

Theorie und Praxis des Arbeitsrechts

Herausgegeben von der Stiftung Theorie und Praxis des Arbeitsrechts

Xaver Koneberg

Möglichkeiten und Grenzen ablösender Betriebsvereinbarungen



Nomos

Theorie und Praxis des Arbeitsrechts

herausgegeben von der Stiftung Theorie und Praxis
des Arbeitsrechts (Wolfgang-Hromadka-Stiftung)

Band 22

Xaver Koneberg

Möglichkeiten und Grenzen ablösender Betriebsvereinbarungen



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2023

ISBN 978-3-7560-1117-9 (Print)

ISBN 978-3-7489-4236-8 (ePDF)

1. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2023 von der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand von Oktober 2022.

Besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. *Frank Maschmann*, für seine hervorragende Unterstützung und Begleitung als Mentor in jeder Phase der Promotion. Bereits während meines Studiums hat er meine Begeisterung für das Arbeitsrecht geweckt, und er war es, der die Anregung zum Thema meiner Dissertation gab. Herrn Professor Dr. *Reinhard Richardi* danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Der Stiftung Theorie und Praxis des Arbeitsrechts (Wolfgang-Hromadka-Stiftung) danke ich für die Aufnahme in ihre Schriftenreihe sowie für den großzügigen Druckkostenzuschuss.

Meinen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht danke ich für den freundschaftlichen und kollegialen Zusammenhalt, der mir stets in bester Erinnerung bleiben wird.

Herzlicher Dank gilt meinen Eltern, die mir meine Ausbildung ermöglichen und mich stets vorbehaltlos unterstützen, sowie meinen Freunden, auf die ich mich jederzeit verlassen kann. *Anna Rambach* danke ich für ihren Rückhalt und ihre liebevolle Unterstützung.

Regensburg, im Mai 2023

Xaver Koneberg

Inhaltsverzeichnis

Einführung	15
A. Arbeitsrecht und Ordnungspolitik	16
B. Das juristische Problem	17
C. Gang der Untersuchung	19
1. Kapitel: Grundlagen	21
A. Überblick: Die unmittelbare und zwingende Wirkung von Betriebsvereinbarungen und das Günstigkeitsprinzip	21
I. Lange Zeit herrschend: das Ordnungsprinzip	21
II. Anerkennung des Günstigkeitsprinzips	24
B. Überblick: Einheitliche Änderung von Arbeitsbedingungen	25
I. Änderungsvertrag, Direktionsrecht, Teilkündigung	26
II. Massenänderungskündigung	26
III. Wegfall der Geschäftsgrundlage	28
IV. Ablösende Betriebsvereinbarung	28
2. Kapitel: Die arbeitsvertragliche Vereinbarung der Betriebsvereinbarungsoffenheit – Lösung im Einklang mit dem Günstigkeitsprinzip?	31
A. Ausdrückliche Vereinbarung	31
I. Unbeschränkte Öffnungsklausel	32
1. Auslegung der Klausel	32
2. AGB-Kontrolle der Klausel	32
II. Beschränkte Öffnungsklausel	33
1. Auslegung der Klausel	34
2. AGB-Kontrolle der Klausel	34
III. Wirkung der Öffnungsklausel	34

B. Konkludente Vereinbarung	35
I. Argumente der Befürworter der Annahme der konkludent vereinbarten Betriebsvereinbarungsoffenheit	36
1. Argumente für die Annahme einer konkludenten vertraglichen Vereinbarung der Betriebsvereinbarungsoffenheit	36
2. Argumente hinsichtlich der AGB-Kontrolle	38
3. Zusammenfassung	40
II. Darstellung der jüngeren Rechtsprechung zum kollektiven Bezug	41
1. Großer Senat	41
2. Erster Senat	42
3. Fünfter Senat	42
4. Dritter Senat	43
5. Achter Senat	44
6. Sechster Senat	44
7. Viertes Senat	45
8. Zehnter Senat	45
9. Instanzrechtsprechung	45
10. Zusammenfassung und Einordnung	46
III. Analyse der Rechtsprechung zum kollektiven Bezug	48
1. Die Rolle eines bestehenden Betriebsrats	48
2. Gemeinsamkeit bei den Regelungsgegenständen?	51
a. Regelungsgegenstände im Bereich des § 87 Abs. 1 BetrVG?	51
b. Widerspruch zu Teilen der Rechtsprechung	52
aa) Bezugnahmeklausel	52
bb) Kirchliche Allgemeine Arbeitsbedingungen	53
cc) Altersgrenze	54
c. Zwischenfazit: Kein Zusammenhang zwischen dem kollektiven Bezug und den Regelungsgegenständen des § 87 Abs. 1 BetrVG in der Rechtsprechung	55
IV. Literaturmeinungen zum kollektiven Bezug	56
1. Überblick	56
2. Zusammenfassung	59
V. Zwischenfazit	59

VI. Kritik	61
1. Kritik an der Annahme der konkludenten Vereinbarung der Betriebsvereinbarungsoffenheit	61
2. Kritik an der Vereinbarkeit mit AGB-Recht	63
VII. Vertraglich begründete Ansprüche auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung	64
VIII. Stellungnahme	65
 3. Kapitel: Ablösung oder Verdrängung arbeitsvertraglicher Regelungen durch Betriebsvereinbarung – Lösung über die Normenhierarchie?	69
A. Rechtsprechung	69
I. Die Entscheidung des Sechsten Senats 1982	69
II. Die Entscheidung des Großen Senats 1986	71
III. Kurze Betrachtung	71
B. Literatur	72
I. Vertragsakzessorische Sichtweise	72
II. Eingeschränkte Geltung des Günstigkeitsprinzips	74
III. Ordnungsprinzip	76
1. Ansicht <i>Sieberts</i>	76
2. Kritik am Ordnungsprinzip	77
3. Ansicht <i>Säckers</i>	78
a. Verdrängung Allgemeiner Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarung	78
b. Begründung: Delegationstheorie	79
c. Kritik an der Delegationstheorie	79
4. Jüngere Entwicklung	80
IV. Lehre von der Verbandsbeziehung	81
1. Ansatz von <i>Reuter</i>	81
2. Kritik und Stellungnahme	82
3. Ansatz von <i>Leinemann</i>	83
4. Kritik und Stellungnahme	84
V. Die Lehre vom staatlichen Geltungsbefehl	85
C. Stellungnahme	87

4. Kapitel: Eigener Ansatz unter Berücksichtigung der Funktion der Betriebsverfassung und der Fremdbestimmtheit des Arbeitsverhältnisses durch betriebliche Normen	91
A. Befugnisse aus der betrieblichen Mitbestimmung im Bereich des § 87 Abs. 1 BetrVG	91
I. Funktionen und Besonderheiten der betrieblichen Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten	92
1. Die Funktionen der betrieblichen Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten	92
2. Der Betriebsrat zwischen Arbeitnehmerschutz und betrieblichem Interesse	95
3. Die Weitergeltung von Betriebsvereinbarungen	96
4. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die betriebliche Normsetzung	97
5. Schutz der Arbeitnehmer über § 75 BetrVG	99
6. Zusammenfassung	101
7. Schlussfolgerung	102
II. Fremdbestimmtheit des Arbeitsverhältnisses durch den Spruch der Einigungsstelle	103
1. Gesetzliche Grundlagen der Fremdbestimmung durch den Spruch der Einigungsstelle	104
2. Die Bedeutung der Einigungsstelle für die Konfliktlösung im Betrieb	105
3. Einordnung	107
4. Zusammenfassung	108
5. Schlussfolgerung	109
III. Exkurs: Beispiele für die kollektivrechtliche Regelungszuständigkeit der Betriebsparteien	109
1. § 104 S. 1 BetrVG	109
2. § 99 Abs. 1 BetrVG	110
3. § 3 Abs. 2 BetrVG	110
IV. Alleinige Zuständigkeit und Regelungsbefugnis der Betriebsparteien im Bereich des § 87 Abs. 1 BetrVG	111
1. Besonderheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG insbesondere im Vergleich zu § 88 BetrVG	112
a. Vorüberlegungen: § 87 Abs. 1 BetrVG als Regelung der ausschließlichen Regelungszuständigkeit der Betriebsparteien?	112

b. Zwecke der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten	113
c. Die Bedeutung des kollektiven Tatbestands im Rahmen des § 87 Abs. 1 BetrVG	115
d. Exkurs: Kommt auch § 88 BetrVG als Regelung der ausschließlichen Zuständigkeit der Betriebsparteien in Betracht?	117
e. Zusammenfassung	119
2. § 87 Abs. 1 BetrVG als Befugnisnorm zum Eingriff in bestehende arbeitsvertragliche Regelungen durch Betriebsvereinbarung	120
V. Ergebnis für die betriebliche Normsetzung im Bereich des § 87 Abs. 1 BetrVG	123
VI. Zusammenfassung	123
VII. Exkurs: Das Kollisionsproblem im Bereich der freiwilligen Mitwirkung	125
1. Das Günstigkeitsprinzip als am Arbeitsvertrag orientierte Lösung	125
2. Kritik an der Annahme des Günstigkeitsprinzips in der Betriebsverfassung	126
3. Stellungnahme und an der Betriebsverfassung orientierter Ansatz	127
a. Günstigere Betriebsvereinbarungen	128
b. „Verschlechternde“ Betriebsvereinbarungen	129
c. Ergebnis	130
B. Ablösung oder Verdrängung – Die Auflösung der Kollision im Bereich des § 87 Abs. 1 BetrVG	130
I. Vertragliche Einheitsregelungen	131
II. Die Verdrängung vertraglicher Einzelvereinbarungen	132
III. Der Zeitpunkt des Eintritts der verdrängenden Wirkung	133
IV. Nachträglich hinzutretende vertragliche Vereinbarungen	134
V. Teilmitbestimmte Betriebsvereinbarungen	134
VI. Zusammenfassung	136

5. Kapitel: Grenzen der verdrängenden Betriebsvereinbarung	137
A. Überblick über die Grenzen der betriebsverfassungsrechtlichen Regelungsautonomie im Bereich des § 87 Abs. 1 BetrVG	137
I. Personeller Anwendungsbereich	137
II. Sachlicher Anwendungsbereich und Erfordernis eines kollektiven Tatbestands	137
III. Vorrang von Gesetz und Tarifvertrag	138
IV. Mitbestimmungsfreiheit unternehmerischer Entscheidungen	139
V. Bedeutung für die Verdrängung arbeitsvertraglicher Regelungen durch Betriebsvereinbarung	139
B. § 75 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BetrVG – Höherrangiges Recht, Gleichheitsgrundsatz und Verhältnismäßigkeitskontrolle	140
I. Grundlagen zu § 75 BetrVG	141
1. Inhalt des § 75 BetrVG	141
2. Die Gewichtung in der Verhältnismäßigkeitsprüfung	142
II. Die Anwendung des § 75 BetrVG durch das Bundesarbeitsgericht	144
1. Schutzbereich und Eingriff	144
2. Verhältnismäßigkeitsprüfung	145
a. Legitimer Zweck	145
b. Geeignetheit	146
c. Erforderlichkeit	146
d. Angemessenheit	146
III. Abwägung nach verfassungsrechtlichen oder privatrechtlichen Grundsätzen?	147
IV. Übertragung der Rechtsprechung und Literatur zu Widerrufsvorbehalten?	148
1. Grenzen des Widerrufsvorbehalts	148
2. Übertragbarkeit auf die verdrängende Betriebsvereinbarung	150
V. Zusammenfassende Schlussfolgerung	150
6. Kapitel: Anwendung des eigenen Ansatzes auf ausgewählte Regelungsgegenstände	153
A. Altersgrenzen	153
I. Möglichkeit der Verdrängung	154

II. Schranken der Betriebsautonomie	155
1. Höherrangiges Recht	155
2. Immanente Schranken der Betriebsautonomie	156
a. Schutzbereich	156
b. Eingriff	157
c. Rechtfertigung	158
III. Ergebnis	158
B. Ausschlussfristen und Fälligkeitsregelungen	159
I. Möglichkeit der Verdrängung	159
1. Ausschlussfristen	159
2. Fälligkeitsregelungen	160
II. Schranken der Betriebsautonomie	160
1. Höherrangiges Recht	161
2. Immanente Schranken der Betriebsautonomie	161
a. Schutzbereich	161
b. Eingriff	162
c. Rechtfertigung	163
aa) Ausschlussfristen	163
bb) Fälligkeitsregelungen	164
III. Ergebnis	165
C. Anordnung von Home-Office	165
I. Möglichkeit der Verdrängung	166
1. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG	167
2. Nach § 88 BetrVG	169
II. Schranken der Betriebsautonomie	170
1. Höherrangiges Recht	170
2. Immanente Schranken der Betriebsautonomie	170
a. Schutzbereich	170
b. Eingriff	170
c. Rechtfertigung	171
aa) Home-Office als Maßnahme des Gesundheitsschutzes	171
bb) Home-Office als Organisationsentscheidung	173
III. Ergebnis	173
D. Betriebliche Sozialleistungen	173
I. Möglichkeit der Verdrängung	174

II. Schranken der Betriebsautonomie	177
1. Höherrangiges Recht	177
2. Immanente Schranken der Betriebsautonomie	177
a. Schutzbereich	177
aa) Art. 14 Abs. 1 GG	177
bb) Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG	178
cc) Art. 2 Abs. 1 GG	180
b. Eingriff	180
c. Rechtfertigung	180
III. Ergebnis	182
Fazit und Zusammenfassung in Thesen	185
Literaturverzeichnis	189

Einführung

Die ablösende Betriebsvereinbarung steht für die unkomplizierte und einheitliche Änderung von vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen. Weite Teile der Rechtspraxis und der Wissenschaft setzen auf die ablösende Betriebsvereinbarung, um versteinert scheinende Arbeitsbedingungen wirksam aufzubrechen. In ihr können einheitliche Regelungen zu Lasten der Arbeitnehmer getroffen werden, was sie von anderen Instrumenten zur Änderung von Arbeitsbedingungen abhebt. Insbesondere bei Sozialleistungen, die in Allgemeinen Arbeitsbedingungen vereinbart wurden, scheint die ablösende Betriebsvereinbarung daher einen Weg aus der Bindung an den Vertrag zu bieten. Jubiläumsgeld, Urlaubsgeld und Weihnachtsgeld wirken nicht mehr wie in Stein gemeißelt. Aber auch die einheitliche Einführung von Altersgrenzen, Ausschlussfristen und Fälligkeitsregelungen sowie von Home-Office scheint möglich zu sein. Die ablösende Betriebsvereinbarung wird daher als geeignetes Instrument zur einheitlichen und interessengerechten Änderung von Arbeitsbedingungen angesehen.¹

Für Arbeitnehmer muss sich eine belastende ablösende Betriebsvereinbarung als Angriff auf ihre vertraglich begründeten Rechte darstellen. Der Arbeitsvertrag bildet die Grundlage des Arbeitsverhältnisses. Sie können vorbringen, dass man auf den Bestand der darin getroffenen Regelungen vertrauen können müsse. Arbeitgeber können dem entgegenhalten, man müsse ihr berechtigtes Interesse an einer Änderung der Arbeitsbedingungen berücksichtigen. Von einmal begründeten Verpflichtungen könnten sie sich sonst nicht auf zumutbare Weise befreien. Wissenschaft und Rechtsprechung bemühen sich um eine Auflösung dieses strukturellen Interessenkonflikts. In ihm wird deutlich, dass Arbeitsrecht auch Wirtschaftsordnungsrecht² ist. Dementsprechend prägen politische Vorstellungen davon, wie die Wirtschaft rechtlich zu ordnen ist, die Debatte.

1 Für die betriebliche Übung begrüßt dies *Merkelbach*, Die betriebliche Übung, S. 174.

2 Vgl. *Rüthers* NJW 2003, 546 (547).

A. Arbeitsrecht und Ordnungspolitik

In diesem Spannungsfeld zwischen Recht und Ordnungspolitik befindet sich das *Bundesarbeitsgericht* bei seinen Entscheidungen.³ Das Arbeitsrecht ist ein umstrittenes Rechtsgebiet, was sich besonders bei fehlenden unmittelbaren Regelungen bemerkbar macht. Wo ausdrückliche Regelungen fehlen, müssen sich die Arbeitsgerichte auf die „Suche nach den rechtlichen Maßstäben für eintretende Konfliktsfälle machen.“⁴ Dabei müssen die Richter eigene ordnungspolitische Vorstellungen außer Acht lassen.⁵ Auswirkungen der Entscheidung auf die Wirtschaft und den Arbeitsmarkt darf das Gericht nicht berücksichtigen, es muss und darf nur den Einzelfall entscheiden und den Einzelnen und seine Rechtsstellung berücksichtigen.⁶

Dennoch kann der Eindruck entstehen, dass ordnungspolitische Vorstellungen bei der Entscheidungsfindung eine Rolle spielen. Das liegt daran, dass der Gesetzgeber sozialpolitische Gegensätze und Konflikte entscheiden, aber nicht immer auflösen kann. Die Umsetzung der gesetzgeberischen Entscheidung durch Richterspruch kann daher unter Umständen als politisch verstanden werden.⁷ In diesem Feld bewegt sich auch die Frage, ob und in welchen Grenzen Betriebsvereinbarungen in geschützte Rechte der Arbeitnehmer eingreifen können. Durch die Stärkung individueller Rechtspositionen hat die Bedeutung des Individualvertrags für die Inhaltsbestimmung des Arbeitsverhältnisses zugenommen. Die Individualität des Arbeitsverhältnisses kann jedoch nicht immer berücksichtigt werden. Viele Arbeitsbedingungen betreffen eine Vielzahl von Arbeitnehmern; häufig unterfallen diese Regelungen der betrieblichen Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG. Aufgrund der Notwendigkeit, die betrieblichen Arbeitsbedingungen zu ordnen, messen einige Stimmen der Betriebsvereinbarung größere Bedeutung als dem Arbeitsvertrag zu. Die Betriebsvereinbarung solle in gewissem Umfang Vorrang vor dem Arbeitsvertrag genießen.

3 Kissel, Arbeitsgerichte zwischen Recht und Politik, S. 8.

4 Kissel, Arbeitsgerichte zwischen Recht und Politik, S. 9.

5 Kissel, Arbeitsgerichte zwischen Recht und Politik, S. 10.

6 Vgl. Kissel, Arbeitsgerichte zwischen Recht und Politik, S. 24 f.

7 Kissel, Arbeitsgerichte zwischen Recht und Politik, S. 28.

B. Das juristische Problem

Die Kollision der Betriebsvereinbarung mit dem Arbeitsvertrag muss aufgelöst werden. Dazu gab und gibt es unterschiedliche Ansätze. Vertreter des Ordnungsprinzips verstehen Betriebsvereinbarung und Allgemeine Arbeitsbedingungen als untereinander austauschbare Ordnungen des Betriebs.⁸ Vertraglichen Allgemeinen Arbeitsbedingungen wird dadurch der Charakter als Individualrecht abgesprochen. Der *Große Senat des Bundesarbeitsgerichts*⁹ hingegen erkannte in der Entscheidung vom 16.9.1986 die Geltung des Günstigkeitsprinzips an. Damit wurde nicht nur die individualrechtliche Herkunft Allgemeiner Arbeitsbedingungen anerkannt, sondern auch ihr Vorrang vor ungünstigeren Regelungen aus einer Betriebsvereinbarung angenommen.

Dadurch entstanden jedoch neue, gravierende Probleme. Anerkennenswerte Gründe für eine Änderung der Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarung bleiben seitdem grundsätzlich unberücksichtigt, wenn die Betriebsvereinbarung zum Nachteil der Arbeitnehmer wirkt. Eine Anpassung an geänderte Umstände ist damit nicht möglich. Verschärft wurde die Problematik durch die Annahme einer vertraglichen Bindung des Arbeitgebers an eine betriebliche Übung, deren Entstehen er nur schwer vorbeugen und von der er sich kaum mehr lösen kann.¹⁰

Das allgemeine Zivilrecht kennt kein Instrumentarium, um kollektive Einwirkungen zulasten der Arbeitnehmer unabhängig von den Arbeitsvertragsparteien herbeizuführen.¹¹ Das lenkt den Blick zurück auf die Betriebsvereinbarung als Regelungsinstrument, das nach § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG grundsätzlich unmittelbar und zwingend gilt. Die Frage, ob nicht doch zumindest bestimmte Betriebsvereinbarungen in arbeitsvertragliche Abreden eingreifen können, spricht das *Bundesarbeitsgericht* jedoch in seinen Entscheidungen nicht an.¹² Dabei wäre es möglich, das Problem der umfassenden sogenannten Regelungskompetenz der Betriebsparteien von der Frage der Eingriffsbefugnis zu trennen.

8 *Nipperdey*, in: FS Lehmann, S. 257 (268 f.); in jüngerer Zeit *Säcker* BB 2013, 2677 (2683).

9 BAG GS v. 16.9.1986 – NZA 1987, 168 (171).

10 *Hromadka* NZA 2019, 1336 (1336); *Hromadka* NZA 2021, 749 (749).

11 *Krebber*, in: Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, S. 279 (291).

12 Kritisiert von *Preis/Ulber* NZA 2014, 6 (9).

In jüngerer Zeit gehen einige *Senate* des *Bundesarbeitsgerichts* neue Wege, um zu früheren Ergebnissen zu gelangen.¹³ Sie behelfen sich teilweise, trotz rechtlicher Bedenken, mit der Annahme der konkludent vereinbarten Betriebsvereinbarungsoffenheit von Allgemeinen Arbeitsbedingungen.¹⁴ So kommt das Günstigkeitsprinzip nicht zur Anwendung. Sie machen sich eine Passage aus der Entscheidung des *Großen Senats* von 1986 zunutze, nach der unter gewissen Umständen die konkludent vereinbarte Betriebsvereinbarungsoffenheit von arbeitsvertraglichen Bedingungen naheliegt. Die entsprechenden *Senate* gehen nunmehr bei Arbeitsbedingungen, die in AGB vereinbart wurden und kollektiven Bezug haben, grundsätzlich von der konkludent vereinbarten Betriebsvereinbarungsoffenheit dieser Arbeitsbedingungen aus.¹⁵ Zu den Details, unter welchen Umständen eine solche stillschweigende Vereinbarung anzunehmen sei, gehen die Meinungen allerdings auseinander.

Andere *Senate* kritisieren diese Entwicklung scharf und lehnen die Annahme einer regelmäßig konkludent vereinbarten Betriebsvereinbarungsoffenheit entschieden ab.¹⁶ Dass der *Große Senat* bislang nicht angerufen werden musste, liegt allein daran, dass diese *Senate* ihre Argumentation nicht in die tragenden Entscheidungsgründe aufgenommen haben und somit formell keine abweichende Rechtsprechung unter den *Senaten* besteht, wie es § 45 Abs. 2 ArbGG voraussetzt.

In der Literatur besteht ein breites Meinungsspektrum. Da die Auswirkungen der ablösenden Betriebsvereinbarung von der Regelungsbefugnis der Betriebsparteien abhängen, wird eine weitere Grundfrage des Betriebsverfassungsrechts berührt. So finden sich, abhängig von den jeweiligen Pfadentscheidungen, vielfältige Ansätze zu der Möglichkeit und den Grenzen der Ablösung. *Raab* konstatiert daher, dass die Literatur zu dem Thema kaum noch zu überblicken sei.¹⁷

13 Säcker BB 2013, 2677 (2683).

14 Preis/Ulber NZA 2014, 6 (9); Hromadka NZA 2021, 749 (749).

15 BAG v. 5.3.2013 – NZA 2013, 916 (921); BAG v. 24.10.2017 – NJOZ 2018, 1278 (1280); BAG v. 30.1.2019 – NZA 2019, 1065 (1071 ff.).

16 BAG v. 11.4.2018 – NZA 2018, 1273 (1277 f.); siehe bereits BAG v. 5.8.2009 – NZA 2009, 1105 (1107).

17 Raab ZfA 2022, 4 (4).

C. Gang der Untersuchung

Ziel der Untersuchung ist es, die Frage nach der Möglichkeit und den Grenzen des Eingriffs in Rechte der Arbeitnehmer durch die ablösende Betriebsvereinbarung zu beantworten. Dabei wird besonders auf die Konzeption der betrieblichen Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten eingegangen.

Das Problem muss zunächst in seinem Kontext dargestellt werden. Daher wird im ersten Kapitel auf die Geschichte der Streitfrage eingegangen. Dabei wird die Entwicklung vom Ordnungsprinzip hin zum Günstigkeitsprinzip skizziert. Unter dem Günstigkeitsprinzip ist die für die Arbeitnehmer nachteilige Änderung von Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarung grundsätzlich nicht möglich. Daher werden verschiedene individualrechtliche Instrumente, mit denen Arbeitsbedingungen geändert werden können, in einem Überblick beleuchtet.

Das in jüngerer Zeit meistdiskutierte dieser individualrechtlichen Instrumente ist die vertragliche Vereinbarung der Betriebsvereinbarungsoffenheit. Auf sie fokussiert sich das zweite Kapitel. Neben der ausdrücklichen Vereinbarung ist eine konkludente Vereinbarung denkbar. Ob beim Vorliegen von AGB von einer regelmäßig konkludent vereinbarten Öffnungsklausel ausgegangen werden kann, ist hochumstritten. Daher werden in einem ersten Schritt die Argumente der Befürworter dieser Annahme hinsichtlich der Auslegung des Vertrags und der AGB-Kontrolle wiedergegeben und kritisiert. In einem zweiten Schritt werden Rechtsprechung und Literatur zum bedeutenden Begriff des „kollektiven Bezugs“ analysiert. Dabei wird kurz auf Besonderheiten bei der betrieblichen Altersversorgung eingegangen, da die Arbeitsvertragsparteien bei einem auf Dauer angelegten Versorgungssystem andere Erwartungen haben können, was künftig auftretenden Änderungsbedarf angeht. Insoweit besteht eine Besonderheit gegenüber Arbeitsbedingungen, die für die noch aktiven Arbeitnehmer gelten. Das Kapitel schließt mit einer Stellungnahme zur Möglichkeit der regelmäßigen Annahme der konkludenten Vereinbarung der Betriebsvereinbarungsoffenheit.

Im dritten Kapitel wird der Blick zurück auf das kollektive Arbeitsrecht gelenkt. Hier werden verschiedene Ansätze gezeigt und diskutiert, nach denen die Betriebsvereinbarung Vorrang vor dem Arbeitsvertrag genießt.

Darauf aufbauend wird im vierten Kapitel ein eigener Ansatz zur Frage des Vorrangs der Betriebsvereinbarung vor dem Arbeitsvertrag entwickelt. Unter besonderer Berücksichtigung von Systematik und Teleologie des

BetrVG und besonders der betrieblichen Mitbestimmung wird erörtert, welche Möglichkeiten die Betriebspartner haben, um mittels Betriebsvereinbarung auf die Arbeitsverhältnisse einzuwirken. Den Abschluss des Kapitels bildet die Frage, welches Schicksal entgegenstehende vertragliche Abreden trifft.

Nach den Möglichkeiten, die die sogenannte ablösende Betriebsvereinbarung bietet, werden im fünften Kapitel ihre Grenzen untersucht. Nach einem Überblick über die allgemeinen Grenzen der betriebsverfassungsrechtlichen Regelungsautonomie wird der Grenze des § 75 BetrVG besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Ausgewählte Fälle aus der Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* zu dieser Norm werden dargestellt. Zudem wird auf etwaige Parallelen zur Kontrolle von Widerrufsvorbehalten eingegangen.

Der eigene Ansatz wird im sechsten Kapitel auf die vier eingangs angesprochenen Fallbeispiele angewendet. Fraglich ist, was eine Betriebsvereinbarung ermöglicht im Hinblick auf die Anordnung von Home-Office, die Einführung von Ausschlussfristen und Fälligkeitsregelungen, die Einführung von Altersgrenzen und das Kürzen beziehungsweise Streichen von betrieblichen Sozialleistungen. Die Untersuchung schließt mit einem Fazit und zusammenfassenden Thesen.