

Arbeit und Recht

Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis
Herausgeber: Deutscher Gewerkschaftsbund

11/87

November 1987 · Jahrgang XXXV

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Der gebremste Sozialabbau

(Zum Beschluß des Großen Senats des BAG über die „verbösernde“ Betriebsvereinbarung *)

I. Vorgeschichte und wesentlicher Inhalt

1. Das Verfahren

Der Streitpunkt war vergleichsweise harmlos. Der beklagte Arbeitgeber hatte seit langem u. a. nach zehnjähriger Betriebszugehörigkeit eine Sonderzuwendung bezahlt; Rechtsgrundlage waren von ihm erlassene „Richtlinien“. Am 1. 1. 1980 trat eine Betriebsvereinbarung in Kraft, die erstmals nach 25 Dienstjahren eine entsprechende Leistung vorsah; damit sollte ein Beitrag zur Senkung der Personalkosten erbracht werden. Als der klagende Arbeitnehmer am 2. 3. 1980 sein zehnjähriges Jubiläum begehen konnte, wurde ihm die Neuregelung entgegeng gehalten. Er beschritt den Rechtsweg und gelangte zum 5. Senat des Bundesarbeitsgerichts. Dieser beschloß am 8. 12. 1982, dem Großen Senat die Frage vorzulegen, ob und in

welchem Umfang einheitsvertragliche Rechte durch Betriebsvereinbarung verschlechtert werden dürfen¹. Anlaß waren Divergenzen, die zwischen anderen Senaten des Bundesarbeitsgerichts aufgetaucht waren: Während der 1., der 2. und der 3. Senat eine „Ablösung“ einheitsvertraglicher Regelungen durch eine „schlechtere“ Betriebsvereinbarung zugelassen hatten², hatte der 6. Senat des Bundesarbeitsgerichts differenziert und Entsprechendes nur im Rahmen der obligatorischen Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG akzeptiert; im Bereich freiwilliger Betriebsvereinbarungen fehle es an einer entsprechenden Kompetenz der Betriebspartner³.

Bis zum Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vergingen rund vier Jahre. Dies hing damit zusammen, daß zunächst über die Zulässigkeit der Anrufung entschieden wurde⁴ und dann Vergleichsverhandlungen zwischen den Parteien stattfanden, die jedoch ergebnislos blieben⁵. Inzwischen sind zwei weitere Vorlagebeschlüsse vorhanden, die ähnliche Probleme betreffen⁶. Auf sie wäre vermutlich zurückgegriffen worden, hätten die Parteien des Ausgangsverfahrens durch eine vergleichsweise Einigung dem Großen Senat den „Streitgegenstand“ entzogen. Die Tatsache, daß es nach einigen Jahren doch noch zum Spruch kam, sollte allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Geltung der Dispositionsmaxime für Verfahren vor dem Großen Senat überdacht werden muß. Wie schon der schlichte Wortlaut des § 45 Abs. 2 ArbGG ergibt, geht es dort nicht mehr nur um die Gerechtigkeit im Einzelfall, sondern um die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Soll die Wahrung eines solchen Interesses wirklich davon abhängen, daß die Beteiligten „mitspielen“? Liegt es nicht nahe, daß die Partei mit den ersichtlich schlechteren Karten der Gegenpartei alles zugesteht, um ja kein Grundsatzurteil hinnehmen zu müssen? Abschreckende Beispiele sind vorhanden: So konnte im Jahre 1979 nicht über die Weiterbeschäftigung nach Kündigung entschieden werden,

* Zugleich Besprechung des Beschlusses des Großen Senats des BAG v. 16. 9. 86 – GS 1/82, auszugsweise abgedruckt in diesem Heft S. 378; vgl. aber auch AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972.

1 Vgl. BAG v. 8. 12. 82, AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 = ArbUR 1983 S. 60.

2 Vgl. BAG v. 26. 10. 62, AP Nr. 87 zu § 242 BGB Ruhegehalt = ArbUR 1962 S. 378; BAG v. 25. 3. 71, AP Nr. 5 zu § 57 BetrVG = ArbUR 1971 S. 153; BAG v. 30. 1. 70, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt = ArbUR 1970 S. 379.

3 Vgl. BAG v. 12. 8. 1982, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 = ArbUR 1983 S. 284 mit Anm. v. Wohlgenuth.

4 Vgl. BAG (GS) v. 2. 11. 83, AP Nr. 1 zu § 45 ArbGG 1979 = ArbUR 1984 S. 157 = DB 1984 S. 881.

5 Mitgeteilt im Beschl. des Großen Senats des BAG v. 16. 9. 86 (Fußnote *) unter A der Gründe.

6 Vgl. BAG v. 30. 4. 85, AP Nr. 4 zu § 1 BetrVG Ablösung = ArbUR 1986 S. 29 = DB 1985 S. 2514 (3. Sen.: Verschlechterung der betrieblichen Altersversorgung; die Vorlage erfolgte unter ausdrücklichem Hinweis auf die schwebenden Vergleichsverhandlungen im anderen Verfahren); BAG v. 19. 9. 85, AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 = ArbUR 1986 S. 29 = DB 1986 S. 281 (2. Sen.: Herabsetzung der einheitsvertraglich vorgesehenen Altersgrenze von 65 Jahren und 6 Monaten auf 65 Jahre durch Betriebsvereinbarung).

weil die Klage zurückgenommen wurde⁷, und jüngst war zu lesen, daß der *Große Senat* auch zur Arbeitnehmerhaftung nicht entscheiden würde, da das beklagte Land der Gegenseite alles „zugestanden“ hatte⁸. Eine gesetzgeberische Lösung könnte in der Richtung liegen, daß der einmal angerufene *Große Senat* auf alle Fälle seine Entscheidung treffen kann und daß bei einer anderweitigen Erledigung des Ausgangsverfahrens die Kosten dann aber nicht zu Lasten der Beteiligten gehen dürfen.

2. Wesentlicher Inhalt

Der Beschluß des *Großen Senats* bezieht sich seinem Gegenstand nach auf alle Sozialleistungen, die auf Grund einer einheitsvertraglichen Abmachung, einer Gesamtzusage oder einer Betriebsübung geschuldet sind. Die streitbefangene Jubiläumszuwendung war nur der Anlaß der Entscheidung.

Die auf diese Weise zugesagten Leistungen sind vertraglicher Natur und können grundsätzlich nicht durch Betriebsvereinbarung abgebaut werden. Auch insoweit gilt das Günstigkeitsprinzip, das ausdrücklich als allgemeiner arbeitsrechtlicher Grundsatz anerkannt wurde. Der Arbeitgeber ist auf individualrechtliche Mittel verwiesen: Er kann Änderungsverträge schließen, Änderungskündigungen aussprechen, von einem vorbehaltenen Widerrufsrecht Gebrauch machen oder sich auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen. Geht er diesen Weg, muß er allerdings das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Ziff. 10 BetrVG beachten.

In diesen Aussagen liegt die entscheidende Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung. Auch einheitsvertragliche Abmachungen erweisen sich als „betriebsvereinbarungsresistent“; vorher war dies nur für Individualvereinbarungen angenommen worden.

Von dem neuen „Modell“ wird allerdings eine wesentliche Ausnahme gemacht. Einheitsvertraglich zugesagte Leistungen hätten einen „kollektiven Bezug“ und seien Teil eines die ganze Belegschaft oder bestimmte Gruppen von Beschäftigten erfassenden Leistungsplans. Zulässig sei daher eine Umstrukturierung, eine Änderung der Verteilungskriterien, sofern der Gesamtaufwand des Arbeitgebers gleichbleibe oder sich sogar erhöhe. Insoweit gelte ein kollektives Günstigkeitsprinzip, das auf Nutzen und Nachteil für die Belegschaft als ganze abstelle. Der einzelne genieße nur insoweit einen Bestandsschutz, als Eingriffe in seine Rechte verhältnismäßig sein müßten; insoweit gälten die bisherigen Grundsätze über die Billigkeitskontrolle. „Kostenneutrale“ ablösende Betriebsvereinbarungen sind daher weiterhin möglich; nur der Abbau von Leistungen folgt anderen Grundsätzen.

Ohne Bedeutung ist, ob die einheitsvertragliche Regelung unter Mißachtung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats zustande kam: Aus einem Verstoß gegen das Betriebsverfassungsgesetz könne der Arbeitgeber keine zusätzlichen Handlungsmöglichkeiten herleiten.

Zu beachten ist schließlich, daß Betriebsvereinbarungen durch die Entscheidung des *Großen Senats* nicht berührt werden; nach allgemeinen Grundsätzen können sie weiterhin durch eine neue Abmachung zwischen Betriebsrat und Geschäftsleitung „verbösert“ werden. Arbeitgeber, die sich von vornherein im Rahmen des Betriebsverfassungsge-

setzes bewegt haben, sind daher ggf. gegenüber solchen privilegiert, die am Betriebsrat vorbei vertragliche Abmachungen trafen oder in deren Betrieben gar im Zeitpunkt der Zusage noch kein Betriebsrat existierte.

3. Probleme

Der Beschluß des *Großen Senats* hat in einem außerordentlich kontroversen Bereich klare Verhältnisse geschaffen. Der präzise und überzeugende Argumentationsstil tut ein übriges, für die Praxis handlungsleitend zu wirken⁹. Dennoch ergeben sich eine Reihe von Fragen, die anzusprechen z. T. kein Anlaß bestand: Wie ist der Anwendungsbereich der neuen Grundsätze beschaffen, wann kann von „einheitsvertraglichen Regelungen“ die Rede sein? (dazu unter II). Was bedeutet es, daß das Günstigkeitsprinzip generell im Verhältnis zu rangniedrigeren Gestaltungsformen des Arbeitsrechts, also beispielsweise auch für das Verhältnis von Gesetz und Tarifvertrag, gelten soll? (dazu unter III). Läßt sich die „Kollektivierung“ des Günstigkeitsprinzips im Bereich betrieblicher Sozialleistungen wirklich rechtfertigen? Wo liegt die rechtsdogmatische Begründung für diese Ausnahme, treibt sie die Kollektivierung nicht weiter, als dies den Grundstrukturen unseres Arbeitsrechts entspricht? Wie soll der kollektive Günstigkeitsvergleich praktiziert werden, wenn Prognosen (etwa über die künftige Entwicklung der Belegschaft) notwendig sind oder wenn sich Rechte nicht in Mark und Pfennig ausdrücken lassen? (dazu unter IV). Weiter wird zu fragen sein, wie sich Betriebsräte angesichts der neuen Situation verhalten können. Welche prozessualen Möglichkeiten stehen ihnen zur Verfügung, wenn sie einen Leistungsabbau verhindern wollen? (unter V). Schließlich sind – nachdem die „großen Fragen“ eine Klärung erfahren haben – einige Detailprobleme zu erörtern. Wie behandelt man einheitsvertragliche Zusagen, die in einzelnen Teilen bereits durch Betriebsvereinbarungen abgeändert wurden? Was geschieht, wenn ein scheinbar gut beratener Arbeitgeber zunächst eine umstrukturierende Betriebsvereinbarung erreicht, diese dann jedoch nach zwei oder drei Jahren im Rahmen der allgemeinen Grundsätze verschlechtert? Welche Grundsätze gelten für Betriebsvereinbarungen, die in der Vergangenheit einheitsvertragliche Regelungen abgebaut haben? Lassen sich die abgelösten Vertragsrechte wieder zum Leben erwecken? (unter VI).

II. Der Anwendungsbereich der neuen Grundsätze

1. Sozialleistungen und andere Arbeitsbedingungen

Seinem Gegenstand nach betrifft der Beschluß des *Großen Senats* Sozialleistungen des Arbeitgebers. Um solche handle es sich immer dann, „wenn die Zuwendung nicht unmittelbar das Entgelt für die erbrachte Arbeitsleistung darstellt“¹⁰. Gemeint seien Gratifikationen, Jubiläumszu-

⁷ Vgl. die Mitteilung in DB 1979 S. 2380. Immerhin dauerte es bis zum 27. 2. 85, ehe der *Große Senat* dann in einem anderen Verfahren entscheiden konnte: BAG (GS) v. 27. 2. 85, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht = ArbUR 1985 S. 368.

⁸ Vgl. die Mitteilung in DB 1987 S. 1260.

⁹ Vgl. zum Stil des Beschl. auch Richardi, „Der Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts zur ablösenden Betriebsvereinbarung“, NZA 1987 S. 185 ff.

¹⁰ BAG (GS) v. 16. 9. 86 (Fußnote *) unter B I der Gründe.

wendungen, aber auch Leistungen der betrieblichen Altersversorgung. Wie die Grenze zum eigentlichen Arbeitsentgelt zu ziehen ist, kann im Einzelfall zweifelhaft sein. Im Ergebnis braucht dies allerdings nicht geklärt zu werden, da die Grundsätze des *Großen Senats* auch dann Anwendung finden müssen, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt (oder Teile davon) durch arbeitsvertragliche Einheitsregelung festlegt¹¹: Der Charakter als Vertragsrecht ist dort nicht weniger ausgeprägt als hier; eine ohne den Willen des einzelnen Beschäftigten erfolgende Herabsetzung wäre dem Einwand ausgesetzt, die Grundsätze über die Änderungskündigung nach § 2 KSchG zu umgehen¹².

Bezieht sich die einheitsvertragliche Regelung nicht auf Leistungen des Arbeitgebers, sondern beispielsweise auf die Dauer der Lebensarbeitszeit¹³, so kann im Prinzip nichts anderes gelten, da der *Große Senat* ausschließlich auf die vertragliche Natur der Ansprüche und das Günstigkeitsprinzip abstellt. Sonderprobleme ergeben sich lediglich im Hinblick auf den Günstigkeitsvergleich; so wird etwa eine kürzere Wochenarbeitszeit ohne Lohnausgleich nicht als „günstiger“ einzustufen sein¹⁴.

2. Einheitsvertragliche und individualvertragliche Abmachungen

Der *Große Senat* bezieht seine Grundsätze einmal auf die „vertragliche Einheitsregelung“, die vom Arbeitgeber eingeführt und von den Arbeitnehmern ausdrücklich angenommen wird¹⁵. Gleichgestellt wird eine sog. Gesamtzusage, die sich an alle Arbeitnehmer des Betriebs oder an abgrenzbare Gruppen richtet; bei ihr werde eine ausdrückliche Annahmeerklärung nach § 151 BGB nicht erwartet¹⁶. Um vertraglich begründete Ansprüche handle es sich auch dann, wenn sich der Arbeitnehmer zur Begründung eines Anspruchs auf eine betriebliche Übung berufe¹⁷.

11 Ebenso im Ergebnis *Richardi* (Fußnote 9) S. 186.

12 Ebenso für die einseitige Festlegung der Dauer der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber BAG v. 12. 12. 84, AP Nr. 6 zu § 2 KSchG 1969 = ArbUR 1985 S. 161; wenn Arbeitgeber und Betriebsrat gemeinsam handeln, kann nichts anderes gelten. Vgl. auch *Pfarr*, „Mitbestimmung bei der Ablösung und der Verschlechterung allgemeiner Arbeitsbedingungen“, BB 1983 S. 2001, 2008 Fußn. 85 für die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts.

13 So der Vorlagebeschl. des 2. Sen. des BAG v. 19. 9. 85 (Fußnote 6).

14 So schon BAG v. 1. 2. 57, AP Nr. 1 zu § 32 SchwBeschG = ArbUR 1958 S. 27, das die Einführung von Kurzarbeit gegen den Willen des betroffenen Schwerbeschädigten mit dem Argument rechtfertigte, dieser könne sich gegenüber Betriebsvereinbarungen nicht auf das Günstigkeitsprinzip berufen (!), sondern müsse das Ordnungsprinzip gegen sich gelten lassen.

15 So BAG (GS) v. 16. 9. 86 (Fußnote *) unter C II 1a der Gründe.

16 Vgl. Fußnote 15.

17 Vgl. Fußnote 15.

18 So BAG (GS) v. 16. 9. 86 (Fußnote *) unter C II 4d der Gründe.

19 Einen Überblick über die Rspr. bringt *Däubler*, „Verschlechterung der Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarung?“, ArbUR 1984 S. 1, 5.

20 Vgl. *Hayen*, „Zum Beschluß des Großen Senats des BAG vom 16. September 1986“, BetrR 1987 S. 152, 164; *Pfarr* (Fußnote 12) S. 2005.

21 BAG v. 24. 7. 59, AP Nr. 6 zu § 611 BGB Akkordlohn = ArbUR 1959 S. 37.

22 Vgl. BAG (GS) v. 16. 9. 86 (Fußnote *) unter C I 1a der Gründe.

23 Vgl. BAG v. 19. 9. 85 (Fußnote 6) unter B II 3 der Gründe.

Von diesen „einheitsvertraglichen“ Abmachungen sind die individualvertraglichen zu unterscheiden. Zwar sind beide gegen einen generellen Abbau durch Betriebsvereinbarung in gleicher Weise geschützt, doch bestehen Unterschiede bei Umstrukturierungen. Der *Große Senat* hat sich zwar nicht mit Individualverträgen befaßt, doch ergibt sich zwingend aus seinen Ausführungen zum kollektiven Günstigkeitsprinzip, daß diese auch gegen „kostenneutrale“ Umgestaltungen resistent sind: Der *Große Senat* betont nämlich ausdrücklich, der Arbeitnehmer müsse sich auf den kollektiven Günstigkeitsvergleich nur dann einlassen, wenn für ihn die kollektive Ausgestaltung der Leistung erkennbar gewesen sei¹⁸. Wer also nicht weiß, daß seine Kollegen vergleichbare Leistungen erhalten, wird ausschließlich nach vertragsrechtlichen Grundsätzen behandelt. Erst recht muß dies dann gelten, wenn eine „Sonderbehandlung“ nicht nur in der Vorstellung des Arbeitnehmers, sondern objektiv vorhanden war.

Wann eine individuelle Abmachung vorliegt, ist nicht restlos geklärt¹⁹. Mit Recht wurde in der neueren Literatur darauf hingewiesen, daß der bloße Begünstigungswille des Arbeitgebers nicht ausreichte; schützenswert seien nur Abmachungen, die der besonderen Situation des einzelnen Rechnung tragen und die nicht ausschließlich Frucht besonders günstiger Verhandlungschancen sind²⁰.

3. Einheitsvertraglich im Gegensatz zu kollektivvertraglich garantierten Leistungen

Erhebliche praktische Bedeutung hat die Frage gewonnen, ob und unter welchen Voraussetzungen kollektivvertragliche Regelungen in die Arbeitsverträge übernommen und dadurch zu „einheitsvertraglichen“ gemacht werden. Nach der bisherigen Rechtslage kam es darauf nicht an: Die neue Betriebsvereinbarung hob nicht nur die alte, sondern auch deren „einheitsvertragliches Abbild“ in den Arbeitsverträgen auf. Eine „Patentlösung“ dieser Art ist jetzt nicht mehr möglich.

Ausgangspunkt muß zunächst die Feststellung sein, daß eine „Rezipierung“ von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen in die Arbeitsverträge möglich ist²¹. Arbeitgeber und Arbeitnehmer müssen es nicht bei der unmittelbaren Wirkung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen belassen; sie können auf Grund der Vertragsfreiheit vielmehr auch ihren Inhalt mit oder ohne Modifikationen in den Einzelarbeitsvertrag übernehmen. Dies hat den Vorteil, die Geltung vom weiteren Schicksal des Tarifvertrags bzw. der Betriebsvereinbarung unabhängig zu machen. Auch kann es in vielen Fällen sinnvoll sein, Meinungsverschiedenheiten über das Eingreifen bestimmter Normen (z. B. über die Vergütungsgruppe) durch vertragliche Abmachungen aus der Welt zu schaffen.

Das eigentliche Problem liegt nicht in dieser eindeutigen zu beantwortenden Grundsatzfrage, sondern darin, wann eine solche „Übernahme“ in die Arbeitsverträge anzunehmen ist. Der *Große Senat* hat in einem obiter dictum eher eine großzügige Handhabung angedeutet: So wurde die Abrede über eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit als arbeitsvertragliche gewertet²², obwohl dieser Gegenstand üblicherweise im Tarifvertrag geregelt ist. Auch der 2. Senat des *Bundesarbeitsgerichts* sah in der Bezugnahme auf eine bestimmte Betriebsvereinbarung über die Altersgrenze eine arbeitsvertragliche Abmachung²³. Dies läßt

den Schluß zu, daß insbesondere dort, wo – wie bei der Arbeitszeit – individuelle Regelungen verbreitet sind oder wo Meinungsverschiedenheiten über die Tragweite eines Tarifvertrags oder einer Betriebsvereinbarung bestehen, arbeitsvertragliche Abmachungen anzunehmen sind.

III. Das Günstigkeitsprinzip als allgemeiner Grundsatz des Arbeitsrechts

1. Geltungsbereich

Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts stand vor der Frage, ob das Günstigkeitsprinzip trotz fehlender Erwähnung in § 77 Abs. 4 BetrVG gleichwohl auch im Verhältnis zwischen Betriebsvereinbarung und (einheits-)vertraglicher Regelung gilt. Von Interesse ist dabei weniger das Ergebnis, zumal die abweichende Position des 6. Senats des Bundesarbeitsgerichts nur Widerspruch gefunden hatte²⁴. Wichtiger ist vielmehr die Art und Weise der Begründung. Das in § 4 Abs. 3 TVG nur unvollkommen geregelte Günstigkeitsprinzip sei „Ausdruck eines umfassenden Grundsatzes“, der unabhängig von der Art der Rechtsquelle und auch außerhalb des Tarifvertragsgesetzes Geltung beanspruche. Alle arbeitsrechtlichen Gestaltungsfaktoren könnten im Verhältnis zu rangniedrigeren Regelungen Verbesserungen nicht ausschließen; „sie können nur einseitig zwingendes Recht schaffen“²⁵.

Dies ist in solcher Eindeutigkeit bisher nicht festgestellt worden. Das gesetzliche Schutzniveau kann daher durch Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen und Arbeitsverträge, das tarifliche im Rahmen des § 77 Abs. 3 BetrVG durch Betriebsvereinbarungen und Arbeitsverträge verbessert werden. Wichtig ist dies etwa für die noch immer in Zweifel gezogene Frage, ob Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats durch Tarifvertrag erweitert werden können²⁶. Wo die normative Grundlage im einzelnen liegt, wird nicht näher ausgeführt. Als „einleuchtend“ wird die von Wiedemann gegebene Erklärung mit dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip bezeichnet; es bestehe kein Grund, rangniedrigere und damit in der Regel sachnähere Abreden zu sperren, wenn sie den Arbeitnehmer besser schützen²⁷. Daneben werden andere Begründungsversuche wie etwa die Ableitung aus dem Sozialstaatsprinzip erwähnt, bleiben jedoch unkommentiert. Dasselbe gilt für die kontroverse Frage nach der Verfassungsgarantie des Günstigkeitsprinzips²⁸: Eine ältere Entscheidung, die dieses im Anschluß an Hueck/Nipperdey als „verfassungsmäßig anerkannten Grundsatz des kollektiven Arbeitsrechts“ bezeichnet hat²⁹, wird in Erinnerung gerufen, nicht aber ausdrücklich übernommen³⁰. Inhaltlich bestand keine Veranlassung, der Frage nachzugehen, ob und inwieweit der Gesetzgeber das Günstigkeitsprinzip von Verfassungs wegen überhaupt abschließen könnte, da sich seine Geltung im vorliegenden Zusammenhang schon aus anderen Erwägungen ergab.

Hinter der Auffassung des Großen Senats steht eine durchaus zutreffende Sicht des Verhältnisses von Zivilrecht und Arbeitsrecht: Letzteres hat die Funktion, Defizite des überkommenen Vertragssystems zu beseitigen und dort korrigierend einzugreifen, wo die Überantwortung an die Gesetze des Marktes zu keinen – modern gesprochen – sozial verträglichen Ergebnissen führen würde. Liegt der

konkrete Fall einmal anders und vermittelt der Arbeitsvertrag bessere Konditionen, so wäre es widersinnig, dem Schranken ziehen zu wollen. Freilich muß man diesen Ansatz konsequent durchhalten, was es beispielsweise ausschließt, arbeitskampfrechtliche Grundsätze auf die gemeinsame Ausübung von Individualrechten (kollektive Kündigung u. a.) anzuwenden³¹.

2. Günstigkeitsvergleich

Da sich die Entscheidung des Großen Senats auf Sozialleistungen bezog, bestand kein Anlaß, zu Einzelfragen Stellung zu nehmen, die nur im Rahmen anderer Arbeitsbedingungen auftauchen können. Wie der Günstigkeitsvergleich bei formellen Arbeitsbedingungen aussieht (ist gleitende Arbeitszeit „günstiger“ als starre Arbeitszeiten?), wurde daher ebensowenig geklärt wie die Frage, wie sich eigentlich die Herausnahme von negativen Inhaltsnormen und von tariflichen Abschlußverboten aus jeder Günstigkeitsbetrachtung rechtfertigen läßt³². Aus dem Gesamtduktus der Entscheidung wird allerdings deutlich, daß Bezugsgröße für einen Günstigkeitsvergleich immer ein durch Gesetz, Tarifvertrag u. a. gestaltetes Arbeitsverhältnis ist. Die neuerdings vereinzelt wieder aufgegriffene These, untertarifliche Bedingungen seien „günstiger“ als die bei Beharren auf dem Tarifniveau eintretende Arbeitslosigkeit³³, läßt sich mit der Entscheidung des Großen Senats nicht vereinbaren. Obwohl es ja inhaltlich um die (einheits-)vertragliche bzw. durch Betriebsvereinbarung festgelegte Gegenleistung des Arbeitgebers ging, finden sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß das tariflich fixierte Niveau selbst zur Disposition stehen könnte. Der Gedanke schien dem Großen Senat offensichtlich so fernzuliegen, daß er ihn nicht einmal erwähnte. Soweit er das Günstigkeitsprinzip „kollektiviert“, ist damit – wie im folgenden deutlich wird – etwas völlig anderes gemeint.

24 Siehe die Nachweise in BAG (GS) v. 16. 9. 86 (Fußnote *) unter C II 3c der Gründe.

25 Vgl. BAG (GS) v. 16. 9. 86 (Fußnote *) unter C II 3a der Gründe.

26 Bejahend BAG v. 16. 7. 85, AP Nr. 17 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = ArbUR 1986 S. 29 = DB 1986 S. 231; dahingestellt in BAG v. 22. 10. 85, AP Nr. 23 zu § 99 BetrVG 1972 = ArbUR 1986 S. 156 = NZA 1986 S. 366. Überblick über den Diskussionsstand bei Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, BetrVG, 15. Aufl., § 1 Anm. 122 ff. Eingehende Abwägung der Argumente bei Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten, 4. Aufl., S. 354 ff.

27 Vgl. BAG (GS) v. 16. 9. 86 (Fußnote *) unter C II 3a der Gründe.

28 Überblick über den Diskussionsstand bei Belling, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht (1984), S. 55 ff.

29 Vgl. BAG v. 15. 12. 60, AP Nr. 2 zu § 4 TVG Angleichungsrecht = ArbUR 1961 S. 189.

30 Vgl. Fußnote 27.

31 So für die kollektive Änderungskündigung der Arbeitnehmer jedoch BAG v. 28. 4. 66, AP Nr. 37 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = ArbUR 1967 S. 76; BAG v. 8. 2. 57, AP Nr. 1 zu § 1 TVG Friedenspflicht = ArbUR 1958 S. 341. Für Behandlung ausschließlich nach vertragsrechtlichen Grundsätzen jedoch Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Rdz. 548 ff.; Däubler in Arbeitskampfrecht (Hrsg. Däubler), 2. Aufl., Rdz. 1396 ff. jeweils mit weit. Nachweisen.

32 Dazu Däubler/Hege, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., Rdz. 135; Wiedemann/Stumpf, TVG, 5. Aufl., § 4 Anm. 224.

33 Vgl. Adomeit, „Das Günstigkeitsprinzip – neu verstanden“, NJW 1984 S. 26. Gegen entsprechende Ansätze in der Weimarer Zeit bereits Nipperdey, Beiträge zum Tarifrecht (1924), S. 12.

IV. Die Kollektivierung des Günstigkeitsvergleichs als Besonderheit der Betriebsverfassung

Nach Auffassung des *Großen Senats* des *Bundesarbeitsgerichts* besitzen betriebliche Sozialleistungen „inhaltliche Besonderheiten“: Sie verschaffen einer generellen Regelung „durch eine Vielzahl abgestimmter Vertragsabsprachen“ Geltung; die dem einzelnen auf diese Weise eingeräumten Ansprüche besitzen einen „kollektiven Bezug“³⁴. Auch das Bedürfnis, eine Änderung herbeizuführen, stamme nicht aus der Sphäre des einzelnen, sondern betreffe die Verteilungsmaßstäbe als solche.

Die inhaltlichen Besonderheiten dieser Ansprüche – so weiter der *Große Senat* – „bestimmen notwendigerweise die Kriterien des Vergleichsmaßstabs bei der Anwendung des Günstigkeitsprinzips.“ Wenn die kollektiven Voraussetzungen und der Verteilungsplan das Bild einer vertraglichen Einheitsregelung bestimmen, dürften bei der Anwendung des Günstigkeitsprinzips nicht die einzelnen Zusagen und individuellen Besitzstände als Maßstab benutzt werden. Entscheidend könne es nur auf den wirtschaftlichen Wert der Zusagen insgesamt ankommen –, andernfalls würde das System der Einheitsregelung insgesamt scheitern.

Eine Umstrukturierung oder Anpassung an veränderte Umstände wäre bei vorgegebenem Dotierungsrahmen nicht möglich, die Grundsätze der Verteilungsgerechtigkeit wären nicht mehr abänderbar³⁵.

Die darin liegende Abweichung von dem in § 4 Abs. 3 TVG vorgeschriebenen individuellen Günstigkeitsvergleich habe ihren guten Grund. Das Regelungsbedürfnis sei ein anderes: Der Betriebsrat müsse sich den mitbestimmungsfreien Dotierungsrahmen entgegenhalten lassen; wären alle individuellen Besitzstände geschützt, dann wäre trotz des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Ziff. 10 BetrVG kein Regelungsspielraum mehr vorhanden.

Das vom *Großen Senat* aus der Taufe gehobene „kollektive Günstigkeitsprinzip“ hat in der Literatur praktisch einheitliche Ablehnung erfahren³⁶. Dies enthebt allerdings nicht von der Notwendigkeit, sich eingehend damit auseinanderzusetzen und auch die Frage zu stellen, wie sich die Praxis angesichts einer nur in längeren Zeiträumen möglichen Revidierung dieser Position verhalten kann.

34 So BAG (GS) v. 16. 9. 86 (Fußnote *) unter C II 4a der Gründe.

35 So BAG (GS) v. 16. 9. 86 (Fußnote *) unter C II 4b der Gründe.

36 Vgl. Ahrendt/Förster/Rühmann, „Die abändernde und ablösende Betriebsvereinbarung“, BB 1987 Beilage 7/1987 S. 9; Belling, „Das Günstigkeitsprinzip nach dem Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts“ in Kongreß Junge Juristen und Wirtschaft, Wandel der Arbeitswelt als Herausforderung des Rechts (Hrsg. Hanns-Martin-Schleyer-Stiftung) (1987), Tagungsprotokoll, S. 19 f.; Blomeyer, „Das kollektive Günstigkeitsprinzip“, DB 1987 S. 634 ff.; Hayen (Fußnote 20) S. 158; Richardi (Fußnote 9) S. 187. Den Großen Senat ohne Kritik referierend Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither (Fußnote 26) § 77 Anm. 41a–41c.

37 Vgl. etwa Hayen (Fußnote 20) S. 161.

38 Vgl. BVerfG v. 16. 7. 85, NJW 1986 S. 39 (Rentenversicherung); BVerfG v. 12. 2. 86, NJW 1986 S. 1159 (Arbeitslosenversicherung).

39 Darauf verweist auch Blomeyer (Fußnote 36) S. 636.

40 Vgl. etwa den Sachverhalt in der Entsch. des BAG v. 5. 2. 71, AP Nr. 10 zu § 242 BGB Betriebliche Übung = ArbUR 1972 S. 28.

41 Auf die darin liegende wertungsmäßige Inkonsistenz verweisen auch Blomeyer (Fußnote 36) S. 636 und Richardi (Fußnote 9) S. 187 f.

1. Rechtsdogmatische Bedenken

Die Kritik hat zunächst darauf hingewiesen, daß kein normativer Anhaltspunkt dafür besteht, im Rahmen der Betriebsverfassung eine andere Art von Günstigkeitsprinzip als in den übrigen Teilen des Arbeitsrechts zu praktizieren³⁷. Dies ist sicherlich ein erster schwacher Punkt in der Begründung des *Großen Senats* – freilich kein absolut ausschlaggebender: Anders als in § 4 Abs. 3 TVG ist das Günstigkeitsprinzip in § 77 Abs. 4 BetrVG nun mal nicht erwähnt, so daß dem Richter bei der Ausfüllung dieser Lücke ein höheres Maß an Gestaltungsfreiheit zukommt als bei der Anwendung des tarifrechtlichen Günstigkeitsprinzips. Allerdings hat sich der *Große Senat* dadurch, daß er das Günstigkeitsprinzip als allgemeinen Rechtsgrundsatz anerkannte, selbst die Argumentationslast dafür zugeschoben, daß in der Betriebsverfassung anderes gelten müsse. Für die Konstruktion einer solchen Ausnahme sind keine überzeugenden Argumente ersichtlich.

Der Ausgangspunkt der Erwägung, die „inhaltliche Besonderheit“ der einheitsvertraglichen Ansprüche, ist völlig zutreffend. Niemand wird das Vorhandensein des „kollektiven Bezugs“ ernsthaft bestreiten wollen. Daraus läßt sich jedoch kein geminderter Bestandsschutz der Individualrechte herleiten. Wer denkt etwa daran, Ansprüche aus Versicherungsverträgen als „entzugsoffen“ zu qualifizieren? Auch der evidente „kollektive Bezug“ der Ansprüche aus der Sozialversicherung hat das *Bundesverfassungsgericht* nicht gehindert, sie dem Eigentumsschutz nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG zu unterstellen³⁸. Der *Große Senat* selbst macht dann eine Ausnahme, wenn der kollektive Bezug der Leistung für den einzelnen nicht erkennbar war oder wenn – was hinzuzufügen ist – eine echte Individualzusage vorlag³⁹. Hier soll plötzlich kein zwingender Zusammenhang zwischen der Natur der Leistung und der Neudefinition des Günstigkeitsprinzips mehr bestehen. In einem solchen Fall wird in Kauf genommen, daß keine neuen Verteilungskriterien durchsetzbar sind, da angesichts der Bindung an den Dotierungsrahmen nichts vorhanden ist, was umverteilt werden könnte. Dies muß sich nicht notwendigerweise auf einige Sonderfälle beschränken; so ist etwa eine Betriebsübung des Inhalts denkbar, daß ein bestimmter Personenkreis eine Versorgungszusage erhält, ohne daß auf die anderen Personen gewährten Zuwendungen hingewiesen würde⁴⁰. Warum soll das, was hier für die Mehrheit oder gar für alle Leistungsempfänger hingenommen wird, nicht auch bei gewöhnlichen einheitsvertraglichen Regelungen in Betracht kommen?

Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich daraus, daß nach der Konzeption des *Großen Senats* die betriebliche Rechtssetzung weitergehende Wirkungen als die tarifliche hervorgerufen kann. Wird etwa die einheitsvertraglich gewährte Jubiläumszuwendung oder die im selben rechtlichen Rahmen vorgesehene Weihnachtsgratifikation tariflich geregelt, so gilt ausschließlich das traditionelle, individuelle Günstigkeitsprinzip. Den Beteiligten wird also zugemutet, daß eine Änderung der „Verteilungsgerechtigkeit“ nur in der Weise erfolgen kann, daß geringere oder höhere Beträge auf das bisher Bezahlte aufgestockt werden. Bedienen sich statt dessen die Beteiligten des Mittels der Betriebsvereinbarung, ist die Lage eine andere; die bisherigen Ansprüche sind nur in ihrer Summe, nicht aber zugunsten des einzelnen Mindestniveau⁴¹. Der Betriebsver-

einbarung auf diese Weise eine stärkere Wirkung zuzuerkennen, widerspricht nicht nur ihrer geringeren Richtigkeitsgewähr⁴², sondern auch den Ausführungen des *Großen Senats* selbst: Dieser hat die grundsätzliche Geltung des Günstigkeitsprinzips im Verhältnis von Betriebsvereinbarung und arbeitsvertraglichen Abreden u. a. damit begründet, daß andernfalls die Regelungskompetenz der Betriebspartner weiter reiche als die der Tarifparteien und dies zu unlösbaren Wertungswidersprüchen führe⁴³. So könne die Verdrängung einer Betriebsvereinbarung durch den Tarifvertrag nach § 77 Abs. 3 BetrVG dazu führen, daß die Wirksamkeit einer einzelvertraglichen Abrede wiederhergestellt werde – eine völlig berechnete Feststellung, die jedoch auch im vorliegenden Zusammenhang Geltung beansprucht.

Nun kann der *Große Senat* allerdings ein Argument ins Feld führen, dem eine gewisse Plausibilität nicht abzuspüren ist: Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Ziff. 10 BetrVG steht in der Tat auf dem Papier, wenn alle einheitsvertraglichen Ansprüche erhalten bleiben müssen, gleichzeitig jedoch eine Erhöhung des Dotierungsrahmens ausscheidet. Dennoch kann auch dies nicht zu einer Kollektivierung des Günstigkeitsprinzips führen.

Unterstellt man zunächst, daß die einheitsvertragliche Ordnung mit dem Betriebsrat abgesprochen, wenn auch nicht in die Form einer Betriebsvereinbarung gegossen wurde⁴⁴, so ist dem § 87 Abs. 1 Ziff. 10 BetrVG Genüge getan. Die Möglichkeit, einmal getroffene Entscheidungen wieder rückgängig machen zu können, gehört nicht zum notwendigen Inhalt eines Mitbestimmungsrechts. Dies zeigen schon die Fälle, in denen eine Revision auf Grund Zeitablaufs ausscheidet (die mit Zustimmung des Betriebsrats angeordneten Überstunden sind geleistet, die Kurzarbeitsperiode ist abgelaufen). Daneben gibt es auch bei „Dauertatbeständen“ die unbestrittene Möglichkeit, das gesetzliche Kündigungsrecht nach § 77 Abs. 5 BetrVG auszuschließen und so einer „Neuverteilung“ von vornherein einen Riegel vorzuschieben. Bei Sozialplänen wird sogar ohne ausdrückliche Abmachung eine Kündigung und (erzwungene) Neuverhandlung nur ganz ausnahmsweise zugelassen⁴⁵.

Die Situation ist allerdings eine andere, wenn der Arbeitgeber die einheitsvertragliche Ordnung unter Umgehung des Betriebsrats geschaffen hat, bliebe der Betriebsrat doch auf Dauer ausgeschaltet⁴⁶. In einem solchen Fall ist jedoch ein anderer Ausweg möglich. Die Lehre vom mitbestimmungsfreien Dotierungsrahmen ist für den Fall des betriebsverfassungsrechtlich korrekt handelnden Arbeitgebers entwickelt worden, der sich lediglich über den Leistungsplan mit dem Betriebsrat verständigen muß. Bei rechtswidrigem Handeln hat die Rechtsprechung seit jeher Ausnahmen zugelassen. So wird es etwa ohne ersichtliche Bedenken in Kauf genommen, daß weibliche Arbeitnehmer eine ihnen zu Unrecht vorenthaltene Zulage verlangen können, obwohl sich dadurch der Gesamtaufwand des Arbeitgebers erheblich erhöht⁴⁷. Erst in jüngster Zeit hat der 3. Senat des Bundesarbeitsgerichts entschieden, daß die unberechtigte Ausklammerung von Teilzeitbeschäftigten aus der betrieblichen Altersversorgung nicht dazu führen könne, daß die verdienten Anwartschaften der Vollzeitbeschäftigten irgendwie geschmälert werden dürften; die Kostensteigerung könne nur für die Zukunft durch

eine anpassende Betriebsvereinbarung korrigiert werden⁴⁸. Liegt es nicht nahe, auch dann, wenn gegen Mitbestimmungsrechte verstoßen wurde, eine Berufung auf einen festliegenden Dotierungsrahmen auszuschließen? Hätten entsprechend der gesetzlichen Regelung Verhandlungen mit dem Betriebsrat stattgefunden, wäre zumindest nicht auszuschließen gewesen, daß abweichende Verteilungskriterien auch zu einem abweichenden Gesamtaufwand geführt hätten. Dem Betriebsrat bleibt daher das Recht, über eine kostenrelevante Umverteilung zu verhandeln, wobei jedoch entsprechend § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG die Belange des Betriebs angemessen berücksichtigt werden müssen. Daß eine solche Lösung keineswegs aus dem Rahmen des § 87 Abs. 1 Ziff. 10 BetrVG herausfällt, wird nicht zuletzt daran deutlich, daß Rechtsprechung und herrschende Auffassung mittelbare Auswirkungen auf die Gesamtlohnsumme durchaus hinnehmen, sofern sie sich aus der Wahl neuer Entlohnungsmethoden ergeben⁴⁹.

2. Widerspruch zu Grundstrukturen des Arbeitsrechts

Das kollektive Günstigkeitsprinzip macht die Belegschaft zu einer Art rechnerischen „Gesamtvertragspartners“ des Arbeitgebers⁵⁰. Dies geht über die Formen von „Kollektivierung“ hinaus, die sich im deutschen kollektiven Arbeitsrecht entwickelt haben.

Gemeinsames Handeln kann in sehr unterschiedlicher Weise rechtlich verfaßt werden. Die einfachste, aber auch loseste und vergleichsweise wenig effiziente Form liegt in der koordinierten Ausübung von Individualbefugnissen: Man macht in abgesprochener Weise von Zurückbehaltungsrechten Gebrauch, kündigt gemeinsam u. ä. Daß diese Form nicht ausreicht, ist unbestritten; das liberale Vertragssystem trägt weder der schwächeren Position des einzelnen Arbeitnehmers (der einem „ökonomischen Kontrahierungszwang“ ausgesetzt ist) noch dem Personenbezug der Arbeitsleistung ausreichend Rechnung.

Die zweite Stufe rechtlich abgesicherten gemeinsamen Handelns liegt in der kollektivvertraglichen Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen. Ihre Beachtung kann durch bloßen „sozialen Druck“, aber auch dadurch sichergestellt sein, daß sie unabhängig vom Willen der Arbeitsvertragsparteien das einzelne Arbeitsverhältnis gestalten. Letzteres ist die Lösung des deutschen Rechts⁵¹. Aus dem Begriff der

42 Aus der das BAG mit Recht die gerichtliche Billigkeitskontrolle ableitet; vgl. BAG v. 30. 1. 70 (Fußnote 2) sowie BAG v. 31. 3. 66, AP Nr. 54 zu § 611 BGB Gratifikation = ArbUR 1966 S. 282.

43–Vgl. BAG (GS) v. 16. 9. 86 (Fußnote *) unter C II 3b der Gründe, auch zum Folgenden.

44 So im Ausgangsfall der Entsch. des *Großen Senats* v. 16. 9. 86 (Fußnote *) unter A der Gründe.

45 Näher dazu *Däubler*, „Nachträgliche Kürzung von Sozialplanansprüchen?“, NZA 1985 S. 545, 547 ff. mit weit. Nachweisen.

46 Vgl. auch *Blomeyer* (Fußnote 36) S. 637: Mißachtung des Mitbestimmungsrechts bleibt ungesühnt. Der Verfasser leitet daraus jedoch einen Einwand gegen die Anwendung des Günstigkeitsprinzips insgesamt ab.

47 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.

48 Vgl. BAG v. 14. 10. 86, ArbUR 1987 S. 180 = NZA 1987 S. 445.

49 Siehe die Nachweise bei *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heiher* (Fußnote 26) § 87 Anm. 127.

50 So *Blomeyer* (Fußnote 36) S. 637.

51 In Großbritannien ist die Praxis noch heute anders; Tarifverträge werden nur durch Einbeziehung in die Arbeitsverhältnisse rechtsverbindlich (*Wedderburn, The Worker and the Law* [London], 3. Aufl.,

„Mindest“bedingungen folgt zugleich, daß nach oben hin keine Grenzen bestehen. In das Synallagma wird nur durch einseitig zwingende Normen eingegriffen.

Eine stärkere „Vergemeinschaftung“ liegt dann vor, wenn auch Höchstgrenzen bestimmt und damit die gesamten Gegenleistungen des Arbeitgebers „kollektiviert“ werden. In der Weimarer Zeit war dies eine vom staatlichen Recht zugelassene Möglichkeit⁵², in Österreich hat sich dieser Zustand bis heute erhalten⁵³. Das geltende deutsche Recht kennt eine entsprechende Regelung nicht; eine gewisse Ähnlichkeit weist der Gruppenakkord auf, doch schließt er jedenfalls rechtlich Zusatzleistungen des Arbeitgebers nicht aus. Faktisch mag er allerdings in vielen Fällen auf eine Kollektivierung der Gegenleistung hinauslaufen.

Schließlich ist der Fall denkbar, daß auch der Verkauf der Ware Arbeitskraft kollektiviert wird. Die Gewerkschaft tritt als ausschließlicher „Verkäufer“ auf und handelt einen Gesamtlohn aus. Entsprechende Überlegungen hat es im mexikanischen Arbeitsrecht gegeben⁵⁴, doch haben sie sich nicht durchzusetzen vermocht⁵⁵. Closed-shop-Vereinbarungen kommen in die Nähe einer solchen Konstruktion, obwohl sie normalerweise nur mit Tarifverträgen traditioneller Prägung verknüpft sind. Das deutsche Recht kennt eine entsprechende Gestaltung nur bei der sog. Eigengruppe, also auf rein individualvertraglicher Grundlage⁵⁶. Entsprechende Tarifverträge werden nicht erwogen; dies mag gewerkschaftspolitisch damit zusammenhängen, daß eine derartige Gestaltung dazu führen würde, die Gewerkschaft allein darüber entscheiden zu lassen, wie ein geschrumpftes Arbeitsvolumen unter ihren Mitgliedern aufzuteilen ist.

Das kollektivisierte Günstigkeitsprinzip überschreitet die Grenze zwischen der zweiten und der dritten Stufe, legt also die Gegenleistung des Arbeitgebers insgesamt fest. Zwar bleibt weiterhin formal die Möglichkeit, auf Grund Individualzusagen Zusatzleistungen zu erhalten, doch wird dem praktisch kaum Bedeutung zukommen. Die Betriebsvereinbarung wird so zu einem Mittel, das eben nicht nur einen Mindeststandard garantiert. Dafür fehlt nicht nur

eine Rechtsgrundlage, sondern auch ein zwingendes Bedürfnis. Die Beschränkung auf die zweite Stufe hängt damit zusammen, daß das deutsche Arbeitsrecht den kollektiven Zusammenschluß nicht als Eigenwert begreift, sondern als ein Mittel, dem einzelnen Einflußmöglichkeiten auf seine Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu sichern⁵⁷. Nur soweit es diesem Ziel dient, sind zwingende kollektive Standards gerechtfertigt. Anders zu entscheiden, würde bedeuten, nicht nur neue Abhängigkeiten zu schaffen; vielmehr wäre auch die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, daß eine „neokorporatistische“ Einbindung von Arbeitgebern wie von Arbeitnehmern über die freiwillige Entscheidung der Beteiligten hinaus rechtlich zementiert würde. Ohne dies hier vertiefen zu können, spricht vieles dafür, daß ein Abbau individualvertraglicher Strukturen zugunsten verbandsmäßiger Gestaltung keinen Freiheitsgewinn verspricht. Eine vergleichbare Problematik zeigt sich im übrigen bei der Wahrung von Grundrechten im Betrieb; so soll nach der Rechtsprechung des 1. Senats des Bundesarbeitsgerichts eine Betriebsvereinbarung eine Datenverarbeitung zulassen können, die nach § 23 BDSG nicht gestattet wäre: Im Interesse einer einheitlichen betrieblichen Regelung sei zwischen dem Arbeitgeberinteresse und den Interessen der Arbeitnehmer „in ihrer Gesamtheit“ abzuwägen⁵⁸. Die Belegschaft wird hier zum „Gesamtgrundrechtsträger“, eine weder akzeptable noch rechtsdogmatisch haltbare Vorstellung.

3. Probleme der Praktikabilität

Die sehr ins Grundsätzliche gehende Kritik am kollektivierten Günstigkeitsprinzip verliert möglicherweise dadurch an Brisanz, daß in der Praxis von der Möglichkeit zur Umstrukturierung nur selten Gebrauch gemacht wird. Schon vor dem Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts stand verbreiteter Einschätzung nach die „verschlechternde“, nicht aber die „umstrukturierende“ Betriebsvereinbarung im Vordergrund⁵⁹. Nach dem vorliegenden Beschluß ist eine Umstrukturierung mit zusätzlichen praktischen Schwierigkeiten behaftet.

Zum einen muß auch bei einer Änderung der Verteilungsgrundsätze jener Bestandsschutz gewahrt bleiben, der bei Ablösung einer Betriebsvereinbarung durch eine andere zu wahren ist; die Grundsätze der Billigkeitskontrolle gelten auch hier⁶⁰. Zum zweiten wird es in vielen Fällen kaum möglich sein, eine sichere Aussage darüber zu machen, ob der bisherige Dotierungsrahmen erhalten bleibt oder nicht. Dies ist einmal ein Problem der Quantität. Bei der betrieblichen Altersversorgung etwa müssen versicherungsmathematische Hochrechnungen durchgeführt werden, die auch die voraussichtliche Entwicklung der Belegschaft mit einbeziehen⁶¹. Was geschieht, wenn hier nur grobe Schätzungen möglich sind, was, wenn sie sich nachträglich als Irrtum herausstellen?⁶² Zum anderen ergibt sich ein qualitatives Problem derart, daß die in die Rechnung einzustellenden Leistungen zweifelhaft sein können⁶³. Lassen sich Sozialleistungen aller Art zu einem einheitlichen Paket zusammenschließen? Läßt sich eine betriebliche Altersversorgung mit dem Argument absenken, es würden nunmehr in Höhe der Differenz vermögenswirksame Leistungen gewährt, die der einzelne vielleicht gar nicht attraktiv findet? Ist eine „Nivellierung“ durch Erweiterung des Kreises der Begünstigten mög-

S. 326 ff.), im übrigen hilft nur die „soziale Exekution“; vgl. auch Kahn-Freund, „Funktionswandel des Arbeitsrechts“ in Arbeitsrecht und Politik (Hrsg.: Ramm) (1967), S. 216 f.

52 Vgl. dazu Nipperdey (Fußnote 33) S. 8.

53 § 3 Abs. 1 AVG; näher zum österreichischen Diskussionsstand Firlel, „Das Problem der Objektivierung des Günstigkeitsvergleichs im österreichischen und deutschen Arbeitsvertragsrecht“, DRdA 1981 S. 1 ff.

54 Lombardo Toledano, El Contrato sindical de Trabajo (1928).

55 Vgl. Schulenburg, Das kollektive Arbeitsrecht in Mexico (1973), S. 50 ff. unter Hinweis insbes. auf Mario de la Cueva.

56 Vgl. dazu Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 181, 3 und § 183 mit weit. Nachweisen.

57 Vgl. Däubler/Hege, Koalitionsfreiheit (1976), Rdz. 83–91.

58 Vgl. BAG v. 27. 5. 86, ArbUR 1986 S. 316 = EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 16.

59 Nachweise bei Pfarr (Fußnote 12) S. 2003.

60 So der Große Senat in der Entsch. v. 16. 9. 86 (Fußnote *) unter C II 5 der Gründe.

61 Vgl. Hüttenmeister, „Konsequenzen aus der Entscheidung des Großen Senats des BAG v. 16. 9. 86 für die Altersversorgung“, BetrR 1987 S. 174.

62 Auf das Problem verweisen auch Belling (Fußnote 36) S. 21 und Blomeyer (Fußnote 36) S. 637.

63 Vgl. Hayen (Fußnote 20) S. 159.

lich⁶⁴ Hinzu kommt schließlich, daß sich die ohnedies nicht unbeträchtlichen Probleme des Günstigkeitsvergleichs⁶⁵ dadurch potenzieren, daß ggf. eine Vielzahl von Leistungen mit materiellen wie mit immateriellen Elementen zu vergleichen ist. Der Hinweis des *Großen Senats*, dasselbe Problem stelle sich, wenn ein Tarifvertrag günstigere Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulasse⁶⁶, ist zwar zutreffend; auch könnte man darauf verweisen, daß das neue Arbeitskollisionsrecht unter Umständen ebenfalls zu einem Günstigkeitsvergleich zwischen größeren Normbereichen (verschiedener Rechtsordnungen) zwingt⁶⁷. Auf der anderen Seite zeigt schon das schlichte Beispiel eines Essenzzuschusses, welche Wertungsprobleme entstehen können: Ist es günstiger, weiterhin einen Zuschuß von 2 DM pro Essen zu haben, es aber in der lieblosen Werkskantine einnehmen zu müssen, oder ist es günstiger, nur DM 1,50 zu bekommen, dafür aber eines von fünf in der Nähe befindlichen Restaurants aufsuchen zu können? Der *Große Senat* hat sich allzusehr an einer exakt quantifizierbaren, in Mark und Pfennig ausgedrückten Sozialleistung orientiert, die Vielzahl möglicher Gestaltungen aber nicht ausreichend bedacht.

Die Unsicherheiten in der Handhabung des kollektiven Günstigkeitsprinzips werden voraussichtlich dazu führen, daß kaum umstrukturierende Betriebsvereinbarungen zustandekommen. Für den Arbeitgeber ist das Risiko nämlich beträchtlich: Hat man sich bei den Verhandlungen bezüglich des Dotierungsrahmens verrechnet oder nimmt im Streitfall das Arbeitsgericht eine abweichende Bewertung bestimmter Leistungen vor, so wird zwar die Betriebsvereinbarung nicht ungültig. Sie läßt jedoch alle bisherigen einzelvertraglichen Rechte unberührt, so daß der Arbeitgeber im Ergebnis sehr viel mehr bezahlen muß. Sinnvollerweise wird er daher in allen einigermaßen „unübersichtlichen“ Fällen auf den Weg einer Betriebsvereinbarung verzichten und eine Anpassung mit den Mitteln des Arbeitsvertragsrechts versuchen.

V. Handlungsmöglichkeiten für Betriebsräte

Denkbar und nach dem eben Gesagten besonders naheliegend ist es, daß sich der Arbeitgeber auf die ihm zur Verfügung stehenden individualrechtlichen Instrumente besinnt, um einen Leistungsabbau oder eine Umstrukturierung vorzunehmen. Der *Große Senat* nennt Änderungsverträge, Änderungskündigungen, die Ausübung eines Vorbehalts zugunsten eines Widerrufs oder einer abweichenden Regelung durch Betriebsvereinbarung sowie den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Geht der Arbeitgeber effektiv diesen Weg und sind mehr als ein bis zwei Arbeitnehmer von seinen Maßnahmen betroffen, so greift das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Ziff. 10 BetrVG ein. Mit dem Betriebsrat ist über die Verteilung des „Restes“ oder, bei völligem Wegfall der Sozialleistungen, über etwaige Übergangsregelungen zu verhandeln⁶⁸. Für eine Einigung kann dabei einmal die Form einer Betriebsabsprache gewählt werden, die die praktische Umsetzung völlig dem Arbeitgeber überläßt. Entscheidet man sich statt dessen für eine Betriebsvereinbarung, so wird dadurch die Berufung des Arbeitgebers auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage gegenüber jedem einzelnen Arbeitnehmer überflüssig: Da die bisherigen Ansprüche durch das Vertragsrecht nicht mehr geschützt seien, trete die Betriebsvereinbarung auto-

matisch an die Stelle der einheitsvertraglichen Abrede⁶⁹. Dies ist im Ergebnis sicherlich vernünftig, freilich rechtsdogmatisch schwer zu begründen; der Sache nach mag man diese Möglichkeit zum Eingriff in vertragliche Rechte als Restbestand der ansonsten aufgegebenen Ablösungstheorie ansehen. Die Aussage, es gehe nur um eine „Methode“ zur Realisierung der notwendig gewordenen Anpassung⁷⁰, kann die konstruktiven Schwierigkeiten nicht überdecken, die sich daraus ergeben, daß Individualrechte (und seien sie auch noch so „schwach“) durch die Betriebsparteien aufgehoben werden können.

In vielen Fällen wird umstritten sein, ob ein Vorbehalt gemacht wurde oder ob sich der Arbeitgeber zu Recht auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen konnte. In solchen Fällen muß der Betriebsrat gleichwohl über eine Anpassung verhandeln. Nach dem Beschluß des *Großen Senats* kann er dies allerdings unter dem Vorbehalt tun, daß sich die Rechtsauffassung des Arbeitgebers als richtig herausstellt. Konsequenterweise kann er im Wege des Beschlußverfahrens klären lassen, ob die Voraussetzungen einer Leistungsreduzierung wirklich gegeben waren⁷¹. Entsprechendes muß gelten, wenn der Arbeitgeber angesichts der beschriebenen Schwierigkeiten bei einer Umstrukturierung den individualvertraglichen Weg wählt. In der Praxis wird viel vom Verhandlungsgeschick des Betriebsrats abhängen, der insbesondere dafür sorgen muß, daß nicht durch einen Einigungsstellenspruch vollendete Tatsachen geschaffen werden, die dann auch das Beschlußverfahren mehr oder weniger aussichtslos machen.

In der Praxis werden sich die Auseinandersetzungen aller Voraussicht nach darauf konzentrieren, ob ein Vorbehalt zugunsten eines Widerrufs oder (häufiger) zugunsten einer abweichenden Regelung durch Betriebsvereinbarung vorliegt. Der *Große Senat* hat darauf hingewiesen, „häufig“ werde der Arbeitgeber in die von ihm formulierte Einheitsregelung den Vorbehalt aufnehmen, daß eine spätere betriebliche Regelung den Vorrang haben solle. Dieser Vorbehalt könne ausdrücklich, „aber bei entsprechenden Begleitumständen auch stillschweigend erfolgen“⁷². In der Literatur wird weitergehend sogar der Standpunkt vertreten, notfalls sei im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu prüfen, ob sich der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben auf einen entsprechenden Vorbehalt hätte einlassen müssen⁷³.

64 Grundsätzlich ablehnend Ahrend/Förster/Rühmann (Fußnote 36) S. 11, jedoch mit Ausnahme des Konzerns.

65 Dazu etwa Firlei (Fußnote 53) S. 1 ff.; Hogemeier/Kempen/Zachert/Zilius, TVG (1984), § 4 Anm. 161 ff.; Wiedemann/Stumpf (Fußnote 32) § 4 Anm. 237 ff.

66 Vgl. BAG (GS) v. 16. 9. 86 (Fußnote *) unter C II 4e der Gründe.

67 Dazu näher Däubler, „Das neue Internationale Arbeitsrecht“, RIW 1987 S. 249, 253.

68 Vgl. BAG (GS) v. 16. 9. 86 (Fußnote *) unter C IV 3 der Gründe.

69 Vgl. Fußnote 68.

70 Vgl. Fußnote 68; ähnlich Kemper, „Zur Zulässigkeit verschlechternder Betriebsvereinbarungen kraft Vorbehalts bei betrieblicher Altersversorgung“, DB 1987 S. 986, der von „Kleid“ spricht.

71 Vgl. BAG (GS) v. 16. 9. 86 (Fußnote *) unter C IV 3 der Gründe.

72 Vgl. BAG (GS) v. 16. 9. 86 (Fußnote *) unter C II 1c der Gründe.

73 Vgl. Kemper (Fußnote 70) S. 987 unter Berufung auf Richardi, „Eingriff in eine Arbeitsvertragsregelung durch Betriebsvereinbarung“, RdA 1983 S. 288. Für einen Rückgriff auf die ergänzende Vertragsauslegung trotz des Beschlusses des *Großen Senats* weiterhin Richardi (Fußnote 9) S. 189.

Es bedarf keiner näheren Darlegung, daß die Kernaussagen des *Großen Senats* zum Vorrang günstigerer einheitsvertraglicher Regelungen im Ergebnis fast ohne Bedeutung bleiben, wenn man für den Regelfall einen Vorbehalt zugunsten schlechterer Betriebsvereinbarungen annimmt; am bisherigen Zustand ändert sich dann nur in jenen seltenen Fällen etwas, wo der Arbeitgeber ausdrücklich jede Relativierung ausgeschlossen hatte. Dies kann ersichtlich nicht Sinn der Entscheidung des *Großen Senats* sein. Auch die auf den Vorbehalt bezogene Textpassage spricht nicht von „ergänzender Vertragsauslegung“, sondern nur von einem sich aus den Begleitumständen ergebenden stillschweigenden Vorbehalt. Dies bedeutet, daß auf den realen Willen des Arbeitgebers abzustellen ist, nicht darauf, was die Arbeitsvertragsparteien wohl billigerweise gewollt haben würden, wenn sie sich das Problem des Abbaus durch Betriebsvereinbarung vor Augen geführt hätten.

Für eine ergänzende Vertragsauslegung besteht auch unabhängig von den Ausführungen des *Großen Senats* kein Anlaß. Die einheitsvertraglichen Regelungen wie die Gesamtzusage sind vom Arbeitgeber formuliert, der es deshalb in der Hand hat, seinen Interessen ausreichend Rechnung zu tragen. Die „Entstehungssituation“ ist die gleiche wie bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, weshalb das *Bundesarbeitsgericht* auch eine Billigkeitskontrolle praktiziert⁷⁴, also dasselbe Instrumentarium anwendet, das vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes zur Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen verwendet wurde⁷⁵. Dies legt es nahe, den Arbeitgeber nicht etwa zusätzlich dadurch zu schützen, daß man eine Lücke im Vertrag unterstellt und diese im Sinn eines Änderungsvorbehalts ausfüllt; der Interessenlage der Beteiligten wird man vielmehr nur dann gerecht, wenn man im Gegenteil davon ausgeht, daß der Arbeitgeber im Zweifel diejenige Auslegung gegen sich gelten lassen muß, die den Arbeitnehmer stärker begünstigt⁷⁶.

74 Vgl. BAG v. 21. 12. 70, AP Nr. 1 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle = ArbUR 1971 S. 310.

75 Vgl. BGH v. 29. 10. 56, BGHZ 22, 90 und BGH v. 29. 10. 62, BGHZ 38, 185.

76 Näher dazu *Däubler* (Fußnote 19) S. 17 mit weit. Nachweisen. Ebenso für den vergleichbaren Fall der vorformulierten Ausgleichsquittung ArbG Bremen v. 8. 9. 77, BB 1977 S. 1704. Das BAG verlangt bei besonders gravierenden Verzichtserklärungen (Kündigungsschutzklage, betriebliche Altersversorgung, Rechte aus Wettbewerbsverbot) eine „unmißverständliche“ Erklärung, was auf dasselbe hinausläuft; vgl. BAG v. 3. 5. 79, ArbUR 1980 S. 182 = DB 1979 S. 1465; BAG v. 9. 11. 73, AP Nr. 163 zu § 242 BGB Ruhegehalt; BAG v. 20. 10. 81, ArbUR 1982 S. 131 = BB 1982 S. 861; vgl. auch *Pfarr* (Fußnote 12) S. 2007ff.

77 Anders *Kemper* (Fußnote 70) S. 988, wonach aus dem Mustervorbehalt zu schließen sei, der Arbeitgeber habe nicht vorbehaltlos garantieren wollen. Wichtig die Einschätzung bei *Ahrend/Förster/Rühmann* (Fußnote 36) S. 13, wonach kaum echte Änderungsvorbehalte im Sinne des Beschl. des *Großen Senats* vorhanden seien.

78 Zu weitgehend *Kemper* (Fußnote 70) S. 988, wonach ab dem Zeitpunkt des „Nachtrages“ durch Betriebsvereinbarung die einheitsvertragliche Regelung „betriebsvereinbarungsoffen“ sei. Dies unterstellt die Möglichkeit zum Eingriff in die Individualrechte und verfehlt häufig den realen Willen der Beteiligten.

79 Vgl. *Ahrend/Förster/Rühmann* (Fußnote 36) S. 9; *Belling* (Fußnote 36) S. 21; *Blomeyer* (Fußnote 36) S. 638; sämtliche Autoren verstehen diesen Hinweis nicht als Aufforderung zum Mißbrauch.

80 Vgl. BAG v. 30. 1. 70 (Fußnote 2).

81 Vgl. BAG (GS) v. 16. 9. 86 (Fußnote *) unter C IV 3 der Gründe.

Auch für die Annahme eines stillschweigenden Vorbehalts ist kein Raum, wenn ein ausdrücklicher Vorbehalt aufgenommen wurde, dessen Voraussetzungen jedoch im konkreten Fall nicht vorliegen. Dadurch, daß die Frage der Rücknahme, Verschlechterung u. a. der Zusage angesprochen wurde, ist im Regelfall eine zusätzliche Relativierung ausgeschlossen. Dies gilt auch für die sog. Mustervorbehalte im Bereich der betrieblichen Altersversorgung⁷⁷.

VI. Mischtatbestände und Übergangsregeln

1. Die durch Betriebsvereinbarung geänderte einheitsvertragliche Abmachung

Denkbar ist, daß in der Vergangenheit eine einheitsvertragliche Abmachung nicht generell durch eine Betriebsvereinbarung abgelöst, sondern daß nur bestimmte Teile in dieser Form neu gestaltet wurden. So ist etwa möglich, daß die vom Arbeitgeber erlassene Versorgungsordnung durch Betriebsvereinbarung um Regeln ergänzt wurde, die die Einführung der flexiblen Altersgrenze zum Gegenstand hatten. In Betracht kommen daneben auch auf einzelne Teile bezogene Verbesserungen oder – soweit sich dies mit den Übergangsregeln vereinbaren läßt – Verschlechterungen. Besitzt der verbleibende Teil der einheitsvertraglichen Regelung weiterhin selbständige Bedeutung, so ändert sich nichts an den anzuwendenden Grundsätzen: Ein Abbau der Vertragsrechte ist nur mit den Mitteln des Individualrechts möglich; der durch Betriebsvereinbarung geregelte Teil kann im Rahmen der allgemeinen Grundsätze durch eine neue Betriebsvereinbarung verschlechtert werden. Läßt sich andererseits die verbliebene einheitsvertragliche Regelung nicht mehr selbständig vollziehen, kommt ausschließlich eine Ablösung durch Betriebsvereinbarung in Betracht⁷⁸.

2. Erst Umstrukturierung dann Verböserung?

In der Literatur ist verschiedentlich darauf hingewiesen worden, es bestehe die Möglichkeit, eine einheitsvertragliche Regelung zunächst „kostenneutral“ im Wege der Umstrukturierung in eine Betriebsvereinbarung zu überführen und diese dann nach einiger Zeit im Rahmen der allgemeinen Grundsätze zu verschlechtern⁷⁹. Das *Bundesarbeitsgericht* hatte früher die Möglichkeit eines solchen Vorgehens als Argument dafür benutzt, einheitsvertragliche Abmachungen müßten auch gleich durch Betriebsvereinbarung verschlechtert werden können⁸⁰. Da genau dieser Effekt nach der Entscheidung des *Großen Senats* nicht mehr eintreten soll, muß notwendigerweise auch ein solcher Umweg verschlossen sein. Häufig wird er schon daran scheitern, daß die Umstrukturierung nach dem oben Gesagten⁸¹ nur wenig praktikabel ist. Kommt es dennoch zu einem solchen Versuch, stellt sich das Problem der Abgrenzung zwischen einem Umgehungstatbestand und einer legitimen Weiterentwicklung betrieblicher Sozialleistungen; denn für Betriebsvereinbarungen, die aus einer Umstrukturierung einheitsvertraglicher Abmachungen hervorgegangen sind, läßt sich bezüglich des Dotierungsrahmens keine Ewigkeitsgarantie beanspruchen. Entscheidend wird es darauf ankommen, daß die Gründe, die zu einer Verschlechterung der Betriebsvereinbarung führen, erst nach deren Abschluß entstanden sind; Rentabilitätsprobleme, die schon vorher existierten, genügen nicht. Ein

vergleichsweise enger zeitlicher Zusammenhang von zwei bis drei Jahren zwischen erster und zweiter Betriebsvereinbarung ist dabei ein gewichtiges Indiz, daß es von Anfang an auch um Leistungsabbau ging.

3. Von welchem Zeitpunkt an gelten die Grundsätze des Großen Senats?

Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts hat sich nicht ausdrücklich zu der Frage geäußert, wie „verbösernde“ Betriebsvereinbarungen zu behandeln sind, die in der Vergangenheit einheitsvertragliche Regelungen abgelöst haben. Auch in der Literatur sind Aussagen dazu relativ spärlich⁸².

In der Praxis wird als erstes immer zu prüfen sein, ob sich überhaupt Unterschiede ergeben; so ist es durchaus möglich, daß die Verschlechterung durch einen entsprechenden Vorbehalt in der einheitsvertraglichen Ordnung abgedeckt oder durch den Wegfall der Geschäftsgrundlage gerechtfertigt war⁸³. Zu beachten ist dabei auch das obiter dictum des Großen Senats, wonach der freiwillige Abschluß einer Betriebsvereinbarung, in der der Betriebsrat die Notwendigkeit einer Anpassung infolge Wegfalls der Geschäftsgrundlage anerkenne, vielfach ein maßgebliches Indiz dafür sei, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für eine notwendig gewordene Anpassung der Leistungen erfüllt seien⁸⁴.

Läßt sich der Leistungsabbau nicht mit den neuen Grundsätzen vereinbaren, stellt sich das Problem der Rückwirkung. Ob insoweit dieselben Grundsätze wie bei einer Gesetzesänderung gelten müssen, ist äußerst zweifelhaft⁸⁵. Gerichtliche Entscheidungen haben nach deutschem Rechtsverständnis keine rechtsgestaltende Wirkung, sondern stellen ihrem Anspruch nach lediglich das objektiv bestehende Recht fest. Dies spräche für eine umfassende Rückwirkung, deren praktische Auswirkungen lediglich durch Verjährungsfristen beschränkt wären. Eine solche die soziale Wirkung höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht zur Kenntnis nehmende Position würde jedoch dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes widersprechen, hat doch der einzelne in der Regel unter Zugrundelegung der bisherigen Rechtsprechung bestimmte Dispositionen getroffen. Gerade im Bereich der Arbeitsgerichtsbarkeit ist diesem Gesichtspunkt immer besondere Bedeutung beigemessen worden⁸⁶. Im Ergebnis werden so die intertemporalen Normen des „Rechtsprechungsrechts“ an die des Gesetzesrechts angenähert.

Die entscheidende Frage liegt unter diesen Umständen darin, wie der Vertrauensschutz im vorliegenden Zusammenhang zu bestimmen ist. Das Bundesarbeitsgericht läßt in seiner bisherigen Rechtsprechung keine völlig einheitliche Linie erkennen. Am weitesten ging eine Entscheidung, wonach die geänderten Grundsätze über die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG nicht einmal zugunsten des Klägers Anwendung fanden, der den Wandel der Rechtsprechung erwirkt hatte⁸⁷. Dies mag damit zusammenhängen, daß die Folgen einer Rückwirkung besonders gravierend gewesen wären, hätten doch die Arbeitgeber in zahllosen Fällen wegen nichtiger Kündigungen Arbeitnehmer wieder einstellen und ihnen den Lohn fortbezahlen müssen. Daß eine derartige Extremlösung im vorliegenden Zusammenhang nicht in Betracht kommt, wird nicht zuletzt daran deutlich, daß der Große Senat

keinerlei Andeutungen in diese Richtung macht, sondern im Gegenteil darauf hinweist, wie der Ausgangsfall auf der Grundlage seines Beschlusses zu entscheiden sein könnte⁸⁸. Unmittelbarer einschlägig dürfte daher eine Entscheidung des 3. Senats des Bundesarbeitsgerichts sein, wonach die Nichtanrechnung von Unfallrenten auf die betriebliche Altersversorgung auch für die Vergangenheit bejaht wurde, obwohl vor der einschlägigen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts die herrschende Meinung den gegenteiligen Standpunkt vertreten hatte⁸⁹. Wesentlich für den geminderten Vertrauensschutz war dabei die Erwägung, daß eine im Jahre 1972 ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts der Unfallrente auch den Charakter eines Ausgleichs für immaterielle Schäden zugesprochen hatte, eine Anrechnung daher nicht mehr völlig gesichert erschien⁹⁰. Ähnlich liegt der Fall hier: Seit der Entscheidung des 6. Senats des Bundesarbeitsgerichts v. 12. 8. 1982⁹¹ war für die Beteiligten unklar, ob eine verschlechternde Betriebsvereinbarung überhaupt noch ihr Ziel erreichen konnte. Für einen Vertrauensschutz bestand insoweit keine ausreichende Grundlage mehr. Konkret bedeutet dies, daß alle seither abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen die einheitsvertraglichen Regelungen nicht verschlechtern konnten. Diese blieben neben der Betriebsvereinbarung erhalten; die Arbeitnehmer können sich jederzeit auf ihre Fortexistenz berufen. Nachzahlungen für die Zeit vor Bekanntwerden des Beschlusses des Großen Senats dürften allerdings nur im engen Umfang in Betracht kommen: Soweit keine tariflichen Verwirkungsklauseln vorhanden sind, greift auch bei Sozialleistungen die kurze (zweijährige) Verjährungsfrist der §§ 196 Ziff. 8, 9, 201 BGB ein⁹². Nach dem Abschluß der verbösernden Betriebsvereinbarung haben neueingestellte Arbeitnehmer Anspruch auf Gleichbehandlung, dürfen also von der irrtümlich für abgebaut erachteten einheitsvertraglichen Regelung nicht ausgeschlossen werden; etwas anderes gilt nur dann, wenn sie nach dem Willen des Arbeitgebers überhaupt nicht in den Genuß der in Frage stehenden Sozialleistung kommen sollten.

Was geschieht mit jenen einheitsvertraglichen Ansprüchen, die vor 1982 durch eine schlechtere Betriebsvereinbarung

82 Das Problem ist nur behandelt bei Ahrend/Förster/Rühmann (Fußnote 36) S. 17 und bei Belling (Fußnote 28) S. 152 ff.

83 Richtig Ahrend/Förster/Rühmann (Fußnote 36) S. 17.

84 Vgl. BAG (GS) v. 16. 9. 86 (Fußnote *) unter C IV 3 letzter Absatz der Gründe.

85 Überblick über die Rspr. der einzelnen obersten Bundesgerichte bei Lerche/v. Pestalozza, „Altverträge unter neuem Richterrecht“, BB 1986 Beilage 14/1986 S. 15.

86 Vgl. etwa BAG v. 20. 4. 72, AP Nr. 12 zu § 75b HGB = ArbUr 1972 S. 383, wonach den Arbeitsvertragsparteien eine Übergangsfrist von etwa einem halben Jahr zugestanden wurde, um die Verträge an den „neuen“ Rechtszustand, d. h. das generelle Verbot einer unbezahlten Karenz anzupassen.

87 Vgl. BAG v. 29. 3. 84, NZA 1984 S. 169, 171. Es ging darum, ob der Arbeitgeber die Daten über die soziale Auswahl von sich aus mitteilen mußte oder nur auf Verlangen des Betriebsrats.

88 BAG (GS) v. 16. 9. 86 (Fußnote *) unter C II 5 der Gründe: „So könnte es im Ausgangsfall fraglich sein, ob den Arbeitnehmern, die kurz vor Vollendung des 10jährigen Dienstjubiläums stehen, der Anspruch schlechthin genommen werden konnte.“

89 Vgl. BAG v. 13. 9. 83, BB 1983 S. 2261.

90 Vgl. BAG v. 13. 9. 83 (Fußnote 89).

91 Vgl. BAG v. 12. 8. 82 (Fußnote 3).

92 Vgl. Schaub (Fußnote 56) § 73 I 1 mit weit. Nachweisen.

„abgelöst“ wurden? Würde man die Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* zur Sittenwidrigkeit von Konsumentenkrediten zugrunde legen, wären lediglich die Zahlungsverpflichtungen für die Vergangenheit durch die Verjährungsvorschriften begrenzt⁹³. Dies erscheint bei einem wirtschaftlichen Vorgang angemessen, der in aller Regel nach einer Reihe von Jahren abgewickelt ist. Bei Sozialleistungen ist dies insofern anders, als sie oft ohne zeitliche Begrenzung auch in der Zukunft zu gewähren sind. Der Arbeitgeber ist daher in seinem Vertrauen darauf zu schützen, daß eine vor 1982 abgeschlossene Betriebsvereinbarung ihr Ziel erreichte, sofern sich nicht der Betriebsrat oder einzelne Belegschaftsangehörige gerichtlich zur Wehr

gesetzt haben. Dabei spielt es keine Rolle, ob die „Verböserung“ mit Argumenten angegriffen wurde, die die heutige Rechtsprechung vorwegnahmen, oder ob lediglich auf die Billigkeitskontrolle verwiesen wurde: Die gerichtliche Kontroverse verhindert als solche die Entstehung eines Vertrauenstatbestands.

Existieren Meinungsverschiedenheiten darüber, ob eine einheitsvertragliche Regelung durch Betriebsvereinbarung wirksam abgelöst wurde oder nicht, kann eine Klärung im Beschlußverfahren erfolgen. Insofern gilt dasselbe wie für den Fall, daß der Arbeitgeber für sich das Recht in Anspruch nimmt, mit individualvertraglichen Mitteln, wie der Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage, das bisherige Leistungsniveau absenken zu können⁹⁴. Im Einzelfall kann schon die Möglichkeit eines solchen Verfahrens die Position des Betriebsrats stärken und zu einer einvernehmlichen Lösung beitragen.

93 Dazu näher *Lerche/v. Pestalozza* (Fußnote 85).

94 So *BAG (GS)* v. 16. 9. 86 (Fußnote *) unter C IV 3 letzter Absatz der Gründe.

Professor Dr. Dieter Gaul, Köln

Einflußrechte des Betriebsrats bei Arbeitnehmererfindungen – 30 Jahre Arbeitnehmererfindungsgesetz –

I. Vorbemerkungen

Am 1. 10. 1987 ist das geltende Arbeitnehmererfindungsgesetz v. 25. 7. 1957 (BGBl. I S. 756) in fast unveränderter Form 30 Jahre in Kraft. Dies beweist, daß wie in kaum einem anderen arbeitsrechtlichen Schutzgesetz die Rechtsbeziehungen der Arbeitsvertragsparteien im Arbeitnehmererfindungsgesetz in besonders ausgewogener Weise erfaßt und geordnet wurden. Da dem Betriebsrat nach § 80 Abs. 1 Ziff. 1 BetrVG¹ die Verpflichtung obliegt, darüber

zu wachen, daß die zum Schutz der Arbeitnehmer geltenden gesetzlichen Vorschriften betrieblich durchgeführt werden und gem. § 80 Abs. 1 Ziff. 2 BetrVG Initiativen für weiterführende Regelungen zugunsten der Arbeitnehmer ergriffen werden sollen², scheint es naheliegend, die durch eine Arbeitnehmererfindung begründeten Rechtspositionen der Arbeitsvertragsparteien in ihrer kollektivrechtlichen Ausgestaltung vorrangig durch das Betriebsverfassungsgesetz zu erfassen. Dabei liegt es nahe, die durch § 87 Abs. 1 Ziff. 12 BetrVG begründete Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Festlegung von Grundsätzen des betrieblichen Verbesserungsvorschlagswesens³ auch auf Fragen des Arbeitnehmererfindungsrechts zu übertragen.

Das geltende Arbeitnehmererfindungsgesetz hat sich in §§ 2, 3 ArbNERfG darauf beschränkt, technisch geprägte Erfindungen zu erfassen und die in § 2 ArbNERfG genannten schutzwürdigen von den durch § 3 ArbNERfG nicht schutzfähigen Erfindungen abzugrenzen. Nur für den Bereich der patent- oder gebrauchsmusterschutzfähigen Erfindungen⁴ enthält das Arbeitnehmererfindungsgesetz Regeln verfahrensrechtlicher und materieller Art. Soweit es sich nicht um qualifizierte Verbesserungsvorschläge (§ 20 Abs. 1 ArbNERfG), die dem Arbeitgeber faktisch eine monopolähnliche Stellung vermitteln⁵, handelt, wird die Ordnung des Verbesserungsvorschlagswesens gem. § 20 Abs. 2 ArbNERfG dem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung überlassen. Um die dadurch begründeten Einflußrechte des Betriebsrats sachgerecht erfassen zu können, ist es freilich notwendig, die technisch und untechnisch begründeten Erfindungen gegeneinander abzugrenzen, aber auch innerhalb des technischen Bereichs die schutzfähigen von den nicht schutzfähigen unterscheiden zu können.

1 Vgl. *Dietz/Richardi*, BetrVG, 6. Aufl., § 80 Anm. 3 ff.; *Galperin/Löwisch*, BetrVG, 6. Aufl., § 80 Anm. 6 ff.; *Hess/Schlochauer/Glaubitz*, BetrVG, 3. Aufl., § 80 Anm. 8 ff.; *Gaul*, Das Arbeitsrecht im Betrieb, 8. Aufl., O XIII Rdz. 13; *BAG* v. 17. 5. 83, AP Nr. 19 zu § 80 BetrVG 1972 = *ArbuR* 1983 S. 313; zur Abgrenzung vgl. *BAG* v. 7. 8. 86, *ArbuR* 1987 S. 85 = *NZA* 1987 S. 134.

2 Vgl. *Hess/Schlochauer/Glaubitz* (Fußnote 1) § 80 Anm. 20; *Gnadel/Kehrman/Schneider/Blanke*, BetrVG, 2. Aufl., § 80 Anm. 8; *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither*, BetrVG, 15. Aufl., § 80 Anm. 12; weitergehend für den gesamten Bereich der Mitbestimmungstatbestände *BAG* v. 14. 11. 74, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 = *ArbuR* 1975 S. 252 mit Anm. v. *Nickel*; hierzu eingehend *Wiese*, Das Initiativrecht des Betriebsrates nach dem BetrVG (1977), S. 78 ff.

3 Vgl. *Volmer/Gaul*, ArbNERfG, 2. Aufl., § 20 Anm. 91, 108; *Galperin/Löwisch* (Fußnote 1) § 87 Anm. 259; *Hess/Schlochauer/Glaubitz* (Fußnote 1) § 87 Anm. 492; *Gnadel/Kehrman/Schneider/Blanke* (Fußnote 2) § 87 Anm. 247 ff.; zur Abgrenzung *BAG* v. 28. 4. 81, AP Nr. 1 (= *ArbuR* 1981 S. 284) und v. 16. 3. 82, AP Nr. 2 (= *ArbuR* 1982 S. 228), jeweils zu § 87 BetrVG 1972 Vorschlagswesen.

4 Vgl. *Reimer/Schade/Schippel*, ArbNERfG, 5. Aufl., § 2 Anm. 4; *Volmer/Gaul* (Fußnote 3) § 2 Anm. 5 ff., 17 ff.; *Bartenbach/Volz*, ArbNERfG (1980), § 2 Anm. 6; *BAG* v. 5. 10. 82 (Prüfkopfeinstellung), *EGR ArbNERfG* § 2 Nr. 28 = *Bl.* 1983 S. 50.

5 Vgl. *Volmer/Gaul* (Fußnote 3) § 20 Anm. 4; *Bartenbach/Volz* (Fußnote 4) § 20 Anm. 5; *Reimer/Schade/Schippel* (Fußnote 4) § 20 Anm. 3; *Schiedstelle* v. 4. 11. 82, *EGR ArbNERfG* § 20 Nr. 14 = *Bl.* 1983 S. 107; *BGH* v. 26. 11. 68, *EGR ArbNERfG* § 20 Nr. 3 = *GRUR* 1969 S. 341.