

Bundesarbeitsgericht

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§ 311 Abs 2 Nr 1 BGB, § 241 Abs 2 BGB, § 355 BGB, § 312 BGB, § 312b BGB, § 312g BGB

- 1. Ein Arbeitnehmer kann sein Einverständnis mit einem nach dem 12. Juni 2014 geschlossenen Aufhebungsvertrag unabhängig vom Ort des Vertragsschlusses nicht gemäß § 312 Abs. 1, §§ 312b, 312g Abs. 1, § 355 BGB widerrufen.**
- 2. Bei dem Gebot fairen Verhandeln handelt es sich im Zusammenhang mit der Verhandlung eines arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrags um eine durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen begründete Nebenpflicht iSd. § 311 Abs. 2 Nr. 1 iVm. § 241 Abs. 2 BGB, weil ein Aufhebungsvertrag ein eigenständiges Rechtsgeschäft ist.**
- 3. Liegt ein schuldhafter Verstoß gegen das Gebot fairen Verhandeln im Sinne einer Nebenpflichtverletzung gemäß § 241 Abs. 2 BGB vor, ist ein Aufhebungsvertrag im Regelfall unwirksam.**

BAG, Urteil vom 07.02.2019 Az. : 6 AZR 75/18

Tenor:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 7. November 2017 - 10 Sa 1159/16 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Tatbestand:

1

Die Parteien streiten über den Bestand ihres Arbeitsverhältnisses.

2

Die Klägerin war seit dem 1. Juli 2014 bei der Beklagten als Reinigungshilfe beschäftigt. Mit Schreiben vom 18. Mai 2015 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 22. Juni 2015, hilfsweise zum nächstzulässigen Termin. In einem an die Klägerin gerichteten Schreiben vom 20. Juni 2015, dessen Zugang zwischen den Parteien streitig ist, teilte sie mit, dass der Arbeitsvertrag bis zum 29. Februar 2016 „verlängert“ werde. Die Klägerin setzte ihre Arbeit über den 22. Juni 2015 hinaus fort.

3

Am 15. Februar 2016 suchte der Lebenspartner der Beklagten, welcher tatsächlich deren Geschäfte führt, die Klägerin gegen 17:00 Uhr in ihrer Wohnung auf und legte ihr einen Aufhebungsvertrag vor. Die Klägerin unterschrieb diesen Vertrag. Danach

wird das Arbeitsverhältnis einvernehmlich zum 15. Februar 2016 ohne Zahlung einer Abfindung beendet. Die Klägerin erhält ihre Arbeitspapiere und bis spätestens 15. März 2016 ein wohlwollendes qualifiziertes Zeugnis. Im Übrigen sollen mit Erfüllung dieses Vertrags keine Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis gegen die andere Partei mehr bestehen. Davon unberührt bleiben „zu viel bezahlte Arbeitsstunden“.

4

Mit Schreiben vom 17. Februar 2016 erklärte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin die Anfechtung des Aufhebungsvertrags wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und Drohung. Hilfsweise werde die Zustimmung zum Vertragsschluss widerrufen. Die Beklagte hält dennoch an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Aufhebungsvertrag fest.

5

Hiergegen hat sich die Klägerin mit ihrer Klage gewendet. Das Arbeitsverhältnis sei weder durch den Aufhebungsvertrag noch durch eine Befristungsabrede beendet worden, sondern bestehe fort. Der Aufhebungsvertrag sei wirksam angefochten worden. Sie habe am 15. Februar 2016 erkrankt im Bett gelegen, als der Lebenspartner der Beklagten geklingelt habe. Ihr Sohn habe ihn hereingelassen und sie geweckt. Der Lebenspartner der Beklagten habe gesagt, dass er ihre Faulheit nicht unterstützen werde und ihr den Vertrag hingehalten. Sie habe diesen dann unter dem Einfluss von Schmerzmitteln „im Tran“ unterschrieben und erst hinterher gemerkt, was sie da gemacht habe. Zudem habe sie die Annahme des angebotenen Aufhebungsvertrags fristgerecht gemäß § 355 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. § 312 Abs. 1, § 312b Abs. 1 BGB widerrufen. Der Aufhebungsvertrag sei ein Verbrauchervertrag, der außerhalb der Geschäftsräume der Beklagten geschlossen worden sei.

6

Soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, hat die Klägerin vor dem Landesarbeitsgericht zuletzt beantragt

1.

festzustellen, dass ihr Arbeitsverhältnis durch den Aufhebungsvertrag vom 15. Februar 2016 nicht aufgelöst worden ist;

2.

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien auch durch Befristung auf den 29. Februar 2016 gemäß Schreiben der Beklagten vom 20. Juni 2015 nicht aufgelöst worden ist.

7

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Der Aufhebungsvertrag habe das Arbeitsverhältnis zum 15. Februar 2016 beendet. Die Klägerin habe am Vormittag dieses Tages telefonisch um den Abschluss eines Aufhebungsvertrags gebeten. Dementsprechend sei ihr der Vertrag am Nachmittag vorgelegt worden. Eine krankheits- oder medikamentenbedingte Beeinträchtigung der Klägerin sei bei Vertragsschluss nicht zu bemerken gewesen. Eine Äußerung bzgl. angeblicher Faulheit der Klägerin sei nicht gefallen. Ein Widerrufsrecht bestehe nicht. Jedenfalls habe das Arbeitsverhältnis aufgrund Befristung mit Ablauf des 29. Februar 2016 geendet.

8

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageziele weiter. In der Verhandlung vor dem Senat hat sie erklärt, der Antrag zu 2. werde als Hilfsantrag für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. gestellt.

Entscheidungsgründe:

9

Die Revision ist begründet. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält zwar einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand, soweit es eine Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Aufhebungsvertrags verneint hat. Das Landesarbeitsgericht hat auch zutreffend erkannt, dass die Klägerin ihre auf den Abschluss des Aufhebungsvertrags gerichtete Willenserklärung nicht widerrufen konnte. Es hat jedoch unberücksichtigt gelassen, dass ein Aufhebungsvertrag unwirksam sein kann, falls er unter Missachtung des Gebots fairen Verhandeln zustande gekommen ist. Dies könnte hier insbesondere dann der Fall sein, wenn eine erkennbare krankheitsbedingte Schwäche der Klägerin ausgenutzt worden wäre. Mangels ausreichender Tatsachenfeststellungen kann der Senat hierüber nicht selbst entscheiden. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung über den zu 1. gestellten Hauptantrag. Der Hilfsantrag fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an.

10

1. Der Aufhebungsvertrag vom 15. Februar 2016 ist nicht deswegen unwirksam, weil die Klägerin die Annahme des entsprechenden Vertragsangebots in einem Zustand vorübergehender Störung ihrer Geistestätigkeit iSd. § 105 Abs. 2 Alt. 2 BGB erklärt hat und ihre Willenserklärung deshalb nichtig ist. Das Landesarbeitsgericht hat unter Berücksichtigung des ihm zustehenden Beurteilungsspielraums (vgl. hierzu BAG 21. September 2017 - 2 AZR 57/17 - Rn. 38, BAGE 160, 221) rechtsfehlerfrei angenommen, der Vortrag der Klägerin sei für eine solche Annahme nicht ausreichend. Die Revision greift dies nicht an.

11

2. Gleiches gilt für die Ansicht des Landesarbeitsgerichts, es bestehe kein Anfechtungsgrund iSd. §§ 119 ff. BGB. Das Landesarbeitsgericht hat ohne revisiblen Rechtsfehler die Schilderung des Gesprächsverlaufs am 15. Februar 2016 durch die Klägerin in der mündlichen Verhandlung gewürdigt. Die Revision erhebt diesbezüglich auch keine Rügen.

12

3. Die hier streitbefangene Beendigungsvereinbarung ist nicht gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB wegen unangemessener Benachteiligung der Klägerin unwirksam. Formulärmäßige Abreden, die Art und Umfang der vertraglichen Hauptleistung und der hierfür zu zahlenden Vergütung unmittelbar bestimmen, sind aus Gründen der Vertragsfreiheit gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB regelmäßig von der gesetzlichen Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ausgenommen. Darum unterliegt in einem Aufhebungsvertrag die Beendigungsvereinbarung als solche ebenso wenig einer Angemessenheitskontrolle (BAG 8. Mai 2008 - 6 AZR 517/07 - Rn. 22) wie eine als Gegenleistung für die Zustimmung des Arbeitnehmers zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses etwaig gezahlte Abfindung (BAG 12. März 2015 - 6 AZR 82/14 - Rn. 23 mwN, BAGE 151, 108).

13

4. Der Klägerin steht kein Widerrufsrecht gemäß § 355 iVm. § 312g Abs. 1, § 312b BGB zu. Der Anwendungsbereich für diese Vorschriften ist gemäß § 312 Abs. 1 BGB nicht eröffnet. Ein Aufhebungsvertrag kann darum vom Arbeitnehmer auch dann nicht widerrufen werden, wenn er, wie vorliegend, in der Wohnung des Arbeitnehmers geschlossen worden ist.

14

a) Mit § 312 beginnt Kapitel 1 des Untertitels 2 im 2. Buch Abschnitt 3 Titel 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Abschnitt 3 werden Schuldverhältnisse aus Verträgen geregelt. Sein Untertitel 2 trägt die Überschrift „Grundsätze bei Verbraucherverträgen und besondere Vertriebsformen“. Das erste Kapitel ist mit „Anwendungsbereich und Grundsätze bei Verbraucherverträgen“ überschrieben. Nach § 312 Abs. 1 BGB in der ab dem 13. Juni 2014 geltenden Fassung sind die Vorschriften der Kapitel 1 und 2 des Untertitels 2 nur auf Verbraucherverträge iSd. § 310 Abs. 3 BGB anzuwenden, die eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand haben. Kapitel 2 beinhaltet Regelungen für „außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und Fernabsatzverträge“. Nach § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB sind außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge solche Verträge, die bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers und des Unternehmers an einem Ort geschlossen werden, der kein Geschäftsraum des Unternehmers iSd. § 312b Abs. 2 BGB ist. Dem Unternehmer stehen Personen gleich, die in seinem Namen oder Auftrag handeln (§ 312b Abs. 1 Satz 2 BGB). Bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen steht dem Verbraucher gemäß § 312g Abs. 1 BGB ein Widerrufsrecht gemäß § 355 BGB zu.

15

b) Für die Annahme eines Widerrufsrechts des Arbeitnehmers bei Abschluss eines arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrags in seiner Wohnung spricht zwar, dass es sich bei einem arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrag um einen Verbrauchervertrag iSd. § 310 Abs. 3 BGB handelt (BAG 24. Februar 2016 - 5 AZR 258/14 - Rn. 22 mwN, BAGE 154, 178) und der Vertrag außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers, dh. des Arbeitgebers, geschlossen wurde. Die Auslegung des § 312 Abs. 1 BGB unter Berücksichtigung seines systematischen Zusammenhangs und des gesetzgeberischen Willens ergibt jedoch, dass die Norm den Anwendungsbereich des zweiten Kapitels und damit der §§ 312b, 312g BGB nicht eröffnet. Folglich kann ein Arbeitnehmer sein Einverständnis mit einem nach dem 12. Juni 2014 geschlossenen Aufhebungsvertrag unabhängig vom Ort des Vertragsschlusses nicht gemäß § 312 Abs. 1, §§ 312b, 312g Abs. 1, § 355 BGB widerrufen (im Ergebnis ebenso: MAH ArbR/Bengelsdorf 4. Aufl. § 49 Rn. 397 ff.; Küttner/Eisemann Personalbuch 2018 Aufhebungsvertrag Rn. 18; KR/Fischermeier 12. Aufl. § 626 BGB Rn. 56; Lembke BB 2016, 3125, 3128; ErfK/Müller-Glöge 19. Aufl. BGB § 620 Rn. 14; SPV/Preis 11. Aufl. § 3 Rn. 35; HWK/Rennpferdt 8. Aufl. § 620 BGB Rn. 23; Schulte in Tschöpe Arbeitsrecht 10. Aufl. Teil 3 C Rn. 52a; KR/Spilger 12. Aufl. Aufhebungsvertrag Rn. 30; APS/Rolfs 5. Aufl. AufhebVtr. Rn. 85 ff.; MHdB ArbR/Wank 4. Aufl. § 135 Rn. 38; MüKoBGB/Wendehorst 7. Aufl. § 312 Rn. 16; aA: Palandt/Grüneberg BGB 78. Aufl. § 312 Rn. 2; Erman/Koch BGB 15. Aufl. § 312 Rn. 22; BeckOGK/Busch Stand 1. Dezember 2018 § 312 Rn. 20; Hk-BGB/Schulte-Nölke 10. Aufl. § 312 Rn. 3; Schulze/Kittel/Pfeffer ArbRAktuell 2017, 105, 106). Im Ergebnis besteht daher keine Veranlassung, die zu § 312 Abs. 1 BGB aF ergangene Rechtsprechung, welche arbeitsrechtliche Beendigungsvereinbarungen nicht als Haustürgeschäft ansah (BAG 18. August 2005 - 8 AZR 523/04 - zu II 4 der Gründe, BAGE 115, 340; 22. April 2004 - 2 AZR 281/03 - zu B I 2 der Gründe; 27. November 2003 - 2 AZR 135/03 - zu B II 3 b der Gründe, BAGE 109, 22), aufzugeben.

16

aa) Maßgebend für die Gesetzesauslegung ist der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den die Regelung hineingestellt ist. Der Erfassung des objektiven Willens des Gesetzgebers dienen die anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung aus dem Wortlaut der Norm, der Systematik, ihrem Sinn und Zweck sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte. Unter diesen Methoden hat keine unbedingten Vorrang. Welche Regelungskonzeption der Gesetzgeber mit dem von ihm gefundenen Wortlaut tatsächlich verfolgt, ergibt sich uU erst aus den anderen Auslegungsgesichtspunkten. Wird daraus der Wille des

Gesetzgebers klar erkennbar, ist dieser zu achten (vgl. BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 - Rn. 74 f.; 19. März 2013 - 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11 - Rn. 66, BVerfGE 133, 168; BAG 25. Mai 2016 - 5 AZR 135/16 - Rn. 28, BAGE 155, 202).

17

bb) Der Wortlaut des § 312 Abs. 1 BGB lässt nicht zweifelsfrei erkennen, ob arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge nach dem Willen des Gesetzgebers zu den Verbraucherverträgen zählen, die von dieser Vorschrift erfasst werden sollen. Dafür ist eine „Leistung“ des Unternehmers erforderlich, die zudem „entgeltlich“ sein muss. Ob das Angebot bzw. der Abschluss eines Aufhebungsvertrags eine Leistung des Arbeitgebers ist, bedarf dabei ebenso der Auslegung wie die Frage seiner Entgeltlichkeit. Letzteres folgt schon daraus, dass arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge in der Praxis des Arbeitslebens sowohl mit als auch ohne Abfindungsvereinbarung geschlossen werden. Dabei wäre zu beachten, dass bei Einordnung einer Abfindungszahlung als entgeltliche Leistung des Arbeitgebers der Schutz der §§ 312 ff. BGB auf arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge mit Abfindungsanspruch zur Anwendung käme. Dagegen könnte eine Aufhebungsvereinbarung, die keine Zahlung einer Abfindung vorsieht, nicht widerrufen werden, wenn sie als kompensationslos anzusehen wäre. Der sich aufdrängende Wertungswiderspruch zwänge zu einer weiten, dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG Rechnung tragenden Auslegung der „Entgeltlichkeit“ der Leistung, die den Aufhebungsvertrag als Leistung des Arbeitgebers versteht, die durch den Verzicht des Arbeitnehmers auf zukünftige Verdienstmöglichkeiten „entgolten“ wird (vgl. Bauer/Arnold/Zeh NZA 2016, 449, 451; Schulze/Kittel/Pfeffer ArbRAktuell 2017, 105, 106; Kamanabrou NZA 2016, 919, 920; zur Frage der Vereinbarkeit des Entgeltlichkeitskriteriums mit der Richtlinie 2011/83/EU: Schwab/Hromek JZ 2015, 271, 273 ff.; Meier ZIP 2015, 1156, 1158 ff.; MüKoBGB/Wendehorst 7. Aufl. § 312 Rn. 19). Der Wortsinn des Begriffes der „entgeltlichen Leistung“ ist damit nicht eindeutig.

18

cc) Der systematische Zusammenhang des § 312 Abs. 1 BGB mit den übrigen Vorschriften der Kapitel 1 und 2 des Untertitels 2 spricht jedoch entscheidend dafür, dass arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge nicht dem Anwendungsbereich dieser Regelungen unterfallen sollen.

19

(1) In der Literatur wird zwar zutreffend darauf hingewiesen, dass die zum 13. Juni 2014 neu gefasste Überschrift des Untertitels 2 sich einschränkungslos auf Verbraucherverträge bezieht und nicht nur auf besondere Vertriebsformen (vgl. Fischinger/Werthmüller NZA 2016, 193, 195; Kamanabrou NZA 2016, 919, 920; Schulze/Kittel/Pfeffer ArbRAktuell 2017, 105, 106).

20

(2) Die Regelungen in Kapitel 2, deren Anwendbarkeit § 312 Abs. 1 BGB ebenfalls bestimmt, enthalten aber weit überwiegend Vorgaben, die keinen inhaltlichen Bezug zu arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträgen aufweisen.

21

(a) § 312c BGB betrifft nur Fernabsatzverträge.

22

(b) Die in § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB iVm. Art. 246a EGBGB vorgesehenen Informationspflichten beziehen sich ihrem Inhalt nach ausschließlich auf Verträge, welche den Kauf von Waren und die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben und sind auf arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge mehrheitlich

praktisch nicht sinnvoll anwendbar (vgl. Bauer/Arnold/Zeh NZA 2016, 449, 451; Glahe Die Rückabwicklung arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge S. 134; Laskawy/Lomb DB 2018, 965; Lembke BB 2016, 3125, 3127). Dies gilt insbesondere für die nach Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 EGBGB bzgl. der wesentlichen Eigenschaften der Ware oder der Dienstleistung, des Gesamtpreises, der Zahlungs- und Lieferbedingungen, des Mängelhaftungsrechts oder der Funktionsweise zwingend zur Verfügung zu stellenden Informationen. Die Kenntnis von Namen und Anschrift des Arbeitgebers (vgl. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 3 EGBGB) folgt bereits aus der gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 NachwG bestehenden Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer diese Angaben spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses schriftlich mitzuteilen. Auch wenn es sich bei den Informationspflichten lediglich um die Rechtsfolge der Anwendbarkeit des § 312d BGB handelt, kann aus ihrer Ausgestaltung darauf geschlossen werden, dass dieser Pflichtenkatalog nach dem Willen des Gesetzgebers mangels Sinnhaftigkeit nicht auf arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge Anwendung finden soll (aA Fischinger/Werthmüller NZA 2016, 193, 195).

23

(c) Gleiches gilt für die Rechtsfolgen des Widerrufs gemäß § 312b iVm. §§ 312g, 355, 357 BGB. § 357 BGB bezieht sich nur auf die Rückabwicklung von Verbrauchsgüterkaufverträgen und Verträgen bzgl. Dienstleistungen oder der Lieferung von Wasser, Gas, Strom, Fernwärme oder digitalen Inhalten. Auf arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge ist die gesetzliche Regelung ersichtlich nicht zugeschnitten.

24

(d) § 312e BGB bezieht sich auf Informationspflichten aus § 312d Abs. 1 iVm. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EGBGB und regelt Kostenerstattungsansprüche für Fracht-, Liefer- oder Versandkosten.

25

(e) § 312h BGB geht von der Begründung eines Dauerschuldverhältnisses in Ersetzung eines Dauerschuldverhältnisses mit einem anderen Vertragspartner im Sinne eines Anbieterwechsels aus. Die Norm betrifft damit nicht die Situation der ersatzlosen Beendigung eines Arbeitsverhältnisses.

26

dd) Daraus, dass der Gesetzgeber in § 312 Abs. 2 bis Abs. 6 BGB oder in § 312g Abs. 2 BGB keine Ausnahme für das Arbeitsrecht vorgesehen hat, folgt nicht, dass er arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge in den von § 312 Abs. 1 BGB eröffneten Anwendungsbereich fallen lassen wollte (aA: Schulze/Kittel/Pfeffer ArbRAktuell 2017, 105, 107; Fischinger/Werthmüller NZA 2016, 193, 195). Vielmehr zeigen die Gesetzesmaterialien unmissverständlich, dass der Gesetzgeber diese Verträge nicht erfassen wollte. Nach seiner Konzeption bedurfte es darum insoweit keiner gesonderten Ausnahmeregelung.

27

(1) Die §§ 312 ff. BGB wurden mit Wirkung zum 13. Juni 2014 durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20. September 2013 (BGBl. I S. 3642) geändert. Bei der Verbraucherrechterichtlinie handelt es sich um die Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (Abl. EU L 304 vom 22. November 2011 S. 64). Sie soll entsprechend Art. 26 Abs. 2 AEUV einen echten

Binnenmarkt fördern, in dem ein möglichst ausgewogenes Verhältnis zwischen einem hohen Verbraucherschutzniveau und der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen bei gleichzeitiger Wahrung des Subsidiaritätsprinzips gewährleistet ist (vgl. Erwägungsgrund Nr. 4 der Verbraucherrechterichtlinie). Nach dem Erwägungsgrund Nr. 8 der Verbraucherrechterichtlinie sollten die zu harmonisierenden Aspekte der Regelungen nur Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern betreffen und die Richtlinie die innerstaatlichen Rechtsvorschriften ua. über Arbeitsverträge unberührt lassen.

28

(2) Der Gesetzgeber ging ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 312 Abs. 1 BGB entsprechend der Schutzrichtung der umzusetzenden Verbraucherrechterichtlinie davon aus, ein Verbrauchervertrag liege nur vor, wenn sich ein Unternehmer zur Lieferung einer Ware oder Erbringung einer Dienstleistung und der Verbraucher zur Zahlung eines Entgelts verpflichtet. Dies ergebe sich bereits aus den Definitionen in Art. 2 Nr. 5 und Nr. 6 der Richtlinie (BT-Drs. 17/12637 S. 45; vgl. auch BT-Drs. 17/13951 S. 72). Die genannten Nummern des Art. 2 der Verbraucherrechterichtlinie definieren den Kaufvertrag und den Dienstleistungsvertrag. Damit macht die Gesetzesbegründung klar, dass arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge trotz ihrer möglichen Subsumtion unter § 310 Abs. 3 BGB nicht in den Anwendungsbereich nach § 312 Abs. 1 BGB fallen sollen (vgl. Glahe Die Rückabwicklung arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge S. 133; BeckOK ArbR/Hesse Stand 1. Dezember 2018 BGB § 620 Rn. 82; Schaub ArbR-HdB/Linck 17. Aufl. § 122 Rn. 7). Der deutsche Gesetzgeber hat insoweit bewusst keinen Gebrauch von seiner Befugnis gemacht, die Richtlinie auf Bereiche anzuwenden, die nicht in deren Anwendungsbereich fallen (vgl. Erwägungsgrund Nr. 13 der Verbraucherrechterichtlinie). Dies deckt sich mit der dargestellten Ausgestaltung der §§ 312 ff. BGB, denen kein Bezug zu arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträgen zu entnehmen ist. Im Gegensatz zu Mietern von Wohnräumen hat der Gesetzgeber im Rahmen der Richtlinienumsetzung Arbeitnehmern auch keinen besonderen Schutz zugebilligt (vgl. zu Wohnraummietverträgen § 312 Abs. 4 BGB BT-Drs. 17/12637 S. 48; generell kritisch bzgl. unterschiedlicher Schutzniveaus Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid/Bachner 9. Aufl. § 86 Rn. 97).

29

ee) Mangels Anwendbarkeit der §§ 312b, 312g BGB kommt es daher nicht darauf an, dass ein Arbeitnehmer außerhalb der Geschäftsräume des Arbeitgebers, insbesondere in seiner Wohnung, grundsätzlich nicht damit rechnen muss, plötzlich mit der Aufforderung zur Unterzeichnung eines Aufhebungsvertrags konfrontiert zu werden und damit die Gefahr der Überraschung und einer psychischen Drucksituation besteht (vgl. hierzu Fischinger/Werthmüller NZA 2016, 193, 194; Thies Der Schutz des Arbeitnehmers bei Abschluss arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge S. 175).

30

5. Das Landesarbeitsgericht hat jedoch nicht geprüft, ob der streitgegenständliche Aufhebungsvertrag unter Verstoß gegen das sog. Gebot fairen Verhandeln zustande gekommen und deshalb unwirksam ist. Hierfür sind Anhaltspunkte im festgestellten Sachverhalt erkennbar. Die Feststellungen reichen jedoch nicht aus, um eine Entscheidung durch den Senat selbst zu ermöglichen. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

31

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann der Gefahr einer möglichen Überrumpelung des Arbeitnehmers bei Vertragsverhandlungen, zB weil diese zu ungewöhnlichen Zeiten oder an ungewöhnlichen Orten stattfinden, mit dem

Gebot fairen Verhandeln begegnet werden (BAG 15. März 2005 - 9 AZR 502/03 - zu II 3 c der Gründe, BAGE 114, 97; 3. Juni 2004 - 2 AZR 427/03 - zu B II 3 b cc (5) der Gründe; 22. April 2004 - 2 AZR 281/03 - zu B I 2 b aa (5) der Gründe; 27. November 2003 - 2 AZR 135/03 - zu B II 3 b cc (5) der Gründe, BAGE 109, 22; vgl. bereits Däubler NZA 2001, 1329, 1334; Henssler RdA 2002, 129, 135). Bei dem Gebot fairen Verhandeln handelt es sich im Zusammenhang mit der Verhandlung eines arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrags um eine durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen begründete Nebenpflicht iSd. § 311 Abs. 2 Nr. 1 iVm. § 241 Abs. 2 BGB, weil der Aufhebungsvertrag ein eigenständiges Rechtsgeschäft ist (vgl. Bauer/Krieger/Arnold Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge 9. Aufl. Teil A Rn. 231 f.; Thüsing RdA 2005, 257, 269; zur culpa in contrahendo Lorenz JZ 1997, 277, 280 f.). Bei der Bestimmung der Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich die Parteien eines Aufhebungsvertrags zum Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen bereits in einem Schuldverhältnis, nämlich ihrem Arbeitsverhältnis, befinden (vgl. Giesing Inhaltskontrolle und Abschlusskontrolle arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge S. 215). Die aus dem Arbeitsverhältnis stammenden Verpflichtungen zur wechselseitigen Rücksichtnahme gemäß § 241 Abs. 2 BGB strahlen auf die Verhandlungen bzgl. der Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus (vgl. Krause Anm. EzA BGB 2002 § 312 Nr. 1 zu II 4; vgl. zu einer Anwendbarkeit von § 241 Abs. 2 BGB auch Lembke NJW 2004, 2941, 2944; Reinecke Sonderbeilage zu NZA Heft 18/2004, 27, 37).

32

b) Das Gebot fairen Verhandeln schützt unterhalb der Schwelle der von §§ 105, 119 ff. BGB erfassten Willensmängel die Entscheidungsfreiheit bei Vertragsverhandlungen.

33

aa) Nach § 241 Abs. 2 BGB kann das Schuldverhältnis nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten. Der Inhalt der Rücksichtnahmepflichten kann nicht in einem abschließenden Katalog benannt werden, sondern ist anhand der Umstände des Einzelfalls zu bestimmen (vgl. zB BAG 24. Oktober 2018 - 10 AZR 69/18 - Rn. 24 ff.; 27. Juni 2017 - 9 AZR 576/15 - Rn. 16; BGH 14. März 2013 - III ZR 296/11 - Rn. 25, BGHZ 196, 340). Dies gilt auch bei Vertragsverhandlungen, bei denen die Parteien durchaus gegenläufige Interessen haben können. § 241 Abs. 2 BGB zwingt nicht zu einer Verleugnung der eigenen Interessen, sondern zu einer angemessenen Berücksichtigung der Interessen der Gegenseite. So obliegt dem Arbeitgeber beispielsweise zwar keine allgemeine Pflicht, die Vermögensinteressen des Arbeitnehmers wahrzunehmen. Nach § 241 Abs. 2 BGB kann der Arbeitgeber aber verpflichtet sein, von sich aus geeignete Hinweise zu geben bzw. entsprechende Aufklärung zu leisten (BAG 21. Dezember 2017 - 8 AZR 853/16 - Rn. 32, BAGE 161, 245). Erteilt er Auskünfte, müssen diese richtig, eindeutig und vollständig sein (vgl. BAG 15. Dezember 2016 - 6 AZR 578/15 - Rn. 20).

34

bb) Bei Verhandlungen über den Abschluss eines Aufhebungsvertrags kann eine Seite gegen ihre Verpflichtungen aus § 241 Abs. 2 BGB verstoßen, wenn sie eine Verhandlungssituation herbeiführt oder ausnutzt, die eine unfaire Behandlung des Vertragspartners darstellt (vgl. Giesing Inhaltskontrolle und Abschlusskontrolle arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge S. 229; Kuby AiB 12/2018, 40, 41; Reinecke Sonderbeilage zu NZA Heft 18/2004 S. 27, 37). § 241 Abs. 2 BGB schützt mit den „Interessen“ nach dem Willen des Gesetzgebers ausdrücklich auch die Entscheidungsfreiheit des anderen Vertragspartners (BT-Drs. 14/6040 S. 126; Giesing Inhaltskontrolle und Abschlusskontrolle arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge S. 214). Die Bestimmung trägt so dem Gebot Rechnung, unzulässiger Fremdbestimmung bei der Willensbildung in der vorkonsensualen

Phase wirksam zu begegnen (vgl. BVerfG 19. Oktober 1993 - 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 - Rn. 51 ff., BVerfGE 89, 214; Lorenz JZ 1997, 277, 281). Das Gebot fairen Verhandeln wird missachtet, wenn die Entscheidungsfreiheit des Vertragspartners in zu missbilligender Weise beeinflusst wird (vgl. Lorenz JZ 1997, 277, 281 f. und Thüsing RdA 2005, 257, 268 f., welche an die Rechtsfigur der „undue influence“ des anglo-amerikanischen Rechts anknüpfen; Krause Anm. EzA BGB 2002 § 312 Nr. 1 zu II 4). Es geht dabei nicht um ein Erfordernis der Schaffung einer für den Vertragspartner besonders angenehmen Verhandlungssituation, sondern um das Gebot eines Mindestmaßes an Fairness im Vorfeld des Vertragsschlusses (so Reinecke FS Düwell 2011 S. 410). Eine rechtlich zu missbilligende Einschränkung der Entscheidungsfreiheit ist noch nicht gegeben, nur weil der eine Auflösungsvereinbarung anstrebende Arbeitgeber dem Arbeitnehmer weder eine Bedenkzeit noch ein Rücktritts- oder Widerrufsrecht einräumt (vgl. BAG 14. Februar 1996 - 2 AZR 234/95 - zu II 2 der Gründe). Auch eine Ankündigung des Unterbreitens einer Aufhebungsvereinbarung ist nicht erforderlich (vgl. BAG 30. September 1993 - 2 AZR 268/93 - zu II 8 der Gründe, BAGE 74, 281). Eine Verhandlungssituation ist vielmehr erst dann als unfair zu bewerten, wenn eine psychische Drucksituation geschaffen oder ausgenutzt wird, die eine freie und überlegte Entscheidung des Vertragspartners erheblich erschwert oder sogar unmöglich macht (vgl. Becker Die unzulässige Einflussnahme des Arbeitgebers auf die Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers am Beispiel des arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrages S. 392 ff.; Lorenz JZ 1997, 277, 282). Dies kann durch die Schaffung besonders unangenehmer Rahmenbedingungen, die erheblich ablenken oder sogar den Fluchtinstinkt wecken, geschehen (vgl. die Konstellation bei Thüringer LAG 10. September 1998 - 5 Sa 104/97 -). Denkbar ist auch die Ausnutzung einer objektiv erkennbaren körperlichen oder psychischen Schwäche oder unzureichender Sprachkenntnisse. Die Nutzung eines Überraschungsmoments kann ebenfalls die Entscheidungsfreiheit des Vertragspartners beeinträchtigen (Überrumpelung). Letztlich ist die konkrete Situation im jeweiligen Einzelfall am Maßstab des § 241 Abs. 2 BGB zu bewerten und von einer bloßen Vertragsreue abzugrenzen.

35

c) Liegt ein schuldhafter Verstoß gegen das Gebot fairen Verhandeln im Sinne einer Nebenpflichtverletzung gemäß § 241 Abs. 2 BGB vor, ist der Aufhebungsvertrag im Regelfall unwirksam.

36

aa) Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die nach § 311 Abs. 2 Nr. 1 iVm. § 241 Abs. 2 BGB geschuldeten Rücksichts- oder Aufklärungspflichten ergeben sich aus § 280 Abs. 1 iVm. §§ 249 bis 253 BGB. Der Bundesgerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ein Vertragspartner, der durch ein Verhandlungsverschulden geschädigt ist, regelmäßig den Ersatz des negativen Interesses verlangen kann. Er ist also so zu stellen, wie er ohne das Zustandekommen des Vertrags stünde, was grundsätzlich zu einem Anspruch auf Befreiung von dem abgeschlossenen Vertrag und damit im Ergebnis dazu führt, dass der Vertrag gemäß § 249 Abs. 1 BGB rückgängig gemacht wird (vgl. BGH 4. Dezember 2015 - V ZR 142/14 - Rn. 18; 11. Februar 1999 - IX ZR 352/97 - zu III der Gründe; 14. Januar 1993 - IX ZR 206/91 - zu II 2 b aa der Gründe; zu Leistungsverweigerungsrechten vgl. BGH 28. April 2015 - XI ZR 378/13 - Rn. 48, BGHZ 205, 117). Dies gilt wegen des Erfordernisses eines Vermögensschadens allerdings nur bei wirtschaftlich nachteiligen Verträgen (vgl. BGH 28. Juni 2017 - IV ZR 440/14 - Rn. 37, BGHZ 215, 126; zum Streitstand in der Literatur vgl.: MüKoBGB/Oetker 8. Aufl. § 249 Rn. 355; Hk-BGB/Schulze 10. Aufl. § 311 Rn. 26; BeckOGK/Rehberg Stand 1. Oktober 2018 BGB § 123 Rn. 108.1). Hierfür genügt jeder wirtschaftliche Nachteil, der für den Gläubiger mit dem aufgrund der Pflichtverletzung eingegangenen Vertrag verbunden ist (BGH 13. Dezember 2017 - IV ZR 353/15 - Rn. 14).

37

bb) Hat der Arbeitgeber bei den Verhandlungen über den Abschluss eines Aufhebungsvertrags das Gebot fairen Verhandeln schuldhaft verletzt, bewirkt dies keinen Anspruch des Arbeitnehmers auf Neuabschluss des Arbeitsvertrags zu den bisherigen Konditionen (aA: Burkardt Der arbeitsrechtliche Aufhebungsvertrag S. 118; Franz Der Abschluss eines Aufhebungsvertrags S. 520). Vielmehr führt der Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers wegen einer Missachtung des Gebots fairen Verhandeln unmittelbar zu einem Entfall der Rechtswirkungen des Aufhebungsvertrags und damit zu einer Fortsetzung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses zu unveränderten Bedingungen (vgl. Däubler/Bonin/Deinert/Däubler AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht 4. Aufl. Einleitung Rn. 155a).

38

(1) Der Aufhebungsvertrag lässt den Arbeitsplatz und die damit verbundenen Verdienstmöglichkeiten entfallen. Im Regelfall bewirkt ein unfair ausgehandelter Aufhebungsvertrag für den Arbeitnehmer einen wirtschaftlichen Schaden. Vergleichbar der Vermutung aufklärungsgemäßen Verhaltens bei Verletzung von Hinweis- und Aufklärungspflichten (vgl. hierzu BAG 21. Februar 2017 - 3 AZR 542/15 - Rn. 45; MüKoBGB/Emmerich 8. Aufl. § 311 Rn. 207 ff.) kann bezogen auf die Kausalität zwischen Verhandlungsverschulden und Schaden davon ausgegangen werden, dass ein Arbeitnehmer ohne die unfaire Behandlung seine Eigeninteressen in vernünftiger Weise gewahrt und den Aufhebungsvertrag nicht abgeschlossen hätte (vgl. BAG 17. Oktober 2000 - 3 AZR 605/99 - zu II 4 e der Gründe).

39

(2) Zur Beseitigung des Aufhebungsvertrags im Wege des Schadensersatzes bedarf es keines Neuabschlusses des Arbeitsvertrags (vgl. BAG 18. Januar 2000 - 9 AZR 932/98 - zu I 4 b cc (1) der Gründe, BAGE 93, 179). Damit wird dem Zweck der Naturalrestitution Rechnung getragen (vgl. BGH 28. Januar 2014 - XI ZR 495/12 - Rn. 13, BGHZ 200, 110). Diese ist hier auf den Entfall der Rechtswirkung des Vertragsschlusses gerichtet. Der entgegenstehende Wille des schadensersatzpflichtigen Vertragspartners wird gebrochen. Folglich leuchtet es nicht ein, weshalb die Naturalrestitution ggf. erst durch Abgabe einer nach § 894 ZPO fingierten Willenserklärung erreicht werden sollte. Eine Vertragsaufhebung als Schadensersatz ist jedenfalls bei arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträgen letztlich wirkungsgleich mit einer Anfechtung (in diesem Sinne bereits BGH 24. Oktober 1996 - IX ZR 4/96 - zu 2 der Gründe). Dem steht keine Spezialität des Anfechtungsrechts entgegen. Anfechtungs- und Schadensersatzrecht sind strikt zu unterscheiden (vgl. BAG 24. Februar 2011 - 6 AZR 626/09 - Rn. 53; BGH 18. September 2001 - X ZR 107/00 - zu II 2 c aa der Gründe). Gleiches gilt im Verhältnis zu gesetzlichen Widerrufsrechten. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass sich ein Schaden in einem formal gültigen Vertragsschluss realisieren und der Geschädigte unter Anwendung von §§ 280, 249 BGB die Lösung von dem Vertrag als Naturalrestitution verlangen kann (vgl. BT-Drs. 14/6040 S. 162).

40

(3) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Schadensersatz bei Aufklärungspflichtverletzungen ist bezogen auf eine Verletzung des Gebots fairen Verhandeln nicht einschlägig.

41

(a) Das Bundesarbeitsgericht hat bei der Verletzung von Aufklärungspflichten vor Abschluss eines arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrags angenommen, dass ein Schadensersatzanspruch nur finanzielle Entschädigungsansprüche zur Folge habe, aber nicht die Nichtigkeit des Aufhebungsvertrags begründen könne (vgl. BAG 24.

Februar 2011 - 6 AZR 626/09 - Rn. 63; 17. Oktober 2000 - 3 AZR 605/99 - zu I der Gründe; 14. Februar 1996 - 2 AZR 234/95 - zu II 1 der Gründe). Eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses könne der Arbeitnehmer im Wege des Schadensersatzes nicht erreichen (BAG 24. Februar 2011 - 6 AZR 626/09 - Rn. 64 in Abgrenzung zu BAG 10. Februar 2004 - 9 AZR 401/02 - zu A IV 6 der Gründe, BAGE 109, 294).

42

(b) Dies gilt im hier vorliegenden Regelungszusammenhang nicht. Der Schutzbereich der Aufklärungspflicht unterscheidet sich von dem des Gebots fairen Verhandeln. Die Aufklärungspflicht bezieht sich nicht auf die mit dem Aufhebungsvertrag eintretende Beendigung des Vertragsverhältnisses. Schließt ein nicht hinreichend informierter Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag, ist er sich infolge der Aufklärungspflichtverletzung nicht über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses als solche im Unklaren, sondern über deren Konsequenzen, zB in steuer- oder sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht. Für den diesbezüglich wegen einer Aufklärungspflichtverletzung entstandenen Schaden hat der Arbeitgeber grundsätzlich Geldersatz zu leisten (vgl. Krause Anm. EzA BGB 2002 § 312 Nr. 1 zu II 4; Preis/Rolfs Der Arbeitsvertrag 5. Aufl. II A 100 Rn. 12; Staudinger/Oetker (2016) Vorbem. zu §§ 620 ff. Rn. 60; Winter Aufklärungspflichten beim Aufhebungsvertrag S. 193). Demgegenüber soll das Gebot fairen Verhandeln den Abschluss eines zum Arbeitsplatzverlust führenden Aufhebungsvertrags gänzlich verhindern, falls der Arbeitnehmer durch unfaire Verhandlungsbedingungen in seiner Entscheidungsfreiheit eingeschränkt wird. Das Gebot fairen Verhandeln bezieht sich nicht auf den Inhalt des Vertrags, sondern auf den Weg zum Vertragsschluss (vgl. HWK/Thüsing 8. Aufl. § 123 BGB Rn. 46). Dem Zweck des Gebots fairen Verhandeln wird daher nur Genüge getan, wenn dem Vertrag, der nicht hätte geschlossen werden dürfen, im Wege der Naturalrestitution die Rechtswirkungen genommen werden.

43

d) Die Beweislast für einen Verstoß gegen das Gebot fairen Verhandeln und die Kausalität dieses Verstoßes für den Abschluss des Aufhebungsvertrags - unter Beachtung der in Rn. 38 dargelegten Vermutungswirkung - trägt derjenige, der sich auf eine Verletzung des § 311 Abs. 2 Nr. 1 iVm. § 241 Abs. 2 BGB beruft (vgl. Reinecke Sonderbeilage zu NZA Heft 18/2004, 27, 37).

44

e) Im vorliegenden Fall scheint es danach nicht ausgeschlossen, dass die Beklagte durch ein ihr zurechenbares Verhalten ihres Lebensgefährten am 15. Februar 2016 das Gebot fairen Verhandeln verletzt und damit die Entscheidungsfreiheit der Klägerin bzgl. des Vertragsschlusses schuldhaft beeinträchtigt hat.

45

aa) Träfe es zu, dass die Klägerin entgegen dem Vortrag der Beklagten nicht am Vormittag des 15. Februar 2016 um den Abschluss eines Aufhebungsvertrags gebeten hat, könnte das unangekündigte Aufsuchen der Klägerin in ihrer Wohnung zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags einer Überrumpelung gleichkommen. Hinzu käme nach dem Vortrag der Klägerin ihre an diesem Tag bestehende Erkrankung. Das Gebot fairen Verhandeln wäre schon für sich genommen - aber erst Recht in Verbindung mit einer Überrumpelung - verletzt, wenn sich die Klägerin bei den Vertragsverhandlungen erkennbar in einem körperlich geschwächten Zustand befunden und der Lebensgefährte der Beklagten diese Situation ausgenutzt hätte.

46

bb) Dies gilt umso mehr, wenn keine triftigen Gründe für Verhandlungen mit der Klägerin noch während ihrer Erkrankung vorgelegen hätten. Regelmäßig wird es

einem Arbeitgeber bei einer Kurzerkrankung des Arbeitnehmers zumutbar sein, dessen Genesung vor der Aufnahme von Beendigungsverhandlungen abzuwarten und ihn nicht unaufgefordert in der Wohnung mit einem Aufhebungsvertragsentwurf zu konfrontieren. Diese Wertung deckt sich mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bzgl. der Ausübung des Direktionsrechts gegenüber erkrankten Arbeitnehmern. Ist ein Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt, hat der Arbeitgeber bei der Ausübung der ihm verbleibenden Weisungsrechte wegen der latenten Gefahr einer Beeinträchtigung des Genesungsprozesses die Erteilung von Weisungen auf dringende betriebliche Anlässe zu beschränken und sich bzgl. der Art und Weise, der Häufigkeit und der Dauer der Inanspruchnahme (zB für Personalgespräche) am wohlverstandenen Interesse des Arbeitnehmers zu orientieren (vgl. BAG 2. November 2016 - 10 AZR 596/15 - Rn. 32 ff., BAGE 157, 153).

47

cc) Ob das Gebot fairen Verhandeln hier missachtet wurde, kann der Senat nicht selbst entscheiden. Hierzu fehlt es an den erforderlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts. Der Vortrag der Klägerin lässt einen Verstoß gegen das Gebot fairen Verhandeln zwar als möglich erscheinen. Da die Beklagte den Verhandlungsverlauf jedoch anders dargestellt hat, bleibt es Aufgabe des Landesarbeitsgerichts, den Parteien Gelegenheit zu abschließendem Sachvortrag zu den Bedingungen des Vertragsschlusses zu geben und diesen anschließend unter Berücksichtigung des Gebots fairen Verhandeln gemäß § 286 Abs. 1 ZPO zu würdigen.