

## **Bundesarbeitsgericht – Moot Court 2011/2012**

### **Lösungshinweise**

#### A. Prozessuales

Der Sachverhalt weist keine prozessualen Probleme auf. Auch die örtliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts Regensburg und die Zulässigkeit des Rechtswegs zur Arbeitsgerichtsbarkeit sind ohne weiteres gegeben - § 48 Abs. 1a Satz 1, § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a) und c) ArbGG. Hier ist von keiner Seite aus etwas anzusprechen.

#### B. Materielle Fragen

##### I. Anspruch nach Fortbildungsvertrag

##### 1. Anspruch dem Grunde nach

##### a) Wortlaut der Fortbildungsvereinbarung

§ 4 sieht eine Rückzahlungspflicht vor, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Ende des sechsten Kalendermonats nach dem Monat der erfolgreichen Prüfung beendet wird. Da die Prüfung im März 2011 abgeschlossen wurde, wird eine Rückzahlungspflicht bei einer Beendigung seitens des Arbeitnehmers vor Ende September ausgelöst. Eine solche liegt hier vor.

##### b) Einschränkende Auslegung

Allenfalls könnte man aus § 6 des Fortbildungsvertrages schließen, dass nicht jede Eigenkündigung die Fortzahlungspflicht auslösen soll, sondern es nur auf solche Kündigungen ankommen soll, die der Arbeitnehmer nicht nur ausgesprochen, sondern auch veranlasst hat. Dafür könnte sprechen, dass sonst die Gleichstellung nach § 6 einen inneren Widerspruch auslösen würde.

Ob dies durchgreift ist durch Auslegung der Vereinbarung zu bestimmen. Da es sich um eine allein stehende, nicht für eine Vielzahl von Fällen entworfene Vereinbarung handelt, sind die für individuelle Willenserklärungen geltenden Grundsätze anwendbar. Nach §§ 133, 157 sind Verträge so auszulegen, wie die Parteien sie nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung

der Verkehrssitte verstehen mussten. Dabei ist vom Wortlaut auszugehen, zur Ermittlung des wirklichen Willens der Parteien sind jedoch die außerhalb der Vereinbarung liegenden Umstände einzubeziehen, soweit sie den Schluss auf den Sinngehalt der Erklärung zulassen. Vor allem sind die bestehende Interessenlage und der mit dem Rechtsgeschäft verfolgte Zweck zu berücksichtigen. Im Zweifel ist der Auslegung der Vorzug zu geben, die zu einem vernünftigen, widerspruchsfreien und den Interessen beider Vertragspartner gerecht werdenden Ergebnis führt. Haben alle Beteiligten eine Erklärung übereinstimmend in demselben Sinn verstanden, so geht der wirkliche Wille dem Wortlaut des Vertrages und jeder anderweitigen Interpretation vor und setzt sich auch gegenüber einem völlig eindeutigen Vertragswortlaut durch.

*vgl. BAG 18. Mai 2010 – 3 AZR 373/08 –*

In diesem Zusammenhang kommt es auf die Frage, ob es sich tatsächlich um einseitig gestellte Vertragsbedingungen nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB handelt, nur an, falls ein Rückgriff auf die Unklarheitenregel - § 305c Abs. 2 BGB – erforderlich sein sollte. Die Anwendung der Unklarheitenregel könnte nämlich nur über § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB möglich sein, denn für eine Vielzahl von Fällen vorformulierte Vertragsbedingungen und damit Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB liegen nicht vor. Für den Rückgriff auf die Unklarheitenregel wiederum ist Voraussetzung, dass nach Ausschöpfung aller Auslegungsmethoden ein nicht behebbarer Zweifel verbleibt, also mindestens zwei Auslegungen vertretbar erscheinen, von denen keine den Vorzug verdient. Die nur entfernte Möglichkeit, zu einem anderen Ergebnis zu kommen, genügt nicht.

*vgl. auch insoweit BAG 18. Mai 2010 – 3 AZR 373/08 –*

Aus der Sicht des Beklagten wäre zu argumentieren, dass sich nach dem Gesamtgefüge des Vertrages der Wille ergibt, nur ein einseitig von Gast gewolltes Ausscheiden, das letztlich von seiner Entscheidung abhängt oder vergleichbare Vertragsverstöße sollten die Rückzahlungspflicht auslösen, nicht aber eine vom Arbeitgeber zu verantwortende Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Aus Klägersicht sollte einer solchen Auslegung nicht widersprochen werden, da sonst Nachteile bei Inhaltskontrolle drohen; aus denselben Gründen ist es aus Beklagtersicht sinnvoll, hier jedenfalls eine Unklarheit anzunehmen - dazu unten B. II. 3. c) cc) (3)

c) Erfüllung der Voraussetzungen bei einschränkender Auslegung

Kommt man zur einschränkenden Auslegung stellt sich die Frage, ob tatsächlich eine Eigenkündigung aus Gründen, die auf Seiten des Arbeitgebers liegen, vorliegt. Es geht um enttäuschte Erwartungen und eine absprachewidrige zumindest vorläufige Unterlassung des Arbeitgebers. Es spricht einiges dafür, - obwohl eine ohne Gründe mögliche fristgemäße Eigenkündigung vorliegt – in diesem Falle eine Kündigung aus Gründen in der Sphäre des Arbeitgebers nur nach Abmahnung anzunehmen: Rechtsgedanke aus § 314 BGB. Aus Klägersicht ist zudem darauf hinzuweisen, dass Freundlich das Ziel, eine Bar einzurichten, nie aufgegeben hat.

## 2. Anspruch der Höhe nach

Die Rückzahlungspflicht greift nach dem Vertrag in vollem Umfange. Eine Reduzierung nach § 5 des Fortbildungsvertrages tritt nicht ein. Das wäre nur der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis wenigstens bis Ende Juni 2011 gedauert hätte.

Die Berechnung der Kosten ist unproblematisch. Alle Positionen sind von § 3 des Fortbildungsvertrages erfasst.

## II. Wirksamkeit der Vereinbarung der Rückzahlungspflicht

### 1. Prüfungsmaßstab

Problematisch ist die Anwendung von AGB-Recht. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB greift nicht, da der Vertrag nicht „für eine Vielzahl von Fällen“ vorformuliert ist. Daher ist spätestens hier zu problematisieren, ob § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB einschlägig ist. Ein Verbrauchervertrag im Sinne von § 310 Abs. 3 BGB liegt nach der - nicht mehr zentral zu problematisierenden - Rechtsprechung des BAG vor, da auch Arbeitnehmer Verbraucher sind.

*ständige Rechtsprechung seit BAG 25. Mai 2005 – 5 AZR 572/04 –*

Die wesentlichen Vorschriften des AGB-Rechts sind danach anwendbar, auch wenn der Vertrag – wie hier – nur zur einmaligen Anwendung bestimmt ist, falls er vom Arbeitgeber vorformuliert wurde, hier unproblematisch, und soweit der Verbraucher, also Gast als Arbeitnehmer, auf Grund der Vorformulierung auf den Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte. Dies ist hier problematisch.

Die Möglichkeit der Einflussnahme setzt voraus, dass der Verwender den Kerngehalt der von ihm vorformulierten Vereinbarung ernsthaft zur Disposition stellt und der anderen

Vertragspartei Gestaltungsfreiheit zur Wahrung ihrer Interessen einräumt. Das führt zwar in der Regel zu Änderungen des Vertrages. Dies ist jedoch nicht notwendig so. Unterbleiben Änderungen muss sich

- der Verwender deutlich und ernsthaft zu gewünschten Änderungen der zu treffenden Vereinbarung bereit erklären

und

- dies dem Verwendungsgegner bei Abschluss des Vertrages bewusst sein.

*BAG 19. Mai 2010 – 5 AZR 253/09 –*

Hier wäre zu argumentieren:

<p>Klägerin: Freundlich hat auf die Frage von Gast Gesprächsbereitschaft deutlich gemacht. Dass er gemeint habe, wegen der Kosten und der Zukunft von Gast sei die Vereinbarung sinnvoll, sei nur Teil der Verhandlungen gewesen, nicht deren Ablehnung. Gast habe deutlich sein müssen, dass Verhandlungsspielraum bestehe.</p>	<p>Beklagter: Mangels Änderung der vorformulierten Bedingungen sei nur ausnahmsweise von der Möglichkeit der Einflussnahme auszugehen. Eine solche Ausnahme liege nicht vor. Von intensiven Erörterungen könne keine Rede sein. Freundlich habe auf Nachfrage sofort „abgeblockt“. Es habe Gast nicht klar sein können, dass Änderungen möglich seien.</p>
--	--

Zumindest auf Nachfrage sollte auch die Problematik klar sein, welcher Prüfungsmaßstab denn anzuwenden ist, falls AGB-Recht nicht gilt. Das BAG ist bei echten Individualverträgen an sich davon ausgegangen, es könne nicht ohne weiteres aus § 242 BGB hergeleitet werden, was sich bei AGB aus der Inhaltskontrolle ergibt. Vielmehr spreche einiges dafür in diesen Fällen keine allgemeine Inhaltskontrolle nach dieser Vorschrift vorzunehmen. Folgt man dem, wäre nur noch eine am Einzelfall vorzunehmende Prüfung auf Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) vorzunehmen.

*in dieser Richtung BAG 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 –*

Allerdings ist anerkannt, dass § 622 Abs. 6 BGB – Verbot einer längeren Kündigungsfrist für den Arbeitnehmer als den Arbeitgeber – auch solche Vereinbarungen verbietet, die eine unangemessene Kündigungserschwerung enthalten.

*z.B. BAG 8. September 1998 – 9 AZR 223/97 –*

Jedenfalls dann, wenn eine Rückzahlungsklausel der Vereinbarung einer längeren Kündigungsfrist gleichkommt, wäre sie wegen Verstoßes gegen diese Regelung unwirksam.

## 2. Einbeziehung

Gegen die wirksame Einbeziehung der Rückzahlungsklausel bestehen keine Bedenken. Eine Überraschungsklausel im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB liegt nicht vor; ob die Auslassung dieser Regel in der Verweisung nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB von Bedeutung ist, kann dahingestellt gelassen werden. Dieser gesamte Punkt ist nicht zu problematisieren.

## 3. Inhaltskontrolle

### a) Zum Ausschluss nach § 307 Abs. 3 BGB

Danach unterliegen der Inhaltskontrolle nur Vereinbarungen, mit denen von Rechtsvorschriften abweichende oder sie ergänzende Regelungen vereinbart werden. Das sind auch solche, die die Umstände des vom Verwender gemachten Hauptleistungsversprechens ausgestalten. Rückzahlungsklauseln gehören dazu, weil sie regeln, unter welchen Umständen die erbrachten Leistungen beim Arbeitnehmer verbleiben sollen.

*BAG 15. September 2009 – 3 AZR 173/08 –*

Anführen lässt sich auch, dass wegen der Bindungswirkung nicht lediglich eine Festlegung der Gegenleistung vorliegt.

*dazu der Hinweis bei BGH 17. September 2009 – III ZR 207/08 –*

Hier liegt kein zentrales Problem. Ein bloßer Hinweis auf die Kontrollfähigkeit reicht; sogar ein Außerachtlassen der Problematik ist möglich.

### b) Klauselverbote

Klauselverbote nach § 308, § 309 BGB sind nicht einschlägig und sollten nicht erwähnt werden.

### c) Generalklausel

Abzustellen ist deshalb allein auf § 307 BGB. Zu prüfen ist, ob eine unangemessene Benachteiligung im Sinne dieser Bestimmung vorliegt.

aa) Transparenzkontrolle

Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass eine Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

(1) Vertragliche Regelung

Aus den Formulierungen im Vertrag ergibt sich keine Unklarheit. Es wird deutlich, was gemeint ist.

(2) Angabe der Größenordnung der möglichen Rückzahlung

Problematisch könnte sein, ob in hinreichendem Maße die Größenordnung einer möglichen Rückzahlung angegeben wurde.

- Notwendigkeit der Angabe

In der Rechtsprechung des BAG ist diese Frage ausdrücklich offen gelassen.

*BAG 15. September 2009 – 3 AZR 173/08 –*

Zu argumentieren wäre:

<p>Klägerin: Damit werden übertriebene Anforderungen gestellt. Oft ist die Größenordnung noch nicht vollständig abschätzbar.</p>	<p>Beklagter: Für eine wirkliche Prüfung, ob der Vertragsschluss sinnvoll ist oder die Risiken zu hoch, bedarf es dieser Angaben. Nicht umsonst wird ja Intransparenz im „Prüfprogramm“ des § 307 BGB ausdrücklich vorgesehen.</p>
--	--

- Vorliegen ausreichender Angaben

Bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung sind auch die mündlichen Angaben von Freundlich zu berücksichtigen. Es handelt sich Umstände bei Vertragsschluss -

§ 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB. Diese können nach Ansicht des BAG auch zu Lasten des Arbeitnehmers in die Angemessenheitskontrolle einbezogen werden.

*vgl. BAG 31. August 2005 – 5 AZR 545/04 –*

Danach kommt es darauf an, ob Freundlich die Größenordnung in dem Gespräch vor Vertragsschluss in ausreichender Weise angegeben hat.

Es wäre zu argumentieren:

<p><b>Klägerin:</b> Deutlich wurde gemacht, dass es um eine erhebliche Summe geht, die jedenfalls 1.000,00 Euro überschreitet. Daher sei auch eine Summe von mehreren Tausend Euro als von der Größenordnung her erfasst anzusehen. Nur die Größenordnung, nicht die konkrete Summe sei anzugeben.</p>	<p><b>Beklagter:</b> Zu rechnen sei allenfalls mit einer gewissen Überschreitung der 1.000,00 Euro gewesen. Selbst wenn also als Größenordnung eine 1.000,00 Euro deutlich überschreitende Summe zugrunde lege, z.B. 1.500,00 bis 2.000,00 Euro, sei mit 2.800,00 Euro diese Größenordnung überschritten.</p>
--	---

(3) Zu ungenaue Angabe über weitere Berufschancen

Nach der Rechtsprechung des BAG kann eine Klausel deshalb intransparent werden, weil nicht klar ist, mit welcher Tätigkeit der Arbeitnehmer durch weitere Betriebszugehörigkeit die Rückzahlungspflicht vermeiden kann.

*BAG 18. März 2008 – 9 AZR 186/07 –*

Ein solcher Fall dürfte hier nicht vorliegen, da auch eine Tätigkeit im bisherigen Arbeitsverhältnis, dessen Bedingungen feststehen, nach dem Fortbildungsvertrag eine Rückzahlungspflicht abwenden kann.

*vgl. Hessisches LAG 29. Oktober 2010 – 19 Sa 329/10 -*

Unerheblich ist es, dass es trotz Ankündigung nicht so schnell wie erwartet zum Einsatz von Gast als Barkeeper kommt. Für die Wirksamkeitsprüfung ist auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen.

*BAG 18. März 2008 – 9 AZR 186/07 -*

Zu diesem Zeitpunkt wollte Freundlich Gast in der neu aufzubauenden Bar beschäftigen; eine Verzögerungsabsicht bestand nicht.

bb) Vertragsabschluss kurz vor Beginn der Ausbildung

In Betracht käme, wegen dieses Umstandes bei Vertragsschluss iSv § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB eine Unangemessenheit annehmen.

Hier könnte aus Beklagtensicht argumentiert werden, dass dem Beklagten keine ausreichende Überlegungszeit eingeräumt wurde, um sich Gedanken darüber zu machen, ob er unter Berücksichtigung des Kostenrisikos an der Ausbildung teilnehmen will. Aus Klägersicht wäre darauf abzustellen, dass der Beklagte sich für die Ausbildung interessierte und durch sein Interesse die Idee der Ausbildung erst geweckt hat. Die Ausbildung lag zudem im Berufsbild des Klägers und die Anforderungen waren für ihn deshalb überblickbar.

*zu den Kriterien: BAG 19. Januar 2011 – 3 AZR 621/08 -*

Jedoch könnte sich die Unwirksamkeit daraus ergeben, dass der Beklagte kurzfristig vor die Wahl gestellt wurde, die Rückzahlungspflicht einzugehen, um überhaupt an der Fortbildungsmaßnahme teilnehmen zu können. Das BAG hat deshalb während der Fortbildung abgeschlossene Rückzahlungsvereinbarungen für unwirksam gehalten.

*BAG 9. Dezember 1992 – 5 AZR 158/92 –*

Aus Beklagtensicht wäre hier eine Erweiterung der Rechtsprechung anzustreben. Da der Beklagte sich bereits auf die Durchführung der Ausbildung eingestellt hatte, kommt es einem Druck gleich, wenn dies überraschend von einer Rückzahlungsvereinbarung abhängig gemacht würde. Klägerseitig wäre darauf zu verweisen, dass der Beklagte ja noch keine Lebenszeit in die Fortbildung investiert hatte und im Übrigen eine Abgrenzung zum Normalfall – Vorlage des gesamten Angebots vor Beginn der Ausbildung oder Vertragsschluss, nach Feststellung des Interesses an der Ausbildung ohne vorher in die Einzelheiten zu gehen – schwer möglich ist.

Der bloße Abschluss in Zusammenhang mit der Arbeitsstelle ist nach der nicht unumstrittenen Rechtsprechung des BAG kein Grund unangemessene Umstände bei Vertragsschluss anzunehmen. Gerade dort muss der Arbeitnehmer mit vertragsbezogenen Verhandlungen rechnen.

*BAG 15. März 2005 – 9 AZR 502/03 – für Verstoß gegen das Verbot unfairen Verhandeln*



cc) Inhaltliche Unangemessenheit

(1) Prüfmaßstab

Eine Vereinbarung ist unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung eigene Interessen missbräuchlich auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zu gewähren. Die Feststellung einer unangemessenen Benachteiligung setzt eine wechselseitige Berücksichtigung und Bewertung anzuerkennender Interessen der Vertragspartner voraus. Dabei sind grundrechtlich geschützte Positionen zu beachten. Grundsätzlich ist ein genereller, typisierender, vom Einzelfall losgelöster Maßstab anzulegen.. Art und Gegenstand, Zweck und Besonderheiten des jeweiligen Geschäfts sind in die Beurteilung einzubeziehen.

*z.B. BAG 15. September 2009 – 3 AZR 173/08 –*

(2) Wirtschaftlicher Vorteil

Rückzahlungsklauseln sind nur dann zulässig, wenn die Aus- und Fortbildungsmaßnahme für den Arbeitnehmer von geldwertem Vorteil ist, sei es dass bei seinem bisherigen Arbeitgeber die Voraussetzungen einer höheren Vergütung erfüllt sind oder die erworbenen Verhältnis sich anderweitig nutzbar machen lassen.

*BAG 15. September 2009 – 3 AZR 173/08 –*

Das könnte hier hinsichtlich des alten Arbeitgebers fraglich sein, weil es ja erst in Zukunft zu einer Verbesserung kommen könnte, wenn die Bar aufgemacht wird. Aber der Beklagte hat eine am Arbeitsmarkt verwertbare Zusatzqualifikation erhalten, so dass insoweit kein vertieft zu behandelndes Problem besteht.

(3) Ausreichende Beschränkung des Rückzahlungsanlasses

Es ist unangemessen eine Rückzahlung von Gesichtspunkten abhängig zu machen, die allein in der Sphäre des Arbeitgebers liegen.

*grundsätzlich: BAG 11. Juni 2006 – 9 AZR 610/05 –*

*BGH 17. September 2009 – III ZR 207/08 –*

Das gilt auch für die Fallgestaltung, dass der Arbeitnehmer sich wegen des Fehlverhaltens des Arbeitgebers als zur Eigenkündigung berechtigt ansehen darf.

*BAG 11. Juni 2006 – 9 AZR 610/05 –*

Hier wäre dieser Fall jedenfalls bei Abstellen auf den bloßen Wortlaut von § 4 des Fortbildungsvertrages mit erfasst.

Die Klägerseite muss deshalb – dazu oben B I 1. b – argumentieren, dass dieser Fall vom Vertrag nicht gedeckt ist.

Die Beklagtenseite muss daran jedenfalls Zweifel sähen. Denn diese gingen nach der Rechtsprechung des BAG bei der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht zu Lasten des Verwenders: Es ist die scheinbar für dessen Vertragspartner ungünstigere Auslegung zu wählen und die Wirksamkeit der Klausel anhand dieser Auslegung zu prüfen.

*BAG 18. März 2008 – 9 AZR 186/07 –*

Kommt man zu dem Ergebnis, dass der Fall der Kündigung aus Gründen, die bei der Klägerin liegen, von der Rückzahlungsklausel erfasst ist, wäre nach dem „blue-pencil-Test“ dazu: *BAG 12. März 2008 – 10 AZR 152/07 -*

die gesamte Rückzahlungsklausel unwirksam. Denn sie ist sprachlich nicht trennbar. Nur sprachlich und inhaltlich trennbare Bestimmungen können aber nach der BAG-Rechtsprechung gesondert auf die Unwirksamkeit geprüft werden.

*vgl. nur BAG 14. Januar 2009 – 3 AZR 900/07 –*

Soweit allerdings § 4 des Fortbildungsvertrages sonstige möglicherweise problematische Anlässe für die Rückzahlungspflicht, wie z.B. Nicht-Bestehen der Prüfung, vorsieht, ist dies abtrennbar und deshalb hier nicht relevant. Es sollte nicht behandelt werden.

#### (4) Bindungsdauer

- Kriterien

Die Vorteile der Ausbildung und die Dauer der Bindung müssen in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen. Das ist in erster Linie nach der Dauer der Aus- und Fortbildungsmaßnahme, aber auch anhand der Qualität der erworbenen Qualifikation zu beurteilen. Grundsätzlich gilt dabei folgende zulässige Bindung:

Fortbildungsdauer:	zulässige Bindung:
--------------------	--------------------

bis zu 1 Monat	bis zu sechs Monaten
bis zu zwei Monaten	bis zu einem Jahr
drei bis vier Monate	bis zu zwei Jahre
sechs Monate bis ein Jahr	bis zu drei Jahre
mehr als zwei Jahre	bis zu fünf Jahre

Bei der Ausbildungsdauer sind nur die reinen Ausbildungszeiten, nicht die Zwischenräume mit zu berechnen.

Dabei geht es nicht um rechnerische Gesetzmäßigkeiten, sondern um Richtwerte, die einzelfallbezogenen Abweichungen zugänglich sind. So kann eine verhältnismäßig lange Bindung auch bei kürzerer Ausbildung gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitgeber ganz erhebliche Mittel aufwendet oder die Teilnahme an der Fortbildung dem Arbeitnehmer überdurchschnittlich große Vorteile bringt.

*zum Ganzen BAG 15. September 2009 – 3 AZR 173/08 –*

Die „Formel“ erfasst - auch bei Ausbildung in mehreren Blöcken - nicht die Zeit der Ausbildung sondern erst die Bindung nach deren Ende. Die Bindungsdauer vor Abschluss der Ausbildung kann aber gesondert zu prüfen sein.

*vgl. BAG 19. Januar 2011 – 3 AZR 621/08 –*

- Bindung nach Abschluss der Ausbildung

Diese Bindung ist nach den o. a. Regelwerten hier an sich unproblematisch, insbesondere liegt kein Fall der minderwertigen Ausbildung vor, der nur eine kürzere Bindung rechtfertigt. Es geht um einen formalen Abschluss mit eindeutigem Marktwert für den Arbeitnehmer. Auch besonders erhebliche Aufwendungen, die eine längere Bindung rechtfertigen, liegen - auch wenn man die Entgeltfortzahlung von ca. 950,00 Euro brutto hinzu zählt - nicht vor.

Das gilt allerdings nur, wenn man davon absieht, dass die Bindung nach Kalendermonaten erfolgte und sich die Bindung deshalb bei Betrachtung vorab auf nahezu sieben Monate ausdehnen konnte. Hier kann Beklagtenseite argumentieren, dass eine Überschreitung der

Frist um nahezu 17% (= 1/6) denkbar wäre. Klägersseite kann argumentieren, dass das Ende eines Arbeitsverhältnisses mit Ablauf des Kalendermonats normal ist und daher die weitere Bindung angemessen ist.

- Bindung vor Abschluss

Hier entsteht eine Relevanz, wenn man entsprechend dem „blue-pencil-Test“ wegen der sprachlichen Untrennbarkeit auch diese Bindung in die Prüfung einbezieht, obwohl der Beklagte erst nach der Prüfung ausgeschieden ist. Unabhängig davon ist aber auch argumentierbar, dass jedenfalls eine sachliche Verbindung besteht, da sich die Gesamtdauer der Bindung auf die gesamte Zeit von Beginn der Ausbildung bis zum Ablauf der für den Zeitraum nach der Prüfung vorgesehenen Bindung erstreckt. So gesehen liegt also auch keine inhaltliche Trennbarkeit vor.

Ein Problem ergibt sich hier dadurch, dass eine kürzere Bindung möglich gewesen wäre, wenn die Ausbildung in einem und nicht in zwei Blöcken durchgeführt worden wäre. Eine derartige Klausel ist in der BAG-Rechtsprechung beanstandet worden, wenn sie der Arbeitgeberseite die Möglichkeit gibt, aus Eigeninteressen die Teilnahme und ihre zeitliche Lage festzulegen.

*BAG 19. Januar 2011 – 3 AZR 621/08 –*

Hier gibt es aus Klägersicht zwei Argumentationslinien, die einer Anwendung dieser Rechtsprechung entgegenstehen könnten:

Zum einen könnte argumentiert werden, dass ja schon der Vertrag die Lage der Ausbildung festlegt und damit die Arbeitgeberseite keine einseitige Bestimmungsmöglichkeit hat. Man könnte die Festlegung, da ja Gegenstand des Vertrages gerade die Regelung der Fortbildung ist, sogar eine Regelung einer Hauptleistungspflicht ansehen, die grundsätzlich mangels Abweichung von Rechtsvorschriften nur auf Transparenz zu prüfen ist - § 307 Abs. 3 BGB.

*zu diesem Grundsatz: BAG 30. November 2010 – 3 AZR 798/08 -*

Auf Beklagtenseite wäre zu argumentieren, dass ja die Vereinbarung von Arbeitgeberseite gestellt wurde und damit die Lage der Ausbildung letztlich nach deren Interessen bestimmt wurde. Zudem geht es nicht um die Kontrolle der Lage der Ausbildung, sondern um die daran anknüpfende Bindungsdauer.

Zum anderen könnte von Klägerseite darauf hingewiesen werden, dass die zusätzliche Bindung lediglich 14 Tage betrifft und deshalb noch angemessen ist. Dagegen könnte die Beklagtenseite darauf hinweisen, dass im Hinblick auf die Kürze der insgesamt möglichen Bindung auch dieser Zeitraum ins Gewicht fällt, vor allem, wenn man ihn in Zusammenhang mit der durch die Bindung an Kalendermonate (s. o.) möglichen weiteren Verlängerung der Bindung sieht.

(5) Möglichkeit der monatlichen Abarbeitung

Fraglich könnte sein, ob die Rückzahlungsklausel auch deshalb unwirksam ist, weil keine monatliche, sondern nur eine vierteljährliche Verringerung, jedenfalls nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses, entsprechend der Dauer des Weiterbestehens des Arbeitsverhältnisses vorgesehen ist. Relevant ist dies, weil § 5 des Fortbildungsvertrages zwar sprachlich, aber nicht inhaltlich von der Gesamtregelung abtrennbar ist.

In der Rechtsprechung des BAG ist diese Frage bislang ausdrücklich offen gelassen worden.  
*BAG 19. September 2009 – 3 AZR 173/08 –*

Es wäre zu argumentieren:

<p>Klägerseite:</p> <p>Es gibt keinen Anhaltspunkt, gerade auf den Monat oder Kalendermonat abzustellen. Ausreichend muss es sein, keine „Alles oder Nichts“ Lösung vorzusehen, wie hier. Auch das Quartal ist ein nahe liegender Zeitraum um die Interessen angemessen auszugleichen.</p>	<p>Beklagtenseite:</p> <p>Üblicherweise wird heute Entgelt nach (Kalender)monaten bemessen und gezahlt. Ein Monat ist auch keine unerhebliche Zeit. Daher ist es angemessen, auch bei der Belohnung von „Betriebstreue“ daran anzuknüpfen. Das muss jedenfalls gelten, wenn die zulässige Bindung insgesamt sehr kurz ist wie hier.</p>
--	---

4. Teilweise Aufrechterhaltung

Soweit sich nach einem der angegebenen Argumente eine Unwirksamkeit ergeben sollte, führt dies zur Unwirksamkeit der Klausel insgesamt: Verbot der geltungserhaltenden Reduktion.

*st. Rspr. vgl. nur BAG 14. Januar 2009 – 3 AZR 900/07 –*

Fraglich ist jedoch inwieweit eine ergänzende Vertragsauslegung vorgenommen werden könnte, die zu einer teilweise Aufrechterhaltung der Regelung etwa im Sinne des noch Zulässigen führen könnte.

In der Rechtsprechung ist diese Möglichkeit anerkannt, wenn die vollständige Unwirksamkeit der Klausel für den Arbeitgeber als Verwender eine unzumutbare Härte im Sinne von § 306 Abs. 3 BGB darstellen würde. Das wird angenommen, wenn sich ein Prognoserisiko hinsichtlich der zulässigen Bindung verwirklicht, der Arbeitgeber also nur „etwas“ daneben liegt.

*in diesem Sinne BAG 14. Januar 2009 – 3 AZR 900/07 –*

In der Literatur gehen die Ansichten teilweise dahin, dass weitere Möglichkeiten der ergänzenden Vertragsauslegung möglich sind, soweit der Wegfall der Klausel keine angemessene Lösung darstellt.

*vgl. Schlewing, Jahrbuch des Arbeitsrechts 2010, 47, 62 f.*

Hier kommt eine derartige Ergänzung - worauf von Klägerseite hinzuweisen ist - in Betracht, wenn man tatsächlich von einer geringfügig zu langen Bindungsdauer ausgeht. beklagtenseitig wäre allerdings darauf hinzuweisen, dass die Teilung der Ausbildung in Blöcke kein Prognoserisiko verwirklicht sondern eine einseitige Interessenverwirklichung darstellt.

Hinsichtlich der anderweitigen denkbaren Unwirksamkeiten etwa hinsichtlich der zulässigen Rückzahlungsanlässe oder der Möglichkeit der monatlichen Abarbeitung geht es nicht um ein Einschätzungsrisiko bei der Bewertung der Ausbildung, sondern um reine Rechtsfragen. Insoweit könnte - worauf dann von Beklagtenseite hinzuweisen wäre - das Risiko beim Verwender liegen. Klägerseitig wäre auf die nicht kontrollierbaren Unwägbarkeiten gerichtlicher Rechtsfindung bei der Ausfüllung von Generalklauseln zu verweisen.

### III. Gegengründe wegen späterer Entwicklung

Nicht zentral sollte nicht darauf angestellt werden, ob die spätere Verzögerung der Eröffnung der Bar Ansprüchen der Klägerin entgegen stehen könnte. Für die Kontrolle der Wirksamkeit des Fortbildungsvertrages spielt dies keine Rolle. Denkbar wäre eine Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB; ein Schadensersatzanspruch, Gest so zu stellen, als hätte er die Rückzahlungsklausel nicht abgeschlossen, § 280 bzw. § 286, § 249 Abs. 1 BGB; ein

Verstoß gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, § 242 BGB. Alle diese möglichen Gründe scheitern letztlich - neben anderen Gründen - daran, dass die Barereröffnung nicht endgültig vom Tisch war und Gast eine geldwerte Ausbildung erhalten hat, die er jetzt anderweitig nutzt.

### C. Fallvariante

Es ist klar, dass die Ausschlussfrist im Arbeitsvertrag nach AGB-Recht zu prüfen ist, weil es sich um einen Standardvertrag handelt - § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Danach ist sie - weil unter einer irreführenden Überschrift versteckt - als überraschende Klausel, § 305 c Abs. 1 BGB, nicht Vertragsbestandteil geworden.

*so bereits nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die mit dieser Regelung inhaltsgleich sind:*  
*BAG 29. November 1995 – 5 AZR 447/94 -*

Im Übrigen ist sie zu kurz und damit unangemessen, § 307 Abs. 1 BGB, weil sie weniger als drei Monate beträgt.

*BAG 28. September 2005 – 5 AZR 52/05 –*

Die sich daraus ergebenden Bedenken, greifen aber nicht zu Gunsten des Verwenders, hier also des Arbeitgebers. Es entspricht dem Zweck der Inhaltskontrolle, dass diese nur zugunsten des Arbeitnehmers, nicht aber zugunsten des Arbeitgebers als Verwender der Klausel durchgeführt wird.

*BAG 27.10.2005 – 8 AZR 3/05 – und 28.6.2006 – 10 AZR 407/05 -*

Für die Einbeziehungskontrolle kann nichts anderes gelten. Auf diese Punkte kommt es also nicht an und die Ausschlussfrist bleibt zu Lasten der Klägerseite anwendbar.

Es stellt sich die Frage, ob es sich - obwohl die Rückzahlungsklausel aus dem Fortbildungsvertrag folgt - um eine Forderung aus dem Arbeitsverhältnis und nicht nur um eine solche handelt, die damit in Zusammenhang steht.

Die Rechtsprechung bejaht dies, weil das Arbeitsverhältnis Grundlage der Ansprüche ist und sich bei Klauseln der hier verwendeten Art wegen der Begrenzung der Rückzahlungspflicht bei weiter bestehendem Arbeitsverhältnis auch die Abwicklung unmittelbar mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang steht.

*BAG 18. November 2004 – 6 AZR 651/03 –*

Die Fälligkeit trat mit Ende des Arbeitsverhältnisses Ende Mai 2011 ein,  
*BAG 18. November 2004 – 6 AZR 651/03 –*

so dass für die Wahrung der Frist die Geltendmachung bis Ende Juni 2011 hätte erfolgen müssen. Das setzt Zugang voraus. Der ist nicht bereits mit dem Einwurf des Benachrichtigungszettels erfolgt.

*BAG 3. April 1986 – 2 AZR 258/85 –*

Denkbar ist allenfalls, dass sich Gast unter Berücksichtigung von Treu- und Glauben, § 242 BGB, nicht auf den mangelnden Zugang berufen kann, weil er das Schreiben nicht abgeholt hat. Im Arbeitsverhältnis wird dies wegen der bestehenden Rechtsbeziehungen angenommen, wenn der Arbeitnehmer mit einer Kündigung rechnen muss.

*BAG 3. April 1986 – 2 AZR 258/85 – und 7.11.2002 – 2 AZR 475/01 –*

Hier wäre von Beklagtenseite zu problematisieren, ob wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses überhaupt noch eine Rechtsbeziehung bestand, aufgrund derer eine solche Annahme gerechtfertigt ist. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass ja der Beklagte nicht konkret mit einer entsprechenden Forderung rechnete. Klägerseits ist auf eine Nachwirkung der Rücksichtnahmepflicht aus § 241 BGB und darauf hinzuweisen, dass wegen der Vereinbarung und der Rückzahlungsklausel Gast mit einer entsprechenden Forderung rechnen musste.

Nicht zu problematisieren ist aufgrund des Sachverhalts, dass das Schreiben inhaltlich den Anforderungen einer Geltendmachung entsprach. Schon aufgrund des Eingangsdatums bei Gericht kommt zudem, was auch nicht zu problematisieren ist, die Klage nicht als fristwährend in Betracht.