. Die Klausel ermöglicht dem Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer einseitig eine auch geringerwertige Tätigkeit zuzuweisen, da eine Gleichwertigkeit der Tätigkeit nicht vereinbart ist. Der Zusatz „falls erforderlich“ stellt keinen für den Arbeitnehmer transparenten Änderungsgrund dar, sondern unterliegt allein dem Ermessen des Arbeitgebers. Verlangt wird zudem der Versuch einer Interessenabstimmung, ein Erfolg in dieser Hinsicht wird aber nicht zur Voraussetzung für die Ausübung des Direktionsrechts gemacht. Ein „so schwerwiegender Eingriff in den gesetzlich gewährleisteten Inhaltsschutz“ würde nach Ansicht des Gerichts eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 II Nr. 1 BGB darstellen.⁸⁴

4 Zusammenfassung

Der Charakter des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis macht eine Anpassung der bei Vertragsschluss getroffenen Vereinbarungen an sich verändernde wirtschaftliche Erfordernisse notwendig. Der Arbeitgeber muss die Möglichkeit haben, einen Arbeitnehmer entsprechend den Anforderungen seines Unternehmens einsetzen zu können, gegebenenfalls auch seinen Tätigkeitsbereich, Einsatzort und die Lage seiner Arbeitszeit zu verändern, sowie vertragliche Nebenabreden über Arbeitszeit- oder Entgeltbestandteile entsprechend anzupassen. § 106 GewO gibt dem Arbeitgeber in Bezug auf Inhalt, Ort und Zeit der Tätigkeit des Arbeitnehmers innerhalb der Grenzen des Gesetzes, der kollektivrechtlichen Vereinbarungen und des Arbeitsvertrages das einseitige Leistungsbestimmungsrecht. Soll das Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers über die gesetzlichen Grenzen in Bezug auf Inhalt, Ort und Zeit der Tätigkeit hinaus gehen oder auf vertragliche Vereinbarungen bezüglich Entgeltbestandteilen oder Nebenpflichten angewendet werden, kann sich der Arbeitgeber dies im Arbeitsvertrag vorbehalten.

⁸³ BAG Ur. v. 11.04.2006, NZA 2006, 1149, 1152; Dzida/Schramm, BB 2007, 1221, 1224; Kort, FS für Birk, 459, 470.

⁸⁴ BAG Ur. v. 09.05.2006, NZA 2007, 145, 147.

Arbeitsverträge sind heute in aller Regel vom Arbeitgeber vorformuliert, daher unterliegen sie seit der Schuldrechtsreform den Kontrollvorschriften für Allgemeine Geschäftsbedingungen gem. §§ 305 ff BGB. Dies gilt allerdings nur für Vertragsbestimmungen, die von Rechtsvorschriften abweichen. Unechte Direktionsrechtserweiterungen in Formulararbeitsverträgen, die dem Arbeitgeber keine vom Inhalt des § 106 GewO abweichenden Befugnisse geben, sind im Rahmen der AGB-Kontrolle nur auf Transparenz (§ 307 I Satz 2 BGB) sowie mehrdeutigen Inhalt (§ 305c II BGB) zu prüfen. Echte Erweiterungen des Direktionsrechts oder sonstige nicht von § 106 GewO erfasste einseitige Leistungsbestimmungsrechte des Arbeitgebers unterliegen hingegen der vollen AGB-Kontrolle, insbesondere auch der Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff BGB. Arbeitnehmer sollen vor einer Umgehung der kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften durch individualarbeitsvertragliche Regelungen geschützt werden. Dies ist insbesondere durch die „strukturell bedingte Unterlegenheit“⁸⁵ des Arbeitnehmers bei Vertragsabschluss gerechtfertigt. Er hat i.d.R. keinen Einfluss auf die Formulierung des Arbeitsvertrages und auch meist weniger Einblick in die rechtliche Bedeutung einzelner Vertragsklauseln als der Arbeitgeber, der diese mit Hilfe von Rechtsanwälten entsprechend seinen Interessen ausarbeiten kann.

Behält sich der Arbeitgeber ein nach AGB-Recht unzulässiges einseitiges Leistungsbestimmungsrecht vor, läuft er Gefahr, dass die entsprechende Klausel gem. § 306 BGB nicht Vertragsbestandteil wird oder als unwirksam zu beurteilen ist. Im AGB-Recht gilt das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, d.h. der Regelungsgehalt der Klausel wird nicht auf ein zulässiges Maß reduziert, sondern ist durch die gesetzlichen Bestimmungen zu ersetzen. Der Arbeitgeber läuft also Gefahr, ein vertraglich vereinbartes konstitutives Leistungsbestimmungsrecht vollständig einzubüßen. Umso wichtiger ist es, für die entsprechenden Vertragsklauseln eine Formulierung zu wählen, die den gesetzlichen Anforderungen genügt und mit den Entscheidungsgrundsätzen der Rechtsprechung konform ist.

⁸⁵ BVerfG Urt. v. 23.11.2006, NZA 2007, 286, 287; BAG Urt. v. 25.04.2007, NZA 2007, 853, 854.