

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Verschlechterung der Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarung?*

A. Vorbemerkungen

I. Die Anrufung des Großen Senats des BAG

Dürfen Allgemeine Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarung nicht nur verbessert, sondern auch ver-

* Der hier veröffentlichte Beitrag beruht auf einem vom Verfasser für den Vorstand der IG Metall erstatteten Rechtsgutachten. Die Literatur ist bis April 1983 verwertet; eine frühere Veröffentlichung war leider nicht möglich.

1 Unter Berufung auf das Günstigkeitsprinzip lehnen eine Verschlechterung grundsätzlich ab: *Canaris*, „Die Allgemeinen Arbeitsbedingungen im Schnittpunkt von Privat- und Kollektivautonomie“, RdA 1974 S. 18, 24 f.; *Kreutz*, Grenzen der Betriebsautonomie (1979), S. 48, 224; *Dietz/Richardi*, BetrVG, 6. Aufl., § 77 Anm. 119 ff.; *Söllner*, Arbeitsrecht, 7. Aufl., S. 166; *Zöllner*, Arbeitsrecht, 3. Aufl., S. 434 und S. 322 i.V. mit S. 79.

Im Ergebnis wie das BAG dagegen: *Fitting/Auffarth/Kaiser*, BetrVG, 13. Aufl., § 77 Anm. 41; *Föhr*, Arbeitsrecht für Arbeitnehmer, 2. Aufl., S. 57; *Galperin/Löwisch*, BetrVG, 6. Aufl., § 77 Anm. 98; *Säcker*, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht (1972), S. 341 ff.; *Weiss*, BetrVG, 2. Aufl., § 77 Anm. 7.

2 Vgl. BAG v. 1. 2. 57, AP Nr. 1 zu § 32 SchwBeschG = ArbUR 1958 S. 27; BAG v. 30. 10. 62, AP Nr. 1 zu § 4 TVG Ordnungsprinzip = ArbUR 1963 S. 188; BAG v. 26. 10. 62, AP Nr. 87 zu § 242 BGB Ruhegehalt = ArbUR 1962 S. 378; BAG v. 30. 1. 70, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt = ArbUR 1970 S. 379; BAG v. 25. 3. 71, AP Nr. 5 zu § 57 BetrVG = ArbUR 1971 S. 153; BAG v. 12. 6. 75, AP Nr. 1 (= ArbUR 1975 S. 377), v. 12. 6. 75, AP Nr. 2 (= ArbUR 1975 S. 377) und v. 12. 6. 75, AP Nr. 3 (= ArbUR 1975 S. 377), jeweils zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung; BAG v. 8. 12. 81, ArbUR 1982 S. 98 = DB 1982 S. 46; BAG v. 8. 12. 81, ArbUR 1982 S. 98 = DB 1982 S. 50; BAG v. 4. 2. 60, AP Nr. 7 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip; BAG v. 20. 12. 57, AP Nr. 11 zu Art. 44 Truppenvertrag; BAG v. 11. 10. 67, AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Rundfunk = ArbUR 1968 S. 348.

3 So etwa BAG v. 20. 12. 57 (Fußnote 2) zum Tarifvertrag und BAG v. 26. 10. 62 (Fußnote 2) zur Betriebsvereinbarung; die letztere Entsch. stellt allerdings daneben noch auf die Auslegung der Einheitsregelung ab.

4 So die eingehend begründete Entsch. des BAG v. 30. 1. 70 (Fußnote 2), auf die sich die weitere Rspr. im wesentlichen stützt.

5 So insbes. BAG v. 8. 12. 81, ArbUR 1982 S. 98 = DB 1982 S. 46 ff.

6 Vgl. BAG v. 12. 8. 82, ArbUR 1982 S. 354 = DB 1982 S. 2298 ff.

7 Vgl. die Nachweise in der in Fußnote 1 zitierten Literatur.

schlechtert werden? Die Frage schien für die Praxis keine Frage mehr zu sein: Trotz unterschiedlicher Stellungnahmen in der Literatur¹ ließ das *Bundesarbeitsgericht* die „verbösernde“ Betriebsvereinbarung in ständiger Rechtsprechung zu². Die Begründung stellte zunächst relativ formelhaft auf das sog. Ordnungsprinzip ab³, verwies dann allerdings stärker darauf, daß eine verdeckte Regelungslücke vorliege. Angesichts des „unabweisbaren praktischen Bedürfnisses“, eine Versteinerung der betrieblichen Verhältnisse zu vermeiden, müsse die Kollision der unterschiedlichen Gestaltungsmittel zugunsten der Betriebsvereinbarung gelöst werden⁴. Im Zusammenhang mit der Abänderung betrieblicher Versorgungssysteme betonte und akzentuierte der 3. Senat des *Bundesarbeitsgerichts* die gerichtliche Billigkeitskontrolle, die insbesondere dem schutzwürdigen Vertrauen der Beschäftigten Rechnung zu tragen habe⁵. Der ursprüngliche Schematismus wurde so durch flexiblere, den Arbeitnehmerschutz stärker berücksichtigende Lösungen ersetzt.

Der 6. Senat des *Bundesarbeitsgerichts* ist in einem neueren Urteil einen völlig anderen Weg gegangen⁶. Er greift weder auf das Ordnungsprinzip noch auf die in der Literatur vertretene These zurück, die vor Abschluß der Betriebsvereinbarung bestehenden vertraglichen Rechtspositionen würden nach dem Günstigkeitsprinzip fortbestehen⁷. Statt dessen stellt er entscheidend auf die normative Wirkung der Betriebsvereinbarung ab: Betreffe diese Gegenstände, die nach § 87 BetrVG der Mitbestimmung unterliegen, so verdränge sie sämtliche vertraglichen Abmachungen. Gehe es dagegen um Bereiche der freiwilligen Mitwirkung nach § 88 BetrVG, so könne ein Eingriff in vertragliche Rechtspositionen nur dann erfolgen, wenn diese „betriebsvereinbarungsoffen“ seien; andernfalls fehle es den Betriebspartnern an der notwendigen Gestaltungsmacht. Soweit eine „Ablösung“ erfolgen könne, seien die Arbeitsgerichte zur Billigkeitskontrolle berufen. Insoweit besteht Übereinstimmung mit der sonstigen Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts*.

Im Dezember 1982 hatte der 5. Senat des Bundesarbeitsgerichts über die Frage zu entscheiden, ob eine auf Richtlinien des Arbeitgebers beruhende Jubiläumszuwendung durch Betriebsvereinbarung geschmälert werden konnte. Im konkreten Fall ging es darum, daß auf Grund der bisher geltenden Regelung nach 10-, 20-, 40- und 50jähriger Betriebszugehörigkeit eine bestimmte Sonderzuwendung gezahlt wurde, die nach einer 1979 abgeschlossenen Betriebsvereinbarung nur noch bei 25-, 40- und 50jährigem Arbeitsjubiläum gewährt werden sollte⁸. Angesichts der unterschiedlichen Stellungnahmen der vom 1., 2. und 3. Senat des Bundesarbeitsgerichts getragenen bisherigen Rechtsprechung⁹ und der des 6. Senats rief der 5. Senat den Großen Senat an und legte ihm die folgenden Fragen vor:

„1. Können vertraglich begründete Ansprüche der Arbeitnehmer, die auf eine vom Arbeitgeber gesetzte Einheitsregelung oder eine Gesamtzusage zurückgehen, durch eine nachfolgende Betriebsvereinbarung in den Grenzen von Recht und Billigkeit aufgehoben oder beschränkt werden (hier: Zahlung einer Jubiläumszuwendung nach 10jähriger Betriebszugehörigkeit)?

2. Muß dabei unterschieden werden zwischen Betriebsvereinbarungen, die im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats (§ 87 Abs. 1 BetrVG) abgeschlossen werden und Betriebsvereinbarungen, die im Bereich der freiwilligen Mitwirkung des Betriebsrats (§ 88 BetrVG) zustande kommen?

3. Falls die Frage zu 2 bejaht wird:

a) Hat der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 BetrVG mitzubestimmen, wenn eine von mehreren Jubiläumszuwendungen (bei 10-, 20-, 40- und 50jähriger Betriebszugehörigkeit) wegfallen soll?

b) Hat er dann mitzubestimmen, wenn bei einem geringeren Dotierungsrahmen durch den Wegfall der Jubiläumszuwendung andere Leistungen (Weihnachtsgratifikation, vermögenswirksame Leistungen) aufrechterhalten oder verbessert werden?“

II. Die aufgeworfenen Fragen

Mit dem Vorlagebeschluß des 5. Senats ist das Grundproblem des Verhältnisses zwischen arbeitsvertraglich abgesicherten Arbeitsbedingungen und nachfolgender schlechterer Betriebsvereinbarung angesprochen. Nach dem Wortlaut der ersten Frage sind dabei an sich nur solche Ansprüche der Arbeitnehmer einbezogen, die auf einer vom Arbeitgeber gesetzten „Einheitsregelung“ oder einer „Gesamtzusage“ beruhen. Der 6. Senat hatte jedoch eine weitergehende Aussage getroffen und ausdrücklich solche einzelvertraglichen Rechte einbezogen, die nicht Teil einer „vertraglichen Einheitsregelung“ sind¹⁰. Auch insoweit Klarheit zu schaffen, wäre wünschenswert¹¹, zumal die Diskussion diese Fallkonstellation regelmäßig einbezieht¹². Außerhalb des eigentlichen, dem Großen Senat vorgelegten „Entscheidungsprogramms“ liegt lediglich die – im Ergebnis nicht kontroverse – Frage, ob und inwieweit eine bestehende durch eine „verbösernde“ neue Betriebsvereinbarung abgelöst werden kann. Mit Rücksicht darauf, daß der Abbau einheitlicher Arbeitsbedingungen häufig in Parallele zur verschlechternden Ersetzung einer Betriebsvereinbarung gesehen wird¹³, soll für die

Zwecke der vorliegenden Untersuchung auch dieser Bereich einbezogen werden.

Die „Verschlechterung“ wird derzeit normalerweise im Zusammenhang mit dem Abbau bisher gewährter Sozialleistungen auftreten; die Entscheidungen des 3., 6. und 5. Senats beziehen sich sämtlich auf eine derartige Konstellation. Dabei wird im Regelfall eine vom Arbeitgeber ausgehende „Sparstrategie“ zugrunde liegen, die einem Auftragsrückgang, aber auch einem verstärkten Investitionsbedarf Rechnung tragen kann. Möglich, aber vermutlich nicht „typisch“ sind Anpassungen an eine veränderte Gesetzgebung und Rechtsprechung oder auch gewandelte Vorstellungen über das, was den Umständen nach als billig und gerecht gelten soll¹⁴. Für den Arbeitnehmer nachteilige Veränderungen können sich jedoch nicht nur im Bereich der Gegenleistung des Arbeitgebers, d. h. der materiellen Arbeitsbedingungen ergeben. Auch die Art und Weise der Arbeitsleistung, die von ihm verlangt wird, ist der Verschlechterung zugänglich. So macht es etwa einen Unterschied, ob beim Zugang zu bestimmten Betriebsabteilungen nur eine Identitätskontrolle durch Vorzeigen eines Ausweises erfolgt, oder ob die Anwesenheitszeiten in einem Computer gespeichert werden. Auch stellt es sich für eine Gruppe von Arbeitnehmern als Nachteil dar, wenn beispielsweise die Gleitzeit wieder abgeschafft wird. Die verbreitete These, sog. formelle Arbeitsbedingungen seien „günstigkeitsneutral“, muß sich daher zumindest eine entscheidende Relativierung gefallen lassen¹⁵. Im folgenden sollen jedenfalls auch derartige Konstellationen mitbedacht werden.

III. Überblick über den Gang der Darstellung

Im folgenden soll zunächst dem Problem mit dem relativ geringsten Komplexitätsgrad nachgegangen werden. Inwieweit kann eine Betriebsvereinbarung durch eine neue, einzelne oder alle Arbeitnehmer schlechterstellende Betriebsvereinbarung ersetzt werden? (unten B)

Der folgende Abschnitt ist der Frage gewidmet, ob und inwieweit individuell ausgehandelte Arbeitsbedingungen „betriebsvereinbarungsresistent“ sind. Dabei wird uns insbesondere die Frage beschäftigen, inwieweit derartige Einzelabreden dem Zugriff der Betriebspartner entzogen

8 Vgl. BAG v. 8. 12. 82, ArbuR 1983 S. 59 = DB 1983 S. 346.

9 Vgl. die Nachweise in BAG v. 8. 12. 82 (Fußnote 8).

10 Vgl. BAG v. 12. 8. 82 (Fußnote 6): „Dies bedeutet auch, daß eine wirksam zustande gekommene Betriebsvereinbarung einzelvertragliche Rechte zu Lasten des einzelnen Arbeitnehmers ablösen kann, die nicht Teil einer ‚vertraglichen Einheitsregelung‘ sind.“ Diese Aussage ist eindeutig; wenn an anderer Stelle davon die Rede ist, daß die Mitbestimmung nach § 87 BetrVG individuelle Regelungen ohne kollektiven Bezug nicht ergreift, so schafft dies entgegen der Auffassung von Hanau (Gemeinsame Anm. zu BAG, AP Nr. 4 und 6 zu §§ 77 BetrVG 1972 Bl. 3 R) keine Unklarheit, sondern betrifft eine völlig andere Frage – vgl. dazu meine Ausführungen unter C II.

11 Vgl. auch Hanau (Fußnote 10) Bl. 6 R.

12 Vgl. etwa die in Fußnote 1 genannte Literatur.

13 Vgl. etwa Säcker (Fußnote 1) S. 358 f.: kein höherer Bestandsschutz bei Allgemeinen Arbeitsbedingungen als bei Betriebsvereinbarungen.

14 Vgl. die Beispielfälle bei Hilger/Stumpf, „Ablösung betrieblicher Gratifikations- und Versorgungsordnungen durch Betriebsvereinbarung“ in Festschrift für Gerhard Müller (1981), S. 210 ff.

15 Richtig Thiele, GK-BetrVG (3. Bearbeitung), § 77 Anm. 63 mit Nachweisen für die Gegenmeinung.

sind, ob und inwieweit das Günstigkeitsprinzip auch auf solche vertraglichen Rechte zu erstrecken ist, die bei Abschluß der Betriebsvereinbarung schon bestanden, und inwieweit schließlich die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG auch auf arbeitsvertragliche Rechtspositionen zu erstrecken ist (unten C).

Die „Hauptfrage“ nach der Behandlung Allgemeiner Arbeitsbedingungen soll unter D abgehandelt werden. Läßt sich möglicherweise die vom 6. Senat entwickelte Lösung damit rechtfertigen, daß in den von § 87 Abs. 1 BetrVG erfaßten Gegenstandsbereichen sowieso nur „vorläufige“, d. h. unter Vertrauensschutzgesichtspunkten wirksame Einheitsregelungen bestehen, die jederzeit durch Betriebsvereinbarung ersetzt werden können? Soweit dieser Gedanke nicht Platz greift, stellen sich die allgemeinen, in der einschlägigen Literatur behandelten Fragen. Steht das Ordnungsprinzip der Weitergeltung der betrieblichen Einheitsregelung im Wege? Droht bei einer Anwendung des Günstigkeitsprinzips effektiv die befürchtete „Versteinerung“ der betrieblichen Verhältnisse? Welche Lösungen sieht das Zivilrecht für andere Fälle langfristiger vertraglicher Bindungen vor? Würde eine Verweisung des Arbeitgebers auf das individualvertragliche Instrumentarium zu Wertungswidersprüchen führen, müßte doch den Arbeitnehmern möglichst daran gelegen sein, den Abschluß einer (leichter wieder zu beseitigenden) Betriebsvereinbarung zu vermeiden. Inwieweit läßt sich eine Ablösung arbeitsvertraglicher Einheitsregelungen damit rechtfertigen, daß sich im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ein „Vorbehalt“ zugunsten anderweitiger Regelung durch Betriebsvereinbarung ergibt?

Der folgende Abschnitt betrifft betriebliche Regelungen, deren Inkorporierung in den Arbeitsvertrag zweifelhaft sein könnte. Inwieweit kann die vom 5. Senat ausdrücklich erwähnte Gesamtusage durch Betriebsvereinbarung verschlechtert oder beseitigt werden? Wie ist mit einer Betriebsübung und Ansprüchen auf Gleichbehandlung zu verfahren? (unten E)

Den Abschluß bilden Ausführungen zu den allgemeinen Schranken, die von den Betriebspartnern beim Abschluß verschlechternder Betriebsvereinbarungen zu beachten sind. Geht man mit dem 3. Senat und der bisherigen Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* von einem generellen Vorrang der Betriebsvereinbarung aus, so liegt hier

der Schwerpunkt arbeitnehmerschützender Korrekturen. Erstreckt man demgegenüber mit einem Teil der Literatur¹⁶ das Günstigkeitsprinzip auch auf schon bestehende Allgemeine Arbeitsbedingungen und vergleichbare betriebliche Regelungen, so ist diese Problematik nur für den Fall relevant, daß eine Betriebsvereinbarung durch eine andere ersetzt wird. Von Interesse ist in diesem Zusammenhang insbesondere die im Tarifvertragsrecht sehr viel stärker erörterte Bindung an Grundrechte sowie an andere verfassungsrechtliche Prinzipien. Weiter soll der Versuch unternommen werden, die von der Rechtsprechung praktizierte „Billigkeitskontrolle“ mit möglichst präzisen Konturen zu versehen. Schließlich sollen einige Hinweise gegeben werden, auf welchem prozessualen Wege die Unwirksamkeit einer Betriebsvereinbarung geltend gemacht werden kann (unten F).

B. Verschlechterung durch Abschluß einer neuen Betriebsvereinbarung

I. Der Grundsatz

Relativ wenig Kopfzerbrechen hat – wenigstens vom Ergebnis her – das Problem bereitet, ob eine bestehende Betriebsvereinbarung durch eine neue ersetzt werden kann, die einzelne oder alle Arbeitnehmer schlechterstellt. Rechtsprechung¹⁷ und Literatur¹⁸ stimmen darin überein, daß eine derartige „Ablösung nach unten hin“ grundsätzlich zulässig ist. Zum parallel liegenden Problem der Ersetzung eines alten durch einen (schlechteren) neuen Tarifvertrag findet sich dieselbe Stellungnahme¹⁹.

Ohne Bedeutung ist, ob die erste Betriebsvereinbarung ausdrücklich aufgehoben wird oder ob die zweite sich lediglich darauf beschränkt, für den erfaßten Gegenstandsbereich eine andere inhaltliche Regelung zu treffen²⁰. Ohne Relevanz ist weiter, zu welchem Zeitpunkt die neue Betriebsvereinbarung abgeschlossen wird und in Kraft tritt. Besteht zwischen der alten und der neuen Betriebsvereinbarung ein gewisser zeitlicher Abstand, so ist wie folgt zu unterscheiden: Handelt es sich um eine Angelegenheit, die der obligatorischen Mitbestimmung unterliegt, so wirkt die alte Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 6 BetrVG solange nach, bis die neue in Kraft tritt. Ging es lediglich um Fragen der freiwilligen Mitbestimmung, so scheidet die Nachwirkung nach herrschender Auffassung aus²¹. Verfährt der Arbeitgeber gleichwohl weiter im Sinne der bestehenden Regelung, so handelt es sich um eine typische Übergangsmaßnahme, die gegenüber einer Neuregelung durch Betriebsvereinbarung keinerlei Bestandsschutz genießt²².

II. Die Begründung

Rechtsprechung und Literatur haben sich auf durchaus unterschiedliche Gesichtspunkte gestützt, um ihr Ergebnis argumentativ abzusichern. Verschiedentlich wurde betont, das Günstigkeitsprinzip sei auf zwei zeitlich nacheinander folgende normative Ordnungen nicht anwendbar²³ – eine These, die sicherlich mit dem Wortlaut des § 4 Abs. 3 TVG in Einklang steht. Auf der anderen Seite fragt sich jedoch, ob das Günstigkeitsprinzip nicht als allgemeiner, weit über den Bereich des § 4 Abs. 3 TVG hinausreichender Grundsatz anzusehen ist: Wäre dies der Fall, so müßten besondere Gesichtspunkte dafür sprechen, daß die Aufeinander-

16 Vgl. Fußnote 1.

17 Vgl. BAG (GS) v. 16. 3. 56, AP Nr. 1 zu § 57 BetrVG = ArbUR 1956 S. 217; BAG v. 30. 1. 70 (Fußnote 2).

18 Vgl. Dietz/Richardi (Fußnote 1) § 77 Anm. 118; Fitting/Auffarth/Kaiser (Fußnote 1) § 77 Anm. 39; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. II/2, S. 1293; Galperin/Löwisch (Fußnote 1) § 77 Anm. 68; Kammann/Hess/Schlochauer, BetrVG (1979), § 77 Anm. 113; Säcker (Fußnote 1) S. 349; Thiele (Fußnote 15) § 77 Anm. 56; Weiss (Fußnote 1) § 77 Anm. 8; ebenso zum Personalvertretungsrecht im allgemeinen Großmann/Mönch/Rohr, BremPersVG (1979), § 62 Anm. 50, 72.

19 Vgl. BAG v. 9. 12. 57, AP Nr. 5 zu § 9 TVG; BAG v. 20. 12. 57 (Fußnote 2); BAG v. 11. 10. 67 (Fußnote 2); BAG v. 16. 2. 62, AP Nr. 11 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip = ArbUR 1962 S. 220.

20 Richtig Kammann/Hess/Schlochauer (Fußnote 18) § 77 Anm. 114.

21 Zum Diskussionsstand vgl. Dietz/Richardi (Fußnote 1) § 77 Anm. 115 mit weit. Nachweisen.

22 Vgl. dazu meine Ausführungen unter D VI.

23 Vgl. BAG v. 9. 12. 57 (Fußnote 19); BAG v. 20. 12. 57 (Fußnote 2).

folge ranggleicher Kollektivverträge ausgenommen werden muß. Insofern führt der Hinweis auf das Günstigkeitsprinzip nicht weiter.

Keinen wesentlichen Erkenntnisfortschritt verspricht es auch, wenn man danach zu differenzieren sucht, ob die Normen der Betriebsvereinbarung nach Art eines Gesetzes von außen her in das Arbeitsverhältnis einwirken oder ob sie Teil des Arbeitsverhältnisses selbst werden²⁴. Selbst wenn man nämlich – entsprechend der im Tarifrecht der Weimarer Zeit herrschenden Meinung – der zweiten Auffassung zustimmen würde, ergäbe sich kein Bestandschutz: Das *Reichsarbeitsgericht* vertrat zwar die Auffassung, daß tariflich begründete Rechte auch nach Auslaufen des Tarifvertrags zunächst erhalten bleiben, doch seien sie nur solange für den Einzelarbeitsvertrag maßgebend, bis ein neuer Tarifvertrag in Kraft trete²⁵. Doch ganz abgesehen davon: Die Sonderregelung des § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen im Falle des Betriebsübergangs als zwingender Bestandteil des Arbeitsvertrags fortgelten, macht deutlich, daß der Gesetzgeber für den Regelfall vom erstgenannten Modell einer Einwirkung von außen her ausgeht²⁶.

Auch der Rückgriff auf das „Ordnungsprinzip“ stellt nicht mehr als eine Floskel dar, mit der ein allseits akzeptiertes Ergebnis mehr umschrieben als begründet werden soll²⁷. Eine „einheitliche Ordnung des Arbeitsverhältnisses“²⁸ zu schaffen, mag unter irgendwelchen Aspekten rechtspolitisch erstrebenswert sein; im geltenden Recht findet sich hierfür keine Grundlage. Das Arbeitsverhältnis wird inhaltlich durch sehr viele Gestaltungsfaktoren bestimmt²⁹, die notwendigerweise ein gewisses Maß an Widersprüchen sowie – bezogen auf den Betrieb – an inegalitären Strukturen mit sich bringen. Wollte man die Regelungen günstigerer Betriebsvereinbarungen in Kraft lassen, würde sich allein dadurch keine neuartige, nach rechtlichen Sanktionen rufende Situation ergeben³⁰.

Sehr viel überzeugender ist demgegenüber der Hinweis, daß es dem regelmäßigen Willen der Betriebspartner entspricht, die neue Regelung an die Stelle der alten zu setzen. Dies wird mittelbar durch die Vorschriften über die Nachwirkung bestätigt, wonach die Normen einer Betriebsvereinbarung bzw. eines Tarifvertrags weitergelten, „bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden“³¹. Ist ausnahmsweise etwas anderes gewollt, so steht es den Betriebspartnern frei, eine „Besitzstandsklausel“ zu vereinbaren. Im Normalfall gilt der Grundsatz „lex posterior derogat legi priori“³².

Das im Zweifel gewollte „Ablösungsprinzip“ scheitert auch nicht daran, daß die Parteien der Betriebsvereinbarung an Grundrechte gebunden sind und zu diesen auch vermögenswerte Rechte der Arbeitnehmer zählen³³. Mit Recht hat das *Bundesarbeitsgericht* nämlich darauf hingewiesen, daß die bislang bestehenden Rechte ihre Grundlage allein in dem aufgehobenen Kollektivvertrag hatten, daß ihnen also nunmehr der Boden entzogen ist³⁴. Kollektivvertraglich begründete Rechte enthalten somit den stillschweigenden Vorbehalt, daß sie durch „actus contrarius“ wieder aufgehoben werden können.

Für das allseits akzeptierte Ergebnis spricht schließlich ein weiterer Gesichtspunkt, der so gut wie nie angesprochen wird³⁵. Beim Abschluß von Betriebsvereinbarungen geht

es – genau wie beim Abschluß von Tarifverträgen – inhaltlich um einen marktförmigen Interessenausgleich. Im Bereich der materiellen Arbeitsbedingungen ist dies unmittelbar einleuchtend, jedoch hat auch die Festlegung formeller Arbeitsbedingungen die Funktion, die Art und Weise der Erbringung einer bestimmten Leistung (konkret: der Verausgabung der Arbeitskraft) zu regeln. Zu den Grundprinzipien jedes, auch des beiderseitig monopolisierten Marktes gehört es nun, daß die Bewertung der getauschten Güter nach oben wie auch nach unten schwanken kann. Hierfür mögen die unterschiedlichsten Faktoren maßgebend sein; zu denken ist weniger an gewandelte subjektive Präferenzen als an gesteigerte Bedürfnisse, erhöhtes Druckpotential der einen oder der anderen Seite, aber auch an die wirtschaftliche Belastbarkeit des Unternehmens. Würde man nun das einmal erreichte und kollektivvertraglich fixierte Niveau auf alle Zeiten festschreiben, wäre der Marktmechanismus partiell außer Kraft gesetzt. Dies läßt sich in bezug auf Mindestlöhne, den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz und andere Normen des staatlichen Arbeitsrechts durchaus rechtfertigen, da das Existenzminimum und die Gesundheit des einzelnen im Sozialstaat nicht zum „Spielball“ marktmananter Entwicklungen werden dürfen. Soweit der Gesetzgeber jedoch bestimmte Sachbereiche ausdrücklich der Eigenverantwortung der Kollektivvertragsparteien überlassen hat, vertraut er auf die „Vertretbarkeit“ des auszuhandelnden Kompromisses. Theoretisch wäre es möglich, einen bestimmten Bereich der Arbeitsbedingungen einem „Sonderregime“ zu unterstellen, das jeden Rückschritt (etwa den Abbau bestimmter Formen von Arbeitshumanisierung) hinter das einmal vertraglich Erreichte verbietet; doch wäre dies eine „systemfremde“ Ausnahme, die besonderer gesetzlicher Garantie bedürfte. Daß die Betriebsvereinbarungsautonomie ein solches „Privileg“ besitzen sollte, ist nicht ersichtlich – ganz abgesehen davon, daß schon wegen der Größe des erfaßten Gegenstandsbereichs schwer überwindbare praktische Schwierigkeiten entstehen würden³⁶.

24 Die einhellige Meinung votiert für die erste Alternative; vgl. *Dietz/Richardi* (Fußnote 1) § 77 Anm. 92 mit weit. Nachweisen.

25 Vgl. *RAG* v. 13. 2. 32, *ARS* 14, 389.

26 Vgl. *Seiter*, Betriebsinhaberwechsel (1980), S. 90 ff.

27 Vgl. *BAG* v. 16. 2. 62 (Fußnote 19).

28 Vgl. *BAG* v. 16. 12. 54, AP Nr. 2 zu § 52 RegelungsG.

29 Vgl. etwa *Hanau/Adomeit*, Arbeitsrecht, 6. Aufl., S. 29 ff.

30 Ebenso zum Tarifvertrag *BAG* v. 16. 2. 62 (Fußnote 19).

31 Vgl. § 77 Abs. 6 BetrVG und § 4 Abs. 5 TVG; ebenso *BAG* v. 16. 2. 62, AP Nr. 11 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip Bl. 4.

32 Ebenso im Ergebnis *BAG (GS)* v. 16. 3. 56 (Fußnote 17); *BAG* v. 30. 1. 70 (Fußnote 2); *Dietz/Richardi* (Fußnote 1) § 77 Anm. 118; *Säcker* (Fußnote 1) S. 349. Dieses Prinzip trägt jedoch seine Begründung nicht in sich und folgt auch nicht aus dem „Wesen“ normativer Regelungen, sondern beruht allein auf dem Willen der Parteien.

33 Vgl. dazu *meine* Ausführungen unter D VI.

34 Vgl. *BAG* v. 9. 12. 57 (Fußnote 19) zum Tarifvertrag.

35 Andeutungen finden sich in der Entsch. des *BAG* v. 9. 12. 57 (Fußnote 19): Nur so „können die Tarifparteien den ihnen gegebenen Befugnissen zur Setzung allgemeiner Arbeitsbedingungen für die tarifunterworfenen Arbeitsverhältnisse gerecht werden“.

36 Man denke nur an den Extremfall des Konkurses oder daran, daß eine ungerechte Differenzierung bei Sozialleistungen durch eine gerechtere ersetzt werden soll.

III. Grenzen der Verschlechterung

Das in einer Betriebsvereinbarung festgeschriebene Niveau kann nicht beliebig unterschritten werden. Wie das *Bundesarbeitsgericht* insbesondere im Zusammenhang mit Versorgungsordnungen herausgearbeitet hat, unterstehen die Betriebspartner einer weitgehenden Billigkeitskontrolle³⁷. Daneben sind alle höherrangigen Normen, insbesondere Grundrechte und sonstige verfassungsrechtliche Prinzipien zu wahren³⁸. So kann etwa eine einmal erreichte Unkündbarkeit auch durch einen neuen Kollektivvertrag nicht mehr beseitigt werden³⁹. Weiter ist einer Betriebsvereinbarung dann die Anerkennung zu versagen, wenn sie inhaltlich ausschließlich zu Lasten der Arbeitnehmer wirkt⁴⁰. Bezugsgröße ist dabei allerdings nicht die bisher bestehende Betriebsvereinbarung, da dann die gerade abgelehnte universelle Mindestniveaugarantie über eine Hintertüre wieder eingeführt wäre; maßgebend sind vielmehr diejenigen Handlungsmöglichkeiten, die die Arbeitnehmer auf Grund von außerhalb der Betriebsautonomie liegenden Normen haben⁴¹.

C. Abbau von Individualrechten durch Betriebsvereinbarung

I. Der Schutz individueller Sondervereinbarungen

Bis zur Entscheidung des 6. *Senats* v. 12. 8. 1982⁴² unterlag es keinem Zweifel: Individuelle Sondervereinbarungen sind „betriebsvereinbarungsresistent“; auch eine unter ihrem Schutzniveau bleibende Betriebsvereinbarung kann-

37 Zuletzt BAG v. 8. 12. 81 (Fußnote 5).

38 Vgl. dazu meine Ausführungen unter F II.

39 Vgl. BAG v. 16. 2. 62 (Fußnote 19); bei der Betriebsvereinbarung gilt nichts anderes.

40 Grundlegend BAG v. 5. 3. 59, AP Nr. 26 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht = ArbuR 1959 S. 316.

41 Zur Integration des Verbots einseitiger Belastungen in das System der gegenüber Betriebsvereinbarungen bestehenden Rechtskontrolle vgl. meine Ausführungen unter F III.

42 Vgl. BAG v. 12. 8. 82 (Fußnote 6).

43 Vgl. BAG v. 4. 2. 60 (Fußnote 2); BAG v. 20. 12. 57 (Fußnote 2); BAG v. 27. 11. 58, AP Nr. 26 zu Art. 44 Truppenvertrag; BAG v. 11. 10. 67 (Fußnote 2); BAG v. 24. 11. 77, AP Nr. 177 zu § 242 BGB Ruhegehalt = ArbuR 1978 S. 317; aus der Literatur vgl. Dietz/Richardi (Fußnote 1) § 77 Anm. 119; Fitting/Auffarth/Kaiser (Fußnote 1) § 77 Anm. 36; Säcker (Fußnote 1) S. 355; Weiss (Fußnote 1) § 77 Anm. 6.

44 Vgl. BAG v. 4. 2. 60 (Fußnote 2).

45 Vgl. BAG v. 20. 12. 57 (Fußnote 2), bestätigt durch BAG v. 27. 11. 58 (Fußnote 43).

46 Anders Säcker (Fußnote 1) S. 355, der von „einzelnvertraglich ausgehandelten, individuellen Arbeitsbedingungen“ spricht.

47 BAG v. 11. 10. 67 (Fußnote 2).

48 Vgl. BAG v. 31. 5. 60, AP Nr. 15 zu § 611 BGB Gratifikation = ArbuR 1961 S. 30; BAG v. 4. 5. 62, AP Nr. 32 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = ArbuR 1962 S. 255; Föhr (Fußnote 1) S. 67; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 5. Aufl., S. 680; Schwerdner, Arbeitsrecht I, Individualarbeitsrecht (1976), S. 289.

49 Vgl. Hilger, „Zum Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht“, RdA 1975 S. 33; Däubler, Arbeitsrecht 2, 3. Aufl., S. 159.

50 Vgl. dazu meine Ausführungen unter D II.

51 Vgl. zu § 87 Abs. 1 Ziff. 10 BetrVG etwa BAG v. 17. 12. 80, AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = ArbuR 1981 S. 156; anderes dürfte für Entscheidungen von Sozialeinrichtungen nach § 87 Abs. 1 Ziff. 8 BetrVG gelten. Zum Diskussionsstand vgl. die Nachweise bei Dietz/Richardi (Fußnote 1) § 87 Anm. 13.

52 Vgl. Säcker (Fußnote 1) S. 346 ff. (Betriebsvereinbarung) und S. 269 ff. (Tarifvertrag).

te ihnen nichts anhaben. Insoweit sollte das Günstigkeits-, nicht das Ordnungsprinzip gelten⁴³. Soweit ersichtlich, beziehen sich die Aussagen von Rechtsprechung und Literatur auf materielle Arbeitsbedingungen; doch kann für eine Heraushebung eines einzelnen aus der betrieblichen Ordnung nichts grundsätzlich anderes gelten.

Wie weit der Kreis der in dieser Weise privilegierten Abmachungen reicht, ist schwer abzuschätzen. Das *Bundesarbeitsgericht* spricht von „individuellen, wegen besonderer Leistung oder sozialer Bedürftigkeit einzelner Arbeitnehmer“ getroffenen Vereinbarungen⁴⁴ und von „individuellen Sonderabmachungen, insbesondere auf der Grundlage des Leistungsprinzips oder seiner (d. h. des Arbeitnehmers) sozialen Bedürftigkeit“⁴⁵. Neben der Leistung und der sozialen Bedürftigkeit gibt es daher offensichtlich noch andere Gesichtspunkte, die für das Vorliegen dieser Art Verträge ausreichen. Daß sie im Einzelfall individuell ausgehandelt wurden, scheint nicht erforderlich zu sein⁴⁶. Das *Bundesarbeitsgericht* hält es sogar für unschädlich, wenn die „Sondervereinbarungen“ in einem „typischen Arbeitsvertrag“ enthalten sind⁴⁷ – der Übergang zu den Allgemeinen Arbeitsbedingungen wird auf diese Weise fließend. Je weiter der Kreis dieser „Individualverträge“ ausgedehnt wird, um so geringer wird der Anwendungsbereich der bisherigen Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* zur Ablösung Allgemeiner Arbeitsbedingungen durch eine sie unterschreitende Betriebsvereinbarung. Eine exakte Abgrenzung ist freilich nur dann erforderlich, wenn sich bei der rechtlichen Behandlung Unterschiede zeigen: Sollten die individuell vereinbarten wie die betriebseinheitlichen Arbeitsverträge in gleicher Weise für einen Abbau durch Betriebsvereinbarung offen oder gegen einen solchen Abbau immun sein, so kann die Grenzziehung auf sich beruhen. Das Problem ist deshalb vorläufig zurückzustellen.

Die Frage der Weitergeltung individueller Sondervereinbarungen ist auch nicht etwa deshalb ein Scheinproblem, weil diese aus anderen Gründen unwirksam wären. Der Gleichbehandlungsgrundsatz greift nach herrschender Auffassung nicht ein, soweit es um vertragliche Sonderabmachungen geht⁴⁸. Auch wenn man diese Relativierung nicht akzeptiert⁴⁹, bedeutet dies nur, daß dann im Einzelfall ein „sachlicher Grund“ vorliegen muß, der lediglich in absoluten Ausnahmesituationen fehlen wird. Auch § 87 Abs. 1 BetrVG steht der Wirksamkeit der fraglichen Abmachungen nicht im Wege. Ganz abgesehen davon, welche Auswirkungen die Nichtbeteiligung des Betriebsrats im Verhältnis zum einzelnen Arbeitnehmer hat⁵⁰, greift § 87 BetrVG bei individuellen Abreden im Normalfall sowieso nicht ein⁵¹.

II. Bestandsschutz durch das Verbot von Individualnormen?

In der Literatur wird der Standpunkt vertreten, individuell ausgehandelte Arbeitsbedingungen seien der Verschlechterung durch Betriebsvereinbarung schon deshalb entzogen, weil in dieser nur abstrakt-generelle Normen, nicht jedoch Einzelfallregelungen enthalten sein könnten⁵². Dem ist unter zwei Aspekten zu widersprechen:

Zum ersten ist nicht einsichtig, warum es ein Verbot von „Individualnormen“ geben soll. Das Ziel einer Betriebs-

vereinbarung, im Wege von Verhandlungen eine gewisse Mindestabsicherung zu erreichen, kann es geradezu gebieten, zugunsten einzelner besonders benachteiligter oder schutzwürdiger Arbeitnehmer zu intervenieren. Aus dem Begriff der Rechtsnorm kann nichts Abweichendes hergeleitet werden; denn vom *Bundesverfassungsgericht* werden sogar Einzelfallgesetze zugelassen⁵³. Eine Ausnahme gilt insoweit nur bei Grundrechtseingriffen (Art. 19 Abs. 1 GG). Die Dispositionsfreiheit des einzelnen wird dadurch nicht in rechtlich relevanter Weise beeinträchtigt, da auch „Individualnormen“ dem Günstigkeitsprinzip unterliegen⁵⁴, so daß eine weitere vertragliche Verbesserung jederzeit möglich bleibt⁵⁵.

Zum zweiten wäre ein Bestandsschutz auch dann nicht gesichert, wenn man die Betriebsvereinbarung auf abstrakte und generelle Regeln beschränken würde. Auch sie können nämlich dazu führen, daß entgegenstehende einzelvertragliche Abmachungen unwirksam werden – sei es, daß diese unter dem durch den Kollektivvertrag festgeschriebenen Niveau bleiben, sei es, daß dieser sog. negative Inhaltsnormen enthält, die bestimmte Abmachungen verbieten. Es läßt sich daher nicht von vornherein ausschließen, daß es – etwa im Sinne der Entscheidung des 6. *Senats* – eine Kollisionsnorm gibt, wonach Betriebsvereinbarungen auch „nach oben hin“ zwingend sind und deshalb auch individuelle Abreden nivellieren.

III. Bestandsschutz durch Grundrechte, insbesondere durch Art. 14 GG

1. Bindung der Betriebspartner an Arbeitnehmergrundrechte

Die Frage, inwieweit beim Abschluß von Betriebsvereinbarungen Grundrechte der Beschäftigten (und ggf. auch die des Arbeitgebers) zu wahren sind, stand bislang im Schatten der Diskussion um die Grundrechtsbindung der Tarifparteien. Meist wird nur Bezug genommen oder das eine oder andere der dort genannten Argumente wiederholt. Das *Bundesarbeitsgericht* bejaht die Bindung an Arbeitnehmergrundrechte unter Hinweis auf den normativen Charakter der Betriebsvereinbarung⁵⁶. Die Literatur verweist entweder pauschal auf die im Tarifrecht bestehende Rechtslage (und kommt damit zum selben Ergebnis)⁵⁷ oder beruft sich zusätzlich auf die Vorschrift des § 75 BetrVG, wonach Betriebsrat und Arbeitgeber eine Reihe von Diskriminierungsverboten zu beachten und die freie Entfaltung der Arbeitnehmerpersönlichkeit zu fördern haben⁵⁸. *Dietz/Richardi* verweisen unterstützend darauf, der Grundrechtsschutz sei gegenüber Betriebsvereinbarungen besonders notwendig, da ihr Abschluß anders als bei Tarifverträgen keinen Fall von Grundrechtsausübung darstelle und der einzelne ihrer normativen Wirkung automatisch und nicht kraft freiwilliger, jederzeit rückgängig zu machender Beitrittserklärung unterworfen sei⁵⁹.

Der herrschenden Meinung ist im Ergebnis, nicht aber in allen Teilen der Begründung zuzustimmen. Die Tatsache, daß die Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG normative Wirkung entfaltet, läßt noch keinen Schluß auf konkrete Rechtsfolgen zu. Dies wird schon daran deutlich, daß Betriebsvereinbarungen in vielerlei Hinsicht anders als Gesetze behandelt werden; man denke nur an die abweichenden Vorschriften über die Publizität⁶⁰

oder an die Möglichkeit der bei Gesetzen undenkbarer außerordentlichen Kündigung⁶¹. Warum sollte nicht auch in bezug auf die Grundrechtsgeltung eine Ausnahme gemacht werden? Nicht einsichtig wäre weiter, warum etwa der Grundrechtsschutz gegenüber obligatorischen Abmachungen versagen sollte, auch wenn sie denselben Regelungseffekt wie eine normative Bestimmung herbeiführen. Entscheidend muß statt dessen auf die Funktion der Grundrechte abgestellt werden, den einzelnen Bürger vor sozialer Übermacht zu schützen und so seine Freiheit zu gewährleisten⁶². Im 19. Jahrhundert glaubte man dies allein dadurch erreichen zu können, daß man den staatlichen Eingriffen Grenzen setzte. Im dadurch geschützten Raum sollten Vertrag und Wettbewerb dafür sorgen, daß im Verhältnis der Bürger untereinander keine unerträglichen Abhängigkeitsverhältnisse entstanden. Die Erkenntnis, daß dieses Ziel nicht erreicht worden ist, daß entgegen der liberalen Theorie auch im wirtschaftlichen und sozialen Bereich Freiheit durch gesellschaftliche Kräfte eingeschränkt und bedroht wird, ist inzwischen Allgemeingut geworden. Um den vom Grundgesetz angestrebten freiheitlichen Gesamtzustand wenigstens ansatzweise zu garantieren, müssen Grundrechte daher auch im Verhältnis zu sozialen Gewalten angewandt werden, da der einzelne ihnen doch in ähnlicher Weise ausgeliefert ist wie dem Staat. Die Grundrechte unserer Verfassung sollen nicht die freiheitsvernichtenden Auswirkungen sozialer Macht sanktionieren, sondern personale Freiheit auch gegenüber wirtschaftlichen und sozialen Gewalten schützen⁶³.

Zu diesen sozialen Gewalten zählen auch die Betriebspartner: Der einzelne Arbeitnehmer ist den Vorschriften der Betriebsvereinbarung in ähnlichem Umfang unterworfen wie dem staatlichen Recht. Die einzige Möglichkeit, sich ihnen zu entziehen, wäre die Kündigung – eine Handlungsalternative, die ebensowenig als ausreichend angesehen wird wie das Recht eines Gemeindebürgers, sich einer unerwünschten Satzung durch Wegzug zu entziehen. Daß der einzelne die Chance hat, als Belegschaftsmitglied über die Wahl und andere Formen der Kommunikation mit dem

53 Vgl. *BVerfG* v. 7. 5. 69, *BVerfGE* 25, 371 (398).

54 Zur Anwendbarkeit des § 4 Abs. 3 TVG im Betriebsverfassungsrecht vgl. meine Ausführungen unter C IV 2.

55 Für die Möglichkeit von Individualnormen vgl. *Dietz/Richardi* (Fußnote 1) § 77 Anm. 69; *Galperin/Löwisch* (Fußnote 1) § 77 Anm. 28; *Söllner* (Fußnote 1) S. 168 i.V. mit S. 129f.; *Thiele* (Fußnote 15) § 77 Anm. 57; anders *Löwisch*, „Möglichkeiten und Grenzen der Betriebsvereinbarung“, *ArbuR* 1978 S. 97, 101; wie hier im Tarifrecht *Wiedemann/Stumpf*, TVG, 5. Aufl., § 1 Anm. 112.

56 Vgl. *BAG* v. 28. 3. 58, AP Nr. 28 zu Art. 3 GG.

57 So etwa *Föhr* (Fußnote 1) S. 57; *Thiele* (Fußnote 15) § 77 Anm. 73.

58 Vgl. *Galperin/Löwisch* (Fußnote 1) § 77 Anm. 57; *Löwisch* (Fußnote 55) S. 102.

59 Vgl. *Dietz/Richardi* (Fußnote 1) § 77 Anm. 87.

60 Näher dazu *Fitting/Auffarth/Kaiser* (Fußnote 1) § 77 Anm. 14.

61 Näher dazu *Dietz/Richardi* (Fußnote 1) § 77 Anm. 142 mit weit. Nachweisen.

62 Im Grundsatz übereinstimmend *Reuter*, „Zulässigkeit und Grenzen tarifvertraglicher Besetzungsregelungen“, *ZfA* 1978 S. 1, 14; ähnlich *Blomeyer*, „Besitzstandswahrung durch Tarifvertrag“, *ZfA* 1980 S. 1, 22.

63 Vgl. vor allem *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl., S. 150 ff.; vgl. weiter *Böckenförde*, Staat – Gesellschaft – Freiheit (1976), S. 343 ff.; *Gamillscheg*, „Die Grundrechte im Arbeitsrecht“, *AcP*, Bd. 164 (1964), S. 385, 407.

Betriebsrat das für ihn geltende Recht mit zu beeinflussen, steht der Grundrechtsgeltung nicht entgegen: Unbestritten gelten die Grundrechte auch gegenüber dem demokratisch gewählten Gesetzgeber. Hier wie dort haben sie die fundamentale Bedeutung des Minderheitenschutzes⁶⁴. Insofern gilt in der Tat dasselbe wie im Tarifrecht, zumal die formal gegebene Befugnis, sich durch Austritt aus der Gewerkschaft der Geltung des Tarifvertrags zu entziehen, in der Regel auf dem Papier steht, da auch Außenseiter „nach Tarif“ behandelt werden. § 75 BetrVG hat aus dieser Situation die adäquate Konsequenz gezogen und die wichtigsten Grundrechte mittelbar in das Betriebsverfassungsrecht übernommen. Daß andere als die dort ausdrücklich genannten Rechte ausgenommen sein sollten, ist noch nie behauptet worden: Es wäre auch unverständlich, wollte man zwar die Betriebspartner über § 75 Abs. 2 BetrVG an das „Auffanggrundrecht“ des Art. 2 Abs. 1 GG binden, alle spezielleren Ausprägungen des Persönlichkeits- und Eigentumsschutzes jedoch von vornherein eliminieren. Im Ergebnis besteht daher kein Zweifel, daß Arbeitgeber und Betriebsrat beim Abschluß von Betriebsvereinbarungen an die Grundrechte der Belegschaftsangehörigen gebunden sind⁶⁵.

2. Vertragliche Rechtspositionen als Eigentum i.S. des Art. 14 GG?

Soweit arbeitsvertragliche Sonderabmachungen – wie in der Regel – einen Vermögenswert besitzen, würde ihnen möglicherweise schon deshalb Bestandsschutz zukommen, weil sie der Garantie des Art. 14 GG unterfallen und ein Abbau somit an dieser Bestimmung scheitern könnte.

Klarheit besteht in Rechtsprechung und Literatur nur darüber, daß „bereits entstandene, aus dem Arbeitsver-

hältnis herausgetretene Individualansprüche der Arbeitnehmer“⁶⁶ geschützt sind⁶⁷. Dabei wird allerdings nur sporadisch auf Art. 14 GG verwiesen⁶⁸, das Ergebnis scheint vielen auch ohne Rückgriff auf die Verfassung evident. So kann etwa der Lohn für den vergangenen Monat ebenso wenig herabgesetzt werden wie die Weihnachtsgatifikation für das vergangene Jahr oder der eben fällig gewordene Anspruch auf betriebliche Altersrente. Im Ergebnis wird dabei nur die Konsequenz daraus gezogen, daß auch Forderungen der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG unterfallen⁶⁹.

Sehr viel zweifelhafter wird der Rückgriff auf Art. 14 GG, wenn es nur um Anwartschaften auf künftig fällig werdenden Leistungen geht. Im Zusammenhang mit der betrieblichen Altersversorgung hat das *Bundesarbeitsgericht* den Standpunkt vertreten, daß bereits „erdiente“ Anwartschaften grundsätzlich nicht mehr entzogen werden können⁷⁰. Konkret bedeutet dies, daß der in der Regel nach § 2 BetrAVG errechnete Teilwert der Rente wie ein fälliger Anspruch auf Lohn oder Zulagen behandelt wird. Dies leuchtet unmittelbar ein, da ja die Gegenleistung des Arbeitnehmers, die mit der Arbeitsleistung manifestierte Betriebstreue, bereits erbracht ist.

Im vorliegenden Zusammenhang sind allerdings weniger diese Feststellungen als die Frage von Belang, ob man auch noch einen Schritt weitergehen und die für die Zukunft zu erwartenden Leistungen in die Eigentumsgarantie einbeziehen kann. „Bestandsschutz“ ist nur dann garantiert, wenn eben auch in den folgenden Jahren die vereinbarte Leistungszulage, das zusätzliche Kindergeld oder die erhöhte Weihnachtsgatifikation bezahlt wird. Die Rechtsprechung hat insoweit gerade in jüngster Zeit einige wichtige Markierungspunkte gesetzt.

Unbestritten ist zunächst, daß bloße „Interessen, Chancen und Verdienstmöglichkeiten“ durch Art. 14 GG nicht geschützt sind⁷¹. Ist beispielsweise ein Gewerbebetrieb noch nicht angelaufen, so stellen selbst einleuchtende Pläne und günstige Gewinnaussichten noch kein wirtschaftliches Gut dar, das Art. 14 Abs. 1 GG unterfällt und das bei staatlichem Entzug daher entschädigt werden müßte⁷². Auf der anderen Seite ist ebenso unbestritten, daß der bereits eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb von Art. 14 GG erfaßt wird⁷³. Stellt das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses nun nicht ein vergleichbares Maß an „Verfestigung“ dar?

Zunächst könnte man gegen die Einbeziehung künftiger Ansprüche einwenden, daß ihr Entstehen durchaus ungewiß sei; der Arbeitgeber hat ja im Regelfall die Möglichkeit, allen Erwartungen durch Kündigung ein Ende zu setzen. Eine solche Sicht der Dinge würde sich jedoch mit der Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* und des *Bundesverfassungsgerichts* zu Miet- und Pachtverhältnissen bzw. zu Anwartschaften aus der Rentenversicherung in Widerspruch setzen. Der *Bundesgerichtshof* hat im Falle eines Konditors, der als Mieter ein Geschäft auf dem enteigneten Grundstück betrieb, den Grundsatz aufgestellt, die rechtliche Möglichkeit zur Kündigung besage nicht, daß das Rechtsverhältnis auch tatsächlich beendet worden wäre⁷⁴. Das Miet- oder Pachtverhältnis sei zwar in solchen Fällen mit einem Unsicherheitsfaktor hinsichtlich seiner Dauer belastet, doch könne man nicht sagen, daß es deshalb überhaupt keinen wirtschaftlichen Wert habe und

64 Vgl. auch Blomeyer, Anm. zu BAG, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG Altersversorgung, wonach sich das Initiativrecht des Betriebsrats zu Lasten bestimmter Arbeitnehmergruppen auswirken kann.

65 Eine Bindung an die Grundrechte des Arbeitgebers ist m. E. abzulehnen, da er selbst als Vertragspartner in Erscheinung tritt, sich also keiner sozialen Gewalt gegenüber sieht, gegen die er über das allgemeine zivilrechtliche Instrumentarium hinaus zu schützen wäre; ebenso Reuter (Fußnote 62) S. 41 f. für den Fall des Firmentarifs. Zum allgemeinen Problem der Bindung der Tarifparteien an Arbeitgebergrundrechte vgl. zuletzt Berg/Wendeling-Schröder/Wolter, „Die Zulässigkeit tarifvertraglicher Besetzungsregelungen“, RdA 1980 S. 299 ff.

66 Vgl. BAG v. 20. 12. 57, AP Nr. 1 zu § 399 BGB = ArbU 1958 S. 312.

67 Neben BAG v. 20. 12. 57 (Fußnote 66) vgl. insbes. LAG Baden-Württemberg v. 27. 4. 77, DB 1977 S. 1706; Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie (1964), S. 237; Dietz/Richardi (Fußnote 1) § 77 Anm. 81; Fitting/Auffarth/Kaiser (Fußnote 1) § 77 Anm. 36; Herschel, Verhandlungen des 46. DJT (1966) S. D 23; Kammann/Hess/Schlochauer (Fußnote 18) § 77 Anm. 20; Söllner (Fußnote 1) S. 168 i.V. mit S. 129; Thiele (Fußnote 15) § 77 Anm. 80.

68 So von Biedenkopf und Herschel (Fußnote 67) und Söllner (Fußnote 1).

69 Vgl. etwa BVerfG v. 18. 3. 70, BVerfGE 28, 119 (141).

70 Vgl. BAG v. 8. 12. 81 (Fußnote 5).

71 Vgl. BVerfG v. 18. 3. 70 (Fußnote 69).

72 Vgl. BGH v. 12. 7. 71, WM 1971 S. 1157; vgl. auch BGH v. 14. 7. 65, NJW 1965 S. 2101, 2103.

73 Vgl. Kimmich, Bonner Kommentar zum GG (Drittbearbeitung), Art. 14 Anm. 77 mit weit. Nachweisen.

74 Vgl. BGH v. 20. 1. 58, BGHZ 26, 248 (252).

somit nicht unter Art. 14 GG falle⁷⁵. Noch deutlicher hat das *Bundesverfassungsgericht* in seiner Entscheidung v. 28. 2. 1980 argumentiert, wo es um die Verfassungsmäßigkeit des sog. Versorgungsausgleichs ging⁷⁶. Dort wurde zunächst ausgeführt, daß Art. 14 GG auch öffentlich-rechtlich begründete vermögenswerte Positionen umfasse, „wenn der ein subjektiv-öffentliches Recht begründende Sachverhalt dem einzelnen eine Rechtsposition verschafft, die derjenigen des Eigentümers entspricht“⁷⁷. Im nächsten Satz heißt es dann:

„Dies ist der Fall für Ansprüche auf Versichertenrenten aus den gesetzlichen Rentenversicherungen und für solche Rechtspositionen der Versicherten nach Begründung des Rentenversicherungsverhältnisses, die bei Erfüllung weiterer Voraussetzungen, etwa des Ablaufs der Wartezeit und des Eintritts des Versicherungsfalles, zum Vollrecht erstarken können (Rentenanwartschaften).“⁷⁸

Damit ist klargestellt, daß selbst dann, wenn die Wartezeit noch nicht erfüllt ist und damit noch kein effektiver Versicherungsschutz eingreift, ein Vermögenswert vorliegt. Auf betriebliche Sozialleistungen übertragen, würde dies bedeuten, daß auch die Chance, in drei Jahren eine Jubiläumszuwendung zu erhalten oder in 15 Jahren in den Genuß einer betrieblichen Altersversorgung zu kommen, durch Art. 14 GG geschützt ist. In der neueren arbeitsrechtlichen Literatur hat insbesondere *Stumpf* diese Konsequenz gezogen⁷⁹. Die Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* zur Verschlechterung von Versorgungsordnungen durch Betriebsvereinbarungen geht gleichfalls in diese Richtung, da sie zwar nicht auf Art. 14 GG zurückgreift, den noch nicht erdienten Anwartschaften jedoch einen gewissen Wert beimißt, der im Rahmen der Abwägung der beiderseitigen Interessen zu berücksichtigen ist⁸⁰.

Die Tatsache, daß Art. 14 GG auch die voraussichtlich in Zukunft aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Ansprüche ergreift, schafft jedoch entgegen dem ersten Anschein keinen völligen Bestandsschutz. Die arbeitsrechtliche Literatur läßt Eingriffe sogar in bereits fällige Ansprüche zu, wenn sie „unumgänglich“ sind⁸¹ oder wenn sie sich auf „eng umgrenzte Sonderfälle“ beschränken⁸². Das *Bundesarbeitsgericht* hält einen Widerruf von Versorgungszusagen wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten des Unternehmens für zulässig⁸³, wobei jedoch die gesetzliche Insolvenzversicherung eingreift⁸⁴. Bei Kürzungen ist der jeweils mildeste Eingriff zu wählen; dies gilt für Pensionen gleichermaßen wie für Anwartschaften⁸⁵. Werden letztere erfaßt, so liegt die „mildeste Form der Kürzung“ darin, den erreichten Teilwert aufrechtzuerhalten, jedoch die Steigerungsbeträge auf Zeit oder für dauernd auszuschließen⁸⁶ – die Intensität des Schutzes hängt also offensichtlich davon ab, ob es sich um bereits „erdiente“ wirtschaftliche Werte oder um bloße Zukunftserwartungen handelt. Eingriffe (nur) in die Versorgungsplanung wiegen im Regelfall weniger schwer als der Entzug bereits erworbener Anwartschaften⁸⁷.

Legt man diese Aussagen zugrunde, so bietet die Anwendung des Art. 14 GG auf arbeitsvertragliche Sonderabmachungen zwar einen weitgehenden, jedoch keinen umfassenden Bestandsschutz. Nun könnte man allerdings dagegen einwenden, weder das *Bundesarbeitsgericht* noch die Literatur habe sich ausreichend mit der Frage auseinander-

gesetzt, inwieweit die von ihnen für rechtmäßig gehaltenen Eingriffe sich überhaupt in das System der Eigentums-schranken nach Art. 14 GG einpassen lassen. Können „Inhalt und Schranken“ des Eigentums i. S. des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG auch durch die Parteien einer Betriebsvereinbarung festgelegt werden? Können sie die Bindung an das Allgemeinwohl nach Art. 14 GG aktualisieren oder gar eine Enteignung vornehmen, für die sie dann einen angemessenen Ausgleich nach Art. 14 Abs. 3 GG festsetzen müßten?

Wollte man die Grundrechte im vorliegenden Zusammenhang unmittelbar anwenden, würde man in der Tat dort in Schwierigkeiten geraten, wo bestimmte Befugnisse dem Gesetzgeber vorbehalten sind, vergleichbare Handlungsmöglichkeiten den Betriebspartnern oder den Tarifvertragsparteien einzuräumen. Wie oben bereits skizziert, geht es jedoch im vorliegenden Zusammenhang um eine *entsprechende* Anwendung der Grundrechte, so daß auch die Eingriffsbefugnis denjenigen Instanzen zukommt, die im Rahmen der innergesellschaftlichen Rechtssetzung dem „Gesetzgeber“ entsprechen⁸⁸. Würde man anders entscheiden, so hätte dies die wenig einleuchtende Konsequenz, daß die Grundrechte gegenüber sozialen Gewalten ein stärkeres Maß an Schutz als gegenüber dem Staat entfalten würden.

„Entsprechende Anwendung“ der Grundrechte bedeutet aber nicht nur, daß die Parteien der Betriebsvereinbarung an die Stelle des Gesetzgebers treten, sondern daß auch die inhaltlichen Vorgaben, die seiner Kompetenz gesetzt sind, auf den engeren, gesellschaftlichen Normsetzungsbereich zu übertragen sind. An die Stelle des „Allgemeinwohls“ tritt daher bei Tarifverträgen das von den Kontrahenten im einzelnen ausgehandelte „gemeinsame Interesse“; bei der Betriebsvereinbarung geht es darum, daß die Interessen der Belegschaft sowie das Unternehmensinteresse insoweit einen Eingriff rechtfertigen, als sich Betriebsrat und Geschäftsleitung über das Gewicht beider Faktoren verständigt haben.

Wendet man diese Grundsätze auf die durch Art. 14 GG geschützten Arbeitnehmeransprüche an, so hat die bis-

75 Vgl. *BGH* v. 20. 1. 58 (Fußnote 74); zustimmend *BGH* v. 12. 7. 71 (Fußnote 72); ebenso *Kimminich* (Fußnote 73) Art. 14 Anm. 56.

76 Vgl. *BVerfG* v. 28. 2. 80, *BVerfGE* 53, 257 ff.

77 Vgl. *BVerfG* v. 28. 2. 80 (Fußnote 76) S. 289.

78 Vgl. *BVerfG* v. 28. 2. 80 (Fußnote 76) S. 289 f.

79 Vgl. *Stumpf*, „Die Versorgungsanwartschaft in der betrieblichen Altersversorgung“ in *Festschrift für Wilhelm Herschel* (1982), S. 419, der zu den von Art. 14 GG erfaßten Anwartschaften auch die sich aus ihnen ergebenden Zuwachsmöglichkeiten rechnet.

80 Vgl. *BAG* v. 8. 12. 81 (Fußnote 2).

81 Vgl. *Söllner* (Fußnote 1) S. 168 i.V. mit S. 129.

82 Vgl. *Thiele* (Fußnote 15) § 77 Anm. 80; auch *Biedenkopf* (Fußnote 67) S. 237 sieht Art. 14 GG dann nicht als verletzt an, wenn es sich nicht um einen ersatzlosen Entzug, sondern um eine Umgestaltung des Rechts handelt.

83 Vgl. *BAG* v. 18. 5. 77, AP Nr. 175 zu § 242 BGB Ruhegehalt = *ArbuR* 1978 S. 123 und *BAG* v. 24. 11. 77 (Fußnote 43).

84 Vgl. § 7 Abs. 1 BetrAVG.

85 Vgl. *BAG* v. 24. 11. 77 (Fußnote 43) Leitsatz 2.

86 Vgl. *BAG* v. 24. 11. 77 (Fußnote 43) Leitsatz 3.

87 Vgl. *BAG* v. 8. 12. 81 (Fußnote 5).

88 Ebenso *Däubler/Hege*, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., S. 91 f. sowie für das Grundrecht aus Art. 12 GG *Blomeyer* (Fußnote 62) S. 30.

herige Rechtsprechung vor der Verfassung Bestand. Die Reduzierung von Erwerbsaussichten, aber auch von bereits erdienten Anwartschaften ist jedenfalls dann zulässig, wenn andernfalls wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten des Unternehmens Arbeitsplätze verlorengehen. Der Sache nach handelt es sich dabei um eine Bestimmung von Inhalt und Grenzen des Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, so daß die Frage einer Entschädigung nicht auftaucht. Insoweit gelten vergleichbare Grundsätze wie bei der Kürzung von Anwartschaften aus der gesetzlichen Rentenversicherung. In bezug darauf hat das *Bundesverfassungsgericht* ausgeführt⁸⁹:

„Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG (umfaßt) auch die Befugnis, Rentenansprüche und -anwartschaften zu beschränken; sofern dies einem Zweck des Gemeinwohls dient und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht, ist es dem Gesetzgeber grundsätzlich nicht verwehrt, Leistungen zu kürzen, den Umfang von Ansprüchen oder Anwartschaften zu vermindern oder diese umzugestalten. Allerdings verengt sich seine Gestaltungsfreiheit in dem Maße, in dem Rentenansprüche oder Rentenanswartschaften durch den personalen Bezug des Anteils eigener Leistungen des Versicherten geprägt sind. Insoweit entspricht der Höhe dieses Anteils ein erhöhter verfassungsrechtlicher Schutz: An die Rechtfertigung eines Eingriffs sind strengere Anforderungen zu stellen als an die Änderung einer Rechtslage, die mit der eigenen Leistung des Versicherten nichts zu tun hat.“

Dieser differenzierte Eigentumsschutz wird – wenn auch ohne Bezugnahme auf Art. 14 GG – vom *Bundesarbeitsgericht* insoweit nachvollzogen, als Eingriffe in erdiente Anwartschaften, die ja einen unmittelbaren Bezug zu der erbrachten Arbeitsleistung besitzen, nur unter erschwerten Bedingungen, insbesondere dann zulässig sind, wenn andere Mittel zur Sanierung des Unternehmens nicht ausreichen⁹⁰. Wo die Grenze zur Enteignung überschritten ist, braucht hier nicht entschieden zu werden. Fest steht jedenfalls, daß die von der Rechtsprechung zugelassenen Eingriffe in erworbene Rechte mit Art. 14 GG zu vereinbaren sind. Ist dies aber der Fall, so ergibt sich auf diesem Wege kein universeller Bestandsschutz. Es bleibt daher die Frage, ob individuelle Sonderabmachungen aus anderen Gründen „betriebsvereinbarungsfest“ sind.

3. Bestandsschutz mit Hilfe des Art. 2 Abs. 1 GG?

Soweit sich Sonderabmachungen auf formelle Arbeitsbedingungen beziehen, kommt eine Absicherung über das

Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht. Wird etwa eine bestimmte Arbeitnehmergruppe wegen besonderer Vertrauenswürdigkeit von bestimmten Kontrollmaßnahmen ausgenommen oder wird einem bestimmten Arbeitnehmer eine günstigere Arbeitszeit eingeräumt, so stellt sich die Wiederherstellung der Gleichheit im Verhältnis zu den übrigen Belegschaftsangehörigen als Eingriff in seine allgemeine Handlungsfreiheit dar. Auch im Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 1 GG gelten jedoch dieselben Grundsätze wie beim Eigentumsschutz: Soweit dem Gesetzgeber Eingriffe möglich sind, stehen diese auch – bezogen auf den „Mikrokosmos“ des Unternehmens – den Parteien der Betriebsvereinbarung offen. Das bedeutet, daß Eingriffe auf Grundsachlicher Erwägungen jederzeit möglich sind⁹¹. Die Herstellung egalitärer Strukturen wird aber so gut wie nie als „unsachlich“ qualifiziert werden können. Auch aus dem aus § 75 Abs. 2 BetrVG abzuleitenden betriebsverfassungsrechtlichen Übermaßverbot ergeben sich keine weitergehenden Schranken⁹². Es verbietet lediglich „unzumutbare“ oder solche Belastungen des Arbeitnehmers, die durch den erstrebten Zweck nicht gerechtfertigt sind. Von beidem kann im Zusammenhang mit dem Abbau von Sonderrechten schwerlich die Rede sein.

4. Absicherung unter Rückgriff auf eine betriebsvereinbarungsfeste Individualsphäre?

Seit einem grundlegenden Aufsatz von *Wolfgang Siebert*⁹³ wird in der Literatur die Frage diskutiert, ob bestimmte Arbeitnehmerrechte nicht von vornherein dem Zugriff von Kollektivvertragsparteien entzogen sind. Dabei ist jedoch zu beachten, daß diese Lehre zu einem Zeitpunkt entwickelt wurde, als die Grundrechtsbindung der Tarifparteien (und erst recht der Parteien einer Betriebsvereinbarung) noch nicht zum gesicherten Bestand arbeitsrechtlicher Erkenntnisse gehörte. Heute wird dem Bedürfnis, den einzelnen gegenüber Kollektivverträgen zu sichern, in durchaus differenzierter Weise auf dem Weg über die Grundrechte Rechnung getragen: Eine zusätzliche Grenze „Individualsphäre“ wäre dysfunktional und würde, wenn sie über den Grundrechtsschutz hinausführen sollte, zu dem wenig plausiblen Ergebnis führen, daß den Tarif- und Betriebsvereinbarungsparteien bestimmte Gestaltungen verschlossen blieben, die der öffentlichen Hand ohne weiteres möglich wären. Dazu kommt, daß es im geschriebenen Recht nirgendwo eine Rechtsgrundlage für die Figur der Individualsphäre gibt; mit Recht wird sie deshalb als zusätzliche Schranke der Vereinbarungsautonomie weitgehend abgelehnt⁹⁴.

IV. Fortgeltung der Individualvereinbarungen auf Grund des Günstigkeitsprinzips?

Eine generelle, über das durch Art. 14 GG erreichte Maß hinausgehende Absicherung individueller Sonderabmachungen ist nur möglich, wenn insoweit entgegen der Auffassung des 6. *Senats*⁹⁵ das Günstigkeitsprinzip eingreift. Dies setzt voraus, daß sich dieses überhaupt auf Abmachungen bezieht, die bei Inkrafttreten eines Kollektivvertrags schon bestanden haben (unten 1), und daß dieses überdies trotz der Nichterwähnung in § 77 Abs. 4 BetrVG auch im Betriebsverfassungsrecht Anwendung findet (unten 2).

89 Vgl. *BVerfG* v. 28. 2. 80 (Fußnote 76) S. 293.

90 Vgl. *BAG* v. 8. 12. 81 (Fußnote 5).

91 So in bezug auf Eingriffe des Gesetzgebers in die allgemeine Handlungsfreiheit *BVerfG* v. 5. 8. 66, *BVerfGE* 20, 150 (159).

92 Dazu *Blomeyer*, „Das Übermaßverbot im Betriebsverfassungsrecht“ in 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979), S. 17 ff.; *Dietz/Richardi* (Fußnote 1) § 77 Anm. 76.

93 Vgl. *Siebert*, „Kollektivnorm und Individualrecht im Arbeitsverhältnis“ in Festschrift für Hans Carl Nipperdey (1955), S. 119 ff.

94 Vgl. *Dietz/Richardi* (Fußnote 1) § 77 Anm. 75; ebenso zur gleichliegenden Frage im Tarifrecht *Herschel* (Fußnote 67) S. D 22; *Säcker* (Fußnote 1) S. 417; *Konzen*, „Tarifvertragliche Kampfklauseln“, *ZfA* 1980 S. 77, 118; *Wiedemann/Stumpf* (Fußnote 55) Einl. Anm. 203 ff.; eingehende Begründung bei *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, 4. Aufl., S. 240 ff.

95 Vgl. *BAG* v. 12. 8. 82 (Fußnote 6).

1. Das Problem der „vortariflichen“ Abmachungen

Nach § 4 Abs. 3 TVG sind vom Tarifvertrag abweichende Abmachungen nur zulässig, „soweit sie durch den Tarifvertrag gestattet sind oder eine Änderung der Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten“. Das in der zweiten Alternative angesprochene Günstigkeitsprinzip bezieht sich von seinem unmittelbaren Wortsinn her zunächst einmal auf „nachtarifliche“ Abmachungen; denn eine „Änderung“ läßt sich doch nur in bezug auf schon bestehende tarifliche Regelungen vorstellen⁹⁶. Auf der anderen Seite spricht die Entstehungsgeschichte eher für eine Erstreckung auch auf solche Abmachungen, die bei Inkrafttreten des Tarifvertrags schon vorhanden waren: In bewußter Abkehr vom Tarifrecht der Weimarer Zeit wurde trotz einiger aus dem Bereich der öffentlichen Arbeitgeber kommender „Vorstöße“ den Tarifparteien die Möglichkeit genommen, die Tarifnormen zu „Höchstbedingungen“ zu erklären⁹⁷. Damit war das klassische Mittel beseitigt, durch das in der Vergangenheit vortarifliche günstigere Arbeitsbedingungen auf das Tarifniveau „heruntergeholt“ werden konnten. Entscheidend fällt jedoch der Zweck ins Gewicht, dem das Günstigkeitsprinzip dient. Dieses ist nicht mehr als eine notwendige Konsequenz der Tatsache, daß der Tarifvertrag die Unterlegenheit des einzelnen Arbeitnehmers partiell aufheben und daher Mindestarbeitsbedingungen setzen will. Dort, wo es – aus welchen Gründen auch immer – dem Arbeitnehmer möglich ist, auf eigene Faust mehr zu erreichen, bleibt es beim ursprünglichen liberalen Prinzip der Vertragsfreiheit; auch diesen Bereich abschließender tariflicher Regelung zu unterwerfen, wäre – von der Aufgabe des Tarifvertrags her gesehen – ein Übermaß⁹⁸. Diese Erwägung gilt nun ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt, in dem bestimmte arbeitsvertragliche Abmachungen geschlossen wurden; auch der Abbau des vortariflichen Niveaus läßt sich nicht mit dem Sinn der Tarifautonomie rechtfertigen. Für dieses Ergebnis spricht weiter ein pragmatisches Argument: Würde man das Günstigkeitsprinzip auf nachtarifliche Abreden beschränken, so hätten diese den Charakter von Verträgen zweiter Klasse; sie könnten jederzeit durch eine Neufassung des Tarifvertrags wieder aus der Welt geschafft werden⁹⁹. § 4 Abs. 3 TVG ist daher in dem Sinne weit auszulegen, daß auch vortarifliche arbeitsvertragliche Rechtspositionen erfaßt werden¹⁰⁰.

Dieses aus § 4 Abs. 3 TVG folgende Ergebnis wird zusätzlich dadurch untermauert, daß nach Auffassung des *Bundesarbeitsgerichts* das Günstigkeitsprinzip sogar Verfassungsrang besitzt¹⁰¹. Dies läßt sich mit der Erwägung rechtfertigen, daß Tarifautonomie und allgemeine Vertragsfreiheit nur so einander verhältnismäßig zugeordnet werden können (praktische Konkordanz), daß die letztere nicht ganz ausgeschlossen, sondern als Mittel zur Erreichung weiterer Verbesserungen erhalten bleibt. Selbst wenn man dem mit Rücksicht auf den ungesicherten verfassungsrechtlichen Stellenwert der Vertragsfreiheit nicht zustimmen sollte, wäre jedoch das Ergebnis kein anderes: Auch die insbesondere vom *Bundesverwaltungsgericht* vertretene Gegenmeinung¹⁰² hält es nämlich für verfassungswidrig, daß die Tarifparteien auf die Setzung von Höchstarbeitsbedingungen beschränkt werden; im Unterschied zur herrschenden Auffassung erachtet sie es lediglich für zulässig, daß der Gesetzgeber den Tarifparteien insoweit die Wahl der Mittel einräumt. Da eine

gesetzgeberische Ermächtigung, Höchstarbeitsbedingungen zu setzen, außerhalb des öffentlichen Dienstes unbestrittenermaßen jedoch nicht besteht, muß auch diese Auffassung zu dem Ergebnis kommen, daß vortarifliche günstigere Abmachungen erhalten bleiben.

2. Kein Günstigkeitsprinzip im Betriebsverfassungsrecht?

Anders als das Tarifvertragsrecht hat das Betriebsverfassungsrecht das Günstigkeitsprinzip an keiner Stelle erwähnt. Nach Auffassung des 6. *Senats*¹⁰³ und von *Kammann/Hess/Schlochauer*¹⁰⁴ liegt darin eine bewußte Entscheidung gegen das Günstigkeitsprinzip und für eine umfassende normative Wirkung der Betriebsvereinbarung auch nach „oben“ hin. Dem ist jedoch mit Recht widersprochen worden.

Die Entstehungsgeschichte des § 77 BetrVG, der u. a. die Rechtswirkungen der Betriebsvereinbarung regelt, spricht eher gegen als für die genannte Auffassung. Wenn dort ausdrückliche Vorschriften etwa über die zwingende Wirkung der Betriebsvereinbarung oder die Nachwirkung getroffen wurden, so hing dies damit zusammen, daß diese Fragen unter dem Betriebsverfassungsgesetz 1952 umstritten waren; das Günstigkeitsprinzip war jedoch schon unter dem alten Recht praktisch allgemein anerkannt, so daß sich eine ausdrückliche Hervorhebung erübrigte¹⁰⁵. Ob man deshalb von einem „Redaktionsversehen“¹⁰⁶ oder von einer „Ungenauigkeit“¹⁰⁷ sprechen kann, erscheint durchaus zweifelhaft, da der Gesetzgeber auch in anderen Fällen häufig auf die ausdrückliche Garantie allgemein anerkannter Grundsätze verzichtet¹⁰⁸. Vom bisher akzeptierten

96 So mit Nachdruck *Säcker* (Fußnote 1) S. 49.

97 Vgl. „Materialien zur Entstehung des Tarifvertragsgesetzes vom 9. 4. 1949“, ZfA 1973 S. 130 (zu § 4 Abs. 1 letzter Halbsatz), S. 134 (zu § 4 Abs. 1), S. 138 (zu § 3 Abs. 2), S. 141 ff. (zu § 5 Abs. 1) auf der einen Seite sowie S. 155 (zu § 4 Abs. 3) und *Herschel*, „Zur Entstehung des Tarifvertragsgesetzes“, ZfA 1973 S. 183, 193 auf der anderen Seite.

98 Richtig *Belling*, „Das Günstigkeitsprinzip im Betriebsverfassungsrecht“, DB 1982 S. 2514.

99 Vgl. *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (1968), S. 396.

100 Ebenso *BAG* v. 9. 12. 57 (Fußnote 19); *BAG* v. 11. 10. 67 (Fußnote 2); *Richardi* (Fußnote 99) S. 403; *Söllner* (Fußnote 1) S. 166; *Zöllner* (Fußnote 1) S. 322; vgl. zum Ganzen auch *Bieback*, „Staatliches Besoldungsrecht und die Arbeitsvertragsfreiheit öffentlicher Bediensteter“, ZfA 1979 S. 453, 475 ff.; für analoge Anwendung des § 4 Abs. 3 TVG *Canaris* (Fußnote 1) S. 24.

101 Vgl. *BAG* v. 15. 12. 60, AP Nr. 2 (= *ArbuR* 1961 S. 189) und v. 15. 12. 60, AP Nr. 3 (= *ArbuR* 1961 S. 317), jeweils zu § 4 TVG Angleichungsrecht; ebenso *Hueck/Nipperdey* (Fußnote 18) S. 232 ff., 573.

102 Vgl. *BVerfG* v. 13. 3. 64, AP Nr. 4 zu § 4 TVG Angleichungsrecht; *Dietz/Richardi* (Fußnote 1) § 77 Anm. 98; *Bieback* (Fußnote 100) S. 477.

103 Vgl. *BAG* v. 12. 8. 82 (Fußnote 6).

104 Vgl. *Kammann/Hess/Schlochauer* (Fußnote 18) § 77 Anm. 50, 96, die allerdings beim Sozialplan einzelvertragliche Verbesserungen zulassen wollen (a.a.O. § 112 Anm. 30).

105 Ebenso *Säcker*, „Die Regelung sozialer Angelegenheiten im Spannungsfeld zwischen tariflicher und betriebsverfassungsrechtlicher Normsetzungsbefugnis“, ZfA-Sonderheft 1972 S. 41, 54; *Thiele* (Fußnote 15) § 77 Anm. 159.

106 So *Dietz/Richardi* (Fußnote 1) § 77 Anm. 98.

107 So *Fitting/Auffarth/Kaiser* (Fußnote 1) § 77 Anm. 40.

108 Man denke beispielsweise an die Vorschrift des § 1 BGB, in dem die Rechtsfähigkeit des Menschen nicht ausdrücklich garantiert, sondern nur ihr Beginn normiert ist.

Günstigkeitsprinzip abzuweichen hätte gerade umgekehrt besonderer Hervorhebung bedurft¹⁰⁹; die amtliche Begründung zum Regierungsentwurf¹¹⁰ bietet hierfür nicht den geringsten Anhaltspunkt.

Auch wenn man von der Entstehungsgeschichte einmal absieht, sprechen zwei weitere Gesichtspunkte gegen die absolut zwingende Wirkung der Betriebsvereinbarung.

Zum einen würden praktische Ergebnisse entstehen, die man – vorsichtig ausgedrückt – als „zufällig“, unfreundlicher ausgedrückt als „willkürlich“ bezeichnen müßte. So wäre es etwa möglich, bei einer umfassenden, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ausschließenden tariflichen Regelung der Kurzarbeit oder der Lohnfindung eine günstigere einzelvertragliche Abmachung zu treffen, während dasselbe ausscheiden würde, wenn Kurzarbeit und Lohn allein Gegenstand einer Betriebsvereinbarung wären. Die Betriebsvereinbarung hätte von daher eine stärkere Wirkung als der Tarifvertrag¹¹¹ – eine Konsequenz, die u. a. auch im Widerspruch dazu stehen würde, daß das *Bundesarbeitsgericht* gegenüber Betriebsvereinbarungen wegen ihrer geringeren Richtigkeitsgewähr, nicht jedoch gegenüber Tarifverträgen eine Billigkeitskontrolle praktiziert¹¹². Völlig impraktikabel wird die absolut zwingende Wirkung der Betriebsvereinbarung dann, wenn diese einen Tarifvertrag ergänzt: Was soll geschehen, wenn die Betriebsvereinbarung das tariflich vorgesehene Lohnsystem im Hinblick auf die betrieblichen Besonderheiten konkretisiert? Schließlich vermag es auch nicht recht einzuleuchten, warum in Betrieben ohne Betriebsrat generell eine vertragliche Verbesserung der (unter Umständen auch dort tariflich garantierten) Arbeitsbedingungen möglich sein soll, während dies in Betrieben mit Betriebsrat nur eingeschränkt möglich wäre.

109 Vgl. Thiele (Fußnote 15) § 77 Anm. 159.

110 BTDrucks. VI/1976 S. 47 (zu § 77).

111 Vgl. Fitting/Auffarth/Kaiser (Fußnote 1) § 77 Anm. 40.

112 Vgl. BAG v. 5. 3. 59 (Fußnote 40).

113 Vgl. Thiele (Fußnote 15) § 77 Anm. 161.

114 Vgl. Fußnote 101.

115 Vgl. Belling (Fußnote 98).

116 Vgl. die Nachweise in Fußnote 102.

117 Vgl. Dietz/Richardi (Fußnote 1) § 77 Anm. 175; Fitting/Auffarth/Kaiser (Fußnote 1) § 77 Anm. 50, 62; Kammann/Hess/Schlochauer (Fußnote 18) § 77 Anm. 86; Thiele (Fußnote 15) § 77 Anm. 115.

118 Vgl. dazu meine Ausführungen unter D II.

119 Vgl. Sacker (Fußnote 1) S. 317.

120 Vgl. auch Söllner, „Betrieb und Menschenwürde“, RdA 1968 S. 437.

121 Zur Arbeitsvertragfreiheit vgl. näher Däubler, Arbeitsrecht 1, 6. Aufl., S. 33 ff.; ders. (Fußnote 49) S. 43, 56 ff. mit weit. Nachweisen.

122 Ebenso im Ergebnis Belling (Fußnote 98) S. 2516; Brox, Grundbegriffe des Arbeitsrechts, 6. Aufl., Anm. 403; Dietz/Richardi (Fußnote 1) § 77 Anm. 91; Fitting/Auffarth/Kaiser (Fußnote 1) § 77 Anm. 40; Föhr (Fußnote 1) S. 57; Galperin/Löwisch (Fußnote 1) § 77 Anm. 94; Thiele (Fußnote 15) § 77 Anm. 159; Weiss (Fußnote 1) § 77 Anm. 6; Zöllner (Fußnote 1) S. 79. Für den mit § 77 Abs. 4 BetrVG übereinstimmenden § 62 Abs. 3 BremPersVG ebenso Großmann/Mönch/Rohr (Fußnote 18) § 62 Anm. 42 mit weit. Nachweisen zum Personalvertretungsrecht.

123 So etwa der Fall, der der Entsch. des BAG v. 8. 12. 81 (Fußnote 5) zugrunde lag.

124 Vgl. etwa den unterschiedlichen Gebrauch des Begriffs „Allgemeine Arbeitsbedingungen“ bei Dietz/Richardi (Fußnote 1) § 77 Anm. 169 und Söllner (Fußnote 1) S. 165.

Zum zweiten kommt auch hier der Gesichtspunkt zum Tragen, daß die Wirkung der Kollektivverträge nicht weiter geht, als dies zur Erfüllung des von ihnen intendierten Schutzzwecks erforderlich ist¹¹³. Eine Einschränkung der Vertragsfreiheit auch in der Weise, daß Verbesserungen ausgeschlossen wären, ist von daher nicht gerechtfertigt. Dies gilt erst recht, wenn man dem Günstigkeitsprinzip Verfassungsrang beimißt¹¹⁴: Wenn schon die verfassungsrechtlich garantierte Tarifautonomie nicht in der Lage ist, die tarifliche Schaffung von Höchstlöhnen zu ermöglichen, ist dies erst recht der durch das Grundgesetz nicht abgesicherten Betriebsvereinbarungsautonomie verschlossen¹¹⁵. Dies gilt auch dann, wenn man der weniger weitgehenden Auffassung folgt, da auch sie die Beschränkung der Kollektivvertragspartner auf die Festlegung von Höchsttarbeitsbedingungen ausschließt¹¹⁶. Das Betriebsverfassungsrecht kann aus dieser grundgesetzlich vorgegebenen Ordnung nicht ausbrechen. § 77 Abs. 3 BetrVG stellt insoweit nur eine scheinbare Ausnahme dar. Zwar schließt er im Verhältnis von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung das Günstigkeitsprinzip aus, indem der tariflichen Regelung der absolute Vorrang eingeräumt wird¹¹⁷, doch geht es hier um die wechselseitige Zuordnung zweier kollektivvertraglicher Möglichkeiten. Daß der Gesetzgeber dabei die Betriebsvereinbarungsautonomie vernachlässigt, ist verfassungsrechtlich unbedenklich, da er vom Grundgesetz her auf sie auch ganz verzichten könnte. Eine einzelvertragliche Verbesserung der Arbeitsbedingungen ist jedenfalls auch im Bereich des § 77 Abs. 3 BetrVG nicht ausgeschlossen¹¹⁸. Ohne rechtliche Relevanz ist schließlich auch, wie man das praktische Funktionieren der Arbeitsvertragfreiheit einschätzt. Auch wenn man diese mit Sacker als „staatlich abgesicherte Vogelfreiheit“ des Arbeitnehmers qualifiziert¹¹⁹, ändert sich nichts daran, daß durch eine absolut zwingende Wirkung der Betriebsvereinbarung die Zielsetzung der Betriebsverfassung¹²⁰ überschritten wäre; geschütztes Rechtsgut wäre dann faktisch das sich hinter der Vertragsform verbergende Entscheidungsrecht des Arbeitgebers. Im vorliegenden Zusammenhang geht es allerdings ausschließlich um individuell ausgehandelte Arbeitsbedingungen, so daß sich eine Vertiefung des Problems erübrigt¹²¹.

V. Ergebnis

Individuelle Sonderabmachungen können durch Betriebsvereinbarung nicht verschlechtert werden¹²².

D. Abbau von vertraglichen Einheitsregelungen durch Betriebsvereinbarung?

I. Überblick

Die individuelle Sonderabmachung stellt verbreiteter Einschätzung nach nicht den Regelfall vertraglicher Gestaltung betrieblicher Arbeitsbedingungen dar. Typisch sind vielmehr einheitliche, für viele oder alle Belegschaftsangehörige geltende Abmachungen. Sie finden sich etwa in Formulararbeitsverträgen, können aber auch in einem selbstständigen Normenkomplex – wie einer Gratifikations- oder Ruhegeldordnung – zusammengefaßt sein, auf die die einzelnen Arbeitsverträge verweisen. Häufig finden sich auch „Richtlinien“, die vom Arbeitgeber einseitig erlassen wurden und auf die die Arbeitsverträge Bezug nehmen¹²³. Die Terminologie ist nicht völlig einheitlich¹²⁴,

doch spielt dies im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle: Es geht allein darum, solche Klauseln zu erfassen, die unzweifelhaft Bestandteil einer größeren Zahl von Arbeitsverträgen geworden sind. Ausgeklammert bleiben zunächst Gesamtzusage und Betriebsübung, da ihre „Übernahme“ in den Arbeitsvertrag besondere Probleme aufwirft.

Kann die oben entwickelte und im Ergebnis für individuelle Sonderabmachungen allgemein akzeptierte Lösung nicht auch auf vertragliche Einheitsregelungen übertragen werden? Der schlichte Hinweis darauf, daß das Günstigkeitsprinzip an keiner Stelle zwischen individuellen und betriebseinheitlichen Abreden unterscheidet, kann angesichts des Diskussionsstandes in Rechtsprechung und Literatur als Antwort nicht genügen. Zu überprüfen ist zunächst, ob vertragliche Einheitsregelungen im Gegenstandsbereich des § 87 BetrVG überhaupt wirksam sind, sofern ihnen der Betriebsrat nicht zugestimmt hat (unten II). Weiter bedarf es einer Auseinandersetzung mit der These, vertragliche Einheitsregelungen würden ihres kollektiven Charakters wegen dem Ordnungsprinzip unterstehen und seien so durch eine (auch schlechtere) Betriebsvereinbarung ersetzbar (dazu unten III). Notwendig ist dann eine Auseinandersetzung mit der zentralen Aussage des *Bundesarbeitsgerichts*, das individualvertragliche Instrumentarium reiche nicht aus, um beispielsweise eine betriebliche Versorgungsordnung an geänderte Umstände anzupassen¹²⁵ (dazu unten IV). Im Anschluß daran soll uns das zweite Hauptargument der bisherigen Rechtsprechung beschäftigen: Führt es wirklich zu einer wertungsmäßigen Inkonsistenz, wenn vertragliche Einheitsregelungen nur nach individualrechtlichen Maßstäben abgebaut werden können? (unten V) Zum Abschluß soll dann der auch vom 6. Senat aufgeworfenen Frage nachgegangen werden, unter welchen Voraussetzungen vertragliche Abmachungen „betriebsvereinbarungsoffen“ sind (dazu unten VI).

II. Unwirksame vertragliche Einheitsregelungen?

Die Problematik der verschlechternden Betriebsvereinbarung wäre von vornherein auf einen geringeren Teilbereich beschränkt, wenn vertragliche Einheitsregelungen in bestimmten Sektoren nicht oder nur unter eingeschränkten Bedingungen wirksam wären: Zum Abbau unzulässiger Abmachungen bedürfte es offensichtlich keiner Betriebsvereinbarung, sondern nur einer schlichten Berufung des Arbeitgebers auf die Rechtslage.

Zunächst könnte man daran denken, daß vertragliche Einheitsregelungen ihrer Ähnlichkeit mit der Betriebsvereinbarung wegen nach § 77 Abs. 3 BetrVG unwirksam sind, wenn der betreffende Gegenstand tariflich geregelt ist oder üblicherweise tariflicher Regelung unterliegt. Rechtsprechung¹²⁶ und Literatur¹²⁷ gehen diesen Weg jedoch nicht und beschränken die Wirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG auf Betriebsvereinbarungen und andere bindende Abmachungen mit dem Betriebsrat. Dahinter steht die Erwägung, § 77 Abs. 3 BetrVG wolle lediglich verhindern, daß der Betriebsrat zu einer Art betrieblicher „Konkurrenzwirtschaft“ wird, was bei voller Wirksamkeit unschwer geschehen könnte. Daß der Betriebsrat in der Praxis gleichwohl auf den Gebieten des § 77 Abs. 3 BetrVG aktiv wird und sich dabei auch in die inhaltliche Ausgestaltung vertraglicher Einheitsregelungen einschal-

tet, ist ein offenes Geheimnis. Den Betriebsrat von diesen Möglichkeiten fernzuhalten, läge an sich in der Konsequenz des § 77 Abs. 3 BetrVG¹²⁸. Einen solchen Schritt zu tun, verbietet jedoch nicht nur die betriebliche Praxis, sondern auch die Erwägung, daß der Gesetzgeber die vergleichbare Praxis unter dem Betriebsverfassungsgesetz 1952 durch das Gesetz von 1972 ausdrücklich hätte korrigieren können.

Sehr viel mehr Gewicht hat die Überlegung, vertragliche Einheitsregelungen seien auf den von § 87 Abs. 1 BetrVG erfaßten Gebieten nur dann wirksam, wenn das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beachtet worden sei. Für eine solche Annahme spricht die von der Rechtsprechung¹²⁹ und der weit überwiegenden Meinung in der Literatur¹³⁰ akzeptierte These, wonach Arbeitgebermaßnahmen unwirksam sind, wenn der Betriebsrat nicht die nach § 87 Abs. 1 BetrVG erforderliche Zustimmung erteilt hat. Von Bedeutung wäre dies insbesondere im Hinblick auf betriebliche Sozialleistungen¹³¹, unterliegt doch jedenfalls die Art und Weise ihrer Gewährung der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Ziff. 10 BetrVG¹³². Dasselbe würde für den Leistungsplan einer unter § 87 Abs. 1 Ziff. 8 BetrVG fallenden betrieblichen Altersversorgung gelten¹³³.

Die Annahme, vertragliche Einheitsregelungen seien unwirksam¹³⁴, würde zu einem Ergebnis führen, das mit dem vom 6. Senat vertretenen identisch ist: Soweit der Bereich des § 87 Abs. 1 BetrVG erfaßt ist, würde eine wirksame Regelung nur über eine Betriebsvereinbarung möglich sein. Es wäre – rechtlich gesehen – nichts vorhanden, was abgebaut oder verschlechtert werden könnte.

Die Wirksamkeit einheitlicher Vertragsbedingungen zu verneinen, würde jedoch über das hinausgehen, was Zweck des § 87 BetrVG und anderer Mitbestimmungstatbestände ist¹³⁵. Sie intendieren in Konkretisierung des Grundanliegens des Betriebsverfassungsrechts¹³⁶ ein Stück Arbeitnehmerschutz, indem das Direktionsrecht des Arbeitgebers auf bestimmten Sachgebieten nur nach vorheriger Zustimmung des Betriebsrats ausgeübt werden kann und indem der Betriebsrat in einigen Bereichen auch auf die vom Arbeit-

125 Vgl. BAG v. 30. 1. 70 (Fußnote 2).

126 Vgl. BAG v. 13. 8. 80, AP Nr. 2 zu § 77 BetrVG 1972 = ArbUR 1980 S. 378; ebenso zu § 59 BetrVG 1952 BAG v. 24. 7. 58, AP Nr. 6 zu § 611 BGB Akkordlohn = ArbUR 1959 S. 37.

127 Vgl. Dietz/Richardi (Fußnote 1) § 77 Anm. 225; Galperin/Löwisch (Fußnote 1) § 77 Anm. 89; Säcker (Fußnote 1) S. 298; Thiele (Fußnote 15) § 77 Anm. 88; Wiedemann/Stumpf (Fußnote 55) § 4 Anm. 289.

128 Auf die Umgehungsmöglichkeit verweisen auch Wiedemann/Stumpf (Fußnote 55) § 4 Anm. 289.

129 Das ist ständige Rspr. des BAG; vgl. zuletzt BAG v. 3. 8. 82, ArbUR 1983 S. 60 = DB 1983 S. 237.

130 Vgl. Fitting/Auffarth/Kaiser (Fußnote 1) § 87 Anm. 3a; Kammann/Hess/Schlochauer (Fußnote 18) § 87 Anm. 2; Wiese, GK-BetrVG (3. Bearbeitung), § 87 Anm. 72.
A. A. Dietz/Richardi (Fußnote 1) § 87 Anm. 84 ff.

131 Dazu Jahnke, „Die Mitbestimmung des Betriebsrats auf dem Gebiet der betrieblichen Sozialleistungen“, ZfA 1980 S. 863 ff.

132 Vgl. etwa BAG v. 3. 8. 82 (Fußnote 129).

133 Zum Umfang der Mitbestimmung bei der betrieblichen Altersversorgung vgl. BAG v. 12. 6. 75, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung = ArbUR 1975 S. 377.

134 So etwa Säcker (Fußnote 105) S. 57.

135 Richtig Dietz/Richardi (Fußnote 1) § 87 Anm. 97.

136 Dazu Söllner (Fußnote 120).

geber zu erbringende Gegenleistung einwirken kann. Diese Zielsetzung würde nicht gefördert, sondern im Gegenteil behindert, wären die vom Arbeitgeber freiwillig eingeräumten vertraglichen Ansprüche wegen Nichteinschaltung des Betriebsrats hinfällig. Nur wenn der Arbeitgeber Rechte der Beschäftigten beeinträchtigt, ohne dafür die gesetzlich vorgeschriebene Zustimmung des Betriebsrats zu besitzen, tritt die Unwirksamkeitssanktion ein. Dies stellt entgegen der Auffassung von *Dietz/Richardi*¹³⁷ keine unzulässige Verquickung der Theorie der Wirksamkeitsbedingung mit dem Günstigkeitsprinzip dar: Beide Rechtsinstitute verfolgen denselben Zweck, kollektive Regelungen nur als Mindestbedingungen zuzulassen und bessere, aus welchen Gründen auch immer erreichte vertragliche Abmachungen unberührt zu lassen. Mit Recht hat das *Bundesarbeitsgericht* denselben Standpunkt eingenommen und betont, der Umstand, „daß das notwendige Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats verletzt“ sei, wirke sich auf die Einzelarbeitsverhältnisse in der Weise aus, „daß die einseitig vom Arbeitgeber getroffenen Maßnahmen insoweit unwirksam sind, wie dadurch Einzelansprüche der Arbeitnehmer vereitelt oder geschmälert werden“¹³⁸. Eine derartige, durch den Zweck der zugrundeliegenden Regelung beschränkte Unwirksamkeit findet sich auch an anderer Stelle der Arbeitsrechtsordnung: So sieht etwa § 75d HGB ausdrücklich vor, daß sich (allein) der Prinzipal nicht auf eine Vereinbarung berufen kann, durch die von den Vorschriften über das Wettbewerbsverbot nach §§ 74–75c HGB zum Nachteil des Handlungsgehilfen abgewichen wurde. Auf derselben Linie liegt die ständige Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts*, wonach sich der Arbeitgeber bei fehlendem sachlichem Grund nicht auf die Befristungsabrede berufen kann, das Arbeitsverhältnis im übrigen aber wie ein befristetes behandelt wird¹³⁹. Angesichts dieser Umstände ist es daher nicht zu beanstanden, daß sich die neueren Entscheidungen des *Bundesarbeitsgerichts* zur Frage der „verbösernden“ Betriebsvereinbarung überhaupt nicht mit der Frage auseinandersetzen, ob die vorher bestehenden einheitsvertraglichen Regeln oder Richtlinien wegen Verstoßes gegen § 87 BetrVG unwirksam waren¹⁴⁰.

Eine andere Entscheidung hätte darüber hinaus auch schwer erträgliche praktische Schwierigkeiten zur Folge. In der Literatur ist richtig darauf hingewiesen worden, daß es im Einzelfall sehr zweifelhaft sein kann, von welchem Moment an jenes Maß an „Einheitlichkeit“ und „Kollektivität“ erreicht ist, das das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beispielsweise nach § 87 Abs. 1 Ziff. 10

BetrVG auslöst¹⁴¹. Dabei ist nicht nur an den Fall zu denken, daß die Einordnung bestimmter Maßnahmen als „individuelle“ oder „kollektive“ zweifelhaft sein kann; Probleme ergeben sich auch dann, wenn auf eine oder mehrere unzweifelhaft individuell ausgehandelte Abmachungen weitere, standardisierte Abmachungen folgen, die unzweifelhaft als „kollektiv“ zu qualifizieren sind. Würden in solchen Fällen die zunächst vorliegenden Einigungen nachträglich „kollektiviert“ und damit unwirksam? Des weiteren ergibt sich die Schwierigkeit, daß der Bereich obligatorischer Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG in vielen Fällen nur schwer vom Bereich freiwilliger Mitwirkung nach § 88 BetrVG abzugrenzen ist. Ein Beispiel hierfür stellt die Entscheidung des 6. *Senats* dar¹⁴². Soweit durch die Betriebsvereinbarung in das Recht der Arbeitnehmer eingegriffen werde, anstelle der Deputatkohle eine jährliche Barabgeltung zu verlangen, betreffe dies die Art und Weise der Gewährung von Entgeltleistungen und unterliege daher der erzwingbaren Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Ziff. 10 BetrVG; soweit der Arbeitnehmer auf eine einmalige Abfindung verwiesen werde, die er an Stelle der Deputatkohle verlangen konnte, sei der Grund der Leistung selbst betroffen und damit ein Fall freiwilliger Mitwirkung nach § 88 BetrVG gegeben. Diese Abgrenzung erscheint keineswegs als zwingend. So könnte man jedenfalls dann, wenn die Abfindung dem kapitalisierten Wert des Anspruchs auf Deputatkohle entspricht, sehr wohl auch diese zweite Regelung unter § 87 Abs. 1 Ziff. 10 BetrVG subsumieren. Auch in anderen Fällen – etwa im Bereich der betrieblichen Altersversorgung – kann der Umfang der Mitbestimmung sehr zweifelhaft sein¹⁴³. Gravierender als derartige im Grunde nie auszuschließende Abgrenzungsprobleme ist jedoch die Frage der Rechtsfolgen: Was soll es praktisch bedeuten, wenn zwar die Höhe einer einheitsvertraglich festgelegten Zulage von der Mitbestimmung ausgenommen wird, während die Art und Weise ihrer Verteilung, etwa die Einbeziehung bestimmter Beschäftigtengruppen, der Mitbestimmung unterliegt? Ist hier die ganze Regelung unwirksam oder ist sie nur lückenhaft mit der Folge, daß im Streitfall das Gericht die Verteilungskriterien festlegen muß? Beides wäre gleichermaßen unbefriedigend, da die erste Alternative über das Ziel selbst einer sehr starr verstandenen Theorie der Wirksamkeitsbedingung hinausgehen würde, während die zweite Alternative zu einer überflüssig häufigen Einschaltung der Gerichte oder dazu führen würde, daß eben doch allein nach den vom Arbeitgeber festgelegten Kriterien verfahren und die Unwirksamkeitssanktion daher auf dem Papier stehen würde. Vollzugsprobleme dieser Art wären nur in Kauf zu nehmen, wenn eine unzweifelhafte Entscheidung des Gesetzgebers im Sinne eines schematischen „Durchschlagens“ der Verletzung von Mitbestimmungsrechten auf die Einzelarbeitsverhältnisse erkennbar wäre: Wie oben ausgeführt, sprechen jedoch entscheidende Gesichtspunkte gerade für die gegenteilige Auffassung.

III. Abbau vertraglicher Einheitsregelungen im Vollzug des „Ordnungsprinzips“?

Traditionelle Begründung für den (verschlechternden) Abbau allgemeiner Arbeitsbedingungen ist der Hinweis auf das sog. Ordnungsprinzip¹⁴⁴. Ihm soll dadurch am besten Rechnung getragen sein, daß durch den neuen Tarifvertrag

137 Vgl. *Dietz/Richardi* (Fußnote 1) § 87 Anm. 95.

138 Vgl. *BAG* v. 3. 4. 79, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972; ebenso schon *BAG* v. 25. 10. 57, AP Nr. 6 zu § 56 BetrVG.

139 Vgl. *BAG* v. 2. 12. 65, AP Nr. 27 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag = *ArbuR* 1966 S. 156.

140 Vgl. *BAG* v. 8. 12. 81, *ArbuR* 1982 S. 98 = *DB* 1982 S. 50 (die abgelösten Richtlinien zur betrieblichen Altersversorgung stammten aus dem Jahre 1973, fielen also mit Sicherheit in den Anwendungsbereich des § 87 BetrVG); *BAG* v. 12. 8. 82 (Fußnote 6) (einheitsvertragliche Vereinbarung von Deputatkohle); *BAG* v. 8. 12. 82 (Fußnote 8) (Richtlinien über Jubiläumsgeld); ebenso *BAG* v. 3. 8. 82 (Fußnote 129) (Widerruf einer Forschungszulage).

141 Vgl. *Dietz/Richardi* (Fußnote 1) § 87 Anm. 93.

142 Vgl. *BAG* v. 12. 8. 82 (Fußnote 6).

143 Vgl. *BAG* v. 12. 6. 75 (Fußnote 133).

144 Vgl. die Rspr.-Nachweise in Fußnote 2.

bzw. die neue Betriebsvereinbarung einheitliche Arbeitsbedingungen im Betrieb geschaffen werden. Die Existenz des Ordnungsprinzips soll sich im Tarifrecht aus dem „Wesen“ des Tarifvertrags ergeben¹⁴⁵; im Betriebsverfassungsrecht wird auf einen vergleichbaren Hinweis verzichtet. Eine eingehendere Rechtfertigung findet sich bei Hueck/Nipperdey¹⁴⁶. Sie verweisen darauf, bei vortariflicher gesamtseinheitlicher Regelung im Betrieb fehle eine Abstimmung mit dem Tarifvertrag, so daß allzu leicht „Wirrwar, Rechtsunsicherheit und Unfrieden“ entstehen könnten. Das Günstigkeitsprinzip sei auf das Verhältnis zweier allgemeiner Ordnungen im gleichen betrieblichen Geltungsbereich nicht anwendbar, da es vor allem etwas über das Verhältnis von Kollektivrecht und Individualrecht aussage. Würde man anders entscheiden, so wäre die Möglichkeit zur Schaffung einheitlicher neuer Arbeitsbedingungen sehr erschwert, was eine ungerechtfertigte Beschränkung der kollektiven Autonomie darstelle. Für die hier interessierende Frage der verbösernden Betriebsvereinbarung wird auf diese Begründung Bezug genommen¹⁴⁷.

Das Wesensargument ist nicht nur methodisch fragwürdig¹⁴⁸, sondern im Tarifvertragsrecht auch nicht mit der im Tarifvertragsgesetz getroffenen Regelung vereinbar. Wenn dort in § 3 Abs. 1 festgelegt ist, daß sich die Tarifwirkung auf die Arbeitsverhältnisse zwischen den Mitgliedern der tarifschließenden Koalitionen beschränkt, so macht dies deutlich, daß eben gerade keine einheitliche betriebliche Ordnung gewollt ist: Dem Arbeitgeber ist es unbenommen, Außenseiter unter Tarif zu bezahlen. Im Betriebsverfassungsrecht spielt dies zwar keine Rolle, doch macht es deutlich, wie sehr die Annahme des „Ordnungsprinzips“ auf einer rechtspolitischen Dezision beruht. Dazu kommt, daß das angebliche Ziel – Schaffung einheitlicher Arbeitsbedingungen und Vermeidung von „Wirrwar“ und Rechtsunsicherheit – auch dann nicht erreicht wird, wenn man sich zu einer unbefragten Übernahme des Ordnungsprinzips bekennt. Da individuelle Sonderabmachungen allgemeiner Auffassung nach erhalten bleiben¹⁴⁹, sind Widersprüche und schwierige Fragen bei der Bestimmung der „günstigeren“ Regelung sowieso nicht zu vermeiden. Im Gegenteil: Es erscheint plausibel, daß betriebseinheitliche Regelungen ihres faktisch kollektiven Charakters wegen sehr viel leichter mit einer Betriebsvereinbarung oder einem Tarifvertrag in Einklang zu bringen sind als Individualabreden, die den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung tragen und bei denen die in Betracht gezogenen Gestaltungsformen vermutlich sehr viel weiter bestimmt sind.

Was das Günstigkeitsprinzip betrifft, so kann auf die soeben gemachten Ausführungen verwiesen werden¹⁵⁰, wonach ein Wegfall günstigerer einzelvertraglicher Abreden gegen das Übermaßverbot verstoßen würde. § 4 Abs. 3 TVG unterscheidet an keiner Stelle zwischen individuell ausgehandelten und betriebseinheitlichen Abmachungen; dies wird mittelbar auch von der sich auf das Ordnungsprinzip berufenden Meinung anerkannt, da sie keinerlei Bedenken dagegen hat, günstigere, auf den Abschluß des Kollektivvertrags folgende einheitliche Abmachungen zu akzeptieren¹⁵¹.

Schließlich wird durch die Beibehaltung günstigerer vertraglicher Regelungen die Kollektivautonomie nicht in stärkerem Maße eingeschränkt als durch die Zulassung

günstigerer Abmachungen in der Zukunft. Auch dadurch können uneinheitliche Bedingungen im Betrieb entstehen, auch dadurch ergibt sich das Problem, daß sich die tatsächlichen Arbeitsbedingungen nicht allein aus den Kollektivverträgen ablesen lassen. Daß dem so ist, beruht auf einer Grundentscheidung unseres kollektiven Arbeitsrechts, die man rechtspolitisch kritisieren mag, an deren Existenz jedoch nicht zu zweifeln ist. Warum die Begrenzung der Kollektivautonomie in bezug auf bereits vorliegende einzelvertragliche Abmachungen früher erreicht sein soll als bei zeitlich nachfolgenden Vereinbarungen, ist nicht ersichtlich.

Will man das „Ordnungsprinzip“ in dem vorgeschlagenen Umfang praktizieren, so hat dies weiter zur Folge, daß relativ „starke“ Arbeitnehmer, die beispielsweise als gesuchte Spezialisten „Sonderbedingungen“ aushandeln können, ein stärkeres Maß an Absicherung und Schutz erfahren als „Durchschnittsarbeiter“, die nur in den Genuß der für alle geltenden betriebseinheitlichen Normen kommen können¹⁵². Dies ist ein wenig soziales Resultat, das dadurch noch inakzeptabler wird, als „Sonderabmachungen“ auch auf einer besonderen „Nähe“ zum Arbeitgeber beruhen können: Prämiert wird in einem solchen Fall gerade das nicht-solidarische, sich aus den Handlungszusammenhängen der Belegschaft lösende Verhalten, während gemeinsam erreichte Verbesserungen der neuen Betriebsvereinbarung zum Opfer fallen. Ob dies angesichts des das geltende Arbeitsrecht strukturierenden Solidaritätsprinzips¹⁵³ Bestand haben kann, ist durchaus zweifelhaft, obwohl es bisher kaum Überlegungen zu der Frage gibt, inwieweit Binnendifferenzierungen zwischen den Arbeitnehmern am Solidaritätsprinzip zu messen und bei Überschreitung bestimmter Grenzen für unzulässig zu erklären sind¹⁵⁴. Eine Vertiefung kann an dieser Stelle jedoch unterbleiben, da dem „Ordnungsprinzip“ schon aus anderen Gründen nicht zu folgen ist.

Schließlich ist nicht zu übersehen, daß sich auch die Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* in den letzten zehn Jahren immer weiter vom Ordnungsprinzip entfernt hat. Schon in den 60er Jahren wurde bisweilen auf eine zusätzliche Begründung zurückgegriffen und beispielsweise betont, das Ordnungsprinzip ergäbe sich „regelmäßig auch aus der Auslegung der vorhergehenden Einheitsregelung bei Berücksichtigung ihres der Sache nach kollektiven Ursprungs“¹⁵⁵. In der sehr eingehend begründeten Ent-

145 Vgl. BAG v. 20. 12. 57 (Fußnote 2); BAG v. 4. 2. 60 (Fußnote 2).

146 Vgl. Hueck/Nipperdey (Fußnote 18) S. 585.

147 Vgl. Hueck/Nipperdey (Fußnote 18) S. 1294 f.

148 Vgl. etwa Scheuerle, „Das Wesen des Wesens“, AcP, Bd. 163 (1963), S. 429 ff.

149 Vgl. die Nachweise in Fußnote 122.

150 Vgl. meine Ausführungen unter C IV.

151 So etwa Hueck/Nipperdey (Fußnote 18) S. 584, 1296.

152 Richtig Richardi (Fußnote 99) S. 402.

153 Vgl. dazu insbes. Pfarr/Kittner, „Solidarität im Arbeitsrecht“, RdA 1974 S. 292 ff.; Röhler, „Der Solidaritätsgedanke im Individualarbeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts“ in Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 12 (1974), S. 107 ff.

154 Vgl. jedoch die Überlegungen bei Däubler (Fußnote 49) S. 202 ff., 224.

155 Vgl. BAG v. 26. 10. 62 (Fußnote 2).

scheidung v. 30. 1. 1970 betonte der 3. Senat, da das Ordnungsprinzip sehr umstritten sei, müsse man unterstellen, „daß es einen solchen Rechtsgrundsatz nicht gibt“¹⁵⁶ – eine sehr zurückhaltende Form der Distanzierung, die ihre Parallele etwa in der schlichten Nichterwähnung der Sozialadäquanzlehre in den neueren Entscheidungen zum Arbeitskampfrecht findet¹⁵⁷. Auch die Entscheidungen, die Anlaß für die Anrufung des Großen Senats geboten haben, erwähnen das Ordnungsprinzip mit keinem Wort.

IV. Mängel des Individualrechts – Lückenschließung durch das Ablösungsprinzip?

1. Die Position des BAG

Das Bundesarbeitsgericht hat in der eben genannten Entscheidung¹⁵⁸ eine neue Begründung entwickelt, die zum selben Ergebnis wie das „Ordnungsprinzip“ führt und auf die in späteren Entscheidungen bis in die jüngste Gegenwart hinein regelmäßig Bezug genommen wird¹⁵⁹. Die Entscheidung bezieht sich auf den Bereich der betrieblichen Altersversorgung, ohne jedoch andere Sachgebiete ausdrücklich auszuschließen. Ausgangspunkt des Urteils ist die Feststellung, daß eine Möglichkeit bestehen müsse, eine betriebliche Ruhegeldordnung zu ändern. Im einzelnen wird dies wie folgt begründet¹⁶⁰:

„Betriebliche Ruhegeldordnungen sind auf eine lange Zeit angelegt. Die begünstigten Arbeitnehmer müssen ihre Versorgungsansprüche viele Arbeitsjahre hindurch erwerben; die dafür erforderlichen Mittel müssen in derselben Zeit allmählich angesammelt werden.

Außerdem sind betriebliche Ruhegeldordnungen von zahlreichen Faktoren abhängig, insbesondere von der Ertragslage des Unternehmens, von der steuerrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Situation und von der jeweiligen Zusammensetzung der Belegschaft. Alle diese Faktoren können sich ändern und zu einer Anpassung der betrieblichen Ruhegeldordnung drängen; gemachte Erfahrungen können das Bedürfnis nach Reformen wecken.

Deshalb müssen Korrekturen der betrieblichen Ruhegeldordnungen und eine Anpassung an geänderte Umstände möglich sein; einmal festgelegte Regelungen dürfen nicht versteinern. Dies gilt um so mehr, als es sich wegen der Langfristigkeit regelmäßig verbietet, Regelungen zunächst befristet probeweise festzulegen.“

Diesem Bedürfnis könne mit den Mitteln des Individualarbeitsrechts nicht entsprochen werden. Eine einseitige

Änderung der Versorgungsordnung durch den Arbeitgeber komme allenfalls dann in Betracht, wenn er einen entsprechenden Vorbehalt gemacht habe. Einen solchen Vorbehalt gäbe es jedoch „praktisch nicht“, seine arbeitsrechtliche Wirkung wäre zweifelhaft, auch wäre er nach Abschnitt 41 der Einkommensteuer-Richtlinien steuerschädlich¹⁶¹. Komme ein Abänderungsvertrag mit allen Arbeitnehmern nicht zustande, weil sich etwa einzelne Belegschaftsangehörige widersetzen, so bleibe nur die Möglichkeit der Änderungskündigung. Diese scheide einmal bei besonders geschützten Arbeitnehmergruppen wie beispielsweise bei Betriebsratsmitgliedern aus. Weiter sei der Kündigungsschutzprozeß auf die dem einzelnen gegenüber ausgesprochene Individualkündigung ausgerichtet und führe zu einer am Einzelfall orientierten Interessenabwägung. Ob die gesamtbetrieblichen Interessen, die zu einer Anpassung der Ruhegeldordnung führen, überhaupt berücksichtigt werden könnten, sei zweifelhaft. Angesichts der Geschäftsverteilung sei auch damit zu rechnen, daß verschiedene Kammern desselben Arbeitsgerichts über die Änderungskündigungen zu entscheiden hätten, so daß widersprechende Urteile nicht auszuschließen seien. Schließlich uferne die Vorschriften des § 2 KSchG 1969 aus, „wenn die Änderungskündigung der Schaffung einer neuen überindividuellen Ordnung dienen solle, weil dann der Rechtsprechung in Wahrheit angesonnen wird, in einer Regelungsstreitigkeit zu entscheiden“¹⁶².

Würde man das Ordnungsprinzip anwenden, so wäre das Problem gelöst. Unterstelle man jedoch, daß es einen solchen Rechtsgrundsatz nicht gebe, so „wäre das geltende Recht insoweit lückenhaft, weil es für das unabwiesbare Bedürfnis der Praxis keine Lösung böte, eine durch Gesamtzusage erlassene betriebliche Ruhegeldordnung – in noch abzusteckenden Grenzen – betriebseinheitlich zu ändern. Und zwar enthielte das geltende Recht eine anfängliche offene Regelungslücke.“¹⁶³

In der Literatur haben insbesondere Hilger und Stumpf¹⁶⁴ den Ansatz des Bundesarbeitsgerichts weitergeführt und ergänzend darauf hingewiesen, die Möglichkeit zur Abänderung vorhandener betrieblicher Ordnungen sei Bestandteil der insoweit auf Art. 14 GG beruhenden Vertragsfreiheit¹⁶⁵. Auch könnten Gründe der Betriebserhaltung dazu zwingen, geltende Gratifikations- und Versorgungsordnungen einzuschränken; schließlich gebe es insbesondere im Hinblick auf den Gleichberechtigungs- und Gleichbehandlungsgrundsatz in einer Reihe von Fällen die Notwendigkeit, betriebliche Gratifikations- oder Versorgungsordnungen an eine veränderte Rechtslage anzupassen; wenn das Recht eine Änderung zwingend gebiete, müsse es auch das Mittel zu ihrer Durchführung bereitstellen¹⁶⁶.

2. Unzulänglichkeit des Individualarbeitsrechts?

Die Argumentation des Bundesarbeitsgerichts erweckt insoweit methodische Bedenken, als aus der Tatsache, daß ein „unabwiesbares Bedürfnis der Praxis“ keine Befriedigung finde, der Schluß auf das Vorliegen einer Lücke gezogen wird. Ob das Recht bestimmte Fragen bewußt ausgespart hat oder ob diese nicht bedacht wurden, ist eine Frage, die sich allein auf normativer Ebene entscheidet. Im vorliegenden Zusammenhang ist in Form des Günstigkeitsprinzips sehr wohl eine „Kollisionsregel“ vorhanden, die ja bei individuellen Sondervereinbarungen auch durchaus

156 Vgl. BAG v. 30. 1. 70 (Fußnote 2).

157 Vgl. BAG (GS) v. 21. 4. 71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampfl = ArbUR 1971 S. 384.

158 Vgl. BAG v. 30. 1. 70 (Fußnote 2).

159 Eine Bezugnahme findet sich etwa in BAG v. 25. 3. 71 (Fußnote 2); vgl. auch BAG v. 12. 6. 75, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung = ArbUR 1975 S. 377 und BAG v. 8. 12. 81 (Fußnote 5).

160 Vgl. BAG v. 30. 1. 70 (Fußnote 2).

161 Vgl. BAG v. 30. 1. 70 (Fußnote 2) Bl. 4.

162 Vgl. BAG v. 30. 1. 70 (Fußnote 2) Bl. 5.

163 Vgl. BAG v. 30. 1. 70 (Fußnote 2) Bl. 5 R.

164 Vgl. Hilger/Stumpf (Fußnote 14) S. 209 ff.

165 Vgl. Hilger/Stumpf (Fußnote 14) S. 213.

166 Vgl. Hilger/Stumpf (Fußnote 14) S. 214.

korrekt angewandt wird. In Wirklichkeit geht es also gar nicht um das Problem der Lückenfüllung, sondern allein darum, ob mit Rücksicht auf das „unabweisbare Bedürfnis der Praxis“ eine Gesetzeskorrektur notwendig und möglich ist. Daß dabei ein höheres Maß an „Begründungslast“ besteht als bei der Entwicklung von Vorschlägen zur richterlichen Schließung einer Lücke, liegt auf der Hand. Im vorliegenden Zusammenhang kann dies allerdings dahingestellt bleiben: Das „unabweisbare Bedürfnis der Praxis“ wird vom *Bundesarbeitsgericht* ein wenig dramatisiert und nicht mit den Wertungen in Einklang gebracht, die unser Zivilrechtssystem bestimmen. Auf der anderen Seite werden die Abhilfemöglichkeiten zu gering eingeschätzt, die sich auf individualrechtlicher Grundlage ergeben.

Langfristig angelegte Verbindlichkeiten sind keine Besonderheit von Gratifikations- und Versorgungsordnungen. Das BGB kennt zahlreiche Rechtsverhältnisse, die wie die Grunddienstbarkeit, das Erbaurecht oder die Leibrente zu langfristigen, auf die Lebenszeit eines Menschen oder darüber hinaus angelegten Verbindlichkeiten führen. Der *Bundesgerichtshof* hat vor einigen Jahren verdeutlicht, daß dagegen grundsätzlich nichts einzuwenden ist, auch wenn sich im Laufe der Ausführung des Vertrages einzelne Umstände ändern können. Der *Bundesgerichtshof* führte insoweit aus¹⁶⁷:

„Der das Schuldrecht bestimmende Grundsatz der allgemeinen Vertragsfreiheit eröffnet auch die Möglichkeit, rechtsgeschäftliche Bindungen über einen langen Zeitraum einzugehen. Grundsätzlich verstößt das weder gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) noch gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). Im Bereich des Miet- und Pachtrechts sieht das Gesetz bei Verträgen mit einer Laufzeit von mehr als dreißig Jahren nach Ablauf dieser Zeit zwingend die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung für beide Vertragspartner vor (§§ 567 Satz 1, 581 Abs. 2 BGB). Der gänzliche Ausschluß der ordentlichen Kündigung ist jedoch auch bei Miet- und Pachtverträgen zulässig, wenn sie auf die Lebenszeit des Vermieters (Verpächters) oder Mieters (Pächters) geschlossen sind (§§ 567 Satz 2, 581 Abs. 2 BGB). Das gilt auch, wenn der Vertrag länger als dreißig Jahre besteht. Bei allen anderen Dauerschuldverhältnissen hängt die Wirksamkeit einer vereinbarten langfristigen oder gar einer zeitlich unbegrenzten Bindung davon ab, ob und wie weit das nach den gegebenen Umständen des Einzelfalls mit dem Grundsatz von Treu und Glauben und den guten Sitten vereinbar ist.“

Im folgenden wies der *Bundesgerichtshof* darauf hin, daß etwa bei langfristigen Bierlieferungsverträgen Sittenwidrigkeit erst dann vorliege, wenn die persönliche Selbständigkeit und Freiheit sowie ein Mindestmaß an wirtschaftlichem Bewegungsspielraum eines der Vertragspartner so beschränkt werde, daß er seinem Kontrahenten auf Gedeih und Verderb ausgeliefert sei. Bei den der Entscheidung zugrunde liegenden Wärmeversorgungsverträgen sei eine derartige Situation nicht zu besorgen; es reiche daher aus, wenn das bei allen Dauerschuldverhältnissen anwendbare Recht zur außerordentlichen Kündigung erhalten bleibe, während die ordentliche Kündigung vertraglich ausgeschlossen werden könne.

Legt man diese Maßstäbe im Bereich der betrieblichen Altersversorgung und der Gratifikationsordnungen zu-

grunde, so wird man eine Reihe von „Friktionen“ unschwer in Kauf nehmen können. Daß sich die Ertragslage des Unternehmens ändern kann, so daß unter den neuen Bedingungen eine höhere oder eine niedrigere Altersversorgung angemessener wäre, mag im Einzelfall zutreffen; das stellt jedoch keinen von der Rechtsordnung anerkannten Grund für die Revision vertraglicher Vereinbarungen dar. Auch sind Änderungen des Steuer- und Sozialversicherungsrechts sowie eine gewandelte Zusammensetzung der Belegschaft kein Grund für einen Eingriff in bestehende vertragliche Beziehungen. Sind die Änderungen gravierend, stehen – wie im folgenden im einzelnen auszuführen sein wird – genügend individualrechtliche Mittel zur Verfügung, um unerträgliche Ergebnisse zu vermeiden. Von einer „Versteinerungsgefahr“ kann daher nicht die Rede sein. Das Anpassungs- und Veränderungsbedürfnis ist überdies deshalb nicht besonders hoch einzuschätzen, weil der Arbeitgeber bei der Einführung der Gratifikations- und Versorgungsordnung in voller Freiheit gehandelt hat. Ob er einen solchen Schritt tun wollte und wieviel Mittel er für diesen Zweck einsetzen wollte, war und ist nach geltendem Recht allein seiner Entscheidung überlassen. Daß es sich gleichwohl in der Regel nicht um individuelle Beliebigkeiten, sondern darum handelt, daß der Knappheit von Arbeitskräften Rechnung getragen wird oder bestimmte personalpolitische Strategien verfolgt werden¹⁶⁸, steht auf einem anderen Blatt. Rechtlich ist er jedenfalls „Herr des Vertragswerks“ und kann deshalb diejenige Gestaltung wählen, die seinen Interessen unter den gegebenen Umständen am weitesten entgegenkommt. Ein rechtlich relevantes Bedürfnis nach Anpassung kann daher entgegen der Auffassung des *Bundesarbeitsgerichts* nicht generell, sondern nur in besonderen Situationen angenommen werden. Sie lassen sich mit Hilfe des überkommenen individualrechtlichen Instrumentariums unschwer bewältigen.

Veränderten Bedingungen kann zunächst einmal dadurch Rechnung getragen werden, daß die Arbeitsverträge einvernehmlich umgestaltet werden. In vielen Fällen kann man schon dadurch zum Ziel kommen. Haben etwa „gemachte Erfahrungen“ das „Bedürfnis nach Reformen“ geweckt¹⁶⁹, so spricht sehr viel dafür, daß die gemeinsam gewonnene Einsicht ihren Niederschlag auch in einer einvernehmlichen Vertragsanpassung findet. Dasselbe gilt erst recht bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Unternehmens: Belegschaften, die sich hier widersetzen, gehen das Risiko ein, einzelne oder alle Arbeitsplätze in Gefahr zu bringen. Daß sich einzelne Arbeitnehmer notwendigen Maßnahmen durch eine Verweigerungsstrategie entziehen, ist auch deshalb unwahrscheinlich, weil sie kein „freier Vertragspartner“, vergleichbar einem Liefer- oder Abnehmerunternehmen sind: Da für die meisten Beschäftigten trotz des Kündigungsschutzgesetzes kein effektiver Arbeitsplatzschutz besteht¹⁷⁰, fällt es schwer, auf Angebote des Arbeitgebers ablehnend zu reagieren; Unwillen zu verursachen oder gar als Querulant zu gelten, kann zur Folge haben, daß der eigene Arbeitsplatz den nächsten Personaleinsparungsmaßnahmen zum Opfer fällt oder daß

167 Vgl. BGH v. 7. 5. 75, BGHZ 64, 288 (290).

168 Zu den Ursachen übertariflicher Entlohnung vgl. Däubler, Arbeitsrecht 1 (Fußnote 121) S. 100 ff. mit weit. Nachweisen.

169 Vgl. BAG v. 30. 1. 70 (Fußnote 2) Bl. 3 R.

170 Vgl. Däubler (Fußnote 49) S. 308 ff. mit weit. Nachweisen.

zumindest die Aufstiegschancen drastisch reduziert werden. Eine Auswirkung dieser durchaus „unparitätischen“ Situation im Arbeitsverhältnis liegt darin, daß außerhalb des öffentlichen Dienstes nur ganz ausnahmsweise während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses gegen den Arbeitgeber prozessiert wird¹⁷¹. Ausdrücklich hat auch das *Bundesarbeitsgericht* die Tatsache anerkannt, daß die Verhandlungsmacht der Arbeitnehmer sehr viel geringer als die der Arbeitgeberseite ist. So rechtfertigt es etwa die Billigkeitskontrolle gegenüber Betriebsvereinbarungen mit der Erwägung, Betriebsräte seien nicht in gleicher Weise vom Arbeitgeber unabhängig wie tariffähige Koalitionen. Ausdrücklich wird in der hier erörterten Entscheidung betont¹⁷²:

„Die Betriebsratsmitglieder genießen zwar Unabhängigkeit und Kündigungsschutz . . . Dies vermag die Abhängigkeit, in der sie als Arbeitnehmer stehen, weitgehend, jedoch nicht vollständig auszugleichen. Es kommt hinzu, daß dem Betriebsrat nach § 49 Abs. 2 Satz 2 BetrVG der Arbeitskampf verwehrt ist. Aus diesen Gründen ist die gerichtliche Inhaltsprüfung bei der Betriebsvereinbarung – anders als beim Tarifvertrag – nicht zu entbehren.“

Kann aber unter den gegebenen Umständen nicht einmal darauf vertraut werden, daß der Betriebsrat ein „ebenbürtiger“ Vertragspartner ist, muß dies erst recht für den einzelnen Arbeitnehmer gelten, dessen Abmachungen ebenfalls einer Billigkeitskontrolle unterworfen werden¹⁷³. Anhaltspunkte dafür, daß sich die schwächere Position des Arbeitnehmers nur bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen, nicht aber bei der Abschluß- und Änderungsentscheidung als solcher niederschlagen sollte, sind nicht ersichtlich. In vielen Fällen wird daher der Arbeitgeber schon im Wege der Vertragsänderung sein Ziel erreichen können.

Sollte im Einzelfall dieser Weg nicht gangbar sein, so ist weiter daran zu denken, daß der Arbeitgeber einen bei der Einführung der Sozialleistung gemachten Widerrufs- oder Abänderungsvorbehalt ausübt. Daß es derartige Vorbehalte „praktisch nicht gibt“¹⁷⁴, ist nicht ersichtlich. Die vom *Bundesarbeitsgericht* zu beurteilenden Ruhelohnrichtlinien enthielten beispielsweise durchaus einen – in der vorliegenden Konstellation allerdings nicht anwendbaren – Änderungsvorbehalt¹⁷⁵. Bei Weihnachtsgatifikationen ist dieser

in allen Fällen üblich, wo der Arbeitgeber die Entstehung einer Betriebsübung verhindern will¹⁷⁶. Auch für den Bereich der betrieblichen Altersversorgung gilt keine generelle Ausnahme. Zwar mögen sich steuerliche Nachteile ergeben, wenn ein unbeschränkter Vorbehalt gemacht wird, doch gilt dies nur für die Direktzusage. Unterstützungskassen beruhen etwa ganz im Gegenteil darauf, daß der Arbeitnehmer keinen Rechtsanspruch hat; erst die Rechtsprechung hat derartige Gestaltungen in der Weise korrigiert, daß die an sich vorgesehene Leistung nicht ohne „sachlichen Grund“ entzogen werden kann¹⁷⁷. Bevorzugt ein Arbeitgeber daher ein flexibles System, so steht es ihm frei, statt der Direktzusage oder der Pensionskasse die Rechtsform der Unterstützungskasse zu wählen.

Wie sehr der Arbeitgeber durch umsichtige Vertragsgestaltung für seine eigenen Interessen sorgen kann, wird daran deutlich, daß das AGB-Gesetz den in ähnlicher Weise über die Bedingungen seiner Leistung verfügenden Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bewußt darin beschränkt, Änderungsvorbehalte vorzusehen: Nach § 11 Ziff. 1 AGB-G ist eine Bestimmung unwirksam, „welche die Erhöhung des Entgelts für Waren oder Leistungen vorsieht, die innerhalb von 4 Monaten nach Vertragsabschluß geliefert oder erbracht werden sollen“. Der „Herr des Vertragswerks“ wird in diesem Falle an allzu weitgehender Wahrung eigener Interessen gehindert; warum soll der Arbeitgeber, der in gleicher Weise über das Ob und Wie der Leistung verfügt, nicht nur in seinen Dispositionsmöglichkeiten nicht beschränkt¹⁷⁸, sondern über das allgemeine Vertragsrecht hinaus mit zusätzlichen Gestaltungsmöglichkeiten ausgestattet werden?¹⁷⁹

Sollte weder der Abschluß von Änderungsverträgen noch die Ausübung eines Vorbehalts möglich sein, so kann der Arbeitgeber in den meisten Fällen sein Ziel mit Hilfe einer Massenänderungskündigung erreichen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man diese in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* nicht als Arbeitskämpfmaßnahme, sondern als gebündelte Ausübung individualrechtlicher Gestaltungsrechte betrachtet¹⁸⁰. Die vom *Bundesarbeitsgericht* beschworenen Probleme kommen allenfalls in Extremfällen zum Tragen. Zunächst ist daran zu erinnern, daß bei der Änderungsschutzklage nicht mit denselben Maßstäben wie bei der normalen Kündigungsschutzklage vorgegangen wird: Die Arbeitsgerichte haben lediglich zu prüfen, ob die neuen Arbeitsbedingungen einen billigen Ausgleich der beiderseitigen Interessen beinhalten¹⁸¹. Die Gefahr, daß der Arbeitgeber trotz gewichtiger Argumente seinen Prozeß verliert, ist daher relativ gering. Daß gleichwohl im Einzelfall unterschiedliche gerichtliche Entscheidungen zustande kommen können, ist allerdings nicht völlig auszuschließen. Dies stellt aber keine Besonderheit einer Massenänderungskündigung dar, sondern kann bei jeder Massenentlassung auftreten. Dort nimmt man es ohne hörbaren Protest in Kauf, daß bestimmte Arbeitnehmer weiterbeschäftigt werden müssen, während andere, aus demselben Anlaß gekündigte Belegschaftsmitglieder wegen anderer Einschätzung durch eine andere Kammer des Arbeitsgerichts ihren Arbeitsplatz endgültig verloren haben. Anders als hier wird dort auch nicht die Frage gestellt, ob eigentlich freiwillig Ausgeschiedene das Recht haben, ihre Einverständniserklärung zurückzunehmen, wenn ein aus demselben Anlaß gekündigter Arbeitnehmer seinen Prozeß gewinnt¹⁸².

171 Vgl. die Zahlenangaben bei *Däubler* (Fußnote 49) S. 498.

172 Vgl. *BAG v. 30. 1. 70* (Fußnote 2) Bl. 7.

173 Vgl. *BAG v. 13. 9. 74*, AP Nr. 84 zu § 611 BGB Gratifikation = *ArbuR* 1975 S. 54.

174 Vgl. *BAG v. 30. 1. 70* (Fußnote 2) Bl. 4.

175 Vgl. *BAG v. 30. 1. 70* (Fußnote 2) Bl. 3.

176 Vgl. *Hanau/Adomeit* (Fußnote 29) S. 181.

177 Vgl. *BAG v. 10. 11. 77*, *ArbuR* 1978 S. 317, 379 = *DB* 1978 S. 939; *BAG v. 5. 7. 79*, *ArbuR* 1980 S. 183 = *DB* 1979 S. 1942.

178 Das AGB-Gesetz findet auf Allgemeine Arbeitsbedingungen keine Anwendung (§ 23 AGB-G).

179 Auf die Ähnlichkeit der Situation des AGB-Verwenders und des einheitliche Arbeitsbedingungen gestaltenden Arbeitgebers verweist auch *Säcker* (Fußnote 1) S. 178 ff. und passim.

180 Vgl. *BAG v. 1. 2. 57*, AP Nr. 4 zu § 56 BetrVG = *ArbuR* 1957 S. 282; kritisch u. a. *Säcker*, „Gewerkschaften und wilder Streik“, *BB* 1971 S. 964 ff.

181 Vgl. *BAG v. 7. 6. 73*, AP Nr. 1 zu § 626 BGB Änderungskündigung = *ArbuR* 1973 S. 381.

182 Vgl. *BAG v. 30. 1. 70* (Fußnote 2) Bl. 5 unter cc.

Man mag schließlich die Überprüfung von Massenentlassungen durch das Arbeitsgericht als die Entscheidung einer Regelungsstreitigkeit qualifizieren, sind doch angesichts der in jedem Kündigungsschutzprozeß vorzunehmenden Interessenabwägung die Grenzen zwischen reiner Rechtskontrolle und judikativer „Schlichtung“ sowieso fließend geworden. Die einzige Schranke für die Änderungskündigung liegt im Kündigungsschutz einzelner Arbeitnehmergruppen, zu denen neben den vom *Bundesarbeitsgericht* ausdrücklich genannten Betriebsratsmitgliedern, schwangeren Arbeitnehmerinnen und Schwerbehinderten auch solche älteren Arbeitnehmer zu rechnen sind, denen auf Grund tariflicher Regelung nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden kann. In diesem (engen) Bereich kann – rein rechtlich gesehen – kein Abbau erfolgen. Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, daß empirische Forschungen zur Arbeitsplatzsicherheit älterer Arbeitnehmer ergeben haben, daß es auf Grund juristisch nicht erfaßter und auch schwer erfassbarer Mechanismen häufig zu einem vorzeitigen Ausscheiden kommt, daß also der Kündigungsschutz im Ergebnis leerläuft¹⁸³. Wenn sogar nicht einmal gesichert werden kann, daß das Arbeitsverhältnis als solches bis zur Erreichung der Altersgrenze bestehen bleibt, ist es nicht eben wahrscheinlich, daß der Arbeitgeber Änderungsvorstellungen über Einzelfragen des Arbeitsverhältnisses nicht sollte durchsetzen können. Bei Schwerbehinderten wird in gravierenderen Fällen die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zur Änderungskündigung erteilt werden; das Mutterschutzgesetz schließt eine Kündigung nicht auf Dauer aus. Was bleibt, ist die Rechtsstellung von Betriebsratsmitgliedern (und gleichgestellten Personen), ein „Störfaktor“, der quantitativ kaum ins Gewicht fällt und der überdies in vielen Fällen dadurch gegenstandslos wird, daß Betriebsratsmitglieder durch Inanspruchnahme von „Sonderrechten“ die Unterstützung beträchtlicher Teile der Belegschaft verlieren könnten.

Was schließlich die von *Hilger und Stumpf*¹⁸⁴ angeführten Gesichtspunkte betrifft, so bietet auch insoweit das Individualarbeitsrecht dem Arbeitgeber ausreichende Abhilfe. Verstößt eine Gratifikations- oder Versorgungsordnung gegen den Gleichberechtigungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 2 GG oder gegen das Gebot zur Gleichbehandlung von Arbeitern und Angestellten¹⁸⁵, so sind die daraus resultierenden Folgeprobleme schon bisher individualrechtlich bewältigt worden: Die benachteiligten Gruppen (wie z. B. Frauen, Witwer, Arbeiter) können Gleichstellung mit den besser Ausgestatteten verlangen¹⁸⁶. Ob sich dies in allen Fällen durchhalten läßt, ob es beispielsweise auch dann gilt, wenn sich die Aufwendungen des Arbeitgebers für eine betriebliche Altersversorgung verdoppeln würden, mag fraglich erscheinen¹⁸⁷. Konsequenzen hat dies jedoch nur auf der Ebene individualrechtlicher Ansprüche, die sich im Interesse einer Nivellierung möglicherweise eine Kürzung gefallen lassen müssen. Auch die ins Spiel gebrachte wirtschaftliche Notsituation des Unternehmens führt nach herrschender Rechtsprechung nur dazu, daß Gratifikationen und Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung gekürzt werden können; für den zweiten Bereich hat § 7 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 BetrAVG diese Möglichkeit ausdrücklich anerkannt, gleichzeitig jedoch für einen Ausgleich mit Hilfe des Pensions-Sicherungs-Vereins gesorgt. Warum der Betriebsrat in diesen Fällen einzuschalten ist, ist nicht ersichtlich. Legt man die bisherige Rechtsprechung zugrun-

de¹⁸⁸, so handelt es sich bei der Kürzung von Sozialleistungen um ein Stück Rechtsanwendung, das insoweit der Mitbestimmung dem Einleitungssatz des § 87 Abs. 1 BetrVG entsprechend vorgegeben ist: Wenn bei arbeitskampfbedingter Kurzarbeit die Mitbestimmung des Betriebsrats über das „Ob“ ausgeschlossen und auf die Modalitäten der Durchführung beschränkt wird, warum soll dann über den richterrechtlich vorgesehenen Wegfall von Gratifikationen oder Rentenanwartschaften mitbestimmt werden?¹⁸⁹ Die Rechtsprechung kommt insoweit dem Arbeitgeber stärker entgegen als anderen Schuldner; ansonsten wird den Gläubigern ein Teilverzicht nur bei Insolvenz, d. h. im Vergleichs- und Konkursverfahren zugemutet.

Sollte trotz aller dieser Möglichkeiten gleichwohl eine für den Arbeitgeber unzumutbare Situation entstehen, so kann er sich des allgemeinen Instrumentariums bedienen, das im Vertragsrecht für derartige Fälle vorgesehen ist. Eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund nach § 626 BGB würde über das Ziel hinausschießen, da sich die (angenommene) Unzumutbarkeit ja nicht auf das Arbeitsverhältnis als ganzes, sondern nur auf bestimmte Arbeitgeberleistungen bezieht. Eine Teilkündigung, die sich auf eben diese Leistungen bezieht, ist im geltenden Recht nicht vorgesehen¹⁹⁰. Sinnvoller wäre daher ein Rückgriff auf die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, die eine flexible Anpassung an die veränderten Umstände ermöglicht¹⁹¹. Bei Äquivalenzstörungen ist allerdings zu beachten, daß die gesetzliche Wertentscheidung des § 279 BGB nicht über eine extensive Handhabung der Lehre von der Geschäftsgrundlage unterlaufen werden darf. Viel spricht daher dafür, daß die von der Rechtsprechung entwickelten Kürzungsrechte bei wirtschaftlicher Notsituation des Unternehmens der einzige Fall sind, in dem eine Äquivalenzstörung im Arbeitsverhältnis rechtliche Relevanz gewinnt. Daneben wäre etwa daran zu denken, das Recht des Arbeitgebers, bei schwerem Treuebruch des Arbeitnehmers die Zahlung von Betriebsrenten unter bestimmten Voraussetzungen zu verweigern¹⁹², als weiteren Anwendungsfall der Lehre von der Geschäftsgrundlage zu qualifizieren. Die Tatsache, daß bislang im Arbeitsrecht nur selten ausdrücklich auf diese Rechtsfigur

183 *Dohse/Jürgens/Russig*, Probleme einer Beschränkung gewerkschaftlicher Bestandsschutzpolitik auf die Absicherung älterer Arbeitnehmer (1981); siehe auch *Dohse/Jürgens/Russig* (Hrsg.), Ältere Arbeitnehmer zwischen Unternehmensinteressen und Sozialpolitik (1982).

184 Vgl. Fußnoten 164–166.

185 Vgl. *BAG v. 5. 3. 80*, AP Nr. 44 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = *ArbuR* 1980 S. 283.

186 Vgl. *BAG v. 11. 9. 74*, AP Nr. 39 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = *ArbuR* 1975 S. 189; *EuGH v. 8. 4. 76*, NJW 1976 S. 2068.

187 Vgl. *Hanau/Adomeit* (Fußnote 29) S. 178.

188 Vgl. *BAG v. 18. 12. 64*, AP Nr. 51 zu § 611 BGB Gratifikation = *ArbuR* 1965 S. 250; *BAG v. 10. 12. 71*, AP Nr. 154 zu § 242 BGB Ruhegehalt = *ArbuR* 1972 S. 222.

189 Vgl. *BAG v. 22. 12. 80*, *ArbuR* 1981 S. 90 = *DB* 1981 S. 321, 325.

190 Vgl. *BAG v. 7. 6. 73* (Fußnote 181); *BAG v. 14. 10. 60*, AP Nr. 25 zu § 123 GewO = *ArbuR* 1961 S. 278. Eine entsprechende Möglichkeit wird jedoch von *Seiter* (Betriebsübung [1967], S. 131 ff.) und *Canaris* (Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht [1971], S. 406 ff.) für die betriebliche Übung ausgenommen.

191 Vgl. *Larenz*, Schuldrecht I, 13. Aufl., S. 297 ff.

192 Vgl. *BAG v. 18. 10. 79*, *ArbuR* 1980 S. 90 = *DB* 1980 S. 500; *BAG v. 19. 6. 80*, *ArbuR* 1980 S. 346 = *DB* 1980 S. 2143.

zurückgegriffen wurde¹⁹³, macht deutlich, daß bislang arbeitsrechtliche Spezialinstitute durchweg ausgereicht haben. Auch im vorliegenden Zusammenhang sind kaum Fälle denkbar, in denen der Arbeitgeber seine Zuflucht zu der Lehre von der Geschäftsgrundlage nehmen müßte, weil keine Abänderungsverträge zustande kommen, weil kein Widerrufsvorbehalt vorhanden und weil eine Massenänderungskündigung oder eine Kürzung wegen wirtschaftlicher Notlage des Unternehmens gleichfalls nicht möglich ist.

Daß „unabweisbare Bedürfnisse der Praxis“ durch das Individualarbeitsrecht voll abgedeckt sind, wird schließlich darin deutlich, daß der Rückgriff auf die Betriebsvereinbarung in allen Betrieben ohne Betriebsrat ausscheidet¹⁹⁴. Niemand hat bislang behauptet, daß sich der Arbeitgeber dort in einer Situation befindet, die es ihm unmöglich macht, sich aus den Fesseln des Individualarbeitsrechts zu befreien.

Das vom *Bundesarbeitsgericht* angenommene Bedürfnis nach Rechtsfortbildung besteht daher nicht.

V. Vermeidung von Wertungswidersprüchen

Die bisherige Rechtsprechung wird verschiedentlich zusätzlich damit gerechtfertigt, sie vermeide Wertungswidersprüche, die sich auf der Grundlage des Günstigkeitsprinzips ergeben würden. Erwägungen dieser Art verdienen nähere Betrachtung.

Zum einen wird darauf hingewiesen, es sei wenig einsichtig, daß individualrechtlich festgelegte Leistungen einen höheren Bestandsschutz genießen als kollektivvertraglich abgesicherte Arbeitsbedingungen; die Arbeitnehmer würden auf den Fortbestand individualvertraglicher Allgemeinregelungen zudem nicht mehr als auf den Fortbestand von kollektivvertraglichen Allgemeinregelungen vertrauen¹⁹⁵.

Bei dieser Überlegung ist zunächst schon zweifelhaft, ob man überhaupt von einer stärkeren Absicherung durch das Individualarbeitsrecht sprechen kann. So hat etwa der Arbeitgeber bei der Betriebsvereinbarung nur die Wahl, diese insgesamt zu kündigen oder sie weiter zu akzeptieren. Bei einer arbeitsvertraglichen Regelung kann er sich demgegenüber im Rahmen des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Wege der Änderungskündigung gegenüber einer kleineren Gruppe von Beschäftigten von seinen Verpflichtungen lösen: Die „Schwelle“ ist daher unter Umständen sehr viel niedriger. Dazu kommt ein weiterer Gesichtspunkt. Wird eine vertragliche Zulage durch Aufhebungsvertrag oder Änderungskündigung beseitigt, so fällt sie ersatzlos weg; in aller Regel besteht keine Möglichkeit, im Wege von Verhandlungen zu einer neuen Regelung zu kommen. Anders ist es bei der Kündigung einer Betriebsvereinba-

rung: Soweit sie den Bereich von Mitbestimmungsrechten berührt, entfaltet sie nicht nur Nachwirkung, sondern schafft auch eine neue, kollektiv bestimmte Verhandlungssituation. Der Betriebsrat kann sich auf sein Mitbestimmungsrecht berufen und neue Verhandlungen durchsetzen, nach deren Scheitern die Einigungsstelle entscheidet. Für den die Betriebsvereinbarung kündigenden Arbeitgeber besteht daher das Risiko, eine vergleichbare oder gar eine für ihn ungünstigere Regelung aufzutroyieren zu bekommen. Jedenfalls im Bereich obligatorischer Mitbestimmung ist es daher unzutreffend, von einer „stärkeren“ Absicherung durch das Individualarbeitsrecht zu sprechen, da die Kündigung einer Betriebsvereinbarung eben nicht zum ersatzlosen Wegfall der Leistung führt. Eine solche Konsequenz tritt nur in den Fällen der freiwilligen Betriebsvereinbarung nach § 88 BetrVG ein. Auch hier muß jedoch der Arbeitgeber damit rechnen, daß eine inhaltlich nicht akzeptierte Kündigung die Kooperationsbereitschaft des Betriebsrats reduziert und ihm damit Schwierigkeiten bereitet, die im Rahmen individualrechtlicher Maßnahmen nicht oder sehr viel weniger zu befürchten sind. Schließlich erscheint es auch unangemessen, die Unterschiede zwischen individualrechtlicher und kollektivvertraglicher Absicherung dadurch eibnen zu wollen, daß man den Arbeitnehmern unterstellt, sie würden niemals darauf vertrauen, daß eine stärkere Absicherung als bei Vorliegen einer Betriebsvereinbarung erfolgt sei. Mit Recht ist in der Literatur darauf hingewiesen worden, daß bereits die vertragliche Form ein Vertrauen in der Weise schafft, daß eben nur mit Hilfe vertragsrechtlicher Mittel eine Änderung herbeigeführt werden kann¹⁹⁶.

Ein Wertungswiderspruch ergibt sich auch nicht dadurch, daß es möglich wäre, den Bestandsschutz des Individualarbeitsrechts mit Hilfe einer pauschalen Übernahme der einheitsvertraglichen Regelungen in eine Betriebsvereinbarung zu unterlaufen¹⁹⁷. Zwar ist es ohne Zweifel möglich, Allgemeine Arbeitsbedingungen in eine Betriebsvereinbarung zu übernehmen und diese dann nach § 77 Abs. 5 BetrVG mit dreimonatiger Frist zu kündigen. Ein solches Vorgehen ist jedoch nicht geeignet, den arbeitsvertraglichen Bestandsschutz zu beseitigen: Zum einen hat die Übernahme in eine Betriebsvereinbarung nicht zur Folge, daß bestimmte Klauseln der Arbeitsverträge damit gewissermaßen vernichtet würden. Es ergibt sich vielmehr in einem solchen Fall eine doppelte Absicherung sowohl durch den Einzelarbeitsvertrag als auch durch die auf diesen von außen her einwirkende Betriebsvereinbarung. Daß eine derartige doppelte Absicherung möglich ist, wird vom *Bundesarbeitsgericht* mittelbar dadurch anerkannt, daß in Betriebsvereinbarungen getroffene Regeln kraft ausdrücklicher Einigung in den Arbeitsvertrag übernommen werden können¹⁹⁸ – eine Gestaltung, die sinnlos wäre, wenn die Betriebsvereinbarung eine Art individualrechtlicher „Regelungssperre“ zur Folge hätte. Zum zweiten ist zu bedenken, daß das Günstigkeitsprinzip sich nicht nur auf den Inhalt bestimmter Arbeitsbedingungen, sondern auch auf deren Bestandsschutz erstreckt. Würde man also die „Kodifizierung“ vertraglicher Bestimmungen in einer Betriebsvereinbarung als „Herauslösung“ aus dem Arbeitsvertrag verstehen, so müßte gleichwohl das Maß an Bestandsschutz erhalten bleiben, das etwa die längeren Kündigungsfristen für Angestellte gewähren. Auch von daher müßte sich der Umweg über eine „zwischengeschaltete“

193 Vgl. den Überblick bei *Schaub* (Fußnote 48) S. 723; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 42. Aufl., § 242 Anm. 6 D a.

194 Nur ein Bruchteil aller betriebsratsfähigen Betriebe besitzt einen Betriebsrat; Berechnungen schwanken zwischen 10 und 19 v. H., doch sind dort rund zwei Drittel aller potentiell unter das BetrVG fallenden Arbeitnehmer beschäftigt; nähere Angaben bei *Däubler* (Fußnote 168) S. 236 f.

195 So *Säcker* (Fußnote 1) S. 357.

196 Vgl. *Richardi* (Fußnote 99) S. 402; ähnlich *Canaris* (Fußnote 1) S. 24; *Zöllner* (Fußnote 1) S. 79.

197 Vgl. *BAG* v. 30. 1. 70 (Fußnote 2) Bl. 6 R.

198 Vgl. *BAG* v. 24. 7. 58 (Fußnote 126).

Betriebsvereinbarung als Irrweg erweisen. Von wertungsmäßiger Inkonsistenz der hier vertretenen Lösung kann daher keine Rede sein.

Säcker¹⁹⁹ hat des weiteren darauf hingewiesen, das Vorliegen einer Betriebsvereinbarung sei in der betrieblichen Praxis häufig zweifelhaft. So komme es vor, daß der Arbeitgeber seine Maßnahmen zunächst mit dem Betriebsratsvorsitzenden abspreche, dann aber keine Betriebsvereinbarung abschließe, sondern eine einseitige Bekanntmachung vornehme. Weiter sei auch an den Fall zu denken, daß die getroffene Regelung zwar von beiden Seiten unterschrieben werde, daß jedoch eine für die Wirksamkeit als Betriebsvereinbarung notwendige Beschlußfassung im Betriebsrat fehle. Der Zufall, ob eine wirksame Betriebsvereinbarung vorliege, könne nicht über das Ausmaß des Bestandsschutzes entscheiden.

Auch dieser Weg, eine Einheitlichkeit der Absicherung zu erreichen, ist letztlich nicht gangbar. Zum einen ist nicht einzusehen, warum diese Erwägung zwingend die Ersetzung Allgemeiner Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarung rechtfertigen soll; der „Zufall“ wäre auch dann ausgeschaltet, wenn man den Bestandsschutz ausschließlich nach individualarbeitsrechtlichen Regeln bestimmen würde. Dazu kommt, daß Abgrenzungsprobleme eine durchaus geläufige Erscheinung sind, die gemeinhin nicht als Anlaß dafür genommen werden, bestimmte Rechtsinstitute überhaupt in Abrede zu stellen. Mangels ausreichender empirischer Untersuchungen läßt sich zwar keine sichere Aussage zu der Frage machen, wie häufig die von Säcker beschriebenen Konstellationen in der Praxis auftauchen, doch kann man durchaus unterstellen, daß es sich nicht nur um reine Ausnahmerscheinungen handelt. In Fällen dieser Art ist eben eine Sachaufklärung erforderlich, die sich ggf. auch auf die Frage zu erstrecken hat, ob nicht an eine doppelte Absicherung – durch Betriebsvereinbarung und durch Arbeitsvertrag – gedacht war. Ergeben sich vom Tatsächlichen her Schwierigkeiten, so ist nach Beweislastregeln zu verfahren: Vertritt der Arbeitgeber den Standpunkt, seine Leistungspflicht sei wegen Kündigung der Betriebsvereinbarung weggefallen, so muß er eben auch das Vorliegen einer Betriebsvereinbarung beweisen. Schließlich existieren Abgrenzungsprobleme auch für die Gegenmeinung; denn diese muß doch im einzelnen danach differenzieren, ob eine individuelle Sondervereinbarung oder eine betriebseinheitliche Regelung vorliegt²⁰⁰.

Eine weitere Ungereimtheit soll sich dann ergeben, wenn der Arbeitgeber den Inhalt einer ausgelaufenen Betriebsvereinbarung weiter praktiziert, obwohl diese keine Nachwirkung entfaltet – was dann der Fall ist, wenn es sich nicht um einen Gegenstand der obligatorischen Mitbestimmung handelt (§ 77 Abs. 6 BetrVG) oder wenn die Nachwirkung ausdrücklich ausgeschlossen wurde²⁰¹. In diesen Fällen bleibt nämlich nur die Möglichkeit, die frühere kollektive Regelung zum Inhalt der Arbeitsverträge werden zu lassen, was dann den andersartigen (nach der Gegenmeinung: besseren) Bestandsschutz des Individualarbeitsrechts zur Folge hätte. Das Eingreifen oder Nichteingreifen der Nachwirkung sei aber kein sachlicher Grund dafür, mehr oder weniger Absicherung zu gewähren²⁰².

Die Ungereimtheit liegt in einem solchen Fall nicht in der Anwendung des Günstigkeitsprinzips im Verhältnis zwischen einer betriebseinheitlichen Regelung und einer Be-

triebsvereinbarung, sondern in dem „Eingehen“ des Inhalts der Betriebsvereinbarung in die Arbeitsverträge, sobald die Nachwirkung nicht zum Tragen kommt. Sie könnte jedoch eher Anlaß dafür sein, die allgemein akzeptierte These zu überdenken, die Betriebsvereinbarung wirke nach Art eines Gesetzes von außen her auf die Arbeitsverhältnisse ein, würde aber nicht Inhalt derselben. Solange man diese Differenzierung beibehält, läßt sich ein Wandel der Rechtsnatur des Inhalts der Betriebsvereinbarung nicht vermeiden, wenn diese effektiv ausgelaufen ist²⁰³. Im hier interessierenden Zusammenhang führt dies allerdings keineswegs zu widersprüchlichen Ergebnissen: Arbeitsbedingungen, die auf Grund einer beendeten Betriebsvereinbarung in die Arbeitsverträge eingegangen sind, sind den Umständen nach „betriebsvereinbarungsoffen“, enthalten also als typische Übergangsregelung den stillschweigenden Vorbehalt, daß sie durch eine neue Betriebsvereinbarung auch zum Nachteil der Beschäftigten geändert werden können²⁰⁴.

Das *Bundesarbeitsgericht* begründete im Urteil v. 30. 1. 1970 sein Ergebnis schließlich mit der Erwägung, die Ablösbarkeit einer betrieblichen Ruhegeldordnung durch eine Betriebsvereinbarung entspreche auch den Grundgedanken des geltenden Arbeitsrechts²⁰⁵. Die zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat abgeschlossene betriebliche Ruhegeldvereinbarung verwirkliche „den Vereinbarungs- und Mitbestimmungsgedanken“; sie verdiene deshalb, „als Rechtsinstitut gefördert zu werden“. Stellt es eine „wenig mitbestimmungsfreundliche“ Position dar, wenn man das Günstigkeitsprinzip zugrunde legt und so den Parteien einer Betriebsvereinbarung bestimmte Gestaltungsmöglichkeiten verschließt? Setzt man sich wirklich mit „Grundgedanken des geltenden Arbeitsrechts“ in Widerspruch?

Zunächst ist zweifelhaft, ob die als solche völlig berechnete rechtspolitische Erwägung des *Bundesarbeitsgerichts* soweit reicht, daß selbst Individualrechte beseitigt werden können. Bedeutet „Förderung der Mitbestimmung“ auch das Recht, bestimmte Positionen der Belegschaft oder einzelner Arbeitnehmergruppen zu verschlechtern? Dagegen spricht die Vorschrift des § 75 Abs. 2 BetrVG, wonach Arbeitgeber und Betriebsrat die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern haben. Dagegen spricht weiter die Erwägung, daß es auch im Betriebsverfassungsrecht einen gewissen Minderheitenschutz gibt, der auf diese Weise überspielt werden könnte²⁰⁶. Auch wenn man dem keine Bedeutung beimißt, ist recht schwer nachvollziehbar, weshalb das dem Betriebsrat eingeräumte Recht, zusammen

199 Säcker (Fußnote 1) S. 357 f.

200 Vgl. dazu meine Ausführungen unter C mit Fußnote 122.

201 Zur Nachwirkung vgl. *Fitting/Auffarth/Kaiser* (Fußnote 1) § 77 Anm. 46.

202 Vgl. Säcker (Fußnote 1) S. 312 ff., 358.

203 *Dietz/Richardi* (Fußnote 1) § 77 Anm. 117 nehmen eine generelle Nachwirkung von Betriebsvereinbarungen an, so daß sich das Problem nicht stellt.

204 Zum Problem der „betriebsvereinbarungsoffenen“ Arbeitsbedingungen vgl. meine Ausführungen unter D VI.

205 Vgl. *BAG* v. 30. 1. 70 (Fußnote 2) Bl. 6, auch zum Folgenden.

206 Vgl. v. *Hoyningen-Huene*, „Der Schutz des Individualwillens in der Betriebsverfassung“, *ZRP* 1978 S. 181 ff.; vgl. weiter *Blomeyer* (Fußnote 64), nach dem sich ein Initiativrecht des Betriebsrats zu Lasten bestimmter Arbeitnehmergruppen auswirken könne.

mit dem Arbeitgeber den Status quo zu verschlechtern, der Mitbestimmung förderlich sein sollte²⁰⁷. Faktisch führt ein solcher Grundsatz zu einer Schwächung der Verhandlungsposition des Betriebsrats, der eine von der Belegschaft im Zweifel gewünschte „Besitzstandsklausel“ durch Konzessionen auf anderen Gebieten erkaufen muß²⁰⁸. Ist ihm dies nicht möglich, so gerät er in die Situation einer Instanz, die den vom Arbeitgeber gewünschten Abbau sozialer Leistungen erleichtert und reibungsloser werden läßt: An die Stelle zahlloser Aufhebungsverträge oder Änderungskündigungen tritt aus Arbeitgebersicht die schlichte Einigung mit dem Betriebsrat, was – unbeschadet der inhaltlichen Tragweite des individualrechtlichen und des kollektivrechtlichen Bestandsschutzes – jedenfalls vom äußeren Ablauf her der einfachere Weg ist. Auch kann man damit rechnen, daß die Akzeptanz der gefundenen Lösung größer ist, wenn ihr der Betriebsrat als Vertreter der Belegschaft zugestimmt hat. Kritik seitens einzelner Belegschaftsangehöriger müßte sich automatisch auch gegen die eigene Interessenvertretung richten. Wie immer man eine solche Situation einschätzen mag – mit einer „Förderung des Mitbestimmungsgedankens“ hat sie offensichtlich nichts zu tun. Noch deutlicher wird dies, wenn man bedenkt, daß der Betriebsrat in vielen Fällen vor die Alternative gestellt werden kann, entweder einer Verschlechterung zuzustimmen oder aber einen Arbeitsplatzabbau in Kauf zu nehmen. Wie nachteilig sich die bisherige Konzeption des *Bundesarbeitsgerichts* auf die Handlungsmöglichkeiten und die Verankerung des Betriebsrats in der Belegschaft auswirkt, wird schließlich dadurch unterstrichen, daß die abgeschlossene Betriebsvereinbarung ja nur betriebseinheitliche Regelungen aufhebt, individuelle Sondervereinbarungen jedoch unangetastet läßt²⁰⁹. Eine wirkliche „Opfergemeinschaft“ kommt sowieso nicht zustande; es geht nur darum, die Lasten auf die „Normalarbeitnehmer“ zu verteilen. Legt man die Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* zugrunde, so ist zu guter Letzt jeder Betriebsrat schlecht beraten, der sich des vom Gesetz vorgesehenen Mittels der Betriebsvereinbarung bedient. Nur hier riskiert er, bestehende Rechte der Belegschaft zu schmälern, während eine informelle Mitwirkung an der Weiterent-

wicklung einheitsvertraglicher Regelungen keinerlei Verschlechterungsgefahr mit sich bringt. Auch könnte es im Extremfall für die Belegschaft sinnvoll sein, in einem viele Sozialleistungen gewährenden Betrieb gar keinen Betriebsrat zu wählen – auch dies ist ein Anhaltspunkt dafür, daß sich die bisherige Konzeption des *Bundesarbeitsgerichts* nicht mit dem Gedanken einer Förderung der Mitbestimmung rechtfertigen läßt.

Der Rückgriff auf das Günstigkeitsprinzip führt somit zu keinen widersprüchlichen, wertungsmäßig nicht miteinander in Einklang zu bringenden Ergebnissen. Ergänzend sei darauf verwiesen, daß gerade umgekehrt der bisherigen Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* der Vorwurf gemacht werden kann, nicht immer konsequent vorzugehen. So wurde in der Literatur betont, es stelle einen Widerspruch dar, wenn man vortarifliche günstigere Betriebsvereinbarungen bestehen lasse²¹⁰, während man einheitsvertragliche Regelungen der Verschlechterung durch Betriebsvereinbarung unterwerfe²¹¹.

Weitere Argumente, die für eine Sonderbehandlung einheitsvertraglicher Arbeitsbedingungen im Verhältnis zu individuellen Sondervereinbarungen sprechen, sind nicht ersichtlich²¹². Auch hier muß daher das Günstigkeitsprinzip angewandt werden²¹³.

VI. „Betriebsvereinbarungsoffene“ Arbeitsverträge

Die Anwendung des Günstigkeitsprinzips verliert dann an Bedeutung, wenn der „vertraglichen Einheitsregelung“ der Vorbehalt entnommen werden kann, daß eine Verschlechterung durch Betriebsvereinbarung (oder Tarifvertrag) jederzeit zulässig wäre. Nimmt man einen solchen Vorbehalt in nahezu allen Fällen an, so tritt derselbe Effekt wie bei Anwendung des Ordnungsprinzips oder der neueren Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* ein²¹⁴.

Die Stellungnahmen des *Bundesarbeitsgerichts* zum Vorliegen derartiger oder vergleichbarer Vorbehalte ist durchaus uneinheitlich. In der Entscheidung v. 26. 10. 1962 wurde hilfsweise darauf verwiesen, das Ordnungsprinzip ergäbe sich „regelmäßig“ auch aus der Auslegung der vorhergehenden Einheitsregelung²¹⁵. Ähnlich formuliert der 6. Senat in seinem Urteil v. 12. 8. 1982: „Meist“ werde die Auslegung von Einzelarbeitsverträgen – insbesondere bei Leistungen auf der Grundlage betrieblicher Leistungsordnungen – ergeben, daß die vertragliche Bindung des Arbeitnehmers an die betriebliche Ordnung auch ihre Regelung durch eine für ihn belastende Betriebsvereinbarung umfasse²¹⁶. In derselben Entscheidung heißt es an späterer Stelle, das Günstigkeitsprinzip schließe nicht aus, „daß in Einzelarbeitsverträgen ausdrücklich oder konkludent deren Ablösung durch eine Betriebsvereinbarung zugelassen wird, z. B. durch Hinweis auf die jeweils geltenden Betriebsvereinbarungen“²¹⁷. Von einer Art Regelvermutung scheint hier nicht mehr die Rede zu sein. Sehr zurückhaltend war das *Bundesarbeitsgericht* erst recht mit der Annahme eines Vorbehalts, wonach trotz einmal begonnener Handhabung einer betrieblichen Übung die Entstehung eines Rechtsanspruchs nur dann ausgeschlossen werden könne, wenn dies „klar und unmißverständlich“ kundgetan werde²¹⁸. In durchaus vergleichbarer Weise wurde gefordert, der Verzicht auf die Kündigungsschutzklage müsse in einer Ausgleichsquittung „unmißverständlich“ zum Ausdruck gekommen sein²¹⁹.

207 Richtig *Dietz/Richardi* (Fußnote 1) § 77 Anm. 123.

208 Insoweit liegt die Situation gleich wie beim sog. tarifdispositiven Richterrecht; vgl. dazu *Däubler/Hege* (Fußnote 88) S. 86 mit weit. Nachweisen.

209 Vgl. *meine* Ausführungen unter C.

210 So *BAG* v. 9. 12. 57 (Fußnote 19); *BAG* v. 17. 4. 59, AP Nr. 1 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip = *ArbuR* 1959 S. 287. Die Frage hat unter der Geltung des § 77 Abs. 3 BetrVG 1972 allerdings ihre Bedeutung verloren.

211 Vgl. *Richardi* (Fußnote 99) S. 401; *Säcker* (Fußnote 1) S. 322.

212 Zu Praktikabilitätsproblemen beim Günstigkeitsprinzip vgl. *meine* Ausführungen unter D III.

213 Ebenso im Ergebnis *Belling* (Fußnote 98) S. 2513 ff.; *Canaris* (Fußnote 1) S. 24; *Däubler* (Fußnote 168) S. 284; *Dietz/Richardi* (Fußnote 1) § 77 Anm. 119 ff.; *Kreutz* (Fußnote 1) S. 48, 224; *Söllner* (Fußnote 1) S. 166; *Zöllner* (Fußnote 1) S. 79.

214 Richtig *Säcker* (Fußnote 1) S. 307.

215 Vgl. *BAG* v. 26. 10. 62 (Fußnote 2) Bl. 2.

216 Vgl. *BAG* v. 12. 8. 82 (Fußnote 6).

217 Vgl. *BAG* v. 12. 8. 82 (Fußnote 6).

218 Vgl. *BAG* v. 5. 2. 71, AP Nr. 10 zu § 242 BGB Betriebliche Übung = *ArbuR* 1971 S. 120.

219 Vgl. *BAG* v. 3. 5. 79, *ArbuR* 1980 S. 182 = *DB* 1979 S. 1465.

Unbestritten ist zunächst, daß ein derartiger Vorbehalt zulässig ist²²⁰, daß er in der Praxis jedoch nur selten ausdrücklich vereinbart wird. Konsens dürfte auch noch insoweit bestehen, als unter bestimmten Voraussetzungen eine stillschweigende oder aus den Umständen rückschließbare (konkludente) Abmachung möglich ist²²¹. Die Umstände müssen allerdings so beschaffen sein, daß sich der Vorbehalt den Arbeitnehmern geradezu aufdrängt. Dies ist etwa dann der Fall, wenn eine kollektivvertragliche Regelung mangels Nachwirkung vorübergehend als einheitsvertragliche Regelung fortgilt²²². Jenseits dieser Grenze herrscht ein beträchtliches Maß an Unsicherheit. Während auf der einen Seite *Richardi* die Grundsätze ergänzender Vertragsauslegung heranziehen und darauf abstellen möchte, ob der Arbeitnehmer sich hätte redlicherweise auf einen Vorbehalt einlassen müssen²²³, steht *Säcker* auf dem Standpunkt, die Annahme eines Vorbehalts sei in derartigen Fällen fiktiv²²⁴. Es fehle an einer rechtssatzmäßig fundierten normativen Wertung, um einen derartigen Vorbehalt zu unterstellen; für eine entsprechende Rechtsfortbildung fehle ein Bedürfnis.

Für einen im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gewonnenen oder als „Regelvermutung“ zugrunde gelegten Vorbehalt fehlt in der Tat jede Grundlage. Die Tatsache, daß der Arbeitgeber eine bestimmte Abmachung in gleicher Weise mit zahlreichen anderen Belegschaftsangehörigen trifft, ist kein ausreichendes Indiz dafür, die vorweggenommene Einwilligung des Arbeitnehmers mit einer Verschlechterung durch Betriebsvereinbarung anzunehmen²²⁵. Dies gilt auch dann, wenn die Regelung nicht in einem Formulararbeitsvertrag getroffen wurde, sondern sich in einer betrieblichen Gratifikations- oder Versorgungsordnung befindet, auf die im einzelnen Arbeitsvertrag Bezug genommen wird²²⁶. Auch dann besteht unter Umständen für den Arbeitnehmer keine Sicherheit, an einer faktisch kollektiven Regelung zu partizipieren, da es sich in der Regel seiner Kontrolle entzieht, ob auch mit den übrigen Beschäftigten vergleichbare Bezugnahmen vereinbart wurden.

Gravierender ist allerdings die Tatsache, daß die Annahme eines stillschweigenden Vorbehalts dem Arbeitnehmer unterstellen würde, gewissermaßen für eine Kumulation von Verschlechterungsmöglichkeiten plädiert zu haben: Trotz eines entsprechenden Vorbehalts bleibt es dem Arbeitgeber ja unbenommen, die betriebseinheitliche Regelung im Wege von Aufhebungsverträgen oder von Änderungskündigungen abzuschaffen. Aus der Interessenlage des Beschäftigten heraus wäre es vielleicht noch denkbar, eine Beschränkung auf kollektive Änderungsmöglichkeiten gewollt zu haben; sich den Nachteilen der individualvertraglichen wie der kollektivrechtlichen Ordnung zu unterwerfen, kann schwerlich gewollt sein. Einen Rechtssatz zu entwickeln, der eine entsprechende Vermutung zu Lasten des Arbeitnehmers beinhalten würde, ist nicht möglich. Der Richter würde sich damit in Widerspruch zur Wertung des § 4 Abs. 3 TVG setzen, hätte eine solche Annahme doch zur Folge, daß das Günstigkeitsprinzip weithin auf dem Papier stünde. Weiter ist zu berücksichtigen, daß die Formulierung einheitsvertraglicher Arbeitsbedingungen Sache des Arbeitgebers war, der – wie bereits oben²²⁷ betont – damit „Herr des Vertragswerks“ war. Hat er es versäumt, einen eindeutigen Vorbehalt aufzunehmen und

war dies auch nicht deshalb überflüssig, weil eine mögliche Verschlechterung durch Betriebsvereinbarung den Umständen nach offensichtlich möglich sein sollte, so muß er der Wertung des § 5 AGB-G entsprechend die Nachteile tragen und diejenige Auslegung gegen sich gelten lassen, die ihm die schlechtere Rechtsposition bringt²²⁸. Insofern gilt nichts anderes als bei der Ausgleichsquittung, die ebenfalls vom Arbeitgeber einseitig vorformuliert wird und bei der demnach ein Rechtsverzicht des Arbeitnehmers klar und unzweideutig zum Ausdruck kommen muß²²⁹. „Betriebsvereinbarungsoffene“ Abmachungen dürften daher eher die Ausnahme sein.

VII. Zusammenfassung

Das Günstigkeitsprinzip gilt auch im Verhältnis arbeitsvertraglicher Einheitsregelungen zu einer nachfolgenden schlechteren Betriebsvereinbarung. Die Wirksamkeit der „Allgemeinen Arbeitsbedingungen“ scheitert weder an § 77 Abs. 3 BetrVG noch an der Tatsache, daß auf den Gebieten des § 87 Abs. 1 BetrVG wirksames Handeln des Arbeitgebers von der Zustimmung des Betriebsrats abhängig ist. Eine Ablösung der einheitsvertraglichen Regelung nach dem „Ordnungsprinzip“ ist nicht begründbar. Die in der neueren Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* angeführten Erwägungen greifen ebenfalls nicht durch: Das individualrechtliche Instrumentarium reicht aus, um eine „Versteinerung“ der betrieblichen Verhältnisse zu vermeiden; die Trennung von individual- und kollektivrechtlichen Formen des Abbaus führt nicht zu wertungsmäßigen Inkonsistenzen. In die arbeitsvertragliche Einheitsregelung kann jedoch ein Vorbehalt zugunsten einer späteren Verschlechterung durch Betriebsvereinbarung aufgenommen werden.

E. Abbau von Rechtspositionen auf Grund Gesamtzusage, Betriebsübung und Gleichbehandlungsgrundsatz durch Betriebsvereinbarung?

I. Das Problem

Die bisherigen Ausführungen waren der Frage gewidmet, ob und in welchem Umfang Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarung verschlechtert werden können, die unzweifelhaft Inhalt der jeweiligen Arbeitsverträge geworden waren. Bei den nunmehr zu behandelnden Gestaltungen ist dies weniger selbstverständlich: Bei der sog. Ge-

220 Vgl. *Dietz/Richardi* (Fußnote 1) § 77 Anm. 124; *Säcker* (Fußnote 1) S. 301.

221 Für stillschweigende Abrede *Zöllner* (Fußnote 1) S. 79, 322; für konkludente Abrede etwa *BAG* v. 12. 8. 82 (Fußnote 6) und *Richardi* (Fußnote 99) S. 404.

222 Vgl. *meine* Ausführungen unter D V.

223 Vgl. *Richardi* (Fußnote 99) S. 404; vgl. auch *Dietz/Richardi* (Fußnote 1) § 77 Anm. 124.

224 Vgl. *Säcker* (Fußnote 1) S. 302 ff.; ebenso *Thiele* (Fußnote 15) § 77 Anm. 169.

225 Richtig *Hueck*, Anm. zu *BAG*, AP Nr. 87 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

226 Insoweit anders *Hueck* (Fußnote 225).

227 Vgl. *meine* Ausführungen unter D IV 2 mit Fußnoten 178, 179.

228 Auf die Unklarheitenregel des AGB-Rechts verweist auch *Säcker* (Fußnote 1) S. 178 ff., 301 f.; ähnlich *Canaris* (Fußnote 1) S. 21.

229 So *BAG* v. 3. 9. 79 (Fußnote 219); für die Übertragung der Wertung des § 5 AGB-G auf Allgemeine Arbeitsbedingungen vgl. *Däubler* (Fußnote 49) S. 62; *ArbG Bremen* v. 8. 9. 77, BB 1977 S. 1704.

samtzusage, bei der Betriebsübung sowie bei der Berufung auf den Gleichbehandlungsgrundsatz kann es sehr zweifelhaft sein, ob und unter welchen Voraussetzungen die „kollektive“ betriebliche Ordnung in die Arbeitsverträge rezipiert wurde. Daraus können sich möglicherweise Sonderprobleme ergeben.

II. Die Gesamtzusage

Für den Bereich der betrieblichen Altersversorgung hat die Rechtsprechung im Anschluß an *Hilger*²³⁰ die Figur der sog. Gesamtzusage entwickelt, einer einseitigen, kollektivrechtlichen Erklärung des Arbeitgebers an die Belegschaft (oder einzelne Arbeitnehmergruppen), die für sich allein und ohne ausdrückliche Annahmeerklärung eine rechtliche Verpflichtung schafft²³¹. Eine derartige Rechtsfigur ist im geltenden kollektiven Arbeitsrecht jedoch nicht vorgesehen. Sie ähnlich wie eine Reihe von Rechtsinstituten im Arbeitskampfrecht²³² im Wege der Rechtsfortbildung zu entwickeln, besteht kein Anlaß. Die vom Arbeitgeber ausgehende Erklärung, seiner Belegschaft (oder Teilen davon) eine betriebliche Altersversorgung gewähren zu wollen, läßt sich unschwer mit den Mitteln des überkommenen Vertragsrechts erfassen: Es handelt sich um das Angebot einer Vertragsergänzung, das im Normalfall durch Weiterarbeit, sonst spätestens dann von den Arbeitnehmern angenommen wird, wenn sie sich auf die Zusage berufen. Daß kein durchschlagendes Bedürfnis für die Entwicklung einer neuen Verpflichtungsform besteht, wird auch daran deutlich, daß außerhalb des Bereichs der betrieblichen Altersversorgung keine Unzuträglichkeiten sichtbar geworden sind, die durch eine Übernahme dieser Konzeption hätten bewältigt werden können. Davon ganz abgesehen kann es nicht Sinn des Betriebsverfassungsrechts sein, über das ausdrücklich im Gesetz Vorgesehene hinaus die Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers zu erweitern. Das Betriebsverfassungsgesetz ist vielmehr eine

vom liberalen Vertragsmodell abweichende Sonderordnung²³³, die der auf Eigentum und Vertragsfreiheit beruhenden Ordnung gewissermaßen übergestülpt wird. Dort, wo diese Ordnung endet, greift allein das zivilrechtliche Instrumentarium Platz – eine Tatsache, die u. a. in § 77 Abs. 1 Satz 2 BetrVG zum Ausdruck kommt, wonach dem Betriebsrat auch auf den seiner Mitbestimmung unterliegenden Gebieten jeder Eingriff in die Betriebsleitung untersagt ist. Es wäre daher wenig plausibel, würde dem Arbeitgeber eine eigenständige kollektive Regelungsmacht zugestanden. Dazu kommt, daß auch auf individualrechtlicher Ebene kein Anhaltspunkt für eine derartige Durchbrechung des Vertragsprinzips nach § 305 BGB besteht. Die Auslobung nach den §§ 657 ff. BGB betrifft einen anderen Tatbestand und ist überdies schon wegen der in § 658 Abs. 1 BGB festgelegten freien Widerruflichkeit nicht für den Tatbestand der betrieblichen Altersversorgung geeignet. Die vom Arbeitgeber erklärte „Gesamtzusage“ muß daher als Vertragsangebot aufgefaßt werden, das von den betroffenen Arbeitnehmern angenommen wird²³⁴. Insofern ergibt sich dieselbe Rechtslage wie bei einheitsvertraglichen Arbeitsbedingungen²³⁵.

III. Ansprüche kraft Betriebsübung

Werden in einem Betrieb längere Zeit hindurch bestimmte Leistungen erbracht, ohne daß eine wirksame kollektivvertragliche oder eine ausdrückliche arbeitsvertragliche Vereinbarung nachweisbar wäre, liegt in der Regel eine sog. Betriebsübung vor. Nach der Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* setzt sie auf Arbeitgeberseite einen „Verpflichtungswillen“ nur insoweit voraus, als der Arbeitgeber den objektiven Tatbestand einer betrieblichen Handhabung wissentlich gesetzt haben muß. Er braucht nicht zu wissen, daß sich aus diesem Tatbestand für ihn eine Dauerbindung ergibt; erst recht braucht er diese Dauerbindung nicht gewollt zu haben²³⁶. Die Einordnung des Arbeitnehmerverhaltens bereitet in der Regel weniger Schwierigkeiten, da die Zustimmung jedenfalls zu begünstigenden Regelungen sinngemäß dadurch erklärt wird, daß in Kenntnis des Arbeitgeberverhaltens weitergearbeitet wird. Literatur und Rechtsprechung sind sich nicht einig darüber, ob die Betriebsübung in allen Fällen stillschweigend in die Arbeitsverträge übernommen wird oder ob der Arbeitgeber nur deshalb zur Leistung verpflichtet ist, weil er einen Vertrauensstatbestand gesetzt hat²³⁷. Im vorliegenden Zusammenhang ist dies jedoch ohne Bedeutung. Folgt man der Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts*, so entstehen auch auf der Basis der zweiten Auffassung arbeitsvertragliche Ansprüche²³⁸, die in bezug auf die Ablösung durch eine Betriebsvereinbarung genauso wie eine einheitsvertragliche Regelung zu behandeln sind²³⁹. Geht man statt dessen davon aus, daß die Vertrauenshaftung einen selbständigen Verpflichtungstatbestand darstellt, der dann eingreift, wenn eine vertragliche Einigung nicht nachweisbar ist²⁴⁰, so ist das Ergebnis kein anderes: Der Umfang der Vertrauenshaftung bestimmt sich allein nach individualrechtlichen Gesichtspunkten²⁴¹; sofern kein ausdrücklicher oder konkludenter Vorbehalt zugunsten einer Abänderung durch Betriebsvereinbarung gemacht wurde, besteht keinerlei Anlaß zu der Annahme, der „Vertrauensschutz“ dauere nur solange, bis eine Betriebsvereinbarung eine (schlechtere) Regelung geschaffen ha-

230 Vgl. *Hilger*, Das betriebliche Ruhegeld (1959), S. 51 ff.

231 Vgl. *BAG* v. 12. 3. 63, AP Nr. 90 zu § 242 BGB Ruhegehalt = *ArbUr* 1964 S. 25.

232 Zu denken ist beispielsweise an das Abkehrrecht des suspendierend ausgesperrten Arbeitnehmers (*BAG* [GS] v. 21. 4. 71 [Fußnote 157] Bl. 9) oder an die „Empfangszuständigkeit“ der Streikleitung (*BAG* v. 26. 10. 71, AP Nr. 44 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = *ArbUr* 1972 S. 122).

233 Näher dazu *Däubler*, „Grundstrukturen der Betriebsverfassung – Eine kurze rechtsdogmatische Betrachtung“, *ArbUr* 1982 S. 6 ff.

234 Kritisch auch *Dietz/Richardi* (Fußnote 1) § 77 Anm. 168; *Hueck/Nipperdey* (Fußnote 18) Bd. I, S. 151 Fußn. 14. *Säcker* (Fußnote 1) S. 133 ff. legt die Gesamtzusage zwar seinen Ausführungen zugrunde, läßt sie dann aber in die Einzelarbeitsverträge eingehen.

235 Vgl. *meine* Ausführungen unter D.

236 Vgl. *BAG* v. 5. 2. 71 (Fußnote 218) Leitsatz 1.

237 Vgl. die Übersicht in der Entsch. des *BAG* v. 5. 2. 71 (Fußnote 218) Bl. 2 R.

238 Vgl. *BAG* v. 5. 2. 71 (Fußnote 218) Leitsatz 4; *BAG* v. 1. 3. 72, AP Nr. 11 zu § 242 BGB Betriebliche Übung = *ArbUr* 1972 S. 254.

239 Dazu „neigt“ auch *BAG* v. 5. 2. 71 (Fußnote 218) Bl. 5, allerdings auf der Basis grundsätzlicher Ablösbarkeit entsprechend den in *BAG* v. 30. 1. 70 (Fußnote 2) entwickelten Grundsätzen.

240 Von der subsidiären Rolle der Vertrauenshaftung spricht zu Recht *Buchner*, Anm. zu *BAG*, AP Nr. 10 zu § 242 BGB Betriebliche Übung Bl. 7.

241 Vgl. *Canaris* (Fußnote 1) S. 24; *Richardi* (Fußnote 99) S. 402; *Zöllner* (Fußnote 1) S. 322.

be²⁴². Insofern ändert sich auch hier nichts an den oben²⁴³ herausgearbeiteten Grundsätzen.

IV. Ansprüche auf Gleichbehandlung

Nicht entschieden zu werden braucht die Frage, ob Ansprüche auf Gleichbehandlung mit anderen Arbeitnehmergruppen im Betrieb vertragsrechtlicher Natur sind oder ob sie sich unmittelbar aus § 75 Abs. 1 BetrVG oder anderen gesetzlichen Verankerungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes ergeben. Ansprüche auf Gleichbehandlung sind immer insoweit akzessorisch, als sie das Schicksal der Rechte teilen, auf die hin die Gleichbehandlung erfolgen soll. Wird eine durch Betriebsvereinbarung oder durch arbeitsvertragliche Regelungen geschaffene „Ordnung“ wirksam aufgehoben, so verliert auch der Anspruch auf Gleichbehandlung seine Grundlage. Bleibt diese Ordnung jedoch ungeschmälert bestehen, so scheidet ein isolierter Abbau der Ansprüche auf Gleichbehandlung aus, da dies ihrem zwingenden Charakter zuwiderlaufen würde. Sieht etwa eine Gratifikationsordnung höhere Leistungen für Angestellte als für Arbeiter vor, so kann auch nicht durch Betriebsvereinbarung oder einheitsvertragliche Regelung festgelegt werden, daß die Ansprüche der Arbeiter wieder auf das ursprüngliche Niveau gesenkt werden²⁴⁴. Auch auf individualvertraglicher Ebene ist etwas Derartiges ausgeschlossen; § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB ist nicht nur auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau, sondern auf alle Differenzierungsverbote anzuwenden.

F. Schranken der Verschlechterung durch Betriebsvereinbarung

I. Überblick

Nach hier vertretener Auffassung kommt ein Abbau von Sozialleistungen und anderen den Arbeitnehmern günstigen Arbeitsbedingungen nur dann in Betracht, wenn eine Betriebsvereinbarung durch eine andere ersetzt wird oder wenn die Arbeitsverträge „betriebsvereinbarungsoffen“ sind. Nach der Rechtsprechung des 3. Senats können darüber hinaus alle arbeitsvertraglichen Einheitsregelungen unter Einschluß der durch Gesamtzusage und Betriebsübung begründeten durch Betriebsvereinbarung verschlechtert werden. Für beide Positionen stellt sich in prinzipiell gleicher Weise das Problem, welche Schranken die verschlechternde Betriebsvereinbarung zu beachten hat.

Eine umfassende Darlegung und Aufarbeitung der Grenzen der Betriebsautonomie kann im vorliegenden Zusammenhang nicht geleistet werden. Dem Gegenstand der Arbeit entsprechend sollen lediglich diejenigen Schranken skizziert werden, die bei einer Verschlechterung in besonderem Maße relevant sind. Keine Vertiefung bedarf deshalb die – allgemein akzeptierte – Feststellung, daß die Partner der Betriebsvereinbarung an höherrangiges Recht, insbesondere an zwingendes Gesetzesrecht gebunden sind²⁴⁵. So wäre es etwa ausgeschlossen, entgegen § 75 Abs. 1 BetrVG eine Verschlechterung ausschließlich zu Lasten der weiblichen oder der ausländischen Belegschaftsmitglieder zu vereinbaren. Keiner weiteren Vertiefung bedarf an dieser Stelle auch die Grundrechtsbindung. Insofern kann auf die oben angestellten Überlegungen zum Bestandsschutz verwiesen werden²⁴⁶.

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist jedoch die Bindung der Parteien der Betriebsvereinbarung an verfassungsrechtliche, insbesondere an rechtsstaatliche Grundsätze, wie sie in der Beschränkung der Rückwirkung zum Ausdruck kommen (unten II). Daneben ist die vom *Bundesarbeitsgericht* entwickelte Billigkeitskontrolle relevant (dazu unten III).

II. Bindung an rechtsstaatliche Grundsätze

Die Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* geht in relativ allgemeinen Formulierungen davon aus, daß im Rahmen der betrieblichen Rechtssetzung rechtsstaatliche Grundsätze zu beachten sind. So wird etwa betont, die Parteien der Betriebsvereinbarung seien an das Prinzip des freiheitlichen und sozialen Rechtsstaats gebunden, das in den Art. 18, 20, 21 und 28 GG zum Ausdruck gekommen sei²⁴⁷. Im Zusammenhang mit der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmerseite ist an anderer Stelle davon die Rede, das Arbeitsgericht könne überprüfen, „ob die vom Hauptwahlvorstand erlassene Wahlordnung rechtsstaatlichen Grundsätzen entspreche“²⁴⁸. Für eine solche Übertragung der für die staatliche Rechtssetzung geltenden Prinzipien spricht die Erwägung, daß das einzelne Belegschaftsmitglied der betrieblichen Rechtssetzung in gleicher Weise unterworfen ist, wie beispielsweise der Bürger einer kommunalen Satzung. Die Tatsache, daß der Normunterworfenen im zweiten Fall mit Hilfe des Wahlakts über die Zusammensetzung und damit auch die Politik des „Gesetzgebers“ mitentscheiden kann, rechtfertigt unbestrittenermaßen weder eine Relativierung der Grundrechtsbindung noch eine eingeschränkte Bindung an rechtsstaatliche Grundsätze. Dasselbe muß dann erst recht gelten, wenn, wie im Bereich der betrieblichen Rechtssetzung, nur der eine Partner demokratisch legitimiert ist. In beiden Fällen besteht dasselbe Bedürfnis, Klarheit über die bestehende Rechtslage zu erhalten (woraus sich bestimmte Publizitätserfordernisse ergeben) sowie in dem Vertrauen auf die bestehende Rechtslage nicht in unangemessener Weise enttäuscht zu werden. Mit Recht werden deshalb auch Tarifverträge rechtsstaatlichen Grundsätzen unterworfen mit der Folge, daß unklare und unkalkulierbare Normen für unzulässig erklärt werden²⁴⁹.

Was die hier besonders interessierende Frage der Rückwirkung betrifft, so wird auch im betriebsverfassungsrechtlichen Schrifttum ausdrücklich die Parallele zum Verfassungsrecht gezogen²⁵⁰. Danach ist zu unterscheiden: Bei

242 Für die Anwendung des Günstigkeitsprinzips mit Recht Zöllner (Fußnote 1) S. 322.

243 Vgl. meine Ausführungen unter D.

244 Zur Gleichbehandlung von Arbeitern und Angestellten im Gratifikationsbereich vgl. BAG v. 5. 3. 80 (Fußnote 185).

245 Vgl. Dietz/Richardi (Fußnote 1) § 77 Anm. 57; Fitting/Auffarth/Kaiser (Fußnote 1) § 77 Anm. 73; Föhr (Fußnote 1) S. 57; Löwisch (Fußnote 55) S. 102; Thiele (Fußnote 15) § 77 Anm. 58; Weiss (Fußnote 1) § 77 Anm. 9.

246 Vgl. meine Ausführungen unter C III.

247 Vgl. BAG v. 20. 12. 57 (Fußnote 66); BAG v. 25. 3. 71 (Fußnote 2); zustimmend Kammann/Hess/Schlochauer (Fußnote 18) § 77 Anm. 19; Söllner (Fußnote 1) S. 168 i.V. mit S. 129.

248 Vgl. BAG v. 6. 2. 68, AP Nr. 16 zu § 76 BetrVG Leitsatz 5.

249 Dazu Blomeyer (Fußnote 62) S. 66 ff. mit weit. Nachweisen.

250 Vgl. Dietz/Richardi (Fußnote 1) § 77 Anm. 65.

der sog. echten Rückwirkung, d. h. bei einer nachträglichen Verschlechterung bereits entstandener Rechte, sind sehr enge Grenzen zu beachten. So ist eine Verschlechterung etwa für den Zeitraum zulässig, in dem die alte Betriebsvereinbarung bereits abgelaufen war, so daß die Belegschaftsangehörigen mit einer weniger günstigen Neuregelung rechnen mußten²⁵¹. Dasselbe gilt dann, wenn die Rechtslage unklar und verworren war²⁵². Dem entspricht es, wenn der 3. Senat die Kürzung des bereits erdienten Teilwerts einer Betriebsrente nur in seltenen Ausnahmefällen zulassen will²⁵³. Neben dem rechtsstaatlichen Vertrauensschutz greift Art. 14 GG ein, wenn man mit der bisherigen Auffassung des *Bundesarbeitsgerichts* die Beschneidung vertraglicher Rechte durch Betriebsvereinbarung zuläßt²⁵⁴.

Von sehr viel größerem Interesse ist im vorliegenden Zusammenhang die sog. unechte Rückwirkung. Sie liegt vor, wenn der Gesetzgeber auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition nachträglich im ganzen entwertet²⁵⁵. Ein solcher Fall wurde von der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* etwa dann angenommen, wenn die für Bausparverträge vorgesehenen steuerlichen Vorteile für die Zukunft beschränkt und dabei auch laufende Bausparverträge erfaßt werden²⁵⁶. Auch eine solche unechte Rückwirkung ist nicht unbeschränkt, sondern nur dann zulässig, wenn – verfassungsrechtlich gesprochen – im Einzelfall dem Vertrauensschutz des Bürgers im Verhältnis mit der Bedeutung des gesetzgeberischen Anliegens für das Wohl der Allgemeinheit geringerer Rang zukommt; nur wenn die Abwägung ergibt, daß das Vertrauen auf die Fortgeltung der bestehenden Lage den Vorrang verdient, ist die Regelung unzulässig²⁵⁷. Überträgt man diese Grundsätze auf die betriebliche Rechtssetzung, so steht auf der einen Seite der Vertrauensschutz der Arbeitnehmer. Auf der

anderen Seite dürfte allerdings nicht primär auf das Wohl der Allgemeinheit, sondern auf Arbeitgeberinteressen von hohem Gewicht, insbesondere solchen an der Erhaltung des Betriebs abzustellen sein: Würde man ausschließlich auf Allgemeininteressen abstellen, würde sich ein weitergehender Vertrauensschutz als im Verhältnis zur öffentlichen Gewalt ergeben²⁵⁸. Die Anwendung der Grundsätze über die unechte Rückwirkung läuft daher auf eine Interessenabwägung hinaus – was durchaus mit der Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* übereinstimmt, die zu diesem Resultat allerdings erst mit Hilfe der Billigkeitskontrolle gelangt²⁵⁹.

Was die Bewertung der Vertrauensschutzinteressen der Arbeitnehmer betrifft, so hat das *Bundesverfassungsgericht* in einem auf die Rentenversicherung bezogenen Beschluß durchaus nicht unwichtige Maßstäbe entwickelt²⁶⁰. In dieser Entscheidung ging es darum, daß der Gesetzgeber durch die Neuregelung der Rentenversicherung am 13. 2. 1957 das vorher bestehende Recht auf „Selbstversicherung“ abgeschafft hatte. Dieses bestand darin, daß jeder Deutsche bis zum vollendeten 40. Lebensjahr das Recht zum freiwilligen Eintritt in die Sozialversicherung hatte. Die Abschaffung dieses Rechts erfolgte rückwirkend v. 1. 1. 1956 an; wer sich zwischen diesem Datum und dem Inkrafttreten des Gesetzes versichert hatte, erhielt seine Beiträge zurück. Grund für die Rückwirkung war die Erwägung, eine wegen der öffentlichen Diskussion befürchtete „Eintrittswelle“ zu verhindern. Das *Bundesverfassungsgericht* erklärte diese Regelung für zulässig; dem erlittenen Vertrauensschaden komme kein erhebliches Gewicht zu. Im Zusammenhang damit führte es aus²⁶¹:

„Die gezahlten Beiträge werden auf Antrag zurückerstattet. Für die Abschätzung des Vertrauensschadens kommt es also allein darauf an, ob sich der Versicherungswillige durch den Beitritt zur Sozialversicherung in seinen Dispositionen so sehr festgelegt hatte, daß er andere ihm zur Zeit des Beitritts offenstehende Möglichkeiten der Selbstvorsorge nicht mehr oder nur unter finanziell unzumutbar erhöhten Opfern ausnutzen könnte. Dabei kommt wiederum dem Zeitablauf eine entscheidende Bedeutung zu; denn die Wahrscheinlichkeit eines Vertrauensschadens wird naturgemäß um so größer, je länger das Selbstversicherungsverhältnis andauert.“

Entscheidend kommt es nach Auffassung des *Bundesverfassungsgerichts* somit auf die Dispositionsfreiheit des Betroffenen an. Macht es für ihn keinen sehr großen wirtschaftlichen Unterschied, ob er in der Sozialversicherung bleibt oder ob er sich privat versichert, so kann der Gesetzgeber die ihm sinnvoll erscheinende Regelung treffen. Daraus läßt sich umgekehrt schließen, daß dann, wenn keine solche „Ausweichmöglichkeit“ mehr besteht, dem Vertrauensschutz ganz entscheidende Bedeutung zukommt. Für die im vorliegenden Zusammenhang besonders interessierende betriebliche Altersversorgung bedeutet dies, daß grundsätzlich nach Möglichkeiten der Privatversicherung oder anderer privater Vorsorge gefragt werden muß. Scheidet sie wegen des Alters der Betroffenen oder ihrer finanziellen Verhältnisse aus, kommt ihrem Vertrauen in den Fortbestand der bestehenden Regelungen ein besonders hoher Rang zu²⁶². Bei Gratifikationsordnungen und erst recht bei formellen Arbeitsbedingungen, wie z. B. dem Arbeitsbeginn, wird es zwar auch einen

251 Vgl. Dietz/Richardi (Fußnote 1) § 77 Anm. 65.

252 Vgl. BAG v. 14. 6. 62, AP Nr. 4 zu § 1 TVG Rückwirkung = ArbuR 1962 S. 380.

253 Vgl. BAG v. 8. 12. 81 (Fußnote 5).

254 Zur Bindung an Art. 14 GG vgl. meine Ausführungen unter C III. Wird lediglich eine Betriebsvereinbarung durch eine andere ersetzt, greift Art. 14 GG nicht ein; vgl. dazu meine Ausführungen unter B II. Bei der Ausnutzung eines arbeitsvertraglichen Vorbehalts kann nichts anderes gelten.

255 So BVerfG v. 23. 3. 71, BVerfGE 30, 392 (402) mit weit. Nachweisen aus der früheren Rspr.

256 Vgl. BVerfG v. 20. 6. 78, BVerfGE 48, 403 (415 ff.).

257 Vgl. BVerfG v. 9. 3. 71, BVerfGE 30, 250 (268); BVerfG v. 20. 6. 78 (Fußnote 256).

258 Zur vergleichbaren Problematik bei Grundrechtseingriffen vgl. meine Ausführungen unter C III 1. Das BAG hat beispielsweise vertragliche Nebentätigkeitsverbote (und damit Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 12 GG) im Interesse des Arbeitgebers zugelassen; vgl. BAG v. 13. 6. 58, AP Nr. 6 zu Art. 12 GG; BAG v. 3. 12. 70, ArbuR 1971 S. 309 = DB 1971 S. 581; BAG v. 26. 8. 76, ArbuR 1977 S. 156 = DB 1977 S. 544.

259 Vgl. BAG v. 8. 12. 81 (Fußnote 5).

260 Vgl. BVerfG v. 11. 10. 62, BVerfGE 14, 288 ff.

261 Vgl. BVerfG v. 11. 10. 62 (Fußnote 260) S. 303.

262 In seiner Entsch. v. 8. 12. 81 (Fußnote 5) will das BAG insoweit nur auf das Alter und das Ausmaß der Kürzungen abstellen; bei konsequenter Befolgung der vom BVerfG verfolgten Grundsätze muß jedoch nach alternativen Handlungsmöglichkeiten der Arbeitnehmer gefragt werden.

gewissen, in die Zukunft gerichteten Vertrauensschutz geben; doch kommt diesem deshalb kein so hoher Rang zu, weil sich die Beschäftigten nach einer Übergangsfrist auf die neue Situation einstellen können. Anders verhält es sich mit einer auf Grund kollektivvertraglicher Regelung erreichten Unkündbarkeit: Ihr kommt ganz zentrale Bedeutung zu, so daß sie auch durch einen neuen Tarifvertrag oder eine neue Betriebsvereinbarung nicht mehr beseitigt werden kann²⁶³. Gerade dieses Beispiel belegt im übrigen, daß der rechtsdogmatische Weg über die Beachtung rechtsstaatlicher Grundsätze dem Zugang über die „Billigkeitskontrolle“ vorzuziehen ist; diese würde bei Tarifverträgen versagen²⁶⁴.

Was die Gegeninteressen des Arbeitgebers betrifft, so hat das Interesse am Fortbestand des Unternehmens und der Bewältigung einer schweren wirtschaftlichen Krise normalerweise den Vorrang. Der Beschäftigte kann nicht damit rechnen, auch von einem dem Konkurs nahen Arbeitgeber die bisherigen Leistungen weiterzubeziehen²⁶⁵. Wie die Lasten in einem solchen Fall zu verteilen sind, wer mehr und wer weniger Opfer zu bringen hat, läßt sich dabei jedoch nicht aus rechtsstaatlichen Grundsätzen ableiten. Insoweit greift die Billigkeitskontrolle ein²⁶⁶. Das bloße Interesse an Einsparungen rechtfertigt grundsätzlich keine Eingriffe in eine bestehende Versorgungsordnung. Auch gewandelte sozialpolitische Überzeugungen, die sich etwa in einem Abgehen vom Gesamtversorgungsprinzip niederschlagen, können nur dazu führen, daß für neueintretende Arbeitnehmer eine schlechtere Leistung vorgesehen wird. Zulässig ist dagegen eine Begrenzung auf 100 v. H. des letzten Nettoverdienstes, da Arbeitnehmer nicht damit rechnen können, auf Dauer im Ruhestand mehr Bezüge als während der aktiven Dienstzeit zu erhalten²⁶⁷. Bei anderen Sozialleistungen überwiegt der Vertrauensschutz der Arbeitnehmer allenfalls dann, wenn und soweit das Unternehmen vergleichbare Gewinne wie in der Vergangenheit erwirtschaftet, mit einer „Sparstrategie“ also nicht zu rechnen ist.

III. Billigkeitskontrolle gegenüber Betriebsvereinbarungen

1. Existenz und Rechtsgrundlage

Soweit die eben skizzierte „Rechtskontrolle“ nicht eingreift, kommt nach der Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* eine Billigkeitskontrolle gegenüber der verschlechternden Betriebsvereinbarung in Betracht²⁶⁸. Das *Bundesarbeitsgericht* stützt sich dabei auf die Erwägung, der Betriebsrat besitze weniger Autonomie gegenüber dem Arbeitgeber als die überbetrieblich organisierte Gewerkschaft. Zwar würden die Betriebsratsmitglieder Unabhängigkeit und Kündigungsschutz genießen, doch könne dies die Abhängigkeit, in der sie als Arbeitnehmer stehen, „weitgehend“, jedoch nicht vollständig ausgleichen. Auch sei dem Betriebsrat der Rückgriff auf den Arbeitskampf verwehrt²⁶⁹. In der Literatur wurde dem u. a. mit dem Argument widersprochen, der Betriebsrat benötige gar nicht dieselbe Machtposition wie die Gewerkschaft, da sich sein Tätigkeitsbereich auf den Betrieb und die von den Tarifverträgen offengelassenen Sachgebiete beziehe²⁷⁰. Von einer faktischen Unterlegenheit des Betriebsrats könne im Hinblick auf seine durch das Betriebsverfassungsgesetz 1972 gestärkte Stellung nicht die Rede sein²⁷¹. Auch

müsse bedacht werden, daß der Arbeitgeber gleichfalls keine Arbeitskämpfmaßnahmen ergreifen könne²⁷². Schließlich wollten Betriebsvereinbarungen genau wie individualrechtliche Verträge nicht objektive Richtigkeit, sondern Austauschgerechtigkeit im Sinne subjektiver Vorstellungen verwirklichen; von daher könne man nicht jede Abweichung von der materiellen Richtigkeit gerichtlich korrigieren²⁷³.

Zunächst besteht Einigkeit, daß mit dem Begriff „Billigkeit“ entgegen dem landläufigen Sprachgebrauch nicht Einzelfallgerechtigkeit gemeint ist²⁷⁴; es geht vielmehr um eine Angemessenheitskontrolle in bezug auf den Inhalt von Betriebsvereinbarungen, die an einem „verallgemeinerten Maßstab“ gemessen werden²⁷⁵.

Was die Rechtsgrundlage der so bestimmten „Billigkeitskontrolle“ angeht, so stützt sich das *Bundesarbeitsgericht* in seinem Beschluß v. 8. 12. 1981 auf einen „allgemeinen Rechtsgedanken“, der u. a. auch in § 315 BGB zum Ausdruck gekommen sei und der – wie die §§ 75 Abs. 1 Satz 1 und 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG zeigen würden – auch im Betriebsverfassungsrecht Geltung beanspruche²⁷⁶. Dieser allgemeine Rechtsgrundsatz kann jedoch nur dann eingreifen, wenn es in Übereinstimmung mit den früher getroffenen Feststellungen um die Korrektur einer einseitigen Machtbeziehung geht. In der Tat erscheint die gegen das *Bundesarbeitsgericht* vorgebrachte Kritik nicht gerechtfertigt. Als betriebsangehörige Arbeitnehmer können Betriebsratsmitglieder trotz ihres weitreichenden Kündigungsschutzes im Einzelfall seitens eines wenig kooperativen Arbeitgebers schikaniert und insbesondere nach Auslaufen des Amtes mit persönlichen Nachteilen belegt werden. Auch wenn entsprechende Absichten im Einzelfall auf Arbeitgeberseite überhaupt nicht bestehen, ist die Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder schon durch die Befürchtung beeinträchtigt, etwas Derartiges könnte sich in Zukunft einmal ergeben. Dazu kommt, daß der Hinweis auf möglicherweise notwendig werdende Entlassungen oder andere einschneidende Maßnahmen für den Betriebsrat ein sehr viel unmittelbarer Maß an Betroffenheit schafft als für eine überbetriebliche Arbeitnehmervertretung: Er kann es schon im Hinblick auf die spätestens nach drei Jahren anstehende Wiederwahl unter keinen Umständen in Kauf nehmen, daß bestimmte Maßnahmen als Folge seiner „Halsstarrigkeit“ dargestellt werden. Gegenüber

263 Ebenso BAG v. 16. 2. 62 (Fußnote 19).

264 Vgl. BAG v. 30. 1. 70 (Fußnote 2) Bl. 6R/7; Wiedemann/Stumpf (Fußnote 55) Einl. Anm. 130 ff.

265 Im Ergebnis übereinstimmend BAG v. 18. 5. 77 (Fußnote 83) und v. 24. 11. 77 (Fußnote 43).

266 Vgl. dazu meine Ausführungen unter F III.

267 Ebenso BAG v. 8. 12. 81, ArbUR 1982 S. 98 = DB 1982 S. 50, 52.

268 Das ist ständige Rspr. seit der Entsch. des BAG v. 30. 1. 70 (Fußnote 2).

269 Vgl. BAG v. 30. 1. 70 (Fußnote 2) Bl. 7.

270 Vgl. v. Hoyningen-Huene (Fußnote 206) S. 164; Kreutz, „Kritische Gedanken zur gerichtlichen Billigkeitskontrolle von Betriebsvereinbarungen“, ZfA 1975 S. 65, 78.

271 Vgl. v. Hoyningen-Huene (Fußnote 206) S. 165.

272 Vgl. Kreutz (Fußnote 270) S. 78.

273 Vgl. v. Hoyningen-Huene (Fußnote 206) S. 165.

274 Richtig v. Hoyningen-Huene (Fußnote 206) S. 163 mit weit. Nachweisen in Fußn. 12.

275 Vgl. BAG v. 8. 12. 81 (Fußnote 5).

276 Vgl. BAG v. 8. 12. 81 (Fußnote 5).

dem vergleichbaren Hinweis, Lohnerhöhungen würden die Arbeitslosigkeit verschärfen, ist die Gewerkschaft sehr viel eher zum Widerspruch in der Lage. Die Tatsache, daß die betriebliche Friedenspflicht auch den Arbeitgeber trifft, ist auf der Basis des heutigen Paritätsverständnisses des *Bundesarbeitsgerichts* ohne Bedeutung. Streik und Aussperrung sind danach nicht vergleichbar; ohne Streik wären Tarifverhandlungen nichts anderes als „kollektives Betteln“, während die Aussperrung nur in Ausnahmefällen der gestörten Parität eingreifen soll²⁷⁷. Die Arbeitnehmerseite ist daher in sehr viel stärkerem Maße auf Arbeitskampfmittel angewiesen, um ihre strukturelle Unterlegenheit tendenziell auszugleichen. Die Tatsache, daß der Betriebsrat nur bestimmte, von den Tarifparteien offengelassene Bereiche als Tätigkeitsfeld besitzt, ändert nichts an der prinzipiellen Unterlegenheit, da es unter den gegebenen Umständen illusorisch wäre, in größerem Umfang die Einbeziehung betrieblicher Arbeitsbedingungen in die Tarifpolitik zu betreiben²⁷⁸. Von daher bedarf es eben eines Mittels, um unangemessene, aus der starken Stellung des Arbeitgebers folgende Ergebnisse zu korrigieren. Dabei ist allerdings zu beachten, daß die Billigkeitskontrolle nur insoweit eingreift, als Betriebsvereinbarungen nicht bereits aus anderen Gründen rechtswidrig sind; die Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* neigt insoweit zu einem vorschnellen Rückgriff auf diese Rechtsfigur²⁷⁹.

2. Die abstrakte Billigkeitskontrolle gegenüber Betriebsvereinbarungen

Mit Rücksicht darauf, daß die unzureichende Berücksichtigung des Vertrauensschutzgedankens die verschlechternde Betriebsvereinbarung von vornherein rechtswidrig und damit unwirksam macht²⁸⁰, wird die Billigkeitskontrolle im Sinne der Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* insbesondere bei der „Lastenverteilung“ im Rahmen der Bewältigung wirtschaftlicher Notsituationen sowie dann praktisch, wenn kein „Vertrauensschutz“ existiert, weil die neue Betriebsvereinbarung ein bisher nicht geregeltes Sachgebiet betrifft oder weil sie nur für solche Beschäftigte gilt, die erst nach ihrem Inkrafttreten eingestellt werden.

Was die erste Tatbestandsgruppe betrifft, so ist mit der allgemeinen Aussage des *Bundesarbeitsgerichts*, bei der Billigkeit seien die „sachlichen Gründe“ beider Seiten zu prüfen²⁸¹, relativ wenig gewonnen. Sehr viel präzisere Vorgaben ergeben sich jedoch aus der Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* zur Kürzung von Betriebsrenten.

277 Dazu näher *Däubler/Wolter*, „Die rechtswidrige Aussperrung – Zur wettbewerbsorientierten Arbeitskampfarithmetik des BAG“, *ArbuR* 1982 S. 144 ff.

278 Vgl. *Däubler* (Fußnote 168) S. 113 ff. mit weit. Nachweisen.

279 Siehe die unter F II versuchte Bewältigung der Vertrauensschutzproblematik mit Hilfe der rechtsstaatlichen Grundsätze über die unechte Rückwirkung sowie die bei v. *Hoyningen-Huene* (Fußnote 206) S. 166 ff. angeführten Beispiele aus der Rspr. des BAG, die sich ebenfalls auf andere Weise hätten lösen lassen.

280 Vgl. meine Ausführungen unter F II.

281 Vgl. *BAG v. 8. 12. 81* (Fußnote 5).

282 Vgl. *BAG v. 10. 12. 71* (Fußnote 188) Bl. 5 R.

283 Vgl. *BAG v. 18. 5. 77* (Fußnote 83) Leitsatz 3.

284 Vgl. *BAG v. 5. 3. 79* (Fußnote 40); *Dietz/Richardi* (Fußnote 1) § 77 Anm. 89; *Föhr* (Fußnote 1) S. 58; *Löwisch* (Fußnote 55) S. 100.

285 Vgl. *BAG v. 8. 12. 81* (Fußnote 5) und *BAG v. 8. 12. 81* (Fußnote 267).

Danach müssen im Rahmen der Reduzierung von Sozialleistungen wegen wirtschaftlicher Notlage des Unternehmens alle Beteiligten gleichermaßen Opfer bringen. Das *Bundesarbeitsgericht* führte dazu aus²⁸²:

„Schließlich muß der Arbeitgeber, eventuell zusammen mit dem Betriebsrat einen Sozialplan ausarbeiten, der die etwa notwendigen Einschränkungen sozial gerecht verteilt und der erkennen läßt, in welcher Weise auch der Arbeitgeber und die aktiven Belegschaftsmitglieder einschließlich der Spitzenkräfte das Ihre beitragen. Es geht nicht an, daß lediglich oder auch nur in erster Linie von den Pensionären Opfer verlangt werden.“

Diese Aussagen sind über den Bereich der Kürzung von Betriebsrenten hinaus verallgemeinerungsfähig, es sei denn, es gäbe ganz gewichtige Gründe, um einzelne Gruppen der Belegschaft von Kürzungen auszunehmen. Konkret bedeutet dies, daß der Abbau von betrieblichen Sozialleistungen dann unbillig ist, wenn er nicht auch die leitenden Angestellten sowie ggf. die Vorstandsmitglieder ergreift; auch wenn die Betriebsvereinbarung insoweit keine eigene Regelung treffen kann, müßte sie der Billigkeitskontrolle zum Opfer fallen, wenn Sparmaßnahmen allein auf Kosten der „gewöhnlichen“ unter das Betriebsverfassungsgesetz fallenden Arbeitnehmer erfolgen würden. Ausgeschlossen wäre auch, beispielsweise nur die Beschäftigten einer Abteilung zu belasten. Auch erscheint es zweifelhaft, ob es zulässig ist, Sparmaßnahmen mit strukturellen Veränderungen des Leistungssystems zu verknüpfen. Das *Bundesarbeitsgericht* hat dies für den Fall der Kürzung einer betrieblichen Altersversorgung wegen wirtschaftlicher Notlage des Unternehmens abgelehnt²⁸³; dasselbe bei anderen Sozialleistungen sowie bei weniger gravierenden wirtschaftlichen Situationen anzunehmen, liegt zumindest nahe.

Betrifft eine Betriebsvereinbarung Gegenstände oder Personen, die bisher nicht erfaßt waren, so sind die Betriebspartner in der inhaltlichen Ausgestaltung sehr viel freier gestellt. Sie haben die Interessen beider Seiten zu beachten, was insbesondere ausschließt, eine Vereinbarung allein zu Lasten der Arbeitnehmer zu treffen²⁸⁴. Dabei ist allerdings immer auf die Gesamtsituation abzustellen, die für die Arbeitnehmer ohne die Betriebsvereinbarung bestanden hätte. Keine billige Interessenabwägung liegt auch dann vor, wenn etwa ein geringfügiger Gewinnrückgang als „Aufhänger“ für einen drastischen Abbau des Sozialleistungssystems benutzt wird. Schließlich ist eine Regelung formeller Arbeitsbedingungen dann unbillig, wenn der Arbeitgeber dadurch keinen wesentlichen „Rationalisierungsgewinn“ erreicht, für die Arbeitnehmer jedoch zusätzliche Belastungen (Beispiel: schlechtere Verkehrsverbindungen bei geänderter Arbeitszeit) entstehen.

3. Billigkeitskontrolle in bezug auf konkrete Einzelfälle

Nach Auffassung des *Bundesarbeitsgerichts* kann der gegenüber der Betriebsvereinbarung als solcher erfolgenden abstrakten Billigkeitskontrolle eine konkrete Billigkeitskontrolle folgen, wenn die Neuregelung zwar insgesamt nicht zu beanstanden ist, jedoch im Einzelfall Wirkungen entfaltet, die nach dem Regelungsplan nicht beabsichtigt sein können und unbillig erscheinen²⁸⁵. Eine derartige Überprüfung ändere nichts am Inhalt und der Wirksamkeit

der Betriebsvereinbarung; sie füge ihr gleichsam nur eine Härteklauseel hinzu²⁸⁶. Was dies im einzelnen bedeutet, wird nicht ausgeführt, da die in Bezug genommenen Entscheidungen lediglich Aussagen zu der Frage enthalten, wie eine in einer (verschlechternden) Betriebsvereinbarung enthaltene Härteklauseel zu handhaben ist²⁸⁷. Faktisch dürfte dies darauf hinauslaufen, daß bei „planwidriger Unbilligkeit“ der Betroffene für seinen konkreten Fall eine von der Betriebsvereinbarung zu seinen Gunsten abweichende Lösung verlangen kann. Insoweit liegt ein Fall echter Billigkeitskontrolle im Sinne des üblichen Sprachgebrauchs vor²⁸⁸. Angesichts der Vielfalt möglicher Gestaltungen erscheint eine weitere Konkretisierung nicht angezeigt.

IV. Prozessuale Durchsetzung

Erweist sich eine Betriebsvereinbarung als rechtswidrig, weil sie gegen Verfassungsrecht, zwingendes Gesetzesrecht oder sonstige zwingende Normen verstößt oder weil sie den Grundsätzen der Billigkeit widerspricht, so ist sie unwirksam. Es bleibt bei der bisher geltenden Regelung. Die Unwirksamkeit kann einmal von jedem einzelnen Arbeitnehmer geltend gemacht werden, der Ansprüche nach der früheren (besseren) Regelung einklagt; im Rahmen des

dabei eingreifenden Urteilsverfahrens ist die Gültigkeit der Betriebsvereinbarung als Vorfrage zu prüfen²⁸⁹. Zum zweiten kann der Betriebsrat ein Beschlußverfahren einleiten mit dem Ziel, die Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung feststellen zu lassen. Ihm kann dabei nicht der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegengehalten werden, da es ihm freisteht, sich jederzeit auf die Rechtslage zu berufen. Möglich und praktisch wichtig ist auch, daß bei Gesamt- oder Konzernbetriebsvereinbarungen auch Einzelbetriebsräte antragsbefugt sind. Das *Bundesarbeitsgericht* hat dies im Zusammenhang mit der Verschlechterung einer betrieblichen Altersversorgung ausdrücklich anerkannt²⁹⁰. In sonstigen Fällen kann nichts anderes gelten, sofern die Gesamt- oder Konzernbetriebsvereinbarung sich auch im Betrieb des antragstellenden Betriebsrats auswirkt.

286 Vgl. Fußnote 285.

287 Vgl. BAG v. 9. 11. 78, AP Nr. 179 (= ArbuR 1979 S. 283) und v. 6. 9. 79, AP Nr. 183 (= ArbuR 1980 S. 90), jeweils zu § 242 BGB Ruhegehalt.

288 Vgl. v. Hoyningen-Huene (Fußnote 206) S. 171 f. und passim.

289 Vgl. Dietz/Richardi (Fußnote 1) § 77 Anm. 157.

290 Es ging um eine Gesamtbetriebsvereinbarung, gegen die sich ein Einzelbetriebsrat wandte: BAG v. 8. 12. 81 (Fußnote 5).

Dr. Ulrich-Arthur Birk, Berlin

Betriebliche Altersversorgung – Gleichbehandlung – Betriebsratsbefugnisse

I. Die Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der betrieblichen Altersversorgung

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gilt auch für die betriebliche Altersversorgung¹. Eine Differenzierung zwischen verschiedenen Arbeitnehmergruppen verstößt dann gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und ist rechtswidrig, wenn für eine unterschiedliche Behandlung kein sachlicher Rechtfertigungsgrund vorliegt². Ob z. B. eine Ungleichbehandlung von Angestellten und Arbeitern sachlich gerechtfertigt ist, wurde in der Vergangenheit kontrovers beurteilt³. Nach der neuesten Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts*⁴ hinsichtlich der Gleichbehandlung von Angestellten und Arbeitern bei den Kündigungsfristen dürfte auch bei der betrieblichen Altersversorgung davon auszugehen sein, daß eine Ungleichbehandlung dieser beiden Arbeitnehmergruppen rechtswidrig ist. Ebenso umstritten war die Frage, ob eine Versorgungsordnung teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer generell von Versorgungsordnungen ausschließen kann. Hier hat das *Bundesarbeitsgericht* entschieden, daß allein der unterschiedliche Umfang der Arbeitsleistungen von voll- und teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern keinen ausreichenden Differenzierungsgrund darstellt⁵.

II. Gleichbehandlung und Betriebsratsbefugnisse

Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt nicht nur auf der individualrechtlichen Ebene. Nach § 75 Abs. 1 BetrVG haben Arbeitgeber und Betriebsrat darüber zu wachen, daß eine willkürliche Unterscheidung zwischen einzelnen

Arbeitnehmergruppen unterbleibt. Sieht z. B. eine Ruhegeldregelung eine Besserstellung von Angestellten gegenüber Arbeitern vor, so bedeutet dies, daß nicht nur die benachteiligten Arbeiter im Urteilsverfahren gegen die Ungleichbehandlung klagen können, sondern daß auch der Betriebsrat initiativ werden muß, falls er den Gleichbehandlungsgrundsatz für verletzt hält. Hierbei ist unklar, welche Befugnisse sich aus der Überwachungspflicht gem. § 75 Abs. 1 BetrVG für den Betriebsrat ergeben, und zwar insbesondere, ob er bei Verstoß des Arbeitgebers gegen § 75 BetrVG zur Einleitung eines Beschlußverfahrens berechtigt ist⁶ oder ob die Einigungsstelle eine Abänderung durchsetzen kann⁷. Im folgenden sollen die Möglichkeiten des Beschluß- und des Einigungsstellenverfahrens

1 Vgl. § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG; Ulrich-Arthur Birk, Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der betrieblichen Altersversorgung (1983), S. 113.

2 So zuletzt BAG v. 6. 4. 82, ArbuR 1982 S. 226 = BB 1982 S. 1176 = DB 1982 S. 1466.

3 Gegen eine zulässige Ungleichbehandlung von Arbeitern und Angestellten Ulrich-Arthur Birk (Fußnote 1) S. 123 mit weit. Nachweisen.

4 Vgl. BVerfG v. 16. 11. 82, ArbuR 1983 S. 154 = NJW 1983 S. 617 ff; vgl. dazu auch Kraushaar, „Die neuen Kündigungsfristen für ältere Arbeiter“, ArbuR 1983 S. 142 ff.

5 Vgl. BAG v. 6. 4. 82 (Fußnote 2).

6 So Hanau, „Die Mitbestimmung in der betrieblichen Altersversorgung nach der neuen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts“, BB 1976 S. 91, 93; Däubler, „Grundstrukturen der Betriebsverfassung – Eine kurze rechtsdogmatische Betrachtung“, ArbuR 1982 S. 6, 11; Dietz/Richardi, BetrVG, 6. Aufl., § 75 Anm. 49.

7 So Ulrich-Arthur Birk (Fußnote 1) S. 107 ff.