

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

## Tarifliche Betriebsverfassung und Betriebsübergang

### I. Einleitung

Der seit 2001 geltende § 3 BetrVG hat die Möglichkeiten, eine tarifliche Betriebsverfassung zu schaffen, erheblich erweitert. Den Tarifparteien ist es seither ohne Bindung an eine staatliche Genehmigung in weitem Umfang möglich, die „betriebsratsfähige Einheit“ insbes. im Rahmen eines Unternehmens oder Konzerns nach eigenen Vorstellungen zu definieren.

Nach verbreiteter Einschätzung ist von der Ermächtigung des § 3 BetrVG in erheblichem Umfang Gebrauch gemacht worden. In aller Regel wird dabei ein Firmentarifvertrag abgeschlossen<sup>1</sup>, doch sind auch firmenbezogene Verbandstarifverträge und im Extremfall sogar ein Flächentarifvertrag denkbar<sup>2</sup>. Mit dieser Praxis ist automatisch das Folgeproblem verbunden, wie sich Umstrukturierungen auf Betriebs- und Unternehmensebene auf die tarifliche Betriebsverfassung auswirken. Dabei soll der vergleichsweise einfache Fall zugrunde gelegt werden, dass die gesamte „Einheit“ von einem neuen Rechtsträger übernommen wird. Gilt die Kontinuität des Betriebsratsamts, die bei der Übernahme eines Betriebs i. S. des § 1 BetrVG außer Streit ist<sup>3</sup>, auch bei tariflich geschaffenen Einheiten? Wie wirken sich – wenn man dies bejaht – organisatorische Veränderungen aus, die der Erwerber häufig in unmittelbarem Zusammenhang mit der Übernahme vornehmen wird?

### II. Diskussionsstand

Was die kollektivrechtliche Weitergeltung von betriebsverfassungsrechtlichen Normen betrifft, so muss man zwischen Firmen- und Verbandstarifverträgen sowie der Art des Übergangs differenzieren. Beginnen wir mit dem Firmentarifvertrag.

Findet eine Gesamtrechtsnachfolge statt, geht auch die Stellung als Tarifpartei auf das neue Rechtssubjekt über. Für den Fall der Verschmelzung ist dies vom BAG ausdrücklich bejaht worden<sup>4</sup>; die Literatur überträgt dies auf die Spaltung<sup>5</sup>. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die Identität des tariflich geschaffenen Betriebs zerstört wird<sup>6</sup>.

Wird die fragliche Einheit im Wege der Einzelrechtsnachfolge übertragen, lehnen das BAG<sup>7</sup> und ein gewichtiger Teil der Literatur<sup>8</sup> den Übergang und damit die kollektivrechtliche Weitergeltung des Tarifvertrags ab; § 613a betreffe nur die Stellung als Arbeitgeber, nicht die als Tarifpartei. Auch die Tatsache, dass es vor der Schaffung von § 613a Abs. 1 Satz 2 bis 4 BGB im Jahr 1980 durchaus herrschende Meinung gewesen war, dass Firmentarifverträge auf den Erwerber übergehen, sei ohne Bedeutung, da die damals noch bestehende Regelungslücke heute durch § 613a Abs. 1 Satz 2 bis 4 BGB ausgefüllt werde. Die betriebsverfassungsrechtlichen Tarifnormen, auf denen die Existenz des Betriebsrats beruht, können nach herrschender Auffassung aber auch nicht in die Arbeitsverträge eingehen<sup>9</sup>, so dass der Betriebsrat die rechtliche Basis für sein Tun verliert und lediglich in entsprechender Anwendung des § 21a BetrVG ein Übergangsmandat in Anspruch nehmen kann. Anders wird bei Betriebsvereinbarungen entschieden, die gewissermaßen wie ein integrierender Bestandteil des Betriebs übergehen<sup>10</sup>.

Bei dem (hier weniger interessierenden) Verbandstarifvertrag kommt eine kollektivrechtliche Weitergeltung nur dann in Betracht, wenn der neue Rechtsträger Mitglied im tarifschließenden Arbeitgeberverband ist. Auch bei der Gesamtrechtsnachfolge geht die Mitgliedschaft als höchstpersönliches Recht nach § 38 BGB jedoch nicht automatisch über<sup>11</sup>; insoweit könnte le-

diglich die Verbandssatzung nach § 40 BGB eine Übertragbarkeit schaffen. In der Praxis käme daher nur eine Weitergeltung nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB in Betracht, die jedoch nicht anders als beim Firmentarifvertrag mehrheitlich abgelehnt wird<sup>9</sup>.

Für den hier interessierenden Fall des § 3 BetrVG wird in jüngster Zeit der Standpunkt vertreten, der einmal gewählte Betriebsrat bleibe im Amt und könne trotz der „abhanden gekommenen“ Rechtsgrundlage sein Mandat zu Ende führen<sup>12</sup>. Dabei wird auf den Gedanken der Kontinuität des Betriebsratshandelns sowie auf den typischerweise vorhandenen Willen der Tarifparteien abgestellt.

### III. EG-rechtliche Vorgaben

§ 613a BGB beruht in seiner heutigen Fassung im Wesentlichen auf der EG-Richtlinie 2001/23/EG<sup>13</sup>, so dass bei Zweifelsfragen eine richtlinienkonforme Auslegung geboten ist. Dabei sind im hier interessierenden Zusammenhang zwei Vorschriften von Bedeutung.

Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie sieht vor, dass der Erwerber „die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen“ in gleichem Maße aufrecht erhält, wie sie in dem Kollektivvertrag für den Veräußerer vorgesehen waren. Zwar wird vertreten, dass mit dieser Bestimmung nur Rechte und Pflichten von Arbeitsvertragsparteien gemeint seien<sup>14</sup>, doch lässt sich dies weder mit dem Wortlaut noch mit dem Sinn der Vorschrift vereinbaren. Der von

**Dr. Wolfgang Däubler** ist Professor für deutsches und europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen und wissenschaftlicher Berater der Kanzlei Schneider und Schwegler in Düsseldorf.

- 1... So schon zum alten Recht *Trümner*, Jahrbuch des Arbeitsrechts 36 (1999) S. 73.
- 2... *Fitting*, BetrVG, 22. Aufl. 2004, § 3 Rdn. 13.
- 3... S. statt aller BAG-Beschluss vom 5. 2. 1991 – 1 ABR 32/90, DB 1991 S. 1937; *ErfK/Preis*, 5. Aufl. 2005, § 613a Rdn. 124.
- 4... BAG-Urteil vom 24. 6. 1998 – 4 AZR 208/97, DB 1999 S. 290 = AP Nr. 1 zu § 20 UmwG.
- 5... *Däubler/Lorenz*, Kommentar zum TVG, 2003, § 3 Rdn. 179; *ErfK/Preis*, a.a.O. (Fn. 3), § 613a Rdn. 129; *Fitting*, a.a.O. (Fn. 2), § 3 Rdn. 88; *Trümner*, a.a.O. (Fn. 1), S. 75 ff. und in: *Däubler/Kittner/Klebe* (DKK), BetrVG, 9. Aufl. 2004, § 3 Rdn. 162; *Willemsen/Müller-Bonanni*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb*, Arbeitsrecht-Kommentar, 2004, § 613a Rdn. 262.
- 6... S. statt aller DKK/*Trümner*, a.a.O. (Fn. 5), § 3 Rdn. 162.
- 7... BAG-Urteil vom 20. 6. 2001 – 4 AZR 295/00, DB 2002 S. 800 = AP Nr. 18 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = NZA 2002 S. 518 ff., bestätigt durch BAG-Urteil vom 29. 8. 2001 – 4 AZR 332/00, DB 2002 S. 431 = RdA 2002 S. 299.
- 8... *ErfK/Preis*, a.a.O. (Fn. 3), § 613a Rdn. 109; *Willemsen/Müller-Bonanni*, a.a.O. (Fn. 5), § 613a Rdn. 262; *Zöllner*, DB 1995 S. 1401.
- 9... *ErfK/Preis*, a.a.O. (Fn. 3), § 613a Rdn. 114; *Löwisch/Riebbe*, TVG, 2. Aufl. 2004, § 3 Rdn. 175; DKK/*Trümner*, a.a.O. (Fn. 5), § 3 Rdn. 160; *Hohenstatt*, in: *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 2. Aufl. 2003, Kap. E Rdn. 113; *Löw*, Die Betriebsveräußerung im europäischen Arbeitsrecht, 1992, S. 77.
- 10... BAG-Beschluss vom 18. 9. 2002 – 1 ABR 54/01, DB 2003 S. 1281 bejaht sogar die normative Fortwirkung von Gesamtbetriebsvereinbarungen, wenn einzelne Betriebe eines Unternehmens übertragen werden. Vgl. auch *Thüsing*, DB 2004 S. 2476 f.
- 11... BAG-Urteil vom 10. 11. 1993 – 4 AZR 375/92, DB 1994 S. 2638.
- 12... *Fitting*, a.a.O. (Fn. 2), § 3 Rdn. 89 i.V. mit Rdn. 84; *Eich*, EuroAS 2003 S. 20 f.; *Däubler/Bepler*, TVG, § 4 Rdn. 875.
- 13... ABIEG vom 22. 3. 2001 Nr. L 82/16.
- 14... *Skuderis*, Die Weitergeltung von Tarifverträgen bei Betriebsübergängen nach § 613a Abs. 1 Satz 2 bis 4 BGB, 1999, S. 133.

ihr intendierte Schutz erworbener Rechte ist nicht auf „substantielle Standards“ beschränkt, sondern auf alle tariflichen Regeln bezogen, die sich zugunsten der Arbeitnehmer auswirken (können). Der Wegfall betriebsverfassungsrechtlicher Normen ist deshalb in der Literatur zu Recht als bedenklich und als eine Form mangelhafter Richtlinienumsetzung qualifiziert worden<sup>15</sup>.

Im vorliegenden Zusammenhang interessiert jedoch noch eine zweite Vorschrift. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 der Richtlinie bestimmt:

„Sofern das Unternehmen, der Betrieb oder der Unternehmens- bzw. Betriebsteil seine Selbstständigkeit behält, bleiben die Rechtsstellung und die Funktion der Vertreter oder der Vertretung der vom Übergang betroffenen Arbeitnehmer unter den gleichen Bedingungen erhalten, wie sie vor dem Zeitpunkt des Übergangs aufgrund von Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder aufgrund einer Vereinbarung bestanden haben, sofern die Bedingungen für die Bildung der Arbeitnehmervertretung erfüllt sind.“

Mit dieser Bestimmung wird der Bestandsschutzgedanke auf die betriebliche Interessenvertretung erstreckt, was auf den ersten Blick auch dem in Deutschland allgemein anerkannten Rechtszustand entspricht. Bemerkenswert ist jedoch, dass im Gegensatz zur früheren Fassung<sup>16</sup> nunmehr auch die „aufgrund einer Vereinbarung“ bestehenden Interessenvertretungen einbezogen sind. Dass Tarifverträge Vereinbarungen i. S. dieser Vorschrift darstellen, wird nicht zweifelhaft sein. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 verlangt daher auch für die Fälle des § 3 BetrVG, dass der Betriebsrat nach dem Übergang auf den Erwerber nicht nur weiterbesteht, sondern auch seine bisherigen Befugnisse weiter ausüben kann. Wie die tariflich geschaffene Einheit zugeschnitten ist, spielt dabei ersichtlich keine Rolle, da selbst Betriebsteile erfasst werden, soweit sie ihre Selbstständigkeit behalten und in ihnen eine eigenständige betriebliche Interessenvertretung besteht. Dass der betriebsverfassungsrechtliche Status quo auch nach einem Übergang grundsätzlich aufrechtzuerhalten ist, folgt daher nicht allein aus Art. 3 Abs. 3, sondern auch aus Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1: Tarifverträge nach § 3 BetrVG stellen insoweit eine „gemeinsame Schnittmenge“ dar, da Art. 6 Abs. 1 auch andere als kollektivvertragliche Vereinbarungen erfasst.

Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie sieht allerdings eine Ausnahme von UAbs. 1 vor. Das Kontinuitätsprinzip greift danach nicht Platz, wenn die Bedingungen für die Neubestellung der Arbeitnehmervertreter „gemäß den Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder der Praxis der Mitgliedstaaten“ erfüllt sind. In der Sache geht es hier darum, die Mitgliedstaaten in die Lage zu versetzen, die Fortführung des Mandats durch eine Neuwahl oder eine Neubestellung zu ersetzen. Davon ist bei uns kein Gebrauch gemacht worden. Art. 6 hat in der bisherigen Diskussion nur insoweit eine Rolle gespielt, als Abs. 1 UAbs. 4 ein Übergangsmandat für die Fälle vorschreibt, in denen die Selbstständigkeit der fraglichen Einheit nicht erhalten bleibt; das hier genannte Problem wurde nicht aufgegriffen. Auch gibt es keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der deutsche Gesetzgeber bewusst nur den Fortbestand der gesetzlichen, nicht aber den der tariflichen Vertretungen hätte anordnen wollen. Ob eine solche Differenzierung angesichts der Gleichbehandlung im UAbs. 1 überhaupt zulässig wäre, bedarf daher keiner näheren Untersuchung. Dasselbe gilt für die Frage, ob UAbs. 2 auch für den Fall gelten soll, dass Rechtsgrundlage nicht eine einfache Vereinbarung, sondern ein Kollektivvertrag ist, der zusätzlich von Art. 3 Abs. 3 erfasst wird.

Die Bedenken gegen die EG-Rechtskonformität der von der Rechtsprechung und Teilen der Literatur bejahten Lösung werden daher auch durch Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 der Richtlinie bestätigt.

#### IV. Konsequenzen

Der EuGH hat in seiner jüngsten Rechtsprechung<sup>17</sup> den nationalen Richter nachhaltig dazu aufgefordert, alle seine Möglichkei-

ten auszuschöpfen, um ein richtlinienkonformes Ergebnis zu erreichen. Dabei sind nicht nur die der Umsetzung der Richtlinie dienenden Vorschriften in Betracht zu ziehen; vielmehr muss das einzelstaatliche Gericht „das gesamte nationale Recht berücksichtigen, um zu beurteilen, inwieweit es so angewendet werden kann, dass es nicht zu einem der Richtlinie widersprechenden Ergebnis führt“<sup>18</sup>. Gleichzeitig ist von der Absicht des nationalen Gesetzgebers auszugehen, den sich aus der betreffenden Richtlinie ergebenden Verpflichtungen in vollem Umfang nachzukommen<sup>19</sup> – dies kann jedoch ersichtlich nur dann gelten, wenn nicht bewusst und unzweideutig eine andere Entscheidung getroffen wurde.

Überträgt man dies auf unsere Problematik, so sind drei Wege denkbar, über die ein richtlinienkonformes Ergebnis erreichbar ist.

#### 1. Weg über das Vertragsrecht

Zum einen könnte man daran denken, dass betriebsverfassungsrechtliche Tarifnormen trotz angeblicher konstruktiver Unmöglichkeit<sup>20</sup> nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB in die Arbeitsverträge eingehen<sup>21</sup>. Dafür spricht, dass es sehr wohl vertragliche Einheitsregelungen gibt, mit deren Hilfe z. B. ein Redaktionsrat oder ein anderes Beteiligungsgremium eingesetzt werden kann<sup>22</sup>. Dabei muss sich das Vertragsrecht allerdings einige nicht ganz selbstverständliche Korrekturen gefallen lassen<sup>23</sup>. Zum einen kennt es keine Vertragsbestandteile, die als solche nicht durch einen *contrarius consensus* wieder aufgehoben werden könnten; insoweit ordnet § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB für das erste Jahr nach dem Übergang ausdrücklich das Gegenteil an. Das Vertragsrecht kennt weiter auch nicht das betriebsverfassungsrechtliche Repräsentationsprinzip, das den „Vertretern“ Unabhängigkeit von Weisungen einräumt und sie nicht einmal keiner Abberufung durch die „Vertretenen“ aus wichtigem Grund aussetzt. Vielmehr können sie nur nach Maßgabe des § 23 Abs. 1 BetrVG ihres Amtes entoben werden – eine Vorschrift, deren Übertragung auf Gremien mit vertraglicher Grundlage keineswegs selbstverständlich ist. Auch diese Ausnahme lässt sich aber wohl mit Rücksicht auf die Richtlinie rechtfertigen – nicht weniger als die gleichfalls aus dem Rahmen fallende normative Wirkung von Betriebsvereinbarungen. Eine betriebsverfassungsrechtliche Regelung setzt allerdings voraus – und hierin liegt das letzte Hindernis – dass auch die Neueingestellten einbezogen werden. Dies lässt sich nur über eine Nebenpflicht aus den übergegangenen Arbeitsverträgen begründen<sup>24</sup>.

15... v. *Alvensleben*, Die Rechte der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1992, S. 309; DKK/*Trümner*, a.a.O. (Fn. 5), § 3 Rdn. 160; *Hohenstatt*, a.a.O. (Fn. 9), Kap. E Rdn. 113; *Löw*, a.a.O. (Fn. 9), S. 82; *Thüsing*, ZIP 2003 S. 705; *Willemsen/Müller-Bonanni*, a.a.O. (Fn. 5), § 613a Rdn. 264; *Zöllner*, DB 1995 S. 1402.

16... Richtlinie 77/187/EWG vom 14. 2. 1977, ABIEG vom 5. 3. 1977, Nr. L 61/26, abgedruckt auch bei *Däubler/Kittner/Lörcher*, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Aufl. 1994, Nr. 432.

17... EuGH-Urteil vom 5. 10. 2004 – Rs. C-397/01 bis C 403/01, DB 2004 S. 2270 = NZA 2004 S. 1145 (1151).

18... EuGH, a.a.O. (Fn. 17), Rdn. 15.

19... EuGH, a.a.O. (Fn. 17), Rdn. 112.

20... So schon *Binkert*, JZ 1979 S. 751; *Seiter*, DB 1980 S. 878.

21... Dafür etwa *Däubler*, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. 1993, Rdn. 1541; *Kempen/Zachert*, TVG, 3. Aufl. 1997, § 3 Rdn. 56; *Zwanziger*, in: *Kittner/Däubler/Zwanziger*, Kündigungsschutzrecht, 6. Aufl. 2004, § 613a BGB Rdn. 62.

22... BAG-Urteil vom 19. 6. 2001 – 1 AZR 463/00, DB 2002 S. 223 = NZA 2002 S. 397 – Mannheimer Morgen; zum Ganzen s. *Däubler*, FS Wissmann, 2005 S. 275 ff.

23... Von „Unebenheiten“ spricht zu Recht *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, S. 778.

24... Zustimmung insoweit DKK/*Trümner*, a.a.O. (Fn. 5), § 3 Rdn. 163.

Im Übrigen steht es den Tarifparteien frei, entsprechend § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB jederzeit eine abweichende Regelung zu treffen; insoweit droht kein „Versteinerungseffekt“, der über den Bestandsschutz hinausginge, der auch ohne Betriebsübergang vorhanden wäre<sup>25</sup>.

## 2. Alternative: Entsprechende Anwendung von § 3 Abs. 3 TVG

Stattdessen könnte man davon ausgehen, dass das deutsche Recht die Frage der Fortgeltung betriebsverfassungsrechtlicher Normen im Fall eines Betriebsübergangs nicht geregelt hat. Damit wäre den Besorgnissen all jener Rechnung getragen, die eine Unvereinbarkeit zwischen betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen und vertragsrechtlichen Gestaltungen annehmen<sup>9</sup>. Die Annahme einer solchen Lücke steht insbes. im Einklang mit der referierten<sup>18</sup> Regel des EuGH, der Richter müsse davon ausgehen, dass der nationale Gesetzgeber sich richtlinienkonform verhalten wolle, dass er also – so das Minus – grundsätzlich nichts anordnet, was im Widerspruch zur Richtlinie stehen würde. Diese Lücke wäre in der Weise zu schließen, dass man die Vorschrift des § 3 Abs. 3 TVG entsprechend anwendet: Der Austritt oder Ausschluss aus dem Arbeitgeberverband ist ein von der Arbeitnehmerseite genauso wenig zu beeinflussender Vorgang wie die Veräußerung des Betriebs; die Schutzfunktion der Tarifverträge muss in einen wie im anderen Fall in gleicher Weise zur Geltung kommen.

Für eine solche Lösung sprechen zusätzliche Argumente aus dem deutschen Recht. Wie auch das BAG anerkannte, war es bei Schaffung von § 613a Abs. 1 Satz 2 bis 4 BGB durchaus herrschende Meinung, dass jedenfalls ein Firmentarifvertrag automatisch auf den Erwerber übergeht und kollektivrechtlich weitergilt<sup>26</sup>. Die mit Rücksicht auf die Richtlinie geschaffene Neuregelung hatte jedoch nicht den Sinn, die Rechtsstellung der Arbeitnehmer zu verschlechtern, zumal dies gegen Art. 7 der Richtlinie in ihrer damaligen Fassung verstoßen hätte<sup>27</sup>.

Beim Firmentarifvertrag spricht für ein solches Ergebnis weiter die Gleichbehandlung mit der Betriebsvereinbarung und der Gesamtbetriebsvereinbarung, an deren normativer Weitergeltung keine Zweifel bestehen<sup>28</sup>. Warum soll zwar die kollektivrechtliche Stellung als Partner einer Betriebsvereinbarung, nicht aber die als Partei eines Firmentarifvertrags übergehen? Wertungsmäßig ist dies genauso wenig einzusehen wie die Unterscheidung zwischen einem Übergang kraft Gesamtrechtsnachfolge und einem Übergang nach § 613a BGB: Worin soll der sachliche Grund liegen, im einen Fall den Firmentarifvertrag völlig unberührt zu lassen, während er im anderen Fall faktisch von der Bildfläche verschwindet<sup>29</sup>?

## 3. Schaffung einer neuen richterrechtlichen Norm

Schließlich gibt es speziell im Fall des § 3 BetrVG einen weiteren Weg zur Lückenschließung: Mit *Fitting*<sup>30</sup>, *Eich*<sup>31</sup> und *Bepler*<sup>32</sup> lässt sich eine Fortführung des Betriebsratsamts bis zur nächsten turnusmäßigen Wahl rechtfertigen, um so die von der Richtlinie gewollte Kontinuität zu sichern. § 3 BetrVG hat ersichtlich nicht den Sinn, den tariflich geschaffenen Betriebsrat schlechter als den kraft Gesetzes errichteten zu stellen. Für die Rechte und Pflichten des Gremiums und die Rechtsstellung seiner Mitglieder hat dies § 3 Abs. 5 Satz 2 BetrVG ausdrücklich hervorgehoben; im Übergangsfall kann nichts anderes gelten.

## 4. Ergebnis

Im Ergebnis spricht mehr für eine entsprechende Anwendung des § 3 Abs. 3 TVG und für eine zeitliche Erweiterung der Tarifwirkung im Fall des § 3 BetrVG. Dieser Weg ist weniger beschwerlich als der hier zunächst skizzierte über eine veränderte Interpretation des § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB.

## V. Veränderungen der Organisation

Verliert die tariflich geschaffene Einheit ihre Identität, kann auch der auf sie bezogene Tarifvertrag keinen Bestand mehr haben<sup>33</sup>. Dies ist z. B. dann anzunehmen, wenn ein Geschäftsbereich aufgelöst wird, in dem ein Spartenbetriebsrat errichtet worden war<sup>34</sup>. In diesem Zusammenhang tauchen zwei spezifische Probleme auf.

Die gesetzliche Einheit „Betrieb“ wird entscheidend durch den von der Arbeitgeberseite geschaffenen Leitungsapparat bestimmt. Mit seinem Wegfall ist i. d. R. auch das Schicksal des Betriebs als selbstständiger Einheit besiegelt<sup>35</sup>. Dies gilt jedoch nicht in gleicher Weise für tariflich geschaffene Einheiten: Sie müssen sich nicht an den Leitungsstrukturen orientieren, sondern können etwa in Anlehnung an § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG in erster Linie auf die räumliche Entfernung abstellen. Möglich ist auch, schlicht der Tradition des einen oder anderen Betriebs zu folgen und selbst dort einen Betriebsrat bestehen zu lassen, wo letztlich kaum mehr irgendwelche relevanten Entscheidungen fallen. Daraus folgt, dass es letztlich auf das mit dem Tarifvertrag verfolgte Anliegen ankommt, ob organisatorische Veränderungen überhaupt von Relevanz sind. Beim Wegfall der Sparte wird man dies im Hinblick auf den Spartenbetriebsrat eindeutig bejahen müssen. Geht es andererseits z. B. um die regionale Aufteilung in einem Filialunternehmen, wird die Zentralisierung von Entscheidungskompetenzen etwa bei der bundes einheitlichen Leitung kaum etwas an den tariflichen Strukturen ändern.

Dies führt zum zweiten Problem. Hat der Identitätsverlust der Einheit einen automatischen Wegfall des Betriebsrats zur Folge (dem allein das Übergangsmandat bleiben würde) oder bedarf es zunächst einer Kündigung des Tarifvertrags aus wichtiger Grund? Da man zweifeln kann, ob ein Tarifvertrag überhaupt auf die Leitungsstruktur abstellt oder nicht, erscheint es sachgerechter, zunächst eine Kündigung zu verlangen, die i. d. R. eine außerordentliche sein wird. Dafür spricht, dass auch sonst bei Wegfall der Geschäftsgrundlage ein außerordentliches Kündigungsrecht, und nicht etwa ein automatischer Wegfall des Tarifvertrags angenommen wird<sup>36</sup>. Den Tarifparteien steht es im Übrigen frei, ähnlich wie dies § 16 Abs. 1 Nr. 6 EBRG für den Europäischen Betriebsrat vorsieht, in ihrer ursprünglichen Vereinbarung Vorkehrungen für Strukturveränderungen im Unternehmen oder auf betrieblicher Ebene zu treffen. In der Literatur wird verschiedentlich empfohlen, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen<sup>37</sup>. Damit wäre jedenfalls ein Teil der Probleme bewältigt. Auch die Begleitung mit juristischem Rat würde dadurch ein wenig unkomplizierter.

25... Zur Nachwirkung von Tarifverträgen nach § 3 BetrVG s. DKK Trümner, a.a.O. (Fn. 3), § 3 Rdn. 165 ff.; *Fitting*, a.a.O. (Fn. 2), § 3 Rdn. 84 f.

26... BAG, a.a.O. (Fn. 7). Nachweise zum damaligen Diskussionsstand bei MüKo/Schaub, 3. Aufl. 1997, § 613a Rdn. 133.

27... Däubler, RdA 2002 S. 304.

28... BAG, a.a.O. (Fn. 10); ebenso in der Literatur z. B. Erk/K/Preis a.a.O. (Fn. 3), § 613a Rdn. 110; *Gaul*, in: Henssler/Willemsen Kalb, a.a.O. (Fn. 5), § 3 Rdn. 38; *Trümner*, a.a.O. (Fn. 1), S. 75.

29... Einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG nimmt deshalb *Trümner* a.a.O. (Fn. 1), S. 76 an.

30... *Fitting*, a.a.O. (Fn. 2), § 3 Rdn. 89 i. V. mit Rdn. 84.

31... *Eich*, EuroAS 2003 S. 20 f. = FS *Weinspach*, 2002, S. 17 ff.

32... *Bepler*, a.a.O. (Fn. 12).

33... *Fitting*, a.a.O. (Fn. 2), § 3 Rdn. 86.

34... *Gaul*, a.a.O. (Fn. 31), § 3 BetrVG Rdn. 36.

35... DKK/Trümner, a.a.O. (Fn. 5), § 1 Rdn. 67 ff.; *Fitting*, a.a.O. (Fn. 2) § 1 Rdn. 71.

36... *Däubler/Deinert*, a.a.O. (Fn. 3), § 4 Rdn. 118 ff.

37... *Gaul*, a.a.O. (Fn. 31), § 3 Rdn. 35; *Hohenstatt/Dzida*, DB 200 S. 2502; *Trümner*, a.a.O. (Fn. 1), S. 76.

## VI. Zusammenfassung

Betriebsräte, deren Existenz auf einem Tarifvertrag nach § 3 BetrVG beruht, bleiben auch nach einem Betriebsübergang im Amt. Dies folgt aus Art. 3 Abs. 3 und Art. 6 Abs. 1 der EG-Betriebsübergangsrichtlinie, die eine entsprechende Handhabung des deutschen Rechts verlangt.

# Entscheidungen

## Arbeitsvertragsrecht

### Änderungsvorbehalt in einem Formulararbeitsvertrag: Unwirksamkeit eines unbeschränkten Widerrufsrechts für übertarifliche Gehaltsbestandteile – Ergänzende Vertragsauslegung bei Altverträgen

**Wirksamkeit einer Vereinbarung eines auf übertarifliche Leistungen bezogenen Widerrufsvorbehalts in Formulararbeitsvertrag nach § 308 Nr. 4 BGB nur, wenn widerruflicher Anteil unter 25 bis 30% der Gesamtvergütung liegt und der Widerruf nicht grundlos erfolgen soll – Erste Entscheidung des BAG zu Änderungsvorbehalten in einem Formulararbeitsvertrag unter der Geltung der §§ 305 ff. BGB – Anschluss an BAG vom 15. 8. 2000 – 1 AZR 458/99; vom 7. 8. 2002 – 10 AZR 282/01, AP BGB § 315 Nr. 81 = EzA BGB § 315 Nr. 51**

BGB §§ 305 ff., §§ 307, 308 Nr. 4, § 315; EGBGB Art. 229 § 5; KSchG § 2

1. Die Vertragsklausel in einem Formulararbeitsvertrag, nach der dem Arbeitgeber das Recht zustehen soll, „übertarifliche Lohnbestandteile jederzeit unbeschränkt zu widerrufen“, ist gem. § 308 Nr. 4 BGB unwirksam.
2. Wurde der Formulararbeitsvertrag vor dem 1. 1. 2002 abgeschlossen, kommt eine ergänzende Vertragsauslegung zur Schließung der entstandenen Lücke in Betracht. Es gelten dann die Widerrufsgründe, die die Vertragsparteien zugrunde gelegt hätten, wenn ihnen die gesetzlich angeordnete Unwirksamkeit der Widerrufsklausel bekannt gewesen wäre.

► (BAG-Urteil vom 12. 1. 2005 – 5 AZR 364/04)

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit eines formularvertraglich vorbehaltenen Widerrufs einer übertariflichen Zulage und von Fahrtkostenerstattung.

Der Kläger ist bei der Beklagten als Elektroinstallateur beschäftigt. Seinem Arbeitsvertrag vom 9. 7. 1998 liegt ein von der Beklagten standardmäßig verwendetes Vertragsformular zugrunde. § 2 des Arbeitsvertrags sieht u. a. vor, dass die Firma sich vorbehält, alle übertariflichen Bestandteile im Lohn – gleich, welcher Art – bei einem Aufrücken in eine höhere Altersstufe in der Lohngruppe oder in eine höhere Tarifgruppe teilweise oder ganz anzurechnen.

Abgesehen davon hat die Beklagte das Recht, diese übertariflichen Lohnbestandteile jederzeit unbeschränkt zu widerrufen und mit etwaigen Tarifierhöhungen zu verrechnen.

Auch jede andere Leistung, die über die in den Tarifverträgen festgelegten Leistungen hinausgeht, ist danach jederzeit unbeschränkt widerruflich und begründet keinen Rechtsanspruch für die Zukunft.

Bis einschließlich April 2003 erhielt der Kläger einen Monatsgrundlohn von 1751,69 € brutto, eine außertarifliche Zulage von 227,72 € brutto und ein Fahrtgeld von 12,99 € brutto für jeden Arbeitstag, den er in der Betriebsstätte arbeitete. Außerdem zahlte die Beklagte einen Prämienlohn in unterschiedlicher Höhe; Grundlage hierfür war eine vom Betriebsrat 1991 gekündigte Betriebsvereinbarung aus dem Jahr 1976.

Änderungen des "Leitungsapparates", die häufig im Gefolge eines Betriebsübergangs auftreten, sind nur dann von Bedeutung, wenn der Tarifvertrag an den Entscheidungsstrukturen anknüpft.

Soweit dies der Fall ist, muss seine Fortwirkung im Wege der außerordentlichen Kündigung beendet werden.

Mit Schreiben vom 11. 4. 2003 widerrief die Beklagte unter Bezugnahme auf den arbeitsvertraglichen Widerrufsvorbehalt die übertarifliche Zulage zum Monatsentgelt sowie die arbeitstägliche Fahrtkostenerstattung mit Wirkung zum 1. 5. 2003. Sie begründete den Widerruf mit ihrer wirtschaftlichen Situation. Gleich lautende Schreiben erhielten alle Arbeitnehmer der Beklagten.

Die Vorinstanzen (LAG Hamm – 19 Sa 2132/03) haben dem Hauptantrag stattgegeben. Die Revision der Beklagten führte zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung des Rechtsstreits an das LAG.

### ► AUS DEN GRÜNDEN

Zwar hält der vereinbarte Widerrufsvorbehalt der Inhaltskontrolle gem. § 308 Nr. 4 BGB nicht stand und ist deshalb unwirksam (unten B I). Jedoch ist der Widerruf deshalb nicht zwangsläufig ebenfalls unwirksam. Vielmehr ist die Vertragslücke bei dem hier vorliegenden Altfall durch eine ergänzende Vertragsauslegung zu schließen (unten B II).

**A. . . . B. I.** Die arbeitsvertragliche Widerrufsregelung ist gem. § 308 Nr. 4 BGB unwirksam.

1. Bestimmungen in **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. **Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich** (§ 307 Abs. 1 BGB). Nach § 307 Abs. 2 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbes. unwirksam die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist (§ 308 Nr. 4 BGB).

2. Bei dem umstrittenen Widerrufsvorbehalt handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen i. S. der §§ 305 ff. BGB. . . .

3. Der Widerrufsvorbehalt soll das Recht der Beklagten begründen, versprochene Leistungen einseitig zu ändern. Das LAG hat zu Recht angenommen, dass sowohl hinsichtlich der Zulage als auch hinsichtlich der Fahrtkostenerstattung **keine freiwilligen Leistungen** (i. S. einer Leistung ohne Rechtsanspruch, solange noch nicht gezahlt ist, und eines jederzeitigen Rechts, die Leistung einzustellen, ohne dass es einer besonderen Erklärung bedarf) vorliegen. Hierfür sprechen die Bezeichnung im Arbeitsvertrag, die Art der Leistung und die ausdrückliche Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts sowie einer Anrechnungs- und Verrechnungsmöglichkeit. Die Beklagte geht selbst von der Notwendigkeit eines Widerrufs zur Änderung der Vertragsbedingungen aus.