

Rückzahlungsklauseln bei Fortbildungskosten – Anforderungen, Rechtsfolgenproblematik und Vertrauensschutz von Dipl.-Jur. Michel Hoffmann, LL. B. * in NZA-RR 2015, 337

Der vorliegende Beitrag soll nicht nur die aktuellen Anforderungen an die Rückzahlungsklausel kritisch durchleuchten, sondern sich auch der allgemeinen Rechtsfolgenproblematik unwirksamer Klauseln widmen. Denn erst im Zusammenspiel wird das Dilemma für viele Verwender hinreichend deutlich.

I. Einleitung

Der Stellenwert von hochqualifizierten Mitarbeitern ist für eine zukunftsorientierte stabile Marktpräsenz der Unternehmer immens.¹ Ursprünglich erlernte Kenntnisse müssen durch stete Fortbildung mit einer sich ständig wandelnden Arbeitswelt Schritt halten.² Die Investition des Arbeitgebers in die Bildung seiner Arbeitnehmer ist dabei im Grundsatz für beide Seiten gewinnbringend, da sie ihnen auf diesem Wege jeweils ihren Anteil zu einer zukunftsweisenden Personalsteuerung zu leisten ermöglicht.³ Dennoch entsteht zugleich ein Spannungsverhältnis. Während der Arbeitgeber nach getätigter Investition ein erhebliches Interesse an der langfristigen Bindung seiner qualifizierten Mitarbeiter hat, will der Arbeitnehmer seine Verfügbarkeit auf dem Arbeitsmarkt nicht einschränken.⁴ Die rechtliche Beurteilung orientiert sich mangels gesetzlicher Rahmenbedingungen alleine an einer Abwägung zwischen Vertragsfreiheit und Arbeitnehmerschutz.⁵ Im Grundsatz ist ein solches Spannungsverhältnis zu Gunsten der Privatautonomie aufzulösen, streitet doch bei einem privatautonomen, durch beiderseitige Selbstbestimmung zu Stande gekommenen Vertrag der „egoistische Interessenausgleich“⁶ für die Richtigkeit.⁷ Im Arbeitsrecht gab es an dieser Auslegung im Hinblick auf die Imparität zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer schon früh Bedenken,⁸ welche durch eine weitgehende Billigkeitskontrolle am Maßstab des § 242 BGB kompensiert wurden.⁹ Spätestens aber seit der Arbeitgeber regelmäßig die Vertragsgestaltungsfreiheit durch einseitig vorformulierte Vertragsmuster ausnutzt, tritt der fehlende Interessenausgleich offen zutage.¹⁰ Es war daher die logische und notwendige Konsequenz, die Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB auch auf das Arbeitsrecht zu erstrecken.¹¹ Das Minus im Rahmen der Vertragsfreiheit wird nunmehr also durch ein Plus von richterlicher Überprüfung ausgeglichen. Allen guten Absichten und Vorsätzen zum Trotz kann dies aber geradewegs zu einem Zustand führen, der sämtliche Formulierungsverantwortung in die Hände der Rechtsprechung legt. Inhalt, Ausgestaltung und Rechtsfolge von arbeitsrechtlichen Klauseln werden dann der autonomen Gestaltungsmacht der Parteien endgültig entzogen, was sich kaum noch mit dem Schutz einer Partei begründen lassen wird.¹² Gerade auf dem Gebiet der Rückzahlungsklauseln scheint sich ein solches Feld zu entwickeln, in welchem rigide Transparenzanforderungen den Spielraum der Vertragsgestaltung kontinuierlich reduzieren.¹³ Zugleich führen undurchschaubare und unvorhersehbare Anforderungen dazu, dass sich der Arbeitgeber – auch ohne Absicht der eigenen Übervorteilung – bei der Formulierung von AGB „auf schwankendem Boden befindet“.¹⁴ Dass dies eine Klauselgestaltung auch praktisch um ihren Anwendungsbereich bringen kann, hat der Freiwilligkeitsvorbehalt „eindrucksvoll“ gezeigt.¹⁵

II. Aktuelle Anforderungen an die Rückzahlungsklausel

Grundsätzliche Bedenken, die Arbeitnehmer an den Fortbildungskosten bei vorzeitigem Ausscheiden zu beteiligen, bestehen nach Ansicht der Rechtsprechung nicht.¹⁶ Obgleich eine angemessene Ausgestaltung stets auf Grund einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung im Einzelfall zu ermitteln ist,¹⁷ hat die Rechtsprechung im Laufe der Jahre eine gewisse Kasuistik aufgestellt, die im

Folgenden dargestellt werden soll. In der weit überwiegenden Anzahl der Fälle finden sich Rückzahlungsklauseln dabei in vorformulierten, einseitig vom Arbeitgeber gestellten und folglich an den §§ 307 ff. BGB zu messenden Vertragsbedingungen.¹⁸ Für Individualvereinbarungen ist die Kontrolldichte hingegen deutlich zurückzunehmen und die Klauseln nur noch bei erheblicher Abweichung von den Grundsätzen der Rechtsprechung im Hinblick auf §§ 138, 242 BGB zu untersuchen.¹⁹

1. Zumutbare Kostenbeteiligung des Arbeitnehmers an sich („Ob“)

Zunächst ist zu bestimmen, ob die Kostentragung durch den Arbeitnehmer durch eine etwaige Rückzahlungspflicht – unabhängig von der konkreten Ausgestaltung einer Klausel – angemessen ist. Die Prüfung der generellen Zulässigkeit anhand von § 307 BGB hat im Vergleich zu § 242 BGB²⁰ keine Änderungen erfahren.²¹ Entscheidend bleibt die Frage, inwieweit der Arbeitnehmer durch die Fortbildungsmaßnahme einen so genannten geldwerten Vorteil, also die Verbesserung seiner beruflichen Möglichkeiten, erlangt.²² Diese Voraussetzung ist beispielsweise dann erfüllt, wenn durch die Fortbildung eine Verbesserung der Chancen des Arbeitnehmers auf dem Arbeitsmarkt oder die Schaffung von realistischen Aufstiegsmöglichkeiten entsteht.²³ Gleiches wird für Weiterbildungen gelten, die erst die Voraussetzungen schaffen, einen gewissen Arbeitsplatz bekleiden zu können.²⁴ Handelt es sich bei den Fortbildungskosten hingegen der Sache nach um eine Investition im Interesse des Arbeitgebers für seinen Geschäftsbetrieb, letztlich somit um einen Teil der Personalpolitik des Unternehmens, ist eine Rückzahlungsklausel unwirksam.²⁵ Dies gilt typischerweise für Auffrischungs- oder Vertiefungslehrgänge,²⁶ aber auch bei Fortbildungsmaßnahmen, die lediglich bereits vorhandene Kenntnisse an neue betriebliche Gegebenheiten anpassen.²⁷ Unwirksam ist eine entsprechende Klausel auch im Rahmen eines Berufsausbildungsverhältnisses, da die Kosten zwingend vom Auszubildenden zu tragen sind (§§ 12 II Nr. 1, 25 BBiG).²⁸ Verkürzt lässt sich sagen, dass dem Arbeitnehmer eine Rückzahlung der Kosten für die Fortbildung umso eher zuzumuten ist, je größer der mit der Fortbildungsmaßnahme verbundene berufliche Vorteil ist.²⁹ Um sich erst gar nicht dem Vorwurf der unzulässigen Druckausübung während der Fortbildung auszusetzen, sollte die Rückzahlungsvereinbarung schriftlich schon vor Antritt der Fortbildungsmaßnahme geschlossen werden.³⁰

2. Konkrete Ausgestaltung der Rückzahlungsklausel („Wie“)

Eine dem Grunde nach zulässige Rückzahlungsklausel ist sodann am Maßstab des § 307 I BGB auf ihre konkret vereinbarten Modalitäten hin zu überprüfen.³¹ Das BAG beurteilt dies in erster Linie nach der Dauer der Aus- oder Fortbildungsmaßnahme.³² Mit dem Transparenzgebot sind aber zugleich auch die Anforderungen an die richtige Formulierung einer solchen Klausel stärker in den Vordergrund getreten.

a) Zulässige Bindungsdauer

Die Rückzahlungsverpflichtung von Fortbildungskosten knüpft regelmäßig an das vorzeitige Ausscheiden des Arbeitnehmers vor Ablauf der vertraglich vereinbarten Frist an. Die Rechtsprechung hat hier ein relativ zuverlässiges Leitbild entwickelt, welches die zulässige Bindungsdauer in Relation zur Dauer der Fortbildung setzt.³³

aa) Fortbildungsdauer als entscheidendes Kriterium

Bei einer Fortbildungsdauer von bis zu einem Monat ohne Verpflichtung zur Arbeitsleistung unter Fortzahlung der Vergütung ist regelmäßig eine Bindungsdauer bis zu sechs Monaten zulässig,³⁴ bei einer Dauer von bis zu zwei Monaten eine einjährige Bindung,³⁵ bei einer Dauer der Fortbildung von drei bis vier Monaten eine zweijährige Bindung,³⁶ bei einem Zeitraum von sechs Monaten bis zu

einem Jahr keine längere Bindung als drei Jahre³⁷ und bei einer mehr als zweijährigen Dauer eine Bindung von fünf Jahren.³⁸ Dies ist im Hinblick auf die Rechtssicherheit in der vertragsgestaltenden Praxis zunächst begrüßenswert, offenbart aber dort Schwächen, wo Sachverhalte von der Norm abweichen. Eine sehr kurze und kostspielige Weiterbildung, uU sogar im Ausland, die einen deutlichen geldwerten Vorteil für den Arbeitnehmer mit sich bringt, ist damit kaum angemessen zu erfassen. Jedenfalls lässt sich nicht ohne weiteres mit der Dauer der Bildungsmaßnahme die Höhe der Kosten sowie die Qualität und Werthaltigkeit der erworbenen Qualifikationen begründen.³⁹ Unklar ist bisher auch, welche Bindungsdauern angemessen sind, wenn der Arbeitnehmer die Fortbildung zu großen Teilen in seiner Freizeit absolviert.⁴⁰ Im Hinblick auf einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen ist es wenig überzeugend, sämtliche Zeiten, die in der Freizeit erbracht werden, unberücksichtigt zu lassen.⁴¹ Weder das Interesse des Arbeitgebers an der Bindung seiner Mitarbeiter noch die einseitige Kostentragung werden dabei hinreichend beachtet.⁴² Eine Neujustierung der Vorgaben scheint zumindest in diesen Fällen geboten. Die Literatur hat hier eine Reihe von brauchbaren Parametern, wie beispielsweise die Relation zum Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers,⁴³ das Amortisationsinteresse des Arbeitgebers⁴⁴ oder auch die Berücksichtigung der Finanzkraft des Arbeitgebers angeführt,⁴⁵ die (zusätzlich) Berücksichtigung finden könnten.

bb) Vereinbarungen bei „atypischer“ Sachverhaltskonstellation

Will der Arbeitgeber von den aufgestellten Kriterien auf Grund des Einzelfalls abweichen, welches im Hinblick auf die Vielzahl von denkbaren Konstellationen (bspw. Bildungsmaßnahmen außerhalb der Arbeitszeit, Traineeprogramme⁴⁶ und duale Studiengänge⁴⁷) beileibe keine Ausnahme mehr sein dürfte, trägt er das Rechtsverfehlungsrisiko.⁴⁸ Im Grundsatz hat das *BAG* eine Abweichung stets erlaubt. So wird es doch nicht müde zu betonen, dass es sich bei den aufgestellten Bindungsdauern nicht um rechnerische Gesetzmäßigkeiten, sondern lediglich um richterrechtlich entwickelte Regelwerte handelt, die einzelfallbezogenen Abweichungen zugänglich sind.⁴⁹ Hohe Aufwendungen sollen beispielsweise längere Bindungen rechtfertigen können, wenn sich die beruflichen Chancen des Arbeitnehmers infolge der Fortbildung in erheblichem Umfang erhöht haben.⁵⁰ Die Krux steckt selbstredend im Detail. Ohne belastbare, konkrete Anhaltspunkte in der höchstrichterlichen Rechtsprechung stochert die Vertragspraxis im Nebel. Eine auch nur geringfügig zu lange Vertragsbindung bringt die gesamte Rückzahlungsklausel zu Fall, ohne dass der Arbeitnehmer irgendeine Rückzahlung schuldet.⁵¹ Das Risiko der Totalunwirksamkeit der Klausel ist jeder vorformulierten Vertragsgestaltung immanent,⁵² ohne Richtwerte durch das *BAG* ist diese aber kaum etwas anderes als ein Blindflug mit sehr ungewissem Ausgang. Der unerschrockene Arbeitgeber sollte dennoch einige Punkte im Rahmen der Vertragsgestaltung beachten.

(1) Orientierung an der Höhe der Ausbildungskosten

Erwähnenswert ist hier zunächst ein Urteil des *LAG Mecklenburg-Vorpommern*.⁵³ Unter Zugrundelegung der Aussagen des *BAG* hat das *LAG* erwartungsgemäß die Bindungsdauer von fünf Jahren (und damit die an § 624 BGB angelehnte Höchstgrenze)⁵⁴ deshalb abgelehnt, weil die durchlaufene Ausbildung ausschließlich außerhalb der Arbeitszeit absolviert wurde.⁵⁵ Bemerkenswert ist, dass nicht die Ausbildungsdauer sondern die Ausbildungskosten in den Fokus der Betrachtung gerückt wurden. In Relation zum Bruttomonatsentgelt (hier: drei Monatsgehälter) will das *LAG* die maximal zulässige Bindungsdauer (hier: zwei Jahre) bestimmen.⁵⁶ Abstrahiert betrachtet wird hier also das Kriterium der monatlichen Fortbildungsdauer durch ein solches der Ausbildungskosten in Höhe der Bruttomonatsentgelte ersetzt.⁵⁷ Eine einmonatige Schulung, die auf Grund außerordentlicher Kosten mit vier Bruttomonatsgehältern gleichzusetzen wäre, könnte so

beispielsweise eine Bindung bis zu zwei Jahren rechtfertigen. Dieser Ansatz verdient weitere Beachtung, würdigt er neben dem Amortisationsinteresse des Arbeitgebers⁵⁸ doch zugleich das Interesse des Arbeitnehmers, eine übermäßige Bindung nur auf Grund der Länge der Fortbildungsmaßnahme zu verhindern. In jedem Fall ist dem Arbeitgeber zu raten, die wesentlichen Aspekte, die bei der einzelfallbezogenen Betrachtung zur Abwägung der wechselseitigen Interessen heranzuziehen sind, hinreichend zu dokumentieren und zu benennen, so dass diese bei einer eventuellen Nachprüfung durch ein Gericht zweifelsfrei nachzuweisen sind.⁵⁹

(2) Ergänzende Vertragsauslegung bei Verwirklichung des „Prognoserisikos“?

Nicht unberücksichtigt bleiben darf auch der Hinweis auf ein mittlerweile schon etwas älteres *obiter dictum* des 3. Senats des BAG.⁶⁰ Mit der Entscheidung vom 14.1.2009 hat sich der Senat am Rande auch zu der Möglichkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung geäußert.⁶¹ Wenn und soweit sich das Prognoserisiko des Arbeitgebers im Einzelfall verwirklicht habe, könne es für den Arbeitgeber eine unzumutbare Härte darstellen, an seiner Verpflichtung zur Tragung der Ausbildungskosten festgehalten zu werden, ohne den Arbeitnehmer angemessen binden zu können.⁶² Deshalb sei in diesem Fall durch ergänzende Vertragsauslegung festzustellen, was die Vertragsparteien vereinbart hätten, wenn ihnen die sich aus § 306 I BGB ergebende Unwirksamkeit der Klausel bekannt gewesen wäre.⁶³ Dieser Ansatz verdient in seiner generellen Ausprägung keine Zustimmung. Dies gilt – wie noch zu sehen sein wird – insbesondere im Hinblick auf die systemfremde Umgehung AGB-rechtlicher Grundsätze.⁶⁴ Aber auch der praktische Nutzen für den Verwender scheint gering.⁶⁵ Eckert spricht insoweit von einer „Brücke, die das BAG dem Arbeitgeber gebaut“ habe.⁶⁶ Begutachtet man die hierauf ergangene Rechtsprechung, wird man von einer sehr brüchigen Brücke sprechen müssen. Das BAG hat bisher nicht erkennen lassen, dass dieser Ansatz in größerem Maße weiterverfolgt werden soll.⁶⁷ Dies gilt zunächst für den 9. Senat, der seine ablehnende Haltung hierzu nochmals ausdrücklich bekräftigt hat.⁶⁸ Aber auch der 3. Senat hat nunmehr selbst ausgeführt, dass die ergänzende Vertragsauslegung an Stelle einer verbotenen geltungserhaltenden Reduktion die gesetzliche Wertvorstellung des § 307 BGB zumindest dann unterlaufe, wenn die Unwirksamkeit der Klausel bereits zum Zeitpunkt der Verwendung feststand.⁶⁹ In der Instanzrechtsprechung ergibt sich ein ähnliches Bild.⁷⁰ Das Risiko, dass das BAG der rechtlichen Beurteilung des Arbeitgebers im Ergebnis nicht folgt, dürfte also weiterhin (nahezu) ausschließlich seiner Sphäre zuzuordnen sein.

b) Genaue Bezifferung des zurückzuerstattenden Betrags

Besonderes Augenmerk ist auch auf die korrekte Höhe des zu erstattenden Betrags zu legen. Der Arbeitgeber darf nur den Betrag zurückverlangen, den er tatsächlich aufgewendet hat.⁷¹ Unter Heranziehung des Transparenzgebots (§ 307 I 2 BGB) hat das BAG die Anforderungen kürzlich erheblich verschärft.⁷² Als Grundprämisse gilt, dass der Arbeitnehmer sein Rückzahlungsrisiko bei Vertragsschluss möglichst exakt abschätzen können muss.⁷³ Vermeidbare Spielräume hinsichtlich der erstattungspflichtigen Kosten gehen zu Lasten des Verwenders und führen zur Unwirksamkeit der Klausel.⁷⁴ Dem Transparenzgebot sei nur dann Genüge getan, wenn die entstehenden Kosten dem Grunde und der Höhe nach im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren angegeben seien.⁷⁵ Erforderlich hierfür ist nunmehr eine genaue und abschließende Bezeichnung der einzelnen Positionen (zB Lehrgangsgebühren, Fahrt-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten), aus denen sich die Gesamtforderung zusammensetzen soll, und der Angabe, nach welchen Parametern die einzelnen Positionen berechnet werden (zB Kilometerpauschale für Fahrtkosten, Tagessätze für Übernachtungs- und Verpflegungskosten).⁷⁶ Hinzu kommt, dass die einzelnen Positionen derart aufgliedert werden müssen, dass der Arbeitnehmer erkennen kann, ob sich eine

Rückzahlungsverpflichtung auf die Netto- oder Bruttosumme der angesetzten Kostenposition bezieht.⁷⁷ Die überschlägige Berechnung vor Antritt der Ausbildungsmaßnahme sowie eine beispielhafte Auflistung etwaiger Kostenpositionen wird diesen Anforderungen nicht mehr genügen.⁷⁸ Auch die Benennung eines fixen Höchstbetrags dürfte für sich alleine diesen Anforderungen nicht mehr gerecht werden.⁷⁹ Geboten erscheint nunmehr die Auflistung aller (zukünftigen) Kostenpositionen, ihre Berechnungsgrundlage sowie die Vereinbarung eines Höchstbetrags, der zugleich den Vertragspartnern die Möglichkeit einräumt, den Nachweis zu führen, dass tatsächlich nur Kosten in niedrigerer Höhe entstanden sind.⁸⁰ Angesichts dieser Voraussetzungen sind die Hürden für die Praxis enorm gestiegen.⁸¹ Regelmäßig werden sich für den Arbeitgeber nicht sämtliche Kosten vor Beginn der Fortbildungsmaßnahme beziffern lassen, so dass eine gewisse Pauschalierung nicht zu vermeiden ist. Der 3. Senat des BAG hat ausdrücklich angemahnt, dass die Anforderungen, die an die Transparenz einer Rückzahlungsvereinbarung zu stellen sind, nicht überzogen werden dürfen.⁸² Es bleibt zu hoffen, dass dieser Ansatz auch praktische Relevanz findet.

c) Beendigungstatbestände

Häufig Gegenstand der BAG-Rechtsprechung ist zudem die Frage, welche Tatbestände eine Rückzahlungsverpflichtung begründen können.⁸³ Um der Angemessenheitsprüfung standzuhalten, kann die Rückzahlungsverpflichtung nicht bereits durch jede vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgelöst werden,⁸⁴ sondern nur durch ein solches Ereignis, das in die Verantwortungs- und Risikosphäre des Arbeitnehmers fällt.⁸⁵ Ausgangspunkt dieser Überlegung ist, dass der Arbeitnehmer es stets selbst in der Hand haben muss, durch eigene Betriebstreue seiner Rückzahlungspflicht zu entgehen.⁸⁶ Eine Rückzahlungsklausel, die schlechthin an das Ausscheiden auf Grund einer Eigenkündigung des Arbeitnehmers innerhalb der Bindungsfrist anknüpft, ist somit unzulässig.⁸⁷ Vielmehr muss nach dem Grund des vorzeitigen Ausscheidens differenziert werden. Anderenfalls bliebe die Eigenkündigung des Arbeitnehmers, welche durch ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers ausgelöst wurde, außer Betracht.⁸⁸ Spiegelbildlich dazu verhält es sich bei einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen Kündigung. Die Rückzahlungspflicht kann nur dann mit einer arbeitgeberseitig ausgesprochenen Kündigung verknüpft werden, wenn diese auf einem vertragswidrigen Verhalten des Arbeitnehmers beruht.⁸⁹ Die betriebsbedingte Kündigung scheidet somit ebenso aus,⁹⁰ wie regelmäßig auch die personenbedingte Kündigung. Zu Letzterer fehlt es zwar noch an höchstrichterlicher Rechtsprechung, allerdings wird im Regelfall (unverschuldete Krankheit des Arbeitnehmers) auch hier von einem nicht durch den Arbeitnehmer steuerbaren Umstand auszugehen sein, so dass das Investitionsrisiko dem Arbeitgeber zuzuordnen ist.⁹¹ Anders dürfte dies nur dann zu beurteilen sein, wenn der personenbedingte Grund selbst verschuldet ist, beispielsweise bei der Entziehung der Fahrerlaubnis.⁹² Generell unerheblich ist es zudem, wenn die Klausel im konkreten Fall eine Konstellation betrifft, für die eine Rückzahlungsverpflichtung angemessen wäre. Selbst wenn sich das benachteiligende Wirkungspotenzial gar nicht verwirklicht hat, ist die Klausel insgesamt unwirksam.⁹³ Aus diesem Grund ist dringend zu raten, alle Auslösungsgründe abschließend aufzuzählen.⁹⁴ Im Hinblick hierauf empfiehlt es sich, auch den praxisrelevanten Beendigungsfall durch Abschluss eines Aufhebungsvertrags mit in die Klausel einfließen zu lassen.⁹⁵ Die Umstände, die zur Aufhebung führen, müssen dann aber auch (alleine) im Verantwortungsbereich des Arbeitnehmers liegen, um eine wirksame Rückzahlungspflicht begründen zu können.⁹⁶

d) Rückzahlungsmodalitäten

Unumgänglich ist auch ein Normpassus zur Frage der Rückzahlungsmodalitäten. Die praxisübliche, rätierliche Minderung des Rückzahlungsbetrags ist geboten, um hinreichend zu berücksichtigen, dass dem Betrieb die höhere Qualifikation des Arbeitnehmers mit Fortgang des Arbeitsverhältnisses bereits zugute gekommen ist.⁹⁷ Regelmäßig findet sich die Kürzung des Rückzahlungsbetrags pro monatlichen Verbleib im Arbeitsverhältnis.⁹⁸ Obwohl das *BAG* bisher keine so restriktive Staffelung vorgesehen hat,⁹⁹ ist die Beibehaltung dieser Praxis im Hinblick auf die divergierende Instanzrechtsprechung geboten. Das *LAG Hamm* erhebt die monatliche Kürzung des Rückzahlungsbetrags in den Stand einer Wirksamkeitsvoraussetzung,¹⁰⁰ während das *LAG Baden-Württemberg* auch eine jährliche Kürzung nicht beanstandet.¹⁰¹ Zu letzterem Ansatz steht noch eine Entscheidung des *BAG* aus,¹⁰² obgleich dies auf Grund der bisherigen Praxis kaum Anlass zur Sorge geben dürfte.

3. Zusammenfassung

Zeichnet man die Entwicklung der Rechtsprechung seit der Schuldrechtsmodernisierung nach, lässt sich sehr klar erkennen, dass das Transparenzgebot zur deutlichen Verschärfung der Anforderungen beigetragen hat.¹⁰³ Inwiefern die Formulierungen noch im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren rechtssicher gestaltet werden können, findet zumindest bisher in der Rechtsprechung wenig tatsächliche Berücksichtigung.¹⁰⁴ Gerade dort, wo der Arbeitgeber Sachverhalte vertraglich gestalten muss, die bisher nicht Gegenstand einer höchstrichterlichen Untersuchung waren, scheint das Risiko kaum abschätzbar. Als Konsequenz der Entwicklung bleibt zu raten, besonderes Augenmerk auf den Detaillierungsgrad der Formulierungen zu legen.¹⁰⁵ Auch muss die sprachliche Fassung der Klausel den begrenzten Anwendungsbereich klar deutlich machen.¹⁰⁶

III. Rechtsfolgenproblematik

Die eigentliche Belastung für den Arbeitgeber wird aber erst in Kumulation mit der Rechtsfolge, genauer gesagt dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, hinreichend deutlich. Auch die nur minimale Abweichung von den oben aufgestellten Leitlinien wird regelmäßig zur Totalunwirksamkeit der Klausel und damit im Falle der Rückzahlungsklausel zur vollständigen Aufhebung der Rückzahlungspflicht führen.¹⁰⁷ Ein bereicherungsrechtlicher Ausgleich (§ 812 BGB) kommt auf Grund des weiterhin bestehenden Rechtsgrundes ebenfalls nicht in Betracht.¹⁰⁸ Für die ehemalige Rechtsprechung des *BAG*, wonach unzulässige Abreden in angemessenem Umfang aufrechterhalten werden konnten,¹⁰⁹ besteht somit kein Raum mehr.¹¹⁰ Die allgemeine Ausformung der Rechtsfolge als so genanntes „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ hat vielfältige, zum Teil emotional und leidenschaftlich vorgetragene Kritik¹¹¹ sowohl aus arbeitsrechtlicher¹¹² als auch aus allgemein zivilrechtlicher Sicht¹¹³ erfahren. Als besonders kritikwürdig wird zunächst angesehen, dass der Arbeitgeber auf Grund der sich ständig ändernden Rechtsprechung auch bei gutem Willen vielfach nicht in der Lage sei, den (überzogenen) Anforderungen gerecht zu werden.¹¹⁴ Ursache unwirksamer Klauseln sei daher häufig viel eher die Überforderung des Arbeitgebers als das bewusste Ausnutzen und Ausreizen von Gestaltungsspielräumen.¹¹⁵ Des Weiteren führe die fehlende Anpassung bei einer (auch noch so geringen) quantitativen Überschreitung zur Begünstigung des Arbeitnehmers in einem Umfang, der nicht mehr durch dessen Vertragsinteressen zu rechtfertigen sei.¹¹⁶ Erschwerend für den arbeitsrechtlichen Bereich käme hinzu, dass eine Lückenfüllung gem. § 306 II BGB vielfach mangels normativ gesicherter Ersatzordnung scheitere.¹¹⁷ Letztlich greife der Präventionsgedanke auch in den Fällen nicht, wo der Arbeitgeber im Vertrauen auf die Richtigkeit der aktuellen Rechtsprechung

gehandelt habe.¹¹⁸ Will man sich der gesamten Problematik in überschaubarem Maße annähern, sind zunächst zwei Grundprämissen zur weiteren Überlegung zu formulieren.

1. Aufrechterhaltung des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion

Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion soll die Verpflichtung des Richters, eine unwirksame Klausel auf das gerade noch zulässige Maß zurückzuführen, verhindern.¹¹⁹ Hierfür gibt es gute Gründe. Primär besitzt das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion präventiv verhaltenssteuernde Funktion, wird doch nur die Nichtigkeit einem effektiven Abschreckungseffekt gleichkommen.¹²⁰ Anderenfalls droht, dass jeder Verwender von AGB zunächst einmal ungefährdet die zulässigen Höchstgrenzen auslotet oder gar bewusst über diese hinausgeht.¹²¹ Eine solche Strategie risikolos zu stellen, hieße zudem, die Störung des Rechtsverkehrs zu tolerieren, insbesondere deshalb, weil es der rechtsunkundige Vertragspartner in der Regel nicht auf einen Prozess ankommen lässt, sondern eine Vertragsabwicklung nach Maßgabe der AGB einschließlich unwirksamer Klauseln hinnimmt.¹²² Letzteres firmiert unter der Idee des Transparenzgebots.¹²³ Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion hat zuletzt auch Anerkennung durch den *EuGH* gefunden.¹²⁴ Mit der ständigen Rechtsprechung¹²⁵ sowie der weit überwiegenden Literatur muss dieses Verbot den Ausgangspunkt jeder weiteren Überlegung bilden.¹²⁶ Dass ein solcher Grundsatz den weiteren Überlegungen Grenzen zieht und durchaus eine gewisse Eigendynamik entwickelt, ist nicht *per se* verwerflich,¹²⁷ fußt er doch auf überzeugenden Argumenten, die es – wenn überhaupt – nur im Einzelfall zu erschüttern gilt. Des Weiteren ist die Totalunwirksamkeit einer Klausel trotz extrem hoher Transparenzanforderungen weder Alleinstellungsmerkmal bei Rückzahlungsklauseln,¹²⁸ noch eine den Besonderheiten des Arbeitsrechts geschuldete, besonders gravierende Rechtsfolge.¹²⁹ Alleine hieraus lässt sich somit keine Ausnahme für den arbeitsrechtlichen Bereich begründen.¹³⁰

2. Kein denklogischer Ausschluss von Ausnahmetatbeständen

Die zweite Grundprämisse fordert die strikte Trennung vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion auf der einen und der ergebnisoffenen Diskussion über Ausnahmen auf der anderen Seite. Dies ist viel weniger widersprüchlich als es auf den ersten Blick wirken mag, ist es doch bei Lichte betrachtet nur Ausfluss des allgemeinen Regel-Ausnahme-Prinzips. *Ex eo loco* überzeugt es nicht, sich jedweder Ausnahme schon von Beginn an zu verschließen,¹³¹ oder aber aus dem Bestehen von Ausnahmen die Brüchigkeit eines Grundsatzes herleiten zu wollen.¹³² Die Zulässigkeit von Einzel- und Sonderfallentscheidungen ist diesem Prinzip nicht nur inhärent, sondern sie ist einer umsichtigen Rechtsprechung in begründeten Ausnahmefällen stets zuzubilligen.¹³³ Auf problematische Auswüchse und die hieraus resultierende Kritik lässt sich auch dann reagieren, wenn das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion als Dogma feststeht. Zwei Dinge sind hier aber schon jetzt anzumerken. Mit Blick auf die aktuellen Anforderungen an die Rückzahlungsklauseln ist die Überforderung der Verwender sowie die drohende Rechtsunsicherheit kaum von der Hand zu weisen.¹³⁴ In diesem Kontext häufig vergessen wird aber, dass jede Verschiebung zu Gunsten des Verwenders zugleich eine Benachteiligung des Vertragspartners zur Folge hat. Es ist nicht ohne weiteres ersichtlich, wieso das Risiko der Vertragsgestaltung dann im Ergebnis den Arbeitnehmer treffen soll.¹³⁵ Letztlich ist die Unwirksamkeit nämlich in aller Regel nur auf den Umstand zurückzuführen, dass der Arbeitgeber einseitig den Arbeitnehmer von jedweden Mitwirkungsmöglichkeiten ausgeschlossen hat.¹³⁶

3. (Eingeschränkte) geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Vertragsauslegung

Im Wesentlichen haben sich zwei Gestaltungsmöglichkeiten herauskristallisiert, um eine unwirksame Klausel dennoch aufrecht zu erhalten,¹³⁷ zum einen die geltungserhaltende Reduktion und zum anderen das Rechtsinstitut der ergänzenden Vertragsauslegung.¹³⁸ Einer genauen Unterscheidung steht jedoch bereits eine fehlende, allgemein anerkannte Begriffsdefinition entgegen.¹³⁹ Will man eine ideologische Vorprägung vermeiden, besteht hier zunächst Präzisierungsbedarf. Zu leicht macht es sich die überwiegende Ansicht des Meinungsspektrums jedenfalls dann, wenn sie in der geltungserhaltenden Reduktion die Aufrechterhaltung im „gerade noch Zulässigen“ erblickt, während die ergänzende Vertragsauslegung stets einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen im Auge habe.¹⁴⁰ Dieses Begriffsverständnis wird vielen Vertretern der geltungserhaltenden Reduktion nicht gerecht, verstehen sie hierin doch nur die Aufrechterhaltung in einem angemessenen Umfang.¹⁴¹ Zugleich geht es regelmäßig nur um ausgewählte Sonderfälle, in denen eine entsprechende Aufrechterhaltung in Betracht kommen soll.¹⁴² Zum besseren Verständnis bietet es sich insoweit an, von einer eingeschränkten geltungserhaltenden Reduktion zu sprechen. Selbst wenn man an der überholten Begriffsdefinition festhalten will, lassen sich die Unterschiede beider Rechtsinstitute¹⁴³ kaum im Hinblick auf das Ergebnis begründen. Besonders anschaulich wird dies in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung zu Rückzahlungsklauseln bei Fortbildungskosten. Wurde die höchstzulässige Bindungsdauer überschritten, führte nach früherer Ansicht des BAG die geltungserhaltende Reduktion im Ergebnis zu einer Aufrechterhaltung der Klausel, die inhaltlich den durch die Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen entsprach.¹⁴⁴ Die Herangehensweise der ergänzenden Vertragsauslegung wird sich mangels anderweitiger Anhaltspunkte kaum unterscheiden. Als Maßstab für die Beurteilung eines angemessenen Ausgleichs sollen nach Ansicht des 3. Senats im Wesentlichen die bisher aufgestellten Leitlinien dienen.¹⁴⁵ Die Ergebnisse werden im Regelfall nicht nur ähnlich sein, sondern dürften exakt miteinander übereinstimmen. Hieraus speist sich zu Recht ein Großteil der Kritik.¹⁴⁶ Wer die ergänzende Vertragsauslegung in weiten Teilen fordert,¹⁴⁷ wird sich kaum des Vorwurfs erwehren können, über allerlei „Schlupfwinkel“ und „Notausgänge“ faktisch durch die Hintertür eine geltungserhaltende Reduktion ermöglicht zu haben.¹⁴⁸ Ergänzende Vertragsauslegung und geltungserhaltende Reduktion werden dann austauschbare Begriffe.¹⁴⁹ Ein so weitgehendes Verständnis kollidiert aber evident mit dem Grundsatz des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion.¹⁵⁰ Im Übrigen zeigt die Problematik deutlich, wieso es tunlichst vermieden werden sollte, die Rechtsprechung des BAG als gesetzliche Vorschriften iSd § 306 II BGB zu begreifen.¹⁵¹ Es bleibt sodann festzuhalten, dass ein allein ergebnisorientierter Vergleich kaum zur Unterscheidung taugt. Freilich lässt sich nur dann für eins der beiden Rechtsinstitute streiten, wenn eine Unterscheidung sachlich möglich ist. Zur ergänzenden Vertragsauslegung wird angeführt, dass ihr der Präventionsgedanke, anders als der geltungserhaltenden Reduktion, nicht entgegenstehen würde.¹⁵² Dieses Argument kann aber nicht überzeugen, da die ergänzende Vertragsauslegung im Grundsatz den Verwender doch gerade nicht daran hindert, Gestaltungsgrenzen bewusst zu überreizen.¹⁵³ Dennoch ist die dogmatische und terminologische Gleichsetzung der in ihrem gedanklichen Ansatz unterschiedlichen Rechtsinstitute unzutreffend.¹⁵⁴ Zum einen fügt die ergänzende Vertragsauslegung sich harmonischer in das Rechtsfolgensystem des § 306 BGB ein,¹⁵⁵ wurde sie doch im Gesetzgebungsverfahren zunächst ausdrücklich in Absatz 2 aufgenommen¹⁵⁶ und nur deshalb fallen gelassen, weil man sie für eine Selbstverständlichkeit hielt.¹⁵⁷ Zum anderen treten methodische Unterschiede hinzu. Während die geltungserhaltende Reduktion bereits keine Lücken entstehen lässt, versucht die ergänzende Vertragsauslegung diese Lücken zu schließen.¹⁵⁸ Hiergegen lässt sich auch nicht einwenden, dass die ergänzende Vertragsauslegung am feststehenden Willen der Parteien scheitere.¹⁵⁹ Wie bereits

eingangs dargelegt, existiert ein gemeinsam formuliertes und damit notwendig auf Interessenausgleich bedachtes Rechtsfundament nicht,¹⁶⁰ weil der Verwender den Vertragsinhalt einseitig auferlegt. Die ergänzende Vertragsauslegung ist somit grundsätzlich geeignet, in eng umgrenzten Fällen die Aufrechterhaltung unwirksamer Klauseln rechtstechnisch umzusetzen.

a) Erforderlichkeit eines subjektiven Elements?

Teilweise wird erwogen, eine Einschränkung der ergänzenden Vertragsauslegung dadurch zu erreichen, dass die Interessenabwägung im Einzelfall maßgeblich an eine subjektive Komponente geknüpft wird.¹⁶¹ Entscheidend soll dabei sein, ob ein Verstoß bereits bei Abschluss der Vereinbarung voraussehbar war, der Verwender also bösgläubig oder arglistig gehandelt hat. In diesen Fällen träfe ihn gerade nicht das gesteigerte Risiko der Fehlbeurteilung.¹⁶² Der „gutgläubige Verwender“ sei somit von der Rechtsfolge der Totalnichtigkeit auszunehmen.¹⁶³ Offenkundig ist zunächst die Beweisproblematik innerer Tatsachen des Verwenders.¹⁶⁴ Denkt man den rein subjektiven Ansatz konsequent zu Ende, belohnt man zudem gerade die Verwender, die sich der diffizilen Inhalts- und Transparenzkontrolle weitgehend verschließen. Wie *Stoffels* zutreffend formuliert hat, ist der überindividuelle-generalisierende Beurteilungsmaßstab aber auch konsequent auf Rechtsfolgenseite anzuwenden.¹⁶⁵ Dies ist letztlich als Ausfluss des Transparenzgebots zu begreifen, da unwirksame Klauseln unabhängig von ihrer Intention die Rechtsdurchsetzung auf Seiten des Vertragspartners hindern.¹⁶⁶ Die Störung des Rechtsverkehrs kann in der Praxis ersichtlich nicht davon abhängig gemacht werden, welche subjektiven, im Einzelfall kaum zu ergründenden Motive des Verwenders im Vereinbarungszeitraum vorlagen. Zugegebenermaßen mag es Aspekte geben, die im Rahmen einer am Einzelfall orientierten Interessenabwägung Berücksichtigung finden können, einen eigenen Ausnahmetatbestand vermag dieser Ansatz aber nicht zu begründen.¹⁶⁷

b) Vertrauensschutz bei Rechtsprechungsänderung

Überzeugender hingegen ist der Ansatz, die ergänzende Vertragsauslegung regelmäßig dort anzuwenden, wo der Verwender auf eine feststehende Rechtsprechung vertraut hat.¹⁶⁸ Die Bestrebung zielt darauf ab, aus den in der Rechtsprechung vereinzelt gebliebenen Fällen¹⁶⁹ einen allgemeinen Rechtsgrundsatz zu bilden. Im Kern geht es um die seit jeher kontrovers diskutierte Frage nach der (unechten) Rückwirkung von höchstrichterlicher Rechtsprechung.¹⁷⁰ Ein Rückwirkungsverbot hat vor allem dort Anklang gefunden, wo richterliche Rechtsfindung nicht als rein logisches Subsumtionsverfahren, sondern jedenfalls auch als teleologisch geprägte Regelbildung agiert.¹⁷¹ Soweit Grundlagen und Ausgestaltung nahezu ausschließlich auf Richterrecht beruhen, verfängt dieses Argument umso mehr. Die Rechtsprechung bleibt dann nämlich nicht *per se* als „Fallrecht“ gegenüber dem Gesetz eine deutlich schwächere, weil subsidiäre Rechtsquelle.¹⁷² Auch wenn sich das Verbot der (unechten) Rückwirkung nicht bereits aus Art. 20 III GG als feststehender Grundsatz herleiten lässt,¹⁷³ bleibt unbestritten, dass die generelle Gewährung von Vertrauensschutz jederzeit möglich ist.¹⁷⁴ Das Augenmerk ist daher konkret darauf zu richten, ob sich der Vertrauensschutz überhaupt im Rechtsfolgensystem des AGB-Rechts behaupten kann. Eine Kollision mit dem Präventionsgedanken ist nicht zu erkennen, wenn der Verwender sich an der ständigen Rechtsprechung orientiert und hiernach sein Vertragswerk aufgestellt hat. Auch das Transparenzgebot kann hier zur Begründung der Totalunwirksamkeit kaum gewinnbringend eingesetzt werden.¹⁷⁵ Stellt sich eine Klausel im Nachhinein trotz bisher entgegenstehender Rechtsprechung als unwirksam heraus, lässt sich zwar durchaus argumentieren, dass der Vertragsgegner in dieser Zeit von der effektiven Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wurde, der eigentlichen Begründung wird dies aber wahrlich nicht mehr gerecht. Denn der Vertragspartner hätte

selbst bei Kenntnis aller Umstände und der bisherigen Rechtsprechung exakt gleich gehandelt, und zwar spiegelbildlich zum Verwender ebenfalls im Vertrauen hierauf.

aa) Restriktiver Ansatz der Rechtsprechung

Zu klären bleibt allerdings noch, weshalb sowohl das *BAG* als auch der *BGH* in der Breite zu einer sehr restriktiven Auslegung tendieren.¹⁷⁶ Ursächlich hierfür dürfte ua sein, dass in der bisherigen Betrachtungsweise die Interessen der Gegenseite kaum Berücksichtigung gefunden haben. In der Tat erscheint es im Grundsatz wenig erfreulich, der obsiegenden Partei ihr Recht mit der Begründung zu versagen, dass ihr Gegner auf die jetzt als unrichtig erkannte frühere Rechtsprechung vertraut habe.¹⁷⁷ Eine Einschränkung der Rückwirkung sei deshalb nur dann geboten, wenn dies neben einem bestehenden Vertrauen im konkreten Streitfall auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Prozessgegners eine unzumutbare Härte bedeuten würde.¹⁷⁸ Zudem würde ein Vertragspartner, der sich nicht mit der gesetzlichen Regelung begnügt und zur Erweiterung seiner Rechte den Weg der AGB wählt, in der Regel nicht dadurch in seinem schutzwürdigen Vertrauen beeinträchtigt, dass eine Klausel geraume Zeit unbeanstandet geblieben ist und erst nach Jahren gerichtlich für unwirksam erachtet wird.¹⁷⁹ Letzteres überzeugt in der arbeitsrechtlichen Vertragsgestaltung aber üblicherweise nicht. Explizit für die Frage der Übernahme von Fortbildungskosten finden sich, anders als in der zu Grunde liegenden Sachverhaltskonstellation des *BGH*-Urteils,¹⁸⁰ keine gesetzlichen Regelungen. Zwar wird der Arbeitgeber in der Regel die Kosten tragen (müssen),¹⁸¹ eine Verpflichtung hierzu erscheint aber insbesondere dann zweifelhaft, wenn der Wunsch für eine bestimmte Weiterbildung ausdrücklich vom Arbeitnehmer kommt oder diese ihm im Wesentlichen nur selbst zum Vorteil gereicht. Der Arbeitgeber wird also nicht vertragsgestaltend tätig, um seine Rechte zu erweitern, sondern um überhaupt eine Grundlage zur Aufteilung der Fortbildungskosten zu schaffen. Damit beantwortet ist allerdings noch nicht die Frage, wie den berechtigten Interessen des Vertragsgegners Rechnung getragen werden kann.

bb) Generalisierende Anhaltspunkte

Von einem objektivierenden Standpunkt aus wird man diesen nur dann gerecht, wenn man die Fälle des Vertrauensschutzes auf langjährige, als feststehend zu betrachtende Rechtsprechung beschränkt. Der Begriff der „gefestigten Rechtsprechung“ ist dabei trotz allgemeinen Sprachgebrauchs erstaunlich inhaltsleer geblieben.¹⁸² Für vorliegendes Anliegen erscheint es aber notwendig, einen gewissen Zeit- und Wiederholungsfaktor zu verlangen, der als Indiz für die gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung dienen kann.¹⁸³ Jedenfalls bei einer Rechtsprechung, die ca. zehn Jahre lang bestand und in diesem Zeitraum mehrfach wiederholt und bestätigt wurde, dürften diese Kriterien erfüllt sein.¹⁸⁴ Bereits anderslautende *obiter dicta* werden aber das Vertrauen in die Beständigkeit der Rechtsprechung typischerweise erschüttern.¹⁸⁵ Dies wird im Übrigen auch dann anzunehmen sein, wenn die Rechtsprechung sich erheblicher Kritik aus der Literatur ausgesetzt sah und die Instanzrechtsprechung ihr zum Teil die Gefolgschaft verweigert hat.¹⁸⁶ Davon abgesehen lässt sich eine weitere Differenzierung durchaus praktikabel mit der Festlegung einer zeitlichen Grenze erreichen, innerhalb derer der Vertrauensschutz Anwendung finden soll.¹⁸⁷ Im Rahmen der hier untersuchten Problematik wird sich der zur ergänzenden Vertragsauslegung führende Vertrauensschutz jedenfalls für die von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien zur höchstzulässigen Bindungsdauer annehmen lassen.¹⁸⁸ Überall dort aber, wo die Rechtsprechung sich auf Grund des Transparenzgebots noch in einem stetigen Wandel befindet und Tendenzen zur weiteren Verschärfung erkennen lässt,¹⁸⁹ wird man die ergänzende Vertragsauslegung kaum mit dem Vertrauensschutz begründen können. Hinzu tritt für den Arbeitgeber in der Praxis regelmäßig noch

ein Folgeproblem. Ändert sich die höchstrichterliche Rechtsprechung, muss der Arbeitgeber zeitnah durch Änderung der Vertragsbedingungen reagieren. Weigert sich der Arbeitnehmer auf Nachfrage den Änderungen zuzustimmen,¹⁹⁰ bleibt dem Arbeitgeber nur die risikobehaftete Änderungskündigung.¹⁹¹ Ein Stück weit abschwächen ließe sich die Problematik unter Umständen durch die Formulierung einer Klausel, die das Schweigen des Arbeitnehmers auf ein entsprechendes Änderungsbegehren des Arbeitgebers als Zustimmung zu den angetragenen Änderungen wertet.¹⁹² Sofern aber der Arbeitnehmer solchen Änderungen explizit widerspricht, muss die ergänzende Vertragsauslegung konsequenterweise die Sicherung eines angemessenen Interessenausgleichs übernehmen.

c) Der umsichtige, mit höchster Sorgfalt agierende Verwender

Offen bleibt dann allein die Frage, ob eine ergänzende Vertragsauslegung auch noch in anderen, eng umrissenen Konstellationen fruchtbar gemacht werden kann. Für kritikwürdig halten viele die einseitige Verschiebung des Vertragsgefüges zu Gunsten des Arbeitnehmers, welche explizit im Hinblick auf Rückzahlungsklauseln letztlich das vertragliche Synallagma der Fortbildungsvereinbarung einseitig durchbreche.¹⁹³ Besonders dann, wenn der Arbeitgeber trotz sorgfältiger und umsichtiger Formulierung neu aufgestellte Grundsätze des BAG nur minimal verfehlt, erscheint die Totalunwirksamkeit kaum einen interessengerechten Ausgleich darzustellen.¹⁹⁴ Im Ergebnis geht es um die Überforderung des Verwenders, „rechtsprechungsfeste“ Formulierungen zu finden. Man könnte meinen, dieses Risiko sei jeder formularmäßigen Vertragsgestaltung immanent.¹⁹⁵ Dies trifft im Kern auch zu. Bleibt man mit diesem Ansatz aber stehen, übersieht man, dass das Risiko des Verwenders nicht alleine aus der Wahl der einseitigen Vertragsgestaltung herrührt, sondern in entscheidendem Maße an Qualität und Niveau der Abstrahierung durch die Rechtsprechung hängt. Je fragmentarischer oder je unvorhersehbarer die Rechtsprechung ist, desto größer ist das Risiko, selbst als überaus umsichtiger Verwender letztlich mit leeren Händen dazustehen. Nicht jede Verschiebung zu Lasten des Verwenders lässt sich somit mit der Wahl der Vertragsgestaltung erklären. Unter Berücksichtigung der beteiligten Verkehrskreise ist es zudem in vielen Fällen schlichtweg unumgänglich, auf AGB zurückzugreifen.¹⁹⁶ Hinzu tritt ein weiterer Aspekt. Der Verwender, welcher eine passable, an bisherigerer Rechtsprechung und Literatur orientierte Klausel formuliert, die sich letztlich aber als unwirksam erweist, wird nur eine marginale Störung des Rechtsverkehrs erzielen.¹⁹⁷ Er ist nicht gleichzusetzen mit demjenigen, der die einseitige Gestaltungsmacht zur (regelwidrigen) Erweiterung seiner Rechte einsetzt. Dennoch – und dies muss hier in aller Deutlichkeit betont werden – steht auch ihm das Interesse des Vertragsgegners gegenüber. Schafft man hier einen zweiten Ausnahmetatbestand, verschließt man sich der Interessenabwägung im Einzelfall. Zu Recht verlangt das BAG für die ergänzende Vertragsauslegung, dass die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel in AGB keine angemessene, den typischen und schutzwürdigen Interessen des Klauselverwenders und seines Vertragspartners Rechnung tragende Lösung bietet.¹⁹⁸ Zwar wird eine atypische Interessenlage des Klauselverwenders hier üblicherweise vorliegen, die Gewichtung im Einzelfall ist aber so entscheidend, dass dieser Fallgruppe nur eine – wenn auch erhebliche – Indizfunktion zukommen sollte. Dieser restriktive Ansatz ist im Ergebnis auch geboten, um aus der im Ursprung privatautonomen Gestaltungsmacht der Parteien kein sekundäres, richterlich-entwickeltes Vertragswerk entstehen zu lassen.¹⁹⁹

4. Ausblick

Wie bereits dargelegt, hat sich die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion auch in ihrer Konsequenz für den Einzelfall ganz überwiegend

angeschlossen.²⁰⁰ Sehr restriktiv verfährt das BAG erfreulicherweise auch mit der Aufrechterhaltung einer unwirksamen Klausel im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung. Das bereits erwähnte *obiter dictum* des 3. Senats hat diesbezüglich allerdings aufhorchen lassen,²⁰¹ hätte dies doch einer sehr weitgehenden Aufrechterhaltung Tür und Tor geöffnet. In Zukunft dürfte auf die Rechtsprechung in dieser Sache aber noch einiges an Entscheidungsmaterial zukommen, führt doch die konsequent fortgeführte Verschärfung auf Tatbestandsseite nahezu zwangsläufig zu einer Vielzahl an unwirksamen Klauselgestaltungen, deren Rechtsfolge gegebenenfalls neu beurteilt werden muss. Die weitere Verwässerung des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion wäre denklogische Folge, soweit ein angemessener Interessenausgleich gesichert werden soll. Dieser Zusammenhang erscheint dem BAG bisher nicht hinreichend bewusst. Ganz ohne dogmatische Verrenkungen lässt sich dieser Entwicklung entgegensteuern, wenn man das Transparenzgebot in der richterlichen Ausübung tatsächlich wieder auf den Ursprungskern der Überlegung zurückführt.²⁰² Der Arbeitnehmer muss wissen, welche Rechte und Pflichten auf ihn zukommen und er muss diese im Rahmen der Vertragsabwicklung auch faktisch umsetzen können.²⁰³ Die Anforderungen an den Grad der Konkretisierung dürfen dabei aber nicht überspannt werden.²⁰⁴ Anders als das BAG zu meinen scheint,²⁰⁵ ist der Zweck des Transparenzgebots nicht schon dann unterlaufen, wenn nicht alle Eventualitäten erfasst sind und im Einzelfall noch Zweifelsfragen auftreten können.²⁰⁶ Hier ergibt sich ein nicht zu verachtendes Potenzial, bereits auf Tatbestandsseite völlig regelkonform Einschränkungen vorzunehmen.²⁰⁷ Im Übrigen bleibt die Möglichkeit, eine etwaige Intransparenz auch durch Individualaufklärung zu heilen.²⁰⁸ Im Ergebnis forciert die Rechtsprechung mit der Überzeichnung der Transparenzanforderungen nicht nur die Rechtsfolgenproblematik, sondern setzt sich zugleich schnell dem Vorwurf aus, das Transparenzgebot diene dort als Zuflucht, wo die sachliche Begründung für die inhaltliche Unangemessenheit schwer falle.²⁰⁹

IV. Fazit

In Anlehnung an *Preis*²¹⁰ steht der Tod der Rückzahlungsklauseln für Fortbildungskosten nicht unmittelbar bevor. Die von der Rechtsprechung stetig weiterentwickelten Anforderungen sind sehr hoch, aber in vielen Teilen noch durch einen vorausschauenden Verwender rechtssicher zu gestalten.²¹¹ Im Bereich der Kostentransparenz ist dies hingegen nahezu unmöglich. Dem Verwender von Rückzahlungsklauseln dürfte es bereits jetzt sauer aufstoßen, wenn er lapidar mitgeteilt bekommt, er hätte es doch in der Hand gehabt, eine transparente Klausel ohne ungerechtfertigte Wertungsspielräume zu verwenden.²¹² Dreht das BAG weiter an der Transparenzschraube, droht die Gefahr, eine an sich zulässige und sinnvolle Vertragsgestaltung langfristig zu unterbinden. Wünschenswert wäre es in dieser Hinsicht zudem, bei nächster Gelegenheit der Vertragspraxis belastbare Anhaltspunkte für alternative Kriterien zur Beurteilung der höchstzulässigen Bindungsdauer an die Hand zu geben. Brauchbare Ansätze sind sowohl in der Literatur als auch in der Instanzrechtsprechung verfügbar.²¹³ Im Zusammenspiel mit den Rechtsfolgen sind die Vereinbarungen von Rückzahlungsklauseln aber jetzt schon ein erhebliches Minenfeld. Dennoch muss das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion aufrechterhalten und mit dem Rechtsinstitut der ergänzenden Vertragsauslegung sehr restriktiv umgegangen werden. Einzige Ausnahme sollte hier der Vertrauensschutz bei Rechtsprechungsänderung bilden. Dem aufmerksamen Leser der jüngsten Rechtsprechung dürfte im Übrigen nicht entgangen sein, dass auch das BAG wieder leise Töne in Richtung Vertrauensschutz angeschlagen hat.²¹⁴ Wer die Parteiinteressen und die Privatautonomie ernst nimmt, kann weitere generelle Ausnahmen trotz aller berechtigten Argumente nicht gutheißen. Die Lösung der unbefriedigenden Rechtslage kann nur über die Tatbestandsseite erfolgen. Ansonsten droht die kontinuierliche Verschärfung der

Rechtsfolgenproblematik im Sinne einer einseitigen Verschiebung zu Lasten der Verwender, die mit dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion nur noch plakativ begründet werden kann. Was bleibt, ist daher ein eindringlicher Appell an die Rechtsprechung: Wer gewollt oder ungewollt die Vertragsgestaltung in den Händen hält, muss für klare, verständliche und praxisnahe Anforderungen sorgen.

*

Der Autor ist wiss. Mitarbeiter an der Universität Heidelberg. Ein herzlicher Dank gilt dem gesamten Lehrstuhlteam, insbesondere Herrn Prof. *Dr. Stoffels*, für hilfreiche Anregungen und Hinweise.

1



Hanau/Stoffels, Beteiligung von Arbeitnehmern an den Kosten der beruflichen Fortbildung, 1992, 1; *Lübbersmann*, Zulässigkeit arbeitsvertraglicher Rückzahlungsklauseln, 2001, 1; *Elking*, BB 2014, 885.

2



Düwell/Ebeling, DB 2008, 406.

3



Jesgarzewski, BB 2011, 1594.

4



Lipke, Gratifikationen, 168; *Preis/Stoffels*, Der Arbeitsvertrag, 5. Aufl. 2015, Kap. A 120, Ausbildungskosten Rn. 17; *Sasse/Häcker*, DB 2014, 600.

5



Lakies, Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen, 2014, Rn. 787; *ErfK/Preis*, 15. Aufl. 2015, § 611 Rn. 437; *Schaub/Vogelsang*, ArbR-Hdb, § 176 Fortbildungsvertrag Rn. 18; *Hennige*, NZA-RR 2000, 617; *Schmidt*, NZA 2004, 1002; zum Grundrecht des Arbeitnehmers auf freie Wahl des Arbeitsplatzes s. *BVerfG*, NJW 1991, 1667.

6



So zutr. *Bork*, BGB AT, 3. Aufl. 2011, Rn. 101.

7



Grdl. *Schmidt-Rimpler*, AcP 147, 130 (149 ff.); ebenso *Flume*, BGB AT, 4. Aufl. 1992, Bd. II, 7 f.; zur Gerechtigkeitsgewähr von Verträgen s. auch *Medicus*, BGB AT, 10. Aufl. 2010, Rn. 472.

8



So bereits schon *BAG*, NJW 1971, 1149 (1150).

9



Explizit zu den Rückzahlungsklauseln bspw. *BAG*, NZA 2004, 1035; ausf. zur Thematik vor der Schuldrechtsmodernisierung *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle, 159; *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im ArbR, 147.

10



Zur Entwicklung der Inhaltskontrolle mit zahlreichen Nachw. aus der Rspr. s. *Krause in Clemenz/Kreft/ders.*, AGB-ArbeitsR, 1. Aufl. 2013, Einf. Rn. 14 ff.

11



Stoffels, ZfA 2009, 861 (862 f.) mwN; zum Ende der arbeitsrechtlichen Billigkeitskontrolle *BAG*, NZA 2005, 1111.

12



Zu diesem Grundsatzkonflikt zuletzt *Oetker*, AcP 2012, 202.

13



Vgl. nur *BAG*, NZA 2012, 1428; NZA 2013, 1361.

14




So ausdr. *Söllner*, ZfA 2003, 145 (158).

15



Preis, NZA 2009, 281 im Hinblick auf *BAG*, NZA 2008, 1173; vgl. auch *BAG*, NZA 2012, 81; NZA 2014, 595; zum Ganzen ausf. auch *Krause*, FS Bauer, 2010, 577.

16 

BAG, NZA 2006, 1042 (1044); NZA 2012, 85.

17 

BAG, NZA 1994, 937 (938); NZA 2002, 551 (552); NZA 2012, 85 (89).

18 

BAG, NZA 2006, 1042; NZA 2013, 1419; NZA 2013, 1361; MüKoBGB/*Müller-Gläge*, § 611 Rn. 884; HWK/*Thüsing*, ArbR, 6. Aufl. 2014, § 611 BGB Rn. 463; *Elking*, BB 2014, 885; *Schmidt*, NZA 2004, 1002 (1006 ff.); zu den unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten s. *Preis/Stoffels*, Der Arbeitsvertrag, 5. Aufl. 2015, Kap. A 120, Ausbildungskosten Rn. 4 ff.

19 

ErfK/*Preis*, § 310 Rn. 94; *Schmidt*, NZA 2004, 1002 (1007); grds. dazu *Thüsing*, RdA 2005, 257 (261 ff.). Im Rahmen von individuell auf den Arbeitnehmer zugeschnittenen Rückzahlungsvereinbarungen sollte aber stets § 310 III Nr. 2 BGB berücksichtigt werden, vgl. *BAG*, NZA 2008, 1004 (1006).

20 

Zur alten Rspr. s. nur beispielhaft *BAG*, NZA 1994, 937 (938).

21 

HWK/*Thüsing*, ArbR, § 611 BGB Rn. 463.

22 

BAG, NZA 1994, 937 (940); NZA 2012, 85; *Preis/Stoffels*, Der Arbeitsvertrag, Kap. A 12, Ausbildungskosten Rn. 20 ff.

23 

BAG, NJW 1977, 973; NZA 1991, 178; NZA 2006, 542.

24 


Elking, BB 2014, 885 (888).

25 

BAG, NZA 2009, 435 (438).

26 

Klump in *Clemenz/Kreft/Krause*, AGB-ArbeitsR, § 307 BGB Rn. 209; HWK/*Thüsing*, ArbR, § 611 BGB Rn. 465.

27 

BAG, NZA 1992, 405.

28 

ErfK/*Preis*, § 611 Rn. 439.

29 

BAG, NZA 1994, 937 (940); NZA 2006, 542 (543).

30 

Ob und inwiefern auch eine spätere Vereinbarung möglich ist, wird unterschiedlich beurteilt, vgl. *Deinert* in *Däubler/Bonin/ders.*, AGB-Kontrolle, 4. Aufl. 2014, § 307 BGB Rn. 126; weitergehend *Preis/Stoffels*, Der Arbeitsvertrag, Kap. A 120, Ausbildungskosten Rn. 9.

31 

Düwell/Ebeling, DB 2008, 406 (409); *Elking*, BB 2014, 885 (888).

32 

Bspw. *BAG*, NZA 2009, 666 (668); NZA 2012, 85 (89).

33 

BAG, NZA 2012, 85 (89); vgl. auch die Übersicht bei *Eckert* in *Maschmann/Sieg/Göpfert*, Vertragsgestaltung im ArbeitsR, 1. Aufl. 2012, Rückzahlung Rn. 32.

34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52



BAG, NZA 2010, 342 (345).

BAG, NZA 1994, 835.

BAG, NZA 1996, 314.

BAG, NZA-RR 2008, 107.

BAG, AP BGB § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr. 4.

Krit. ebenfalls *Jesgarzewski*, RdA 2013, 52 (57); dem zust. wohl auch *Staudinger/Krause*, BGB, Neub. 2013, Anh. zu § 310 Rn. 212; hingegen als Regelfall bezeichnet von BAG, NZA 1994, 937; ebenso *Düwell/Ebeling*, DB 2008, 406 (409).

Vgl. *Elking*, BB 2014, 885 (889).

So aber *Deinert* in *Däubler/Bonin/ders.*, AGB-Kontrolle, § 307 BGB Rn. 116.

Wie hier auch *Preis/Stoffels*, Der Arbeitsvertrag, Kap. A 120, Ausbildungskosten Rn. 41; *Dorth*, RdA 2013, 287 (295); *Elking*, BB 2014, 885 (889); *Schönhöft*, NZA-RR 2009, 625 (630 f.).

Jesgarzewski, BB 2011, 1594 (1597).

Deinert in *Däubler/Bonin/ders.*, AGB-Kontrolle, § 307 BGB Rn. 117; *Klump* in *Clemenz/Kreft/Krause*, AGB-ArbeitsR, § 307 BGB Rn. 210; *Jesgarzewski*, RdA 2013, 52 (57).

Suckow/Striegel/Niemann/Suckow, Der vorformulierte Arbeitsvertrag, 1. Aufl. 2011, Rn. 596; *Dorth*, RdA 2013, 287 (295); offengelassen bei BAG, NZA 2009, 666 (668) – jedenfalls seien 5000 Euro keine außergewöhnliche Belastung für ein mittelständisches Unternehmen.

Ausf. dazu *Preis/Stoffels*, Der Arbeitsvertrag, Kap. A 120, Ausbildungskosten Rn. 33 a ff.

Hierzu *Koch-Rust/Rosentreter*, NZA 2013, 879.

Nichts anderes meint das vom BAG, NZA 2009, 666, erwähnte „Prognoserisiko“; krit. *Stoffels*, ZfA 2009, 861 (892); zum Begriff s. *Staudinger/Krause*, BGB, Anh. zu § 310 Rn. 230.

BAG, NZA 2006, 542 (544); NZA 2009, 666 (668); NZA 2012, 85 (89).

BAG, NZA 2006, 542 (544).

Eckert in *Maschmann/Sieg/Göpfert*, Vertragsgestaltung im ArbeitsR, Rückzahlung Rn. 31; *Bayreuther*, NZA 2004, 953 (955); generell zur Rechtsfolge unwirksamer Rückzahlungsklausel bspw. BAG, NZA 2006, 1042.

Vgl. hierzu *Staudinger/Schlosser*, BGB, § 306 Rn. 22 ff.

53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73



LAG Mecklenburg-Vorpommern, NZA-RR 2012, 181.

Küttner/Poeche, Personalbuch 2015, 22. Aufl. 2015, Rückzahlungsklausel Rn. 10.

LAG Mecklenburg-Vorpommern, NZA-RR 2012, 181 (182).

LAG Mecklenburg-Vorpommern, NZA-RR 2012, 181 (183).

In diese Richtung auch schon *Schönhöft*, NZA-RR 2009, 625 (631).

Hierzu instruktiv *Jesgarzewski*, BB 2011, 1594 (1597 f.).

Eckert in *Maschmann/Sieg/Göpfert*, Vertragsgestaltung im ArbeitsR, Rückzahlung Rn. 34

BAG, NZA 2009, 666.

BAG, NZA 2009, 666 (669).

BAG, NZA 2009, 666 (669).

BAG, NZA 2009, 666 (669).

Vgl. die nachstehenden Ausführungen unter III 3.

So auch *Stoffels*, ZfA 2009, 861 (893).

Eckert in *Maschmann/Sieg/Göpfert*, Vertragsgestaltung im ArbeitsR, Rückzahlung Rn. 35.

BAG, NZA 2012, 738 (741); NZA 2013, 1419 (1420).

BAG, NZA 2014, 957 (959), der damit seine ablehnende Haltung gegen die ergänzende Vertragsauslegung bestätigt (*BAG*, NZA 2006, 1042).

BAG, NZA 2012, 738 (741).

Soweit ersichtlich, wurden diese Grundsätze nur einmal angewendet von *LAG Hessen*, Urt. v. 29.10.2010 – 19 Sa 329/10, BeckRS 2011, 70799 Rn. 55; restriktiv *LAG Mecklenburg-Vorpommern*, NZA-RR 2012, 181.

BAG, NZA 2006, 542 (544); *Klumpp* in *Clemenz/Kreft/Krause*, AGB-ArbeitsR, § 307 BGB Rn. 212; *Lakies*, Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen, Rn. 803.

BAG, NZA 2012, 1428 = AP BGB § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr. 46 mit Anm. *Hanau*; NZA 2013, 1361.

- 74 BAG, NZA 2012, 1428 (1430).
↑
- 75 BAG, NZA 2012, 1428 (1430); NZA 2013, 1361 (1362); krit. im Hinblick auf die Unwirksamkeitsfolge bei
Transparenzverstößen *Zöllner*, ZfA 2010, 637 (650 ff.).
↑
- 76 BAG, NZA 2012, 1428.
↑
- 77 BAG, NZA 2012, 1428 (1430).
↑
- 78 BAG, NZA 2013, 1361 (1362).
↑
- 79 So auch *Preis/Stoffels*, Der Arbeitsvertrag, Kap. A 120, Ausbildungsvertrag Rn. 44.
↑
- 80 *Deinert* in *Däubler/Bonin/ders.*, AGB-Kontrolle, § 307 BGB Rn. 111 c; *Lingemann* in *Bauer/ders./Diller/Haußmann*,
Anwalts-FormB. ArbR, 5. Aufl. 2014, Kap. 8, Rn. 22; s. auch *LAG Köln*, NZA-RR 2011, 11 (12); aA wohl *LAG*
Nürnberg, NZA-RR 2015, 123 (die Rückzahlungsvereinbarung fand ihre Grundlage aber in § 10 a AVR-Caritas).
↑
- 81 Letzteres in Anlehnung an *LAG Köln*, NZA-RR 2011, 11 (12); vgl. auch *Lingemann* in *Bauer/ders./Diller/Haußmann*,
Anwalts-FormB, Kap. 8, Rn. 22; *Sasse/Häcker*, DB 2014, 600 (602).
↑
- 82 HWK/*Thüsing*, ArbR, § 611 BGB Rn. 469.
↑
- 83 BAG, NZA 2012, 1428 (1430).
↑
- 84 Zuletzt BAG, NZA 2012, 738; NZA 2013, 1419; NZA 2014, 957.
↑
- 85 BAG, NZA 1999, 79.
↑
- 86 BAG, NZA 2010, 37 (39); NZA 2012, 85 (88).
↑
- 87 BAG, NZA 2012, 738 (740).
↑
- 88 BAG, NZA 2012, 738 (740); NZA 2013, 1419 (1420); NZA 2014, 957 (958).
↑
- 89 BAG, NZA 2012, 738.
↑
- 90 *Klumpp* in *Clemenz/Kreft/Krause*, AGB-ArbeitsR, § 307 BGB Rn. 213.
↑
- 91 BAG, NZA 2006, 1042 (1044 f.); *Erfk/Preis*, § 611 Rn. 445; *Meier/Schulz*, NZA 1996, 742 (748); aA *LAG*
Niedersachsen, Urt. v. 31.10.2008 – 10 Sa 346/08, BeckRS 2009, 52337.
↑
- 92 Wie hier auch *Deinert* in *Däubler/Bonin/ders.*, AGB-Kontrolle, § 307 BGB Rn. 122; *Preis/Stoffels*, Der
Arbeitsvertrag, Kap. A 120, Ausbildungsvertrag Rn. 54; *Schönhoft*, NZA-RR 2009, 628; *Waas*, RdA 2005, 123; aA
LAG Niedersachsen, Urt. v. 31.10.2008 – 10 Sa 346/08, BeckRS 2009, 52337.
↑
- Für diese Differenzierung auch *Sasse/Häcker*, DB 2014, 600 (601).

93



BAG, NZA 2006, 1042 (1045); *Deinert* in *Däubler/Bonin/ders.*, AGB-Kontrolle, § 307 BGB Rn. 111 a.

94



Mroß in *Maschmann/Sieg/Göpfert*, Vertragsgestaltung im ArbeitsR, Ausbildung/Fort- u. Weiterbildung Rn. 40; zur Unwirksamkeit einer Klausel bei nur beispielhafter Auflistung der Rückzahlungsgründe s. BAG, NZA 2007, 748 (750).

95



Preis/Stoffels, Der Arbeitsvertrag, Kap. A 120, Ausbildungsvertrag Rn. 52.

96



Bauer/Krieger/Arnold, Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, 9. Aufl. 2014, C Rn. 370.

97



Lakies, Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen, Rn. 805.

98



Lakies, Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen, Rn. 805; *Lingemann* in *Bauer/ders./Diller/Haußmann*, Anwalts-FormB ArbR, M 8.4 § 3 II; *Mroß* in *Maschmann/Sieg/Göpfert*, Vertragsgestaltung im ArbeitsR, Ausbildung/Fort- u. Weiterbildung Rn. 46; *Elking*, BB 2014, 885 (889).

99



Auch eine Kürzung um 1/3 pro Jahr wurde nicht beanstandet, BAG, NZA 1986, 741.

100



LAG Hamm, LAGE BGB § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr. 5. Das BAG, hat diesen Ansatz in der Revision unberücksichtigt gelassen, BAG, NZA 2013, 1361 (1362).

101



LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 12.9.2013 – 16 Sa 24/13.

102



Anhängig unter Az. 9 AZR 143/13, Termin: 22.9.2015.

103



Diese Konsequenz betonend auch *ErfK/Preis*, § 310 Rn. 94.

104



Obgleich dies von der Rspr. gefordert wird: bspw. BAG, NZA 2012, 1428.

105



So auch *Elking*, BB 2014, 885 (890).

106



Vgl. BAG, NZA 2007, 748 (750).

107



BAG, NZA 2006, 1042; NZA 2012, 738 (740 f.); ausf. zum Rechtsfolgenkonzept *Schlewing*, JbArbR, Bd. 47, 47 ff.

108



BAG, NZA 2012, 1428; NZA 2013, 1419 (1421); NZA 2013, 1361 (1363).

109



BAG, NZA 1984, 288 (289); AP BGB § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr. 9.

110



Grdl. BAG, NZA 2004, 727; zu Rückzahlungsklauseln im Speziellen BAG, NZA 2006, 1042.

111



Canaris spricht von der Gefahr der „übersteigerten Kontrolltyrannie“ durch die Gerichte, welche nur noch mit „gnadenloser Totalkassation“ reagierten (in FS Steindorff, 1990, 519 [549]); im arbeitsrechtlichen Bereich sprechen *Bauer/v. Medem* von einem „Sündenfall“ mit „fataler Wirkung“ und im Hinblick auf die „absurde

Übersteigerung der Transparenzkontrolle“ ergäbe sich ein Gesamtbild, welches „eine[s] Rechtsstaat[s] nicht würdig“ sei (NZA 2012, 894 [895]).

112 

Vgl. nur *Bauer/v.Medem*, NZA 2012, 894; *Bayreuther*, NZA 2004, 953; *Hromadka*, NJW 2002, 2523 (2539); *Söllner*, ZfA 2003, 145 (158 f.); *Stöhr*, ZfA 2013, 213 (232 ff.); *Zöllner*, NZA-Beil. 03/2006, 99 (106 f.).

113 

MüKoBGB/*Basedow*, 6. Aufl. 2012, § 306 Rn. 12 ff.; *Canaris*, FS Steindorff, 1990, 519 ff.; *Uffmann*, Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, 2010, passim; *Roth*, JZ 1989, 418; einschränkend ebenfalls *Staudinger/Schlosser*, BGB, § 306 Rn. 24 f.

114 

Stöhr, ZfA 2013, 213 (233).

115 


Dies sehen nicht nur die Kritiker des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion so, zust. bspw. *Staudinger/Krause*, BGB, Anh. zu § 310 Rn. 274 f.; in diese Richtung auch *Söllner*, ZfA 2003, 145 (158 f.).

116 

Bayreuther, NZA 2004, 953 (955); *Ohlendorf/Salamon*, RdA 2006, 281 (287).

117 

Bayreuther, NZA 2004, 953 (955); *Willemsen/Grau*, RdA 2003, 321 (324 f.).

118 

MüKoBGB/*Basedow*, § 306 Rn. 13.

119 

BGH, NJW 1982, 2309 (2310); NJW 1984, 1177; NJW 1985, 319; NJW 2001, 1419; NJW 2010, 674, bereits gegen die Begriffsdefinition wenden sich die Kritiker – vgl. Nachw. in Fn. 141.

120 

Nahezu allgM: *BGH*, NJW 1982, 2309 (2310); NJW 1984, 48 (49); *Schmidt* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 306 BGB Rn. 14; *Staudinger/Schlosser*, BGB, § 306 Rn. 22; *Bieder*, RdA 2011, 142 (152) – selbst von Kritikern im Grundsatz nicht bestritten MüKoBGB/*Basedow*, § 306 Rn. 13; kurz und prägnant auf den Punkt gebracht hat es *Schack*, BGB AT, 14. Aufl. 2013, Rn. 363: „Wer überreizt, hat verloren“.

121 


Schlewing in *Clemenz/Kreft/Krause*, AGB-ArbeitsR, § 306 BGB Rn. 70.

122 

Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl. 2015, § 306 Rn. 6; *Staudinger/Schlosser*, BGB, § 306 Rn. 22.

123 

Bonin in *Däubler/ders./Deinert*, AGB-Kontrolle, § 307 BGB Rn. 148; *Schlewing* in *Clemenz/Kreft/Krause*, AGB-ArbeitsR, § 306 BGB Rn. 70; *Stoffels*, AGB-Recht, 3. Aufl. 2015, Rn. 593; krit. dazu *Uffmann*, Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, 282 ff.; vgl. zum Transparenzgebot auch die Ausführungen unter III 4.

124 

EuGH, ECLI:EU:C:2012:349 = NJW 2012, 2257 – Banco Español de Crédito; bestätigt durch *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:85 = NJW 2014, 2335 – Kásler.

125 

Für die *BGH*-Rspr. vgl. nur *BGH*, NJW 1982, 2309; NJW 1994, 864; NJW 2006, 1059; NJW 2008, 1438; grdl. *BAG*, NZA 2004, 727; NZA 2006, 149; NZA 2006, 1042. Umfangreiche Nachw. der jew. Rspr. bei *Staudinger/Schlosser*, BGB, § 306 Rn. 22 bzw. *Staudinger/Krause*, BGB, Anh. zu § 310 Rn. 273.

126 

Nur auszugsweise sei hier erwähnt *Palandt/Grüneberg*, BGB, § 306 Rn. 6; *Schmidt* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, § 306 BGB Rn. 14; *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 593 ff.; *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 47 Rn. 87; *Ulmer*, NJW 1981, 2025 (2029); eingeschränkt zust. *Erman/Roloff*, BGB, 13. Aufl. 2011, § 306 Rn. 8; aus arbeitsrechtlicher Sicht *Bonin* in *Däubler/ders./Deinert*, AGB-Kontrolle, § 306 Rn. 17; *Deinert* in *Däubler/Bonin/ders.*, AGB-Kontrolle, § 307 BGB Rn. 133; *Lübbersmann*, Zulässigkeit arbeitsvertraglicher Rückzahlungsklauseln, 153 f.; *Zundel*, NJW 2006, 1237 (1242).

127



So bspw. die Bedenken bei *Schlewing* in *Clemenz/Kreft/Krause*, AGB-ArbeitsR, § 306 BGB Rn. 73 f.

128



Man denke nur an die extrem hohen Anforderungen bei Freiwilligkeitsvorbehalten (Nachw. in Fn. 15) sowie die engen Grenzen für die doppelte Schriftformklausel (*BAG*, NZA 2008, 1233).

129



An dieser Stelle sei nur verwiesen auf die in vielerlei Hinsicht kaum noch nachzuvollziehende Rspr. des *BGH* zu den Schönheitsreparaturklauseln – „übertrieben kleinlich“ nennt sie bspw. *Staudinger/Schlosser*, BGB, § 306 Rn. 22 – eine geltungserhaltende Reduktion greift hier nicht; *BGH*, NJW 2008, 1438 (1439). Vgl. auch *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 1089 ff.

130



Die schwierige Vorhersehbarkeit zulässiger Vertragsgestaltungen allein ist also keine besondere, dem Arbeitsrecht geschuldete Ausnahme und rechtfertigt dementsprechend auch keine Berücksichtigung gem. § 310 IV 2 BGB. So aber *Bayreuther*, NZA 2004, 953 (954), der zudem im Arbeitsrecht einen generell abgeschwächten Präventionszweck erblickt haben will. Wie hier auch *Bonin* in *Däubler/ders./Deinert*, AGB-Kontrolle, § 306 Rn. 17.

131



So bspw. *Sonnenschein*, NJW 1980, 1713 (1720). In diese Richtung auch *Faller*, Rückzahlungsklauseln für Fortbildungskosten, 2008, 182 (289 ff.), der ein richterliches Vertragsanpassungsrecht dogmatisch nicht herzuleiten vermag, letztlich dieses Erg. aber über § 313 BGB korrigieren will.

132



So aber *Uffmann*, Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, 57; ebenso *Hager*, JZ 1996, 175.

133



In diese Richtung auch *BGH*, NJW 1986, 1610 (1612): Ausnahmen vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion kämen in „zwingenden Sonderlagen“ in Betracht.

134



Explizit im Hinblick auf die Rückzahlungsklauseln hat das *BAG* dies bereits festgestellt (NZA 2009, 666 [669]); vgl. auch *Staudinger/Krause*, BGB, Anh. zu § 310 Rn. 274.

135



Zu Recht angemerkt von *Deinert* in *Däubler/Bonin/ders.*, AGB-Kontrolle, § 307 BGB Rn. 138 b.

136



In diese Richtung auch *Bieder*, RdA 2011, 142 (153), der die geltungserhaltende Reduktion als Anreiz zum Verzicht auf die eine völlig einseitige Interessendurchsetzung begreift.

137



Zu weiteren Lösungsansätzen s. *Faller*, Rückzahlungsklauseln für Fortbildungskosten, 82 (148 ff.).

138



Für die geltungserhaltende Reduktion bspw. *MüKoBGB/Basedow*, § 306 Rn. 13 ff. Zur ergänzenden Vertragsauslegung ausf. *Schmidt* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, § 306 BGB Rn. 33 ff. Als im Grundsatz zulässiges Mittel ist sie zudem in stRspr anerkannt, vgl. nur *BGH*, NJW 1984, 1177 (1178); NJW 2000, 1110 (1114); NJW 2010, 298 (302); *BAG*, NZA 2007, 748. Eine ausf. Übersicht der Rspr. hierzu findet sich bei *Schlewing*, JbArbR, Bd. 47, 47 (54 f., 60 ff.).

139



So zutr. *Schlewing*, RdA 2011, 92 (94); dies bemängelt auch *Uffmann*, Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, 287.

140



So bereits *BGH*, NJW 1982, 2309; *BAG*, NZA 2007, 748 (750); *Staudinger/Krause*, BGB, Anh. zu § 310 Rn. 275; *Ohlendorf/Salamon*, RdA 2006, 281 (285).

141



So bspw. *MüKoBGB/Basedow*, § 306 Rn. 14; *Canaris*, FS Steindorff, 519 (549 f.); *Medicus*, Zehn Jahre AGB-Gesetz, 1987, 83 (97); *Hager*, JZ 1996, 175 (176); *Roth*, JZ 1989, 411 (414); wohl auch *Staudinger/Schlosser*, BGB, § 306 Rn. 24 f.

142



Fallgr. zB bei *Canaris*, FS Steindorff, 519 (552 ff.); s. auch *Stöhr*, ZfA 2013, 213 (234 f.).

143



Zur unklaren dogmatischen Einordnung der geltungserhaltenden Reduktion s. *Schlewing*, RdA 2011, 92 (94) mwN.

144



S. Nachw. in Fn. 109.

145



BAG, NZA 2009, 666 (669) (s. unter II 2 a bb 2).

146



MüKoBGB/*Basedow*, § 306 Rn. 15; *Jauernig/Stadler*, BGB, 15. Aufl. 2014, § 306 Rn. 4; s. auch *Bonin* in *Däubler/ders./Deinert*, AGB-Kontrolle, § 306 BGB Rn. 17.

147



So bspw. *Ohlendorf/Salamon*, RdA 2006, 281 (284 ff.).

148



So ausdr. MüKoBGB/*Basedow*, § 306 Rn. 15; ebenso *Mayer*, Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, 2000, 71 (88); *Uffmann*, Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, 56 f.

149



Jauernig/Stadler, BGB, § 306 Rn. 4.

150



Stoffels, ZfA 2009, 861 (892 f.); *ders.* Anm. zu *BAG*, NZA 2012, 1428 = AP BGB § 622 Ausbildungsbeihilfe Nr. 41 mit Anm. *Hanau* (aA); krit. auch der 9. Senat des *BAG*, NZA 2006, 1042; NZA 2014, 957 (959).

151



So bspw. *Hümmerich*, Gestaltung von Arbeitsverträgen, 1. Aufl. 2006, Rn. 605.

152



Staudinger/Krause, BGB, Anh. zu § 310 Rn. 275; *Ohlendorf/Salamon*, RdA 2006, 281 (285).

153



So völlig zu Recht auch *Bieder*, RdA 2011, 142 (152); in diese Richtung bereits *BAG*, NZA 2006, 1042 (1046).

154



Dies übersieht bspw. *Hager*, JZ 1996, 175 (176); zu Recht gegen eine Gleichsetzung *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle, 333.

155



Staudinger/Krause, BGB, Anh. zu § 310 Rn. 275.

156



S. zur Ursprungfassung § 5 II AGBG, BT-Drs. 7/3919, 4.

157



BT-Drs. 7/5422, 5; zur Entstehungsgeschichte s. *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 613; auch *Schlewing*, RdA 2011, 92 (95).

158



Schlewing, RdA 2011, 92 (94).

159



S. hierzu aber die Argumentation bei *Stöhr*, ZfA 2013, 213 (236), der iÜ den gemeinsamen Parteiwillen bedenklich einseitig aus Arbeitgebersicht deutet.

160



So zutr. *Bieder*, RdA 2011, 142 (152).

161



MükoBGB/Basedow, § 306 Rn. 13; Lindacher/Hau in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, § 306 Rn. 20; zust. auch Schlewing, RdA 2011, 92 (98); ebenso Stöhr, ZfA 2013, 213 (234 f.), der dies allerdings als Einschränkung der geltungserhaltenden Reduktion begreift.

162



Schlewing, RdA 2011, 92 (98).

163



Lindacher/Hau in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, § 306 Rn. 20.

164



Dies sieht Stöhr iÜ ebenso und will mit einem prima-facie-Beweis entgegensteuern, ZfA 2013, 213 (234).

165



Stoffels, AGB-Recht, Rn. 595.

166



Dies streitet auch Boemke, Rechtsfolgen unangemessener Bestimmungen in AGB, 1989, 118 nicht ab.

167



Abl. auch Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § 306 BGB Rn. 15; Bonin in Däubler/ders./Deinert, AGB-Kontrolle, § 306 BGB Rn. 17.

168



Hanau/Preis, DB 1991, 1276; Höpfner, RdA 2006, 156; hierzu tendierend auch Stoffels, AGB-Recht, Rn. 606. Aus mietrechtlicher Sicht Horst, NZM 2007, 185 (191 f.); abl. Sternel, NZM 2007, 545 (546 f.).

169



Dies gilt insbes. für die Aufrechterhaltung von an sich unwirksamen Bürgschaftsverpflichtungen, BGH, NJW 1995, 2553 (2556 f.); NJW 1998, 2815 (2816); eingeschränkten Vertrauensschutz gewährte auch das BAG bei Bezugnahme Klauseln: BAG, NZA 2006, 607; NZA 2007, 965.

170



Aus arbeitsrechtlicher Sicht ausf. Louven, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des BAG, 1996; zuletzt Lambrich/Göhler, RdA 2014, 299; s. auch Medicus, NJW 1995, 2577.

171



In diese Richtung Hanau/Preis, DB 1991, 1276 (1281); aus strafrechtlicher Sicht Kempf/Schilling, NJW 2012, 1849 (1853) mwN.

172



So der grds. Einwand gegen ein weitergehendes Rückwirkungsverbot von Bydlinsky, JZ 1985, 149 (153).

173



BVerfG, NZA 1991, 809; NJW 2009, 1469; NJW 2013, 523; BGH, NJW 1977, 375 (376); NZA 2007, 965; Brocker, NJW 2012, 2996; aA Herdegen, WM 2009, 2202 (2204).

174



BVerfG, NJW 2013, 523.

175



Zum Schutzzweck des Transparenzgebots vgl. Bonin in Däubler/ders./Deinert, AGB-Kontrolle, § 307 BGB Rn. 146 ff.

176



BGH, NJW 1996, 924; NJW 2008, 1438 (1439); NZA 2007, 748 (751); Übersicht der Rspr. Palandt/Grüneberg, BGB, § 306 Rn. 10.

177



BGH, NJW 1977, 375 (376).

178



BAG, NZA 2002, 455; NZA 2006, 971 (975); NZA 2007, 965 (970).

179



BGH, NJW 2008, 1438 (1439); zust. *Lindacher/Hau* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, § 306 Rn. 16.

180



Hier ging es um die Kosten für Schönheitsreparaturen, die gem. § 535 I 2 BGB grds. vom Vermieter zu tragen sind (vgl. *BGH*, NJW 2008, 1438 [1439]).

181



Schaub/Vogelsang, ArbR-Hdb, § 176 Fortbildungsvertrag Rn. 18.

182



Vgl. *Tröndle*, FS Dreher, 1977, 117 (130); s. auch *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des BAG, 221.

183



Deutlich weitgehender *Höpfner*, RdA 2006, 156 (160), der schon ein letztinstanzliches Urteil ausreichen lassen will, wie hier wohl auch *Brox*, SAE 1964, 181 (183).

184



In Anlehnung an die Gewährung eines Vertrauensschutzes durch den *BGH* bei nunmehr unwirksamer Ausdehnung einer Bürgschaft auf alle bestehenden und künftigen Forderungen (stRspr seit *BGH*, NJW 1995, 2553). Anders zuvor *BGH*, NJW 1985, 848; NJW 1986, 928; NJW 1987, 3126.

185



Vgl. *BVerfG*, NJW 2009, 1469 (1475).

186



BVerfG, NZA 1991, 809 (810 f.); *BAG*, NZA 2007, 965 (971).

187



So explizit vorgenommen bei *BAG*, NZA 2007, 965 (971 f.); das *BVerfG* hält dies ebenfalls für einen gangbaren Weg (zuletzt NJW 2013, 523). *Medicus* fordert in solchen Fällen als Zeitpunkt für die Festlegung des Vertrauensschutzes einen generellen Bewertungswandel im Rahmen der Thematik (NJW 1995, 2577 [2581]).

188



S. unter II 2 a.

189



Hinzuweisen ist hier insbes. auf die Anforderungen bei Formulierung der Kostenpositionen; aber auch die (Formulierungs-)Anforderungen bei Beendigungsgründen (s. unter II 2 b c).

190



Es ist nicht ersichtlich, wieso der Arbeitnehmer den neuen Arbeitsvertragsbedingungen üblicherweise zustimmen sollte, dürfte ihm doch regelmäßig die für ihn positive Rechtsfolge bewusst sein (aA *Deinert* in *Däubler/Bonin/ders.*, AGB-Kontrolle, § 307 BGB Rn. 137).

191



Bieder will daher bei einer entspr. Fehlentwicklung eine Lösung eher über das KSchG suchen, RdA 2011, 142 (153).

192



Stoffels, ZfA 2009, 861 (894 f.) mit Klauselvorschlag; zur generellen Zulässigkeit solcher, insbes. für das Massengeschäft unverzichtbaren, Regelungen s. *Erman/Roloff*, BGB, § 308 Rn. 39 ff.

193



So ausdr. *Rolfs* in *Bieder/Hartman*, Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung, 2012, 1 (27); s. auch *Bayreuther*, NZA 2004, 953 (955); *Ohlendorf/Salamon*, RdA 2006, 281 (287).

194



Staudinger/Krause, BGB, Anh. zu § 310 Rn. 230; für das allg. Zivilrecht bspw. *MüKoBGB/Basedow*, § 306 Rn. 13; *Staudinger/Schlosser*, BGB, § 306 Rn. 24 f.; *Boemke*, Rechtsfolgen unangemessener Bestimmungen in AGB, 116; auch in diesen Fällen abl. wohl *Bieder*, RdA 2011, 142 (153).

195



Dies gilt insbes. dort, wo den Parteien dispositives Recht zur Verfügung steht, vgl. *Bonin* in *Däubler/ders./Deinert*, AGB-Kontrolle, § 307 BGB Rn. 17.



196

Hierauf hat bereits *Canaris*, FS Steindorff, 519 (548), zutr. hingewiesen. Zu bedenken ist auch, dass mittlerweile knapp 90 % der Arbeitsverträge vorformuliert sind, vgl. *Staudinger/Krause*, BGB, Anh. zu § 310 Rn. 1.

197

In diese Richtung geht auch *Medicus*, Zehn Jahre AGB-Gesetz, 83 (89), der insofern aber weitergehend von einer „vertretbaren Rechtsansicht“ spricht.

198

BAG, NZA 2006, 1042 (1046); NZA 2007, 748 (751); NZA 2012, 1428 (1430).

199

Stoffels, AGB-Recht, Rn. 596; zu den Gefahren der ergänzenden Vertragsauslegung s. auch *Medicus*, BGB AT, Rn. 344.

200

S. Nachw. in Fn. 125.

201

BAG, NZA 2009, 666 (unter II 2 a bb 2).

202

Instruktiv zu den Anforderungen *Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, § 307 BGB Rn. 323 ff.

203

Zur Unterscheidung zwischen Abschluss- und Anwendungstransparenz *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle, 321; *Koller*, FS Steindorff, 667 (671 ff.).

204

Fuchs in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, § 307 BGB Rn. 341; *Lindacher/Hau* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, § 306 BGB Rn. 253; mitentscheidend ist auch der Vertragsinhalt, s. v. *Westphalen/Thüsing*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 36. Aufl. 2015, Vertragsrecht (Transparenzgebot) Rn. 15.

205

So zB ausdr. *BAG*, NZA 2007, 748 iRd Beendigungsgrundes, der nicht alle Eventualitäten aufzählt.

206

Zum Umfang der Konkretisierung allg.: *Staudinger/Coester*, BGB, § 307 Rn. 197 ff.; v. *Westphalen/Thüsing*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Vertragsrecht (Transparenzgebot) Rn. 14;ack explizit im Hinblick auf die Anforderungen des Beendigungsgrundes iE auch *Rolfs* in *Bieder/Hartman*, Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung, 1 (26).

207

In erster Linie gilt dies für die überzogenen Anforderungen an die Höhe des Rückzahlungsbetrags, aber auch im bereits genannten Fall des Beendigungsgrundes II 2 b c. Zu berücksichtigen ist in diesem Kontext auch *BAG*, NZA 2008, 1004 – bereits zu Beginn der Fortbildung solle rahmenmäßig bestimmt werden, zu welchen Bedingungen im Anschluss die Berufstätigkeit zu erfolgen habe. Dass sich dies für die Zukunft regelmäßig gar nicht bestimmen lassen wird (insbes. bei einer nicht unerheblichen Dauer der Fortbildung), war hier offensichtlich nicht Gegenstand der Abwägung.

208

Explizit zu Rückzahlungsklauseln in diese Richtung *LAG Nürnberg*, NZA-RR 2015, 123; grdl. *Staudinger/Coester*, BGB, § 307 Rn. 202 ff.

209

Zu Letzterem zu Recht *Zöllner*, ZfA 2010, 637 (647).

210

Preis, NZA 2009, 281.

211

Leidtragende bleiben in diesen Fällen aber automatisch Kleinunternehmer und mittelständische Arbeitgeber. Vgl. *Stöhr*, ZfA 2013, 213.

212

So ausdr. BAG, NZA 2012, 1428 (1431).

213



S. unter II 2 a bb.

214



BAG, NZA 2013, 1419 (1420); NZA 2014, 957 (959).

