

oder Einzelanalogie zu den §§ 74 ff HGB, sondern in der Entwicklung „allgemeiner“ Rechtsgedanken aus den §§ 74 ff, 90 a HGB liegt. Nur auf diesem Wege läßt sich den Bedenken wegen des „Sondercharakters“ der §§ 74 ff HGB in methodologisch korrekter Weise begegnen; denn nur so ist es möglich, den überzeugungskräftigen materialen Wertungskern dieser Vorschriften von den Zufälligkeiten seiner gesetzestheoretischen Einkleidung und Ausformung zu trennen (vgl. oben 2 a). Nur diese Lösung ist ferner mit den Absichten des Gesetzgebers vereinbar; denn nur sie respektiert die in § 90 a HGB zum Ausdruck kommende Entscheidung gegen eine schematische Einheitslösung und für ein zwar in den Grundzügen gleiches, in der Einzelausgestaltung aber differenziertes Schutzsystem (vgl. oben 2 b). Nur diese Lösung verhindert außerdem materiale Ungerechtigkeit; denn nur mit ihrer Hilfe läßt sich vermeiden, daß Regelungen, die einen fairen und angemessenen Interessenausgleich darstellen und die daher inhaltlich nicht zu beanstanden sind, der Ungültigkeitssanktion anheimfallen (vgl. oben 2 c). Nur diese Lösung gewährleistet schließlich ein ausreichendes Maß an Rechtssicherheit; denn nur sie macht es durch ihre Flexibilität möglich, Verbotsnormen von so evidenter Überzeugungskraft zu entwickeln, daß man deren Beachtung von den Parteien auch unabhängig von einer genauen Kenntnis des Gesetzes und der einschlägigen Rechtsprechung erwarten kann, und nur sie vermeidet daher den in einer Einzelanalogie zu den §§ 74 ff HGB liegenden fatalen „Überraschungseffekt“ (vgl. oben 2 c und d).

II. Das Urteil befaßt sich ferner eingehend mit den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die §§ 74 ff HGB und stellt insbesondere die verschiedenen Arten der Unwirksamkeit, die das Gesetz dabei kennt, ausführlich dar. Darauf soll hier wegen der Länge dieser Anmerkung nicht näher eingegangen werden. Nur ein Problem sei noch kurz aufgegriffen, weil es in diesem Zusammenhang von besonderer praktischer Bedeutung ist und weil letztlich erst seine Lösung über die volle Tragweite der vom BAG befürworteten Analogie zu den §§ 74 ff HGB entscheidet. Unter III 1 hat das BAG ausgeführt, bei „unverbindlichen“ Wettbewerbsverboten i. S. der §§ 74 II und 75 d HGB hänge es von dem ArbN ab, ob er sich daran halte und dann Ansprüche daraus herleite oder nicht; es hat damit der Sache nach – in Einklang mit seiner bisherigen Rechtsprechung – eine andere Möglichkeit zurückgewiesen, nämlich die, daß die gesetzliche Regelung an die Stelle der gesetzeswidrigen tritt und diese ersetzt. Das mag nun im Falle des § 74 II HGB angesichts der Formulierung dieser Vorschrift wirklich der einzige gangbare Weg sein, doch fragt es sich, ob es auch für die übrigen von § 75 d HGB erfaßten Fälle gilt. Das ist in der Tat vom LAG Baden-Württemberg in mehreren Entscheidungen mit ausführlicher Begründung bejaht worden (vgl. AP Nr. 2 zu § 75 a HGB; DB 61, 982 und 68, 1317; anders allerdings, wenn auch ohne nähere Auseinandersetzung mit der Problematik, BAG AP Nr. 1 zu § 75 a HGB [SAE 1956, 148 Anm. Hausmann]). Sollte sich diese Ansicht durchsetzen, so würde dies der Analogie zu den §§ 74 ff HGB erst ihre volle Brisanz geben: jeder kleine Verstoß gegen die minutiöse Regelung dieser Vorschriften würde dann das ganze Wettbewerbsverbot (und nicht nur die fragliche Klausel) unverbindlich machen!

Die besseren Gründe dürften indessen für die Gegenansicht sprechen. Allerdings scheint der Wortlaut des § 75 d HGB auf den ersten Blick dem LAG Baden-Württemberg recht zu geben, da dort von der Unverbindlichkeit der „Vereinbarung“ die Rede ist und da das Gesetz sonst, so z. B. in den §§ 74 I und 90 a I 1 mit diesem Ausdruck das gesamte Wettbewerbsverbot bezeichnet; indessen wiegt dieses Argument im Hinblick auf den anerkannten Grundsatz der „Relativität der Rechtsbegriffe“ nicht sonderlich schwer. Auch der Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte hilft nicht viel weiter; zwar hieß es in § 75 d ursprünglich statt „Vereinbarung“ „Vertragsbestimmung“ (vgl. den Abdruck des Gesetzentwurfs in Verhandlungen des Reichstags XIII. Legislaturperiode 1. Session, Anlagen S. 735), doch ist nicht klar feststellbar, ob die Änderung sachliche oder nur sprachliche Gründe hatte (vgl. Verhandlungen aaO. Bd. 303, S. 2827). Mehr Gewicht kommt schon der Überlegung zu, die von § 75 d für den ArbN eröffnete Wahlmöglichkeit sei nur hinsichtlich des gesamten Verbots und nicht hinsichtlich einzelner

Klauseln sinnvoll; auch dieser Gedanke hält jedoch näherer Überprüfung nicht stand, da durchaus Fälle vorkommen können, in denen je nach der Entwicklung der Verhältnisse einmal die gesetzliche und einmal die vertragliche Regelung für den ArbN günstiger ist (vgl. etwa die oben unter I 2 c mitgeteilte Anrechnungsklausel des MTV für die chemische Industrie) und in denen daher die Wahlmöglichkeit auch hinsichtlich einer einzelnen Vertragsbestimmung ihren guten Sinn hat. Man wird daher entscheidend darauf abzustellen haben, ob die Unverbindlichkeit des gesamten Wettbewerbsverbots im Ergebnis eine angemessene und vernünftige Sanktion darstellt oder nicht. Dies aber ist zu verneinen, da ein Verstoß gegen die subtile Regelung der §§ 74 ff sehr leicht unterlaufen kann und da er häufig keinen so starken Unwertgehalt aufweist, daß die Rechtsordnung den ArbN nur durch eine Gesamtunverbindlichkeit des Wettbewerbsverbots hinreichend schützen kann. Auch geht aus dem Gesetz selbst, insbesondere aus § 74 a I sehr deutlich die Tendenz hervor, den Umfang der Unwirksamkeit auf das unerläßliche Mindestmaß zu beschränken und das Wettbewerbsverbot im übrigen nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten. Unter Berücksichtigung dieser Wertung wird man daher auch § 75 d so zu interpretieren haben, daß nicht das ganze Wettbewerbsverbot, sondern nur die gesetzeswidrige Vertragsbestimmung „unverbindlich“ ist. Für die Problematik der entsprechenden Anwendung der §§ 74 ff HGB auf nicht-kaufmännische ArbN würde dies bedeuten, daß die Analogie wenigstens in einem Teil der Fälle nicht ganz so gravierende Auswirkungen hätte, wie es zunächst den Anschein hat.

Prof. Dr. Claus-Wilhelm Canaris, Hamburg

Hinweis der Redaktion:

Vgl. außer den im Urteil genannten Entscheidungen BAG v. 5. 12. 1969 – 3 AZR 514/68 = SAE 1971, 1 Anm. Kraft.

Tarifliches Widerrufsrecht

Die Ausübung eines tariflichen Widerrufsrechts – Widerruf einer Bestellung zum Vorhandwerker – steht wie jede Ausübung vertraglicher Rechte unter dem Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Das bedeutet, daß der Arbeitgeber den Widerruf nicht willkürlich, d. h. nicht ohne sachlichen Grund aussprechen darf.

Bundesarbeitsgericht

Urteil vom 10. 6. 1970 – 4 AZR 341/69 (LAG Hamm – 8 Sa 88/69)

Tatbestand:

Der Kl., der den Tischlerberuf erlernt hat, ist seit dem 25. 11. 1960 bei der Standortverwaltung A der Wehrbereichsverwaltung III beschäftigt. Nach seinem Arbeitsvertrag finden auf das Arbeitsverhältnis die tariflichen Bestimmungen für Arbeiter des Bundes in der jeweiligen Fassung Anwendung. Der Kl. wurde als Pionier- und Schießgerätewart nach Lohngruppe IV eingestellt und gelangte im Wege des Bewährungsaufstieges am 1. 12. 1965 als Handwerker in die Lohngruppe III. Auf Vorschlag des Standortkommandeurs bestellte die Standortverwaltung durch schriftliche Verfügung vom 2. 11. 1966 den Kl. mit Wirkung vom 1. 9. 1966 zum Vorhandwerker. Zu seiner Gruppe gehören ein weiterer Tischler und ein Schlosser, die in der Bestellungsverfügung namentlich aufgeführt sind. Als Vorhandwerker erhielt der Kl. gemäß § 3 Abs. 2 des Tarifvertrages über das Lohngruppenverzeichnis zum Manteltarifvertrag für Arbeiter des Bundes vom 11. 7. 1966 (TV Lohngruppenverzeichnis) eine Zulage von 12 v. H. seines jeweiligen Tabellenlohnes.

Der Kl. hat gemeinsam mit den beiden anderen Handwerkern die Schießanlage des Standortes instand zu halten. Dazu gehört u. a. die Herrichtung, Wartung und Reparatur der Scheiben und der Anlagen, das Transportieren von unhandlichen Geräten und das Einräumen der hergerichteten Schießscheiben in die Boxen im Scheibenhof. Der Kl. erhält jeweils einen Schießplan, anhand dessen er die Rangfolge der zu erledigenden Arbeiten feststellen kann. Nach der Dienstanweisung für den Scheibenwart (Tischler) ist der Kl. im wesentlichen verantwortlich für die Verwaltung, Erhaltung und Instandsetzung des gesamten Scheibenmaterials und der Schießgeräte. Daneben hat er die Materialverbrauchskartei zu führen, das verbrauchte Material ordnungsgemäß zu verbuchen und für zeitgerechte Nachbestellung zu sorgen. Ihm untersteht im allgemeinen der Hilfs Scheibenwart. Die Tischler haben die Aufgabe, die vorwiegend aus Holz bestehenden oder unter Verwendung von Holz angefertigten Schießscheiben in Ordnung zu halten. Ihr Arbeitsplatz ist im Scheibenstand und in der daneben liegenden Werkstatt, in der das Arbeitsgerät aller Arbeiter liegt.

Dem Schlosser obliegen nach der für ihn bestehenden Dienstanweisung für Schießstandelektriker (Schlosser) vom 1. 1. 1964 die Wartung, Instandhaltung und Pflege der mechanischen Klappscheibengeräte. Diese sind in festen Schießbahnen installiert und bestehen aus metallenen Klappfallscheiben und Zugeinrichtungen. Der Schlosser hat vor allem die Aufgabe, die Schußlöcher in den Scheiben zu beseitigen, unbrauchbar gewordene Scheiben auszuwechseln und für den ordnungsgemäßen Zustand der Zugvorrichtungen zu sorgen.

Die anfallenden Arbeiten erledigen der Kl., der andere Tischler und der Schlosser nach vorheriger Absprache entweder Hand in Hand oder, soweit besondere Fachkenntnisse eines Tischlers oder Schlossers gefordert werden, getrennt.

Mit Schreiben vom 26. 8. 1968 widerrief die Standortverwaltung auf Weisung der Wehrbereichsverwaltung die Bestellung des Kl. zum Vorhandwerker mit der Begründung, die Unterstellung eines Schlossers unter den Kl. sei nicht zulässig, da der Kl. als Tischler nicht Vorhandwerker eines Schlossers sein und keine Weisungen in einem Beruf erteilen könne, den er nicht erlernt habe. Der Kl. hält diese Ansicht für unrichtig. Er meint, der Widerruf sei unwirksam, da sich an den tatsächlichen Verhältnissen nichts geändert habe und kein sachlicher Grund für einen Widerruf bestehe. Mit der Klage fordert er Zahlung der tariflichen Lohnzulage von 12 v. H. seines Tabellenlohnes für den Monat Oktober 1968 im Betrage von 90,99 DM brutto. Die Bekl. hat Klageabweisung beantragt. Sie verteidigt die in dem Widerrufsschreiben vertretene Auffassung. Sie hat auch bestritten, daß der Kl. als Gruppenführer beschäftigt werde; der Schlosser arbeite selbständig, sei an Weisungen des Kl. nicht gebunden und unterstehe nicht seiner Aufsicht. Falls aber der Widerruf aufgrund einer irrigen Beurteilung ausgesprochen worden sei, so könne der Bekl. jedenfalls nicht der Vorwurf des Rechtsmißbrauchs gemacht werden.

Das ArbG hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Bekl. ist vom LAG zurückgewiesen worden. Mit der Revision begehrt die Bekl. weiterhin die Abweisung der Klage; der Kl. bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hatte keinen Erfolg.

I. Das LAG geht zutreffend davon aus, daß die Bekl. die Bestellung des Kl. zum Vorhandwerker ohne Änderungskündigung widerrufen konnte. Nach § 3 Abs. 2 Unterabs. 2 TV Lohngruppenverzeichnis sind Vorhandwerker Arbeiter mit Ausbildung nach Lohngruppe IV Fallgruppe 1 Ziffer 1 oder 2 des Allgemeinen Teils der Anlage 1, d. h. insbesondere Handwerker und Facharbeiter, die durch schriftliche Verfügung als ständige Gruppenführer bestellt sind und als solche beschäftigt werden; die Gruppe muß außer dem Vorhandwerker aus mindestens zwei selbständig tätigen Arbeitern bestehen, von denen mindestens ein Arbeiter die für den Vorhandwerker geforderte Ausbildung haben muß. Unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise die Bestellung zum Vorhandwerker widerrufen werden kann, ist im TV nicht ausdrücklich geregelt. Jedoch ist in § 3 Abs. 4 aaO. bestimmt, daß die Vorhandwerkerzulage für die Dauer von vier Wochen weiterzuzahlen ist, wenn die Bestellung zum Vorhandwerker widerrufen wird. Der Tarif regelt also die lohnrechtlichen Folgen des Widerrufs und setzt damit die Möglichkeit des Widerrufs voraus. Daraus ist zu entnehmen, daß der ArbGeb die Bestellung einseitig widerrufen kann, sofern dies nicht nach dem Arbeitsvertrag ausgeschlossen ist.

Damit unterliegt die Ausübung des Widerrufsrechts grundsätzlich dem Direktionsrecht des ArbGeb. Das gilt im übrigen schon für die nach § 3 Abs. 2 aaO. durch schriftliche Verfügung des ArbGeb auszusprechende Bestellung zum Vorhandwerker. Die Grenzen des Weisungsrechts des ArbGeb sind in § 9 MTB II umrissen. Danach haben sich die dem Arbeiter zugewiesenen Arbeiten in dem bei Abschluß des Arbeitsvertrages ausdrücklich vereinbarten oder sich aus den näheren Umständen ergebenden Rahmen zu halten (Abs. 1); der Arbeiter hat aber auch jede seinen Kräften und Fähigkeiten entsprechende andere Arbeit anzunehmen, sofern sie ihm billigerweise zugemutet werden kann und sein allgemeiner Lohnstand nicht verschlechtert wird. Danach konnte die Bekl. den Kl., der durch Arbeitsvertrag als Pionier- und Gerätewart eingestellt ist und damit aufgrund seiner Ausbildung als Handwerker unter die Lohngruppe IV, Fallgruppe 4 des Lohngruppenverzeichnisses (SV 2 a) und nach entsprechender Bewährung unter die Lohngruppe III fällt, kraft Weisungsrechts zum ständigen Gruppenführer bestellen. Da dem Kl. diese Funktion nicht durch den Arbeitsvertrag auf Dauer übertragen worden ist, unterlag auch der Widerruf dem Weisungsrecht der Bekl. Die dem Kl. tariflich zustehende Lohngruppe wird durch den Widerruf nicht berührt; der Wegfall der Zulage — bei unbefristeter Bestellung nach einer Übergangszeit von vier Wochen — ist in § 3 Abs. 4 TV Lohngruppenverzeichnis besonders geregelt.

II. Die Ausübung des Widerrufsrechts steht aber nicht im freien Belieben des ArbGeb. Allerdings kann nicht der Auffassung des LAG beigetreten werden, es handele sich um die Bestimmung der geschuldeten Leistung im Sinne von § 315 BGB, die vom Gericht daraufhin nachzuprüfen wäre, ob sie billigem Ermessen entspricht, und die, wenn das nicht der Fall ist, durch Urteil zu treffen wäre. Es ist zwar richtig, daß diese Vorschrift auch auf die Bestimmung offen gebliebener Leistungsmodalitäten (Ort, Zeit, Art und Umfang einer Leistung) Anwendung finden kann und sich auch auf den vorbehaltenen Widerruf von Leistungszulagen wie Ruhesgeldversprechen und widerruflich gewährte Lohnzuschläge erstreckt. Weder

bei der Bestellung eines Arbeiters zum Vorhandwerker noch bei deren Widerruf geht es jedoch um die Bestimmung einer geschuldeten, bislang aber noch unbestimmten Leistung. Es gehört zu den wesentlichen Merkmalen des abhängigen Arbeitsverhältnisses, daß der ArbN im Rahmen der durch den Arbeitsvertrag übernommenen, mehr oder weniger konkret festgelegten Leistungspflicht seine Arbeitskraft nach den Weisungen des ArbGeb einzusetzen hat. Das macht aber die vom ArbN geschuldete Leistung nicht zu einer unbestimmten im Sinne des § 315 BGB. Es würde auch nicht zum Wesen abhängiger Arbeit passen, wenn Weisungen des ArbGeb, die sich als unbilliges Verlangen darstellen, nicht nur für den ArbN unverbindlich wären, sondern durch gerichtliches Gestaltungsurteil ersetzt werden könnten, wie es § 315 Abs. 3 BGB vorsieht. Vergl. hierzu Böttcher, AuR 1967, S. 325 f., gegen Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis.

Nicht anders kann dann die Bestellung eines Arbeiters zum Vorhandwerker und deren Widerruf beurteilt werden, wenn beides wie hier im Direktionsrecht des ArbGeb liegt. Die Bekl. bestimmt durch die Bestellung oder den Widerruf auch nicht etwa den zu zahlenden Lohn; dieser, nämlich der Anspruch auf die Zulage oder dessen Wegfall, richtet sich nach der geforderten und erbrachten Arbeitsleistung und hat seine Anspruchsgrundlage in dem tariflich normierten Arbeitsverhältnis.

Die Ausübung des Widerrufsrechts steht aber wie jede Ausübung vertraglicher Rechte unter dem Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Das bedeutet, daß der ArbGeb den Widerruf nicht willkürlich, d. h. nicht ohne sachlichen Grund aussprechen darf. Dazu hat das LAG, wenn auch unter dem unrichtigen Gesichtspunkt des billigen Ermessens im Sinne von § 315 Abs. 1 Satz 1 BGB, festgestellt, daß sachliche Gründe für den Widerruf nicht vorliegen. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Die Bekl. hat den Widerruf in den Vorinstanzen wie schon im Widerrufsschreiben allein damit begründet, der Kl. könne als Tischler nicht Vorhandwerker eines Schlossers sein, da er keine Weisungen in einem nicht erlernten Beruf erteilen könne; die tariflichen Voraussetzungen für die Bestellung des Kl. zum Vorhandwerker seien also nicht gegeben. Das ist irrig, wie das LAG zutreffend ausführt. Der Tarif verlangt nicht, daß der Vorhandwerker die gleiche fachliche Ausbildung habe wie die ihm unterstellten Gruppenmitglieder. Andererseits muß es sich bei den unterstellten Arbeitskräften um mindestens zwei selbständig tätige Arbeiter handeln (§ 3 Abs. 2 Unterabs. 2 TV Lohngruppenverzeichnis). Die wesentliche Aufgabe des Vorhandwerkers liegt also nicht in Weisungen über die fachliche Ausführung der von den einzelnen Gruppenmitgliedern zu verrichtenden Arbeit, sondern in der allgemeinen Aufsicht über die Gruppe und der Koordinierung der Aufgaben der Gruppenmitglieder, damit das der Gruppe gestellte Arbeitsziel in rationeller Zusammenarbeit erreicht wird.

Nach den Feststellungen des LAG hat der Kl. diese Funktion auch ausgeübt, ohne daß sich seit seiner Bestellung an den tatsächlichen Verhältnissen etwas geändert hat. Irgendwelche Tatsachen, aus denen eine sachliche Rechtfertigung für den Widerruf entnommen werden könnten, hat die Bekl. nicht vorgetragen. Die Revision hat gegenüber dem vom LAG festgestellten Sachverhalt auch keine Verfahrensrügen erhoben. Hiernach ist dem angefochtenen Urteil im Ergebnis darin beizutreten, daß der von der Bekl. ausgesprochene Widerruf unwirksam ist, weil sachliche Gründe zu seiner

Rechtfertigung nicht festzustellen sind. Damit steht dem Kl. die Vorhandwerkerzulage für die unverändert ausgeübte Tätigkeit eines Gruppenführers auch für den geltend gemachten Zeitraum zu. Die Kosten des erfolglosen Rechtsmittels fallen gemäß § 97 Abs. 1 ZPO der Bekl. zur Last.

Anmerkung:

Der Entscheidung kann zwar im Ergebnis, schwerlich jedoch in der Begründung zugestimmt werden.

I. Das BAG geht mit der Vorinstanz davon aus, die Bekl. habe die Bestellung des Kl. zum Vorhandwerker grundsätzlich widerrufen können. Dabei sieht es im Widerruf einen aus dem Direktionsrecht fließenden rechtsgestaltenden Akt, der bereits als solcher die Gruppenführerstellung des Kl. beseitigte und ihm die damit verbundene Zulage von 12 % entzog. Nach Ansicht des Gerichts scheitert die Wirksamkeit der Widerrufsverfügung allein am Rechtsmißbrauch der Bekl.; die Tatsache, daß der Kl. auch weiterhin die Funktion eines Vorhandwerkers ausgeübt hat, ist ohne Belang.

Dies will nicht recht einleuchten. Im gesamten öffentlichen Dienst hat nach heute nahezu einhelliger Auffassung die Eingruppierung deklaratorischen Charakter; der Lohnanspruch richtet sich nicht nach der Eingruppierungsverfügung des Dienstherrn, sondern nach der Vergütungsgruppe, deren Tätigkeitsmerkmale der ArbN tatsächlich erfüllt (Hueck-Nipperdey, ArbR, Band II/1, 7. Aufl. 1967, S. 526 m. w. N.). Enthielte daher der einschlägige TV eine besondere Lohngruppe „Vorhandwerker“, so würde der Anspruch auf einen um 12 % höheren Lohn erst dann entfallen, wenn dem Kl. (zulässigerweise) eine andere Beschäftigung zugewiesen worden wäre. Vorher, und damit auch in dem vom BAG entschiedenen Falle, wäre der Klage unbedenklich stattzugeben.

Formal betrachtet, liegt der hier interessierende Fall anders, da der jeweilige Gruppenführer einen Zuschlag von 12 % erhält, aber nicht die Vergütungsgruppe wechselt. Sachlich kann dies keinen Unterschied machen, da man nur aus Gründen der rationelleren Handhabung eine „Generalklausel“ für Gruppenführer schuf, die für alle Ausgangslohngruppen gilt. Niemand würde vermutlich sachliche Einwände erheben, wenn man zur Verdeutlichung die bestehenden Gruppen durch besondere, etwa mit „a“ gekennzeichnete Vergütungsgruppen für Vorarbeiter bzw. Vorhandwerker ergänzen würde.

Außerdem steht § 4 I TVG, auf den sich die Lehre von der deklaratorischen Eingruppierung mit Recht stützt, jeder andersartigen Betrachtung entgegen. Knüpft ein TV an bestimmte Tätigkeitsmerkmale an und macht er sie zur Voraussetzung eines Lohnanspruchs, so wirkt dies wegen § 4 I TVG „unmittelbar“, d. h. ohne Rücksicht auf das Verhalten des Dienstherrn für und gegen den ArbN. Erfüllt er daher die Funktion eines Vorhandwerkers, so hat er allein aufgrund dieser Tatsache einen Anspruch auf den tariflichen Zuschlag von 12 %.

Im vorliegenden Fall könnte dem das Bedenken entgegenstehen, der TV habe in Abweichung vom sonst Geübten die Bestellung als solche, bzw. ihren Fortbestand zum Tatbestandsmerkmal für die Entstehung der tariflichen Ansprüche gemacht. In der Tat scheint der Wortlaut des § 3 Abs. 2 Unterabs. 2 TV Lohngruppenverzeichnis v. 11. 7. 1966 in diese Richtung zu weisen, da es dort heißt, Vorhandwerker müßten durch schriftliche Verfügung als ständige Gruppenführer bestellt sein und als solche beschäftigt werden. Zu einer abweichenden Beurteilung kann jedoch auch dies nicht führen: Einmal finden sich ähnliche auf konstitutive Einordnung hindeutende Formulierungen in vielen TVen des öffentlichen Dienstes, so etwa in § 23 BAT, wo von einem Anspruch auf Höhergruppierung die Rede ist, und in § 3 II der 1961 aufgehobenen TOA, der bestimmte, die Einreihung durch den ArbGeb sei bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses maßgebend. In allen diesen Fällen hat man mit Rücksicht auf § 4 I TVG eine deklaratorische Eingruppierung angenommen, was eine entsprechende Entscheidung im vorliegenden Falle zumindest nahelegt. Zum anderen ist § 4 I TVG zwingenden Rechts, verbietet also den Tarifparteien, die Geltung der von ihnen gesetzten Normen im konkreten Fall

von der Entscheidung eines Vertragspartners abhängen zu lassen. Eine Ausnahme gilt nach § 4 III TVG nur für vertragliche Abmachungen, nicht jedoch für die hier in Rede stehenden einseitigen Maßnahmen. Selbst wenn also die Tarifparteien die förmliche Bestellung zum Vorhandwerker zum anspruchsbegründenden Merkmal gemacht hätten, könnte diese Bestimmung keine Wirkung entfalten, da sie entweder überhaupt nichtig oder in gesetzeskonformer Auslegung als Hinweis auf die übliche deklaratorische Maßnahme des ArbGeb aufzufassen wäre. Das BAG hätte daher nur dann zu den von ihm erörterten Problemen kommen können, wenn der Kl. von seinem Posten als Vorhandwerker auch tatsächlich abgelöst und anderweitig beschäftigt worden wäre. Da dies nicht der Fall war, hätte es der Klage ohne Zögern stattgeben müssen.

II. Um die Rechtsausführungen des Gerichts jedoch nicht mit Stillschweigen zu übergehen, sei die Rechtslage auch von seinem Standpunkt aus erörtert.

1. Zunächst wird man ihm darin zustimmen müssen, daß § 3 IV TV Lohngruppenverzeichnis den ArbGeb konkludent zum Widerruf, d. h. zur Zuweisung einer anderen Arbeit, ermächtigt: Die dort vorgesehene Fortzahlungspflicht von vier Wochen wäre bei Annahme einer Änderungskündigung in den sehr zahlreichen Fällen sinnlos, in denen eine Kündigung nur unter Wahrung längerer Fristen erfolgen kann. Fraglich ist jedoch, ob das tarifliche Widerrufsrecht nicht durch stillschweigende Einigung der Arbeitsvertragsparteien abbedungen wurde, was mit Rücksicht auf das Günstigkeitsprinzip rechtlich nicht zu beanstanden wäre. Eine Prüfung dieser Frage, die mangels tatsächlicher Anhaltspunkte hier nicht nachgeholt werden kann, lag um so näher, als das BAG in einer früheren Entscheidung den Grundsatz aufgestellt hatte, eine längere Zeit hindurch ausgeübte Tätigkeit, die den Merkmalen einer höheren als der vereinbarten Vergütungsgruppe entspreche, werde zum Inhalt des Arbeitsvertrags (Urteil v. 15. 10. 1960 — 5 AZR 152/58, AP Nr. 73 zu § 3 TOA). Einer solchen Annahme stand auch nicht die Schriftformklausel des § 4 I MTB II entgegen, da sie anerkanntermaßen nur einen Anspruch auf schriftliche Niederlegung des Arbeitsvertrags geben, nicht aber die Gültigkeit der Abmachungen von der Beachtung der Form abhängig machen will.

2. Läßt man den Widerruf dennoch durchgreifen, so fragt sich, nach welchen Maßstäben sich seine Gültigkeit bestimmt. Die in diesem Zusammenhang vom BAG angeführten Bedenken gegen eine Anwendung des § 315 BGB vermögen nicht zu überzeugen. Es wird in keiner Weise einsichtig, warum diese Vorschrift, die auch nach Auffassung des Gerichts im Schuldrecht grundsätzlich Anwendung findet, wenn Ort, Zeit, Art und Umfang einer Leistung offengeblieben sind, im Arbeitsverhältnis nicht eingreifen soll, obwohl der ArbGeb kraft seines Direktionsrechts sowohl Ort und Zeit als auch (in gewissen Schranken) Art und Umfang der Arbeitsleistung bestimmt. Die Parallele ist so offenkundig, daß der Hinweis des BAG, es gehöre zu den „wesentlichen Merkmalen des abhängigen Arbeitsverhältnisses“, daß der ArbN seine Arbeitskraft nach den Weisungen des ArbGeb einzusetzen habe, als zwar zutreffende, aber in diesem Zusammenhang absolut nichtssagende Behauptung erscheint, die eine Begründung nicht einmal anzudeuten vermag. Nicht einleuchtender ist auch der dann folgende Satz, es würde nicht zum „Wesen abhängiger Arbeit“ passen, wenn unbillige Weisungen des ArbGeb nicht nur für den ArbN unverbindlich wären, sondern durch gerichtliches Gestaltungsurteil nach § 315 III BGB ersetzt werden könnten. Zunächst muß bedauerlicherweise der gewiß nicht neue Vorwurf aufgegriffen werden, daß aus dem „Wesen“ in aller Regel nur das herausgeholt wird, was spätestens eine logische Sekunde zuvor hineingelegt wurde. Ohne den Versuch einer Erklärung, welche wesensbestimmenden Merkmale eine Anwendung des § 315 III BGB verbieten, setzt sich auch das BAG dem Verdacht aus, in dieser Weise verfahren zu sein und durch den pauschalen Hinweis auf das „Wesen“ lediglich seine eigene Dezision verschleiern zu haben. Selbst wenn man jedoch im Ergebnis die Bedenken gegen einen richterlichen Eingriff in das Arbeitsverhältnis teilt, schließt dies lediglich die Anwendung des § 315 III, nicht die des gesamten § 315 BGB aus. Daß eine derartige Trennung möglich ist, zeigen Rechtsprechung und Litera-

tur zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen: Zwar werden unbillige Klauseln unter Hinweis „auf den in § 315 enthaltenen Schutzgedanken“ (BGHZ 38, 183, 186) für unwirksam erklärt, gleichzeitig wird jedoch eine richterliche Vertragsgestaltung abgelehnt (vgl. aus der Literatur: Larenz, SchuldR, Allg. Teil, 10. Aufl. 1970, § 6 III — S. 70; Palandt-Danckelmann, BGB, 29. Aufl. 1970, Einführung vor § 145 Anm. 3 b). Was dort recht ist, müßte im Arbeitsverhältnis billig sein — § 315 I BGB, nicht jedoch der in seinen Konturen zerfließende § 242 BGB ist der geeignete Prüfungsmaßstab für die Ausübung des Direktionsrechts.

3. Abschließend sei noch ein kurzer Hinweis auf die vom BAG nicht geprüfte Einschaltung des Personalrats erlaubt. Nach § 71 I lit. f BPersVG, der gemäß § 70 SoldatenG auch im Verteidigungssektor gilt, unterliegt jede Rückgruppierung der Mitbestimmung durch den Personalrat. Dabei ist es gleichgültig, ob die „Degradierung“ durch Vertrag, Änderungskündigung oder in Ausübung des Direktionsrechts erfolgt (Fitting-Heyer-Lorenzen, Kommentar zum BPersVG, 3. Aufl. 1968, § 71 Rn 9) — in allen Fällen hat die Übergehung des Personalrats die Unwirksamkeit der getroffenen Maßnahme zur Folge (vgl. BAG v. 14. 7. 1965 — 4 AZR 358/64, AP Nr. 5 zu § 1 TVG, Tarifverträge BAVAV; BAG v. 16. 2. 1966 — 4 AZR 50/65, AP Nr. 6 zu § 1 TVG, Tarifverträge BAVAV). Zumindest mit Rücksicht auf die ähnlichen wirtschaftlichen Auswirkungen hätte es nahegelegen, die Anwendbarkeit des § 71 I lit. f ein wenig zu problematisieren, selbst wenn man die Tätigkeit des Vorhandwerkers nur als Modifikation der nach der ursprünglichen Vergütungsgruppe geschuldeten Arbeitsleistung betrachtet.

Dr. Wolfgang Däubler, Tübingen

Gratifikation

Erhält der Arbeitnehmer kein volles Monatsgehalt als Weihnachtsgratifikation, weil er erst im Laufe des Kalenderjahres in den Betrieb eingetreten ist, so muß für die Dauer der zulässigen Betriebsbindung auch nur von dem tatsächlich gezahlten Betrag ausgegangen werden.

Bundesarbeitsgericht

Urteil vom 25. 6. 1970 — 5 AZR 464/69 (LAG Hamburg — 1 Sa 37/69)

Tatbestand:

Der Kl. war in der Zeit vom 1. 4. 1968 bis zum 31. 3. 1969 bei dem Bekl. als Planer tätig. Der Kl. kündigte das Arbeitsverhältnis, das mit Monatsfrist zu jedem Monatsende gekündigt werden konnte, zum 31. 3. 1969. Das Gehalt belief sich zunächst (in der dreimonatigen Probezeit) auf 1 650,— DM monatlich, in der Folgezeit auf 1 750,— DM monatlich. Der Kl. hat zu Weihnachten 1968 eine Weihnachtsgratifikation in Höhe von 1 500,— DM brutto erhalten. Auf Grund der Kündigung des Kl. kürzte der Bekl. das März-Gehalt um 368,— DM und forderte den Kl. auf, den Restbetrag von 1 132,— DM zurückzuzahlen.

Der schriftliche Anstellungsvertrag des Kl. vom 5. 4. 1968 bestimmt bezüglich betrieblicher Sonderleistungen folgendes:

„§ 6 Sonderleistungen

(1) Der Arbeitnehmer nimmt als Betriebsangehöriger an allen Sonderleistungen teil, welche die unterzeichnete Firma ihren Betriebsangehörigen gewährt, nach Maßgabe der von ihr aufgestellten und allen Betriebsangehörigen bekannten Grundsätze.

(2) Der Arbeitnehmer erkennt an, daß ihm ein Rechtsanspruch auf Gewährung dieser Sonderleistungen