

Arbeitsvertrag versus Betriebsvereinbarung

Möglichkeiten zur Vereinheitlichung von Arbeitsbedingungen

Reinhardt Hoth

Notar, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht

Vortrag im Arbeitsrechtsforum Hannover vom 24.04.2019

I. Einleitung

Die Frage nach dem Verhältnis von Betriebsvereinbarungen zu Individualarbeitsverträgen, arbeitsvertraglichen Einheitsregelungen und Gesamtzusagen ist alt und wird immer wieder kontrovers diskutiert. In diesem Zusammenhang fallen die Begriffe „betriebsoffene Gestaltung von Arbeitsverträgen“, „ablösende Betriebsvereinbarung“, „Günstigkeitsprinzip“ und „Ordnungsprinzip“. Das Spannende an diesem Thema ist die Tatsache, dass es um Grundsätzliches geht. Die juristisch dogmatische Argumentation erfolgt seit jeher auf ideologischer und politischer Grundlage. Dabei geht es um den Eingriff in die Privatautonomie auf der Grundlage des Ordnungsprinzips.

Die aktuelle Auseinandersetzung beruht auf einer Entscheidung des BAG vom 05.03.2013¹.

Der 1. Senat des BAG vertritt in dieser Entscheidung die Auffassung, dass – anders als dies bis dato gesehen wurde – Arbeitsverträge generell betriebsvereinbarungsoffen sind, soweit sie in Form Allgemeiner Geschäftsbedingungen vereinbart wurden.

In dem am 05.03.2013 vom 1. Senat entschiedenen Fall ging es um ein im Jahr 1980 begründetes Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit. Bei Vertragsschluss war dem Kläger eine Versorgungsordnung in Form einer Gesamtbetriebsvereinbarung übergeben worden in der bestimmt war, dass eine Altersrente gezahlt werde, wenn ein Mitarbeiter nach Vollendung des 65. Lebensjahres aus dem Unternehmen ausscheidet. Diese Versorgungsordnung wurde durch eine Gesamtbetriebsvereinbarung von 1992 neu gefasst. Aufgrund der Gesamtbetriebsvereinbarung erklärte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers mit Erreichen des 65. Lebensjahres für beendet, dieser verlangte Weiterbeschäftigung. Er verlor.

¹ BAG vom 05.03.2013, Az. 1 AZR 880/11, zitiert nach Juris
Seite 1 von 13

Nachdem sich das BAG im überwiegenden Teil der Entscheidung mit der Frage der Zulässigkeit einer Altersbegrenzung auf 65 Jahre beschäftigt, kommt es am Ende der Entscheidung in einem obiter dictum unter den Randnummern 58 bis 63 zu dem Ergebnis, dass die Gesamtbetriebsvereinbarung mit ihrem Hinweis auf den Rentenbezug ab dem 65. Lebensjahr Eingang in der Arbeitsvertrag des Klägers gefunden hat und dieser damit als auf das 65. Lebensjahr befristet anzusehen war.

Der 1. Senat begründet diese Aussage mit folgenden Ausnahmen:

- Die Vertragsparteien können die Abänderbarkeit ihrer vertraglichen Absprachen durch betriebliche Normen in Form von Betriebsvereinbarungen vereinbaren;
- Dies kann sowohl ausdrücklich als auch konkludent geschehen und ist nicht nur bei betrieblichen Einheitsregelungen und Gesamtzusagen möglich, sondern auch bei einzelvertraglichen Abreden;
- Die konkludente Vereinbarung einer Abänderbarkeit des Individualarbeitsvertrages ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn es sich bei dem Arbeitsvertrag um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt und ein kollektiver Bezug vorliegt;
- Mit der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen macht der Arbeitgeber erkennbar deutlich, dass im Betrieb einheitliche Vertragsbedingungen gelten sollen;
- Die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die wie die Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung auf Vereinheitlichung der Regelungsgegenstände gerichtet sind, kann aus Sicht eines verständigen und redlichen Arbeitnehmers nur so verstanden werden, dass es sich bei den vom Arbeitgeber gestellten Arbeitsbedingungen um solche handelt, die einer Änderung durch Betriebsvereinbarung zugänglich sind;
- Etwas anderes gilt nur dann, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausdrücklich Vertragsbedingungen vereinbaren, die unabhängig von einer für den Betrieb geltenden normativen Regelung Anwendung finden sollen.

Der diesbezügliche Passus in der Entscheidung in Randnummer 60 lautet:

„Die Arbeitsvertragsparteien können ihre vertraglichen Absprachen dahingehend gestalten, dass sie einer Änderung durch betriebliche Normen unterliegen. Das kann ausdrücklich oder bei entsprechenden Begleitumständen konkludent erfolgen und ist nicht nur bei betrieblichen Einheitsregelungen und Gesamtzusagen möglich, sondern auch bei einzelvertraglichen Abreden. Eine solche konkludente Vereinbarung ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Vertragsgegenstand in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist und einen kollektiven Bezug hat. Mit der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen macht der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer erkennbar deutlich, dass im Betrieb einheitliche Vertragsbedingungen gelten sollten. Eine betriebsvereinbarungsfeste Gestaltung der Arbeitsbedingungen stünde dem entgegen. Die Änderung und Umgestaltung von betriebseinheitlich gewährten Leistungen wäre nur durch den Ausspruch von Änderungskündigungen möglich. Der Abschluss von betriebsvereinbarungsfesten Abreden würde zudem den Gestaltungsraum der Betriebsparteien für zukünftige Anpassungen von Arbeitsbedingungen mit kollektivem Bezug einschränken. Da Allgemeine Geschäftsbedingungen ebenso wie Bestimmungen in einer Betriebsvereinbarung auf eine Vereinheitlichung der Regelungsgegenstände gerichtet sind, kann aus Sicht eines verständigen und redlichen Arbeitnehmers nicht zweifelhaft sein, dass es sich bei den vom Arbeitgeber gestellten Arbeitsbedingungen um solche handelt, die einer Änderung durch Betriebsvereinbarung zugänglich sind. Etwas anderes gilt nur dann, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausdrücklich Vertragsbedingungen vereinbaren, die unabhängig von einer für den Betrieb geltenden normativen Regelung Anwendung finden sollen.“

Mit dieser Entscheidung verlässt der Erste Senat die Grundlagen, die der Große Senat vom BAG mit seiner Entscheidung vom 16.09.1986² geschaffen hat.

II. Kritik, Zustimmung

1. Bisherige Rechtslage

Bereits nach der bisherigen Rechtslage war es den Arbeitsvertragsparteien unbenommen, durch eine ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung die Möglichkeit zur Abänderung des Arbeitsvertrages durch Betriebsvereinbarungen vorzusehen.

² Großer Senat BAG vom 16.09.1986, GS 1/82

Lag eine solche Vereinbarung nicht vor, galt das Günstigkeitsprinzip. Danach verdrängt eine Betriebsvereinbarung nur solche einzelvertraglichen Vereinbarungen, die für den Arbeitnehmer ungünstiger sind. Sinn der Betriebsvereinbarung ist damit, einen bestimmten betrieblichen Mindeststandard zu garantieren, da gem. § 77 Abs. 4 S. 2 BetrVG ein Verzicht des einzelnen Arbeitnehmers auf Rechte aus einer Betriebsvereinbarung grundsätzlich ausgeschlossen ist. Demgegenüber können die Vertragsparteien durch Vereinbarung jederzeit günstigere Konditionen vereinbaren, sie können aber auch – ausdrücklich oder konkludent - eine Abänderung der arbeitsvertraglichen Regelungen durch betriebliche Normen gestatten.

Das Ordnungsprinzip gilt grundsätzlich im Verhältnis ranggleicher Normen zueinander. Danach verdrängt eine neue Betriebsvereinbarung eine bisher geltende, ein neuer Tarifvertrag den vorherigen, das neue Gesetz das ältere. Eine Ablösung geltender individuell vereinbarter arbeitsvertraglicher Regelungen durch eine Betriebsvereinbarung scheidet damit an und für sich aus, es sei denn sie sei günstiger.

Dies hatte der Große Senat des BAG in seiner Entscheidung von 1986³ vorläufig abschließend geklärt. Der Große Senat hatte seinerzeit ausgeführt:

„Einheitsregelungen ... sind vertragliche Ansprüche und unterscheiden sich insoweit nicht von individualvertraglich begründeten Ansprüchen Für Änderungsmöglichkeiten gilt (deshalb) zunächst allgemeines Vertragsrecht (Änderungsvertrag, Änderungskündigung, Anpassung aufgrund Wegfalls der Geschäftsgrundlage).“

Eine Ausnahme von diesem hatte der Große Senat nur für sog. umstrukturierende Betriebsvereinbarungen gemacht, d.h. für Sozialleistungen, die für den Arbeitnehmer erkennbar einen kollektivrechtlichen Bezug haben und die Neuregelung insgesamt bei kollektiver Betrachtung nicht ungünstiger ist. Maßgebend ist insoweit ein kollektiver Günstigkeitsvergleich⁴

Dem Ordnungsprinzip hat der Große Senat seinerzeit eine klare Absage erteilt:

³ Großer Senat BAG vom 16.09.1986, GS 1/82

⁴ Großer Senat BAG, aaO, RN 25

„Tatsächlich kann das Ordnungsprinzip nicht erklären, warum vertraglich begründete Ansprüche der Arbeitnehmer durch eine nachfolgende Betriebsvereinbarung aufgehoben oder beschränkt werden können. Für die Kollision zwischen vertraglicher Regelung und Betriebsvereinbarung kann nur das Günstigkeitsprinzip gelten.“⁵

In einem Aufsatz bezeichnet Hromadka⁶ den von dem 1. Senat in der Entscheidung von 2013 beschrittenen Weg zur Begründung der Betriebsvereinbarungsoffenheit von Arbeitsverträgen als „Trick“. Mit der Annahme, eine konkludente Betriebsvereinbarungsoffenheit sei regelmäßig anzunehmen, wenn der Vertragsgegenstand in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist und einen kollektiven Bezug aufweise, werde die Entscheidung des Großen Senats von 1986 umschifft. Die Folge sei die generelle Wirkung von Betriebsvereinbarungen auf Individualarbeitsverträge, Einheitsregelungen, Gesamtzusagen und betriebliche Übungen, und zwar auch für spätere und für verschlechternde Betriebsvereinbarungen.

2. Kritik an der Entscheidung des 1. Senats

Die Kritik an der Entscheidung des 1. Senats ist umfangreich und heftig. Auch innerhalb des Bundesarbeitsgerichts sind die Meinungen geteilt. So hat der Vierte Senat mit seiner Entscheidung vom 11.04.2018⁷ der Auffassung des 1. Senats in Übereinstimmung mit den kritischen Stimmen in der Literatur eine klare Absage erteilt.

Die grundsätzliche Kritik an der Entscheidung ist dogmatischer, ideologischer und politischer Art. So beklagt Creutzfeldt, ehemals Stellvertretender Vorsitzender des 4. Senats des BAG, in seiner Anmerkung zu dem Urteil des 1. Senats⁸, dass hier ein schon lange nicht mehr offen vertretenes Sozialmodell zugrunde gelegt werde. Dieses geht auf einen Beitrag von Nipperdey in der Festschrift für Heinrich Lehmann 1937⁹ zurück. Konsequenz zu Ende gedacht führt die Entscheidung des 1. Senats zur völligen Bedeutungslosigkeit des Individualarbeitsvertrages, zur Überantwortung des Inhalts des Arbeitsvertrages an die Betriebsparteien und einem in Form des Arbeitsvertrages erklärten Beitritts zur Belegschaft des Betriebes und der Unterwerfung unter die dort von Arbeitgeber und Betriebsrat vereinbarten Arbeitsbedingungen.

⁵ Großer Senat BAG, aaO, RN 88

⁶ Hromadka, Die ablösende Betriebsvereinbarung ist wieder da, NZA 2013, 1061 ff.

⁷ BAG vom 11.04.2018, Az. 4 AZR 119/17

⁸ Creutzfeldt NZA 2018, 1111 ff.

⁹ Nipperdey in Festschrift für Heinrich Lehmann 1937, S. 257 ff.

Auch wenn Säcker¹⁰ die Entscheidung dogmatisch kritisiert, begrüßt er doch das Ergebnis mit der Rückkehr zum Ablöse- bzw. Ordnungsprinzip, das „linke Ideologiekritik und neoliberale Orthodoxie der Rechtsprechung ausgetrieben haben“. Das BAG stelle damit „die Ergebnisse wieder her, die Nipperdey als Erster aus Respekt vor der kollektivrechtlichen Ordnungsfunktion der betrieblichen und überbetrieblichen Sozialpartner für richtig gehalten habe“.¹¹

In jedem Fall führe aber die Auffassung des 1. Senats zur Bedeutungslosigkeit des Individualarbeitsvertrages, wenn nicht der Arbeitnehmer der konkludenten, d.h. unausgesprochenen Öffnung des Arbeitsvertrages gegenüber nachfolgenden und auch verschlechternden Betriebsvereinbarungen ausdrücklich widerspreche. Der Arbeitsvertrag käme damit nicht durch Abgabe übereinstimmender Willenserklärungen, sondern letztlich durch den Widerspruch gegen vorgegebene unausgesprochene Regelungen zustande.

3. Dogmatische Kritik

Abseits von diesen grundsätzlichen Überlegungen ist die Entscheidung des 1. Senats auch aus dogmatischen Gründen nicht haltbar.

Unstreitig war und ist es seit jeher zulässig, arbeitsvertraglich ausdrücklich oder konkludent eine Öffnung für abändernde Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen vorzusehen. Allerdings setzt auch eine konkludente Vereinbarung das Vorliegen übereinstimmender Willenserklärungen voraus.

Dabei ist der Inhalt der abgegebenen Erklärungen in erster Linie anhand des Wortlauts zu ermitteln. Sind diese eindeutig, bedarf es keiner Auslegung und damit auch nicht der Heranziehung von Auslegungsfaktoren wie Umständen oder Motiven. Finden sich im Arbeitsvertrag keinerlei Hinweise darauf, dass betriebliche Arbeitsbedingungen Eingang in das Arbeitsverhältnis finden sollen, enthält der Arbeitsvertrag nicht einmal Begriffe wie betriebliche Arbeitsbedingungen oder Betriebsvereinbarung, so ist der Wortlaut des Vertrages eindeutig. Eine Auslegung, die sich noch nicht einmal an den verwendeten Formulierungen orientiert, ist unzulässig.

Auch besteht keine Verpflichtung des Erklärungsempfängers, auf dessen objektiven Empfängerhorizont es ankommt, durch Nachfrage eines regelmäßig formulärmäßig

¹⁰ Säcker, Betriebsberater 2013, 2677 ff.

¹¹ Säcker, aaO

gemachten Angebots dessen Inhalt aufzuklären. Äußert sich der Arbeitgeber mit Vorlage des Arbeitsvertrages nicht ausreichend oder unverständlich, fällt dies in seinen Risikobereich. Die Motive, aus denen ein Partner den Vertrag schließt, sind für die Rechtsfolgen grundsätzlich unbeachtlich.¹²

So hat der 4. Senat des BAG mit eben diesen Gründen eine Auslegung von Verweisungsklauseln als sogenannte Gleichstellungsabrede abgelehnt.

Auch ist nicht ersichtlich, weshalb ein „redlicher und verständiger“ Arbeitnehmer ohne jeglichen Hinweis in einem ihm vorgelegten Arbeitsvertrag davon ausgehen muss, dieser stünde unter dem Vorbehalt jederzeitiger Abänderungs- und Verschlechterungsmöglichkeit durch die Betriebsparteien.

Zweifelhaft ist im Übrigen bereits, ob der Arbeitnehmer überhaupt erkennt, dass ihm ein Formularvertrag vorgelegt wird, dessen Inhalt nach der Rechtsprechung des 1. Senats eine vom Arbeitgeber gewollte Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen im Betrieb ist. Dies umso mehr, als, wie wir alle aus eigener Erfahrung wissen, auch die Arbeitgeber in ihrem Betrieb keineswegs vereinheitlichte Arbeitsverträge für alle Arbeitnehmer verwenden. Selbst wenn der Arbeitgeber für jeden Arbeitnehmer einen eigenen Vertrag verwenden würde, handelte es sich dabei um AGB-Verträge. Von einer Vereinheitlichungsabsicht kann daher keine Rede sein.

Es ist also nicht erkennbar, dass der Arbeitnehmer mit Unterzeichnung des Arbeitsvertrages eine mit keinem Wort angesprochene, sowohl ihm als auch dem Arbeitgeber unterstellte Erklärung abgegeben hat, die nichts anderes bedeutet als seinen Beitritt zu einer Betriebsordnung mit der Folge der völligen Bedeutungslosigkeit seines Individualarbeitsvertrages aufgrund jederzeitiger Abänderbarkeit und Verschlechterungsmöglichkeit durch die Betriebsparteien.

Die Entscheidung des 1. Senats ist vielmehr allein getragen durch das vom Senat gewollte Ergebnis und die von ihm verfolgten Ziele. Aus dem Sachverhalt der Entscheidung folgt, dass das BAG die Befristung des Arbeitsverhältnisses auf das 65. Lebensjahr in jedem Fall halten wollte. Allerdings, dies wäre auch ohne das obiter dictum ab Randnummer 57 der Entscheidung möglich gewesen. Grundlagen der dort gemachten Ausführungen sind ersichtlich, teilweise sogar explizit formuliert folgende Überlegungen:

¹² BAG vom 25.10.2017, 4 AZR 375/16, RN 35

Eine betriebsvereinbarungsfeste Gestaltung der Arbeitsbedingungen stünde der konkreten Absicht des Arbeitgebers, im Betrieb einheitliche Arbeitsbedingungen zu schaffen, entgegen.

Die Änderung und Umgestaltung von betriebseinheitlich gewährten Leistungen wären nur durch den Ausspruch von Änderungskündigungen möglich.

Der Abschluss von betriebsvereinbarungsfesten Abreden würde zudem den Gestaltungsspielraum der Betriebsparteien für zukünftige Anpassungen von Arbeitsbedingungen mit kollektivem Bezug einschränken.

Des Weiteren dürfte mit der Entscheidung intendiert sein, die praktisch nicht zu handhabenden Bestandsschutzregelungen der Änderungskündigung und Massenänderungskündigungen sowie die Schwierigkeiten bei der Anpassung von Regelungen an wirtschaftlich geänderten Situationen zu umgehen. Auch die Eindämmung der ausufernden AGB-Rechtsprechung können mit dem vom 1. Senat gefundenen Ergebnis umgangen werden. Bekanntlich unterliegen Betriebsvereinbarungen nicht der AGB Kontrolle, sie müssen sich lediglich in den Grenzen von § 77 Abs. 3 BetrVG halten und auch ansonsten wirksam sein. Eine Rechtskontrolle findet danach nur über § 75 BetrVG durch das Arbeitsgericht statt, wenn die Wirksamkeit der Betriebsvereinbarung im Streit steht. Eine individuelle Kontrolle findet nicht mehr statt. Aus den kollektiv rechtlichen Mindestarbeitsbedingungen werden im Ergebnis Höchstarbeitsbedingungen.

4. AGB-rechtliche Überprüfung der konkludenten Vereinbarung

Auch mündliche oder konkludente Vertragsbedingungen können AGB sein und damit der AGB-Kontrolle unterliegen.¹³

Die vom 1. Senat angenommene konkludente Einigung auf eine Betriebsvereinbarungsoffenheit könnte zunächst als Überraschungsklausel im Sinne von § 305 c Abs. 1 BGB gesehen werden. Folgt man der Kritik, d.h. der Annahme, dass der Arbeitnehmer bei Vorlage eines Vertrages ohne entsprechende Hinweise nicht mit der Einbeziehung rechnen muss, liegt eine Überraschungsklausel vor. Unterstellt man wie der 1. Senat eine konkludente Einigung im Hinblick auf die Rechtsfolgen, wäre § 305 c Abs. 1 BGB nicht einschlägig.

¹³ BAG, NZA 2012, Seite 908 RN 12

Einschlägig könnte die Unklarheitenregelung in § 305 c Abs. 2 BGB sein. Dafür erforderlich ist jedoch, dass der Klauselinhalt nicht bereits durch Auslegung zweifelsfrei festgestellt werden kann. Auf diesen Aspekt weist der 1. Senat zwar hin, kommt aber zu dem Ergebnis, dass der Klauselinhalt zweifelsfrei, zumindest durch Auslegung festgestellt werden kann. Die Betriebsvereinbarungsoffenheit folge ja bereits aus der Tatsache, dass der Arbeitsvertrag als Allgemeine Geschäftsbedingung mit kollektivem Bezug erkennbar sei.

Einschlägig dürfte jedoch § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB sein. Die konkludent vereinbarte Klausel der Betriebsvereinbarungsoffenheit ist intransparent. Sie verstößt gegen das Bestimmtheitsgebot. Danach muss der Arbeitnehmer wissen, was auf ihn zukommt. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG liegt eine unangemessene Benachteiligung stets dann vor, wenn ein Vertragspartner des Verwenders wegen unklar abgefasster Klauseln seine Rechte nicht wahrnimmt. Man denke nur an die aktuelle Rechtsprechung zu Verfallklauseln. Für den Arbeitnehmer ist mit der Formel von der Betriebsvereinbarungsoffenheit nicht erkennbar, dass er den gesamten Bestand seines Arbeitsverhältnisses zur Disposition der Betriebsparteien stellt und bereits am nächsten Tag ein völlig anderes Arbeitsverhältnis haben könnte.

Die vom 1. Senat postulierte konkludente Einbeziehung der Betriebsvereinbarungsoffenheit ist damit wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam, wobei es bekanntlich eine geltungserhaltende Reduktion nicht gibt.

5. Kollektiver Bezug als Korrektiv?

Daran ändert auch der vom 1. Senat zusätzlich geforderte kollektive Bezug der der Betriebsvereinbarungsoffenheit unterliegenden Regelungen nichts. Es ist davon auszugehen, dass der vom 1. Senat geforderte kollektive Bezug stets und in allen Punkten gegeben ist, da bereits der AGB-Vertrag ebenso wie die ihn späterhin ändernden Betriebsvereinbarungen insgesamt auf eine Vereinheitlichung der Regelungsgegenstände im Betrieb gerichtet ist. Damit unterscheidet sich der vom 1. Senat verwendete Begriff des kollektiven Bezugs von der Verwendung durch den Großen Senat in der Entscheidung von 1986. Der Große Senat hatte für den Fall ablösender Betriebsvereinbarungen für die im Ausnahmefall zulässigen ablösenden Betriebsvereinbarungen einen kollektiven Bezug als Voraussetzung für die Umstrukturierung einzelner Arbeitsbedingungen gefordert. Der kollektive Bezug wurde dabei als Erkennbarkeit der kollektiven Ausgestaltung von Einheitsbedingungen definiert. War für den Arbeitnehmer erkennbar, dass eine Regelung

unter Beteiligung des Betriebsrats zustande gekommen war, musste er damit rechnen, dass diese unter Beteiligung des Betriebsrats auch wieder geändert werden würde.

Dies dürfte vom 1. Senat nicht gemeint sein. Dem 1. Senat genügt es ersichtlich vielmehr, dass der AGB-Vertrag für eine Mehrzahl von Arbeitnehmern gilt.

6. Reaktion der Praxis

Wie zu erwarten, findet die Entscheidung des 1. Senats insbesondere bei den Praktikern, in der Wirtschaft und bei den Anhängern des Ordnungsprinzips breite Zustimmung. Die auf dem Weg der Entscheidung des 1. Senats erreichte Betriebsvereinbarungsoffenheit in jeglicher Hinsicht ermöglicht die Flexibilisierung von Arbeitsverträgen sowohl im Hinblick auf geänderte betriebliche und wirtschaftliche Verhältnisse wie auch im Hinblick auf eine Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen, z.B. im Fall eines Betriebsübergangs. Dabei dürfte die erforderliche Mitwirkung des Betriebsrats kein großes Problem sein. Auch wenn der Betriebsrat kein willfähriger Partner des Arbeitgebers ist, so ist er doch daran interessiert, den Betrieb und Arbeitsplätze zu erhalten und Unterschiede innerhalb der Belegschaft auszugleichen. Meinel und Kiehn¹⁴ wagen in ihrem Ausblick demzufolge auch die Feststellung „nach der Einführung der AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht haben wir eine lange Zeit der – vielleicht übermäßigen – Betonung des Vertrages als Gestaltungselement erlebt. Das Urteil vom 05.03.2013 könnte einen zu begrüßenden Richtungswechsel hin zu einer Stärkung der Kollektivvertragsparteien markieren. Der Preis dafür ist, dass kollektive Regelungen im Einzelfall für den Arbeitnehmer nachteilig sein können.

Auch die Tatsache, dass mit der Entscheidung des 1. Senats Bestandsschutzregelungen wie das stumpfe Schwert der Massenänderungskündigung bzw. der Änderungskündigung erledigt wären, sind Gründe für die ungeteilte Zustimmung seitens der Praxis. Insbesondere im Bereich der Betriebsübergänge kann durch ablösende Betriebsvereinbarungen, die unmittelbar auf den Individualarbeitsvertrag wirken, eine Vielzahl von Problemen gelöst werden¹⁵

¹⁴ Kollektivvertragsoffene Allgemeine Geschäftsbedingungen NZA 2014 509 ff.

¹⁵ vgl. Wahlig, Eddynamisierung von Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang NZA 2018, 221 ff.

III. Möglichkeiten in der Rechtsprechung des 1. Senats in der Praxis

1.

Hier liegt wie immer die Problematik im Detail. Dabei geht es in erster Linie um die Frage, ob abändernde/verschlechternde Betriebsvereinbarungen nur in Bezug auf Nebenleistungspflichten oder aber auch in Bezug auf die Hauptleistungspflichten eines Arbeitsvertrages möglich sind, d.h. in das Synallagma eingreifen können.

Bei der Beantwortung ist von der Rechtsprechung des BAG, wonach Arbeitgeber und Betriebsrat eine umfassende Regelungskompetenz zugebilligt wird, auszugehen. In einer Betriebsvereinbarung, die sich im Rahmen von § 77 Abs. 3 BetrVG hält, d.h. in nicht bzw. üblicherweise nicht tariflich geregelten Bereichen, kann grundsätzlich alles verbindlich geregelt werden, was auch ein Tarifvertrag regeln könnte. Dies umfasst damit im Rahmen freiwilliger Betriebsvereinbarungen auch die Regelung von Hauptleistungspflichten und damit über § 88 BetrVG den Eingriff in das Synallagma. Dies war nach dem bisher geltenden Günstigkeitsprinzip nicht möglich. Die Grenzen werden jedoch durch § 77 Abs. 3 und § 75 BetrVG gezogen.

2.

Der 4. Senat des BAG hat mit seiner Entscheidung vom 11.04.2018 ¹⁶ bereits geklärt, dass eine Enddynamisierung von einzelvertraglich in Bezug genommenen dynamischen Verweisungen auf Tarifverträge durch verschlechternde Betriebsvereinbarungen nicht möglich ist. Denn von konkludent vereinbarter Betriebsvereinbarungsoffenheit ist dann nicht auszugehen, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausdrücklich Vertragsbedingungen vereinbaren, die unabhängig von einer für den Betrieb geltenden normativen Regelung Anwendung finden sollen. ¹⁷ Dies ist bei einer im Wortlaut zum Ausdruck kommenden einzelvertraglich vereinbarten dynamischen Verweisung auf einen Tarifvertrag stets der Fall.

Wegen weiterer Einzelheiten zu der diesen Beitrag sprengenden Thematik der Enddynamisierung von Bezugnahmeklauseln bei Betriebsübergängen verweise ich an dieser Stelle auf den Beitrag von Wahlig und Brune. ¹⁸

3.

Das Institut der abändernden Betriebsvereinbarung bei betriebsvereinbarungsoffener Gestaltung des Arbeitsvertrages ist allerdings bestens geeignet, um die aufgrund der

¹⁶ BAG vom 11.04.2018, 4 AZR 119/17

¹⁷ BAG vom 05.03.2013, 1 AZR 417/12

¹⁸ NZA 2018, 221

neuesten Rechtsprechung des BAG erforderlichen Regelungen zur Vergütung der Arbeitszeit zu schaffen. Auf diese Weise kann z.B. verbindlich festgelegt werden, ob und ggfs. in welchem Umfang Reisezeiten zu vergüten sind.¹⁹

Auch Art, Umfang, Höhe und Anspruch von Sonderzahlungen sind über diesen Weg kollektivrechtlich abänderbar, solange dem nicht die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG entgegensteht.

4.

Nach alledem ist dem Kollektivrecht, d.h. der Zusammenarbeit des Arbeitgebers mit dem Betriebsrat in Bezug auf die Änderung und Vereinheitlichung von Arbeitsbedingungen deutlich mehr Aufmerksamkeit zu widmen als in der Vergangenheit. Das Anpassungsinstrument der abändernden/ablösenden Betriebsvereinbarung ist aktuell noch weit von der ihm zukommenden Bedeutung entfernt. Hier schlummert ein interessantes Sanierungselement, sollten sich die wirtschaftlichen Bedingungen in der Zukunft ändern.

Allerdings: Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, ist die vom 1. Senat gewählte Rechtskonstruktion der grundsätzlichen Betriebsvereinbarungsoffenheit von AGB-Verträgen noch nicht abschließend geklärt bzw. rechtssicher. Es sollte also von dem umsichtigen und vorausschauenden Berater stets eine entsprechende Klausel in den Arbeitsvertrag aufgenommen werden, so dass es auf eine konkludente Einbeziehung nicht ankommt.

Möglich wäre z.B. die von Preis vorgeschlagene Klausel:²⁰

Öffnungsklausel für Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen

Auf das Arbeitsverhältnis anwendbare spätere tarifvertragliche Regelungen und Betriebsvereinbarungen gehen in ihrer jeweils gültigen Fassung den Regelungen in diesem Vertrag und etwaigen weiteren Vereinbarungen zwischen den Vertragsparteien vor. Dies gilt auch, wenn die vertraglichen Regelungen günstiger sind.

¹⁹ vgl. LAG Düsseldorf, 14.12.2018, 10 Sa 193/18

²⁰ Preis, Der Arbeitsvertrag, 4. Auflage 2011, RN 15 – Öffnungsklausel

Sollen einzelne Regelungen des Arbeitsvertrages davon ausgenommen werden, wäre zu ergänzen:

„Abweichend davon bleiben die Regelungen in dem § xyz dieses Vertrages von späteren ungünstigeren tarifvertraglichen Regelungen und Betriebsvereinbarungen ausgenommen.“

Straube und Rasche schlagen in ihrem Aufsatz²¹ folgende Formulierung vor:

„Betriebsvereinbarungen, die zeitlich nach Abschluss dieses Vertrages in Kraft treten, treten an die Stelle der im vorliegenden Vertrag getroffenen Vereinbarungen und lösen diese ab.“

Im Übrigen bleibt die weitere Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten. Möglicherweise muss erneut der Große Senat des BAG für Klarheit sorgen.

²¹ Betriebsvereinbarungsoffene Gestaltung von Arbeitsverträgen – Der Betrieb 2016, Seite 51 ff
Seite **13** von **13**