

AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: AGB im Arbeitsrecht

Däubler / Deinert / Walser

5. Auflage 2021
ISBN 978-3-8006-6491-7
Vahlen

tungsbereich der Tarifverträge verlässt. Dies wird zum Teil abgelehnt,³⁰⁴ doch lässt sich die Ausklammerung dieses Falles nicht auf den üblichen Wortlaut der Klauseln stützen. Man mag sie insoweit als „uneindeutig“ qualifizieren, doch greift dann § 305 Abs. 2 BGB ein: Gegenüber einer dauerhaften Bindung an die Tarife der bisherigen Branche stellt dies für den Adressaten der Klausel, dh den Arbeitnehmer, in aller Regel die eindeutig schlechtere Lösung dar, so dass sie ausscheiden muss.

In der Literatur wurde weiter die Frage aufgeworfen, ob sich der Arbeitgeber durch **Änderungskündigung der ihm lästig gewordenen Klausel entziehen** kann.³⁰⁵ Zum Teil wurde sie mit dem Argument bejaht, ohne eine solche Lösungsmöglichkeit sei er in seiner negativen Koalitionsfreiheit verletzt, da er sich ja nur zu einer Gleichbehandlung der Nichtorganisierten verpflichten wollte.³⁰⁶ Die koalitionsrechtliche und die vertragsrechtliche Seite seines Tuns lassen sich jedoch nicht vermischen: Wer sich als Arbeitgeber durch eine arbeitsvertragliche Bezugnahme auf die weitere Tarifentwicklung ankoppelt, tut dies aufgrund seiner **privatautONOMEN Entscheidung**. Dass er einen möglichen Verbandsaustritt damit relativ „uninteressant“ macht, verletzt nicht sein Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG. **Abhilfe** kann er allenfalls **vom Vertragsrecht** erwarten. Dieses lässt jedoch eine Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung nur unter ganz engen Voraussetzungen zu; die Beseitigung der Dynamik kommt aber mittel- bis langfristig einer Absenkung gleich.³⁰⁷ In der Praxis ist dieser Weg daher fast immer versperrt. Eine Berufung auf den **Wegfall der Geschäftsgrundlage scheidet ebenfalls aus**, da § 2 KSchG eine Spezialnorm darstellt, mit deren Hilfe der Vertrag die (wirklich) notwendigen Anpassungen erfahren kann.³⁰⁸ Für den Arbeitgeber stellt es außerdem **keine unzumutbare Belastung** dar, wenn die von ihm vereinbarte Standardklausel nunmehr so interpretiert wird, wie es ihrem Wortlaut entspricht und wie es schon immer im Verhältnis zu den unorganisierten Arbeitgebern geschah: Angesichts der verbreiteten Kritik an der früheren Rechtsprechung konnte er nicht darauf vertrauen, dass alles beim Alten bleiben würde. Eine „Abschaffung“ der Bezugnahme auf Betriebsübung beruhte,³⁰⁹ doch hat das BAG inzwischen die Rechtsfigur der gegenläufigen Betriebsübung aufgegeben.³¹⁰ Schließlich fehlt für eine ergänzende Vertragsauslegung im Sinne einer Entdynamisierung³¹¹ jede Grundlage.³¹²

ii) (Teil-)Betriebsübergang. Besteht in den Arbeitsverträgen eine dynamische Verweisung auf bestimmte Tarifverträge, so wirkt dies auch für den Erwerber eines Betriebs oder Betriebsteils nach § 613a Abs. 1 BGB. **47a**

³⁰⁴ Clemenz NZA 2007, 772; vorsichtige Eventualerwägungen in diese Richtung bei Beppler FS 25 Jahre ARGE Arbeitsrecht im DAV, 2006, 791 (805 f.). Dazu auch Rieble/Klebeck BB 2006, 885 (890).

³⁰⁵ Bayreuther DB 2007, 166; Giesen NZA 2006, 625 (631).

³⁰⁶ Bayreuther DB 2007, 166 (167).

³⁰⁷ Ebenso Möller NZA 2006, 579 (583); ähnlich Klebeck NZA 2006, 15 (21).

³⁰⁸ Möller NZA 2006, 579 (583).

³⁰⁹ JKOS TVR/Oetker § 6 Rn. 235.

³¹⁰ BAG 18.3.2009 – 10 AZR 281/08, NZA 2009, 601, bestätigt durch BAG 25.11.2009 – 10 AZR 779/08, NZA 2010, 283.

³¹¹ Löwisch/Rieble TVG § 3 Rn. 653 ff.

³¹² JKOS TVR/Oetker § 6 Rn. 236.

Bedenken aus dem Unionsrecht bestehen nicht.³¹³ Das ist auf Vorlage des BAG³¹⁴ im Fall Asklepios in diesem Sinne vom EuGH geklärt worden.³¹⁵ Wird ein Betriebsteil (im konkreten Fall: die Reinigungskräfte eines Krankenhauses) auf eine branchenfremde Gesellschaft übertragen, so bleibt die Bezugnahme auf die Tarifverträge der bisherigen Branche (hier: öffentlicher Dienst) unverändert bestehen. Als arbeitsvertragliche Bestimmung geht die Klausel nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Erwerber über. Ist dieser tarifgebunden (hier: allgemeinverbindliche Tarifverträge des Gebäudereinigungshandwerks), entsteht nicht etwa eine Tarifkonkurrenz; vielmehr konkurriert die arbeitsvertragliche Abmachung mit dem neuen Tarifvertrag und geht diesem nach dem **Günstigkeitsprinzip** des § 4 Abs. 3 TVG vor.³¹⁶ Dabei ist ein Sachgruppenvergleich vorzunehmen.³¹⁷ § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB ist auch nicht entsprechend anwendbar, da er eine normative Geltung der bisherigen Tarifverträge für das einzelne Arbeitsverhältnis voraussetzt. Soweit diese vorlag, bestand neben der kollektivrechtlichen die arbeitsvertragliche Bindung an den Tarif, die sich im Ergebnis als die sehr viel solidere erweist. Im Einzelfall kann die Bezugnahme auf die (bisherigen) Tarifverträge als statische zu verstehen sein, wenn ein Personalüberleitungsvertrag eine entsprechende Regelung enthält,³¹⁸ doch ist dies nicht zu vermuten.

- 47b** Wird in den mit dem **kirchlichen Veräußerer** bestehenden Arbeitsverträgen auf die nach dem kirchlichen Modell geschaffenen **Arbeitsvertragsrichtlinien** (AVR) in ihrer jeweiligen Fassung verwiesen, so bleibt diese Klausel auch bei einem Betriebs- oder Betriebsteilübergang auf einen nicht-kirchlichen Träger erhalten.³¹⁹ Da die Arbeitsverträge nicht im Geltungsbereich der Betriebsverfassung geschlossen wurden, sind sie auch nicht „betriebsvereinbarungsoffen“.³²⁰ Dasselbe gilt in der umgekehrten Konstellation: Erwirbt die Kirche einen Betrieb mit Arbeitnehmern, in deren Arbeitsverträgen auf bestimmte Tarifverträge verwiesen wird, so ist auch die Kirche an diese arbeitsvertraglichen Bestimmungen gebunden.
- 47c** **jj) Einzelfragen.** Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge wirft noch einige weitere Probleme auf. Sind die Tarifverträge einer Branche in Bezug genommen, gehört dazu auch ein **neuer Firmentarif**,³²¹ **insbes. auch ein Sanierungstarif, wenn er von derselben Gewerkschaft abge-**

³¹³ BAG 30.8.2017 – 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255; BAG 27.3.2018 – 4 AZR 208/17, NZA 2018, 1264; ebenso schon LAG Sachsen 24.3.2015 – 1 Sa 541/14, NZA-RR 2015, 286.

³¹⁴ BAG 17.6.2015 – 4 AZR 61/14, NZA 2016, 373. Dazu *Klein* NZA 2016, 410.

³¹⁵ EuGH 27.4.2017 – C-680/15, C-681/15, NZA 2017, 571. Anders *Wißmann/Niklas* NZA 2017, 697. Weitreichende Überlegungen zur „Entdynamisierung“ der übergegangenen Arbeitsverträge bei *Willemsen/Krois/Mehrens* RdA 2018, 151 ff.

³¹⁶ Eingehend BAG 29.8.2007 – 4 AZR 767/06, NZA 2008, 364; auch zum Folgenden. Dass keine Tarifkonkurrenz entsteht, betont zu Recht auch BAG 22.10.2008 – 4 AZR 784/07, NZA 2009, 151.

³¹⁷ Näher BAG 11.7.2018 – 4 AZR 533/17, NZA 2018, 1486.

³¹⁸ So der Fall BAG 10.12.2008 – 4 AZR 881/07, NZA-RR 2009, 537.

³¹⁹ BAG 23.11.2017 – 6 AZR 739/15, NZA 2018, 301; eingehend auch BAG 23.11.2017 – 6 AZR 683/16, NZA 2018, 311 und BAG 11.7.2019 – 6 AZR 40/17, NZA-RR 2019, 590. Kritisch dazu *C. Schubert* (RdA 2018, 367), die den AVR kollektiven Charakter im Sinne der Betriebsübergangsrichtlinie zuweist und deshalb § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechend anwenden möchte.

³²⁰ BAG 11.7.2019 – 6 AZR 40/17, NZA-RR 2019, 590.

³²¹ *Däubler* ArbR 1 Rn. 229e; *Thüsing* AGB-Kontrolle Rn. 207.

geschlossen wurde.³²² Verweist der Arbeitsvertrag auf die Tarifverträge der Deutschen Bundespost, so ist dies heute als Verweisung auf die Tarifverträge der Deutschen Telekom zu verstehen, wenn der Arbeitnehmer dort tätig ist. Die mit ausgliederten **Tochtergesellschaften der Telekom** geschlossenen Tarife sind aber grundsätzlich nicht einbezogen,³²³ da ihnen ein anderer Charakter zukommt. Für eine derartige Erweiterung müssen wesentliche Anhaltspunkte sprechen.³²⁴ Ähnlich liegt der Fall, dass ein Unternehmen Tochtergesellschaften ausgliedert und diese Firmentarife abgeschlossen haben.³²⁵ Erstreckt sich die Verweisung ausdrücklich auch auf einen Firmentarif, kann die Situation eintreten, dass eine Kollision mit einem kraft Tarifbindung wirkenden Verbandstarif eintritt. Da letzterer unmittelbare und zwingende Wirkung hat, können nach § 4 Abs. 3 TVG im Arbeitsvertrag nur bessere Tarifverträge übernommen werden.³²⁶ Allein ein besserer Firmentarif hat also in diesem Fall den Vorrang. Kommen in anderen Situationen **mehrere Tarifverträge** als „Verweisungsobjekte“ in Betracht, so muss im Wege der Auslegung eine Klärung versucht werden; hilfsweise greift § 305c Abs. 2 BGB ein.³²⁷

c) Die Verweisung auf andere kollektive Regelungen. Wird im Arbeitsvertrag **auf Betriebsvereinbarungen verwiesen**, so hat dies in der Regel deklaratorischen Charakter³²⁸ oder will – ausnahmsweise – eine zusätzliche Rechtsgrundlage schaffen.³²⁹ Im Einzelfall kann dies auch als „Öffnungsklausel“ in dem Sinne zu verstehen sein, dass die Betriebsparteien durch Änderung ihrer Betriebsvereinbarungen in arbeitsvertragliche Rechte eingreifen dürfen. Eine solche Abmachung ist grundsätzlich zulässig, muss jedoch klar zum Ausdruck gebracht werden.³³⁰

Auch eine **Verweisung auf** die jeweils beim Arbeitgeber geltenden Bestimmungen zur **betrieblichen Altersversorgung** wurde vom BAG³³¹ gebilligt. Dazu können neben einer einseitig erlassenen Versorgungsordnung ggf. auch eine Betriebs- oder Dienstvereinbarung sowie Tarifverträge gehören – letztere allerdings nur, wenn es sich um eine repräsentative Regelung handelt, die nicht von einer Gewerkschaft mit nur ganz wenigen Mitgliedern im Betrieb geschlossen wurde.³³² Dieser Inhalt der Bezugnahme Klausel ergibt sich für das BAG eindeutig daraus, dass der Arbeitgeber die betriebliche Altersversorgung **als System** (und nicht als Individuelleistung mit vielen Varianten) erbringen will; insofern bedurfte es keines Rückgriffs auf § 305c Abs. 2 BGB.³³³ Zu Anwendungsfällen → Rn. 39.

³²² LAG Köln 14.1.2008 – 14 Sa 606/07, NZA-RR 2008, 529; *Reinecke* BB 2006, 2637 (2642); *Thüsing* NZA 2006, 473. S. auch → Rn. 43.

³²³ BAG 16.11.2011 – 4 AZR 873/09, NZA 2012, 1000; 6.7.2011 – 4 AZR 501/09, NZA 2012, 823.

³²⁴ BAG 6.7.2011 – 4 AZR 501/09, NZA 2012, 823.

³²⁵ BAG 6.7.2011 – 4 AZR 706/09, NZA 2012, 100.

³²⁶ Dazu *Thüsing* NZA 2005, 1280 in Auseinandersetzung mit der uneinheitlichen BAG-Rechtsprechung.

³²⁷ *Schrader* BB 2006, 716. Zur Ausklammerung der Tarife von Kleinorganisationen → Rn. 42.

³²⁸ BAG 11.7.2018 – 4 AZR 533/17, NZA 2018, 1486.

³²⁹ Näher → § 310 Rn. 54.

³³⁰ v. Westphalen/*Thüsing* VertrR/AGB-Klauselwerke/*Thüsing* Arbeitsverträge Rn. 101. Näher → Rn. 55 f.

³³¹ 27.6.2006 – 3 AZR 255/05, NZA 2006, 1285.

³³² BAG 27.6.2006 – 3 AZR 255/05, NZA 2006, 1285.

³³³ BAG 27.6.2006 – 3 AZR 255/05, NZA 2006, 1285 Rn. 20.

- 50 **d) Probleme der Befristung.** Ein relativ weites Anwendungsfeld hat die Unklarheitenregel im Bereich der **Befristung**, ohne dass man sich in diesem Zusammenhang allerdings ausdrücklich auf § 305c Abs. 2 BGB oder die übereinstimmende frühere Rechtslage gestützt hätte. Ob im Einzelfall ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit vorgeschalteter Probezeit oder ein befristetes Probearbeitsverhältnis vereinbart ist, kann mangels eindeutiger Absprachen zweifelhaft sein. In solchen Fällen ist ein **unbefristetes Arbeitsverhältnis** anzunehmen,³³⁴ was in der Literatur vereinzelt, aber zu Recht mit einem Hinweis auf § 305c Abs. 2 BGB begründet wird.³³⁵ Liegt ein befristetes Arbeitsverhältnis vor, so kann die **Rechtsgrundlage zweifelhaft** sein, da der Befristungsgrund nicht angegeben werden muss.³³⁶ Soweit in diesem Punkt keine besonderen Anhaltspunkte bestehen, kann sich der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung auf die ihm günstigere Variante berufen, was in der Regel die sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2, 2a und 3 TzBfG sein wird.³³⁷ Diese vom BAG entwickelte „Auffanglösung“ verdient keine Zustimmung. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis, das zwischen § 14 Abs. 1 TzBfG und den Fällen der sachgrundlosen Befristung nach den drei folgenden Absätzen besteht, spricht viel eher dafür, bei nicht eindeutigen Umständen von einer **Befristung mit Sachgrund** auszugehen. Damit würde auch dem Anspruch des § 305c Abs. 2 BGB Rechnung getragen, wonach derjenige, der die Formulierung eines Vertrags bestimmt, die für ihn weniger vorteilhafte Regelung gegen sich gelten lassen muss.
- 51 Ein befristeter Arbeitsvertrag ist grundsätzlich nur aus wichtigem Grund nach § 626 BGB kündbar. Soll auf der Grundlage des § 15 Abs. 3 TzBfG Abweichendes vereinbart, also eine **ordentliche Kündigung** möglich gemacht werden, so muss dies „**ausdrücklich**“ geschehen.³³⁸ Die Literatur lässt es genügen, wenn sich ein entsprechender Wille „eindeutig“ aus den Umständen ergibt.³³⁹ Auch dies bedeutet, dass sich bei Fehlen einer belegbaren Abrede die für den Arbeitnehmer günstigere Variante, dh der Schutz vor ordentlicher Kündigung ergibt.³⁴⁰
- 52 Ein Auslegungsproblem ergibt sich auch dann, wenn eine „**Mindestbefristung**“ vereinbart ist, wonach das Arbeitsverhältnis zB „mindestens sechs Monate“ dauern soll. Dies kann bedeuten, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis abgeschlossen wurde, das vor Ablauf von sechs Monaten nicht gekündigt werden kann. Denkbar ist aber auch, dass ein befristetes Arbeitsverhältnis von sechs Monaten Dauer vorliegt, vor dessen Ablauf über eine mögliche Verlängerung verhandelt werden soll.³⁴¹ Im Zweifelsfall ist nach § 305c Abs. 2 BGB die für die Arbeitnehmer günstigere erste Variante anzunehmen.

³³⁴ BAG 30.9.1981 – 7 AZR 467/79, NJW 1982, 1172; Nachweise zur Literatur bei DDZ/Wroblewski TzBfG § 14 Rn. 108.

³³⁵ ErfK/Müller-Glöge, 7. Aufl., TzBfG § 3 Rn. 6.

³³⁶ Wird er genannt, lässt dies nach der Rechtsprechung keine sicheren Rückschlüsse zu, doch wird von Boewer (Boewer § 14 Rn. 254) erwogen, in solchen Fällen zugunsten des Arbeitnehmers von einer Befristung mit Sachgrund auszugehen.

³³⁷ BAG 4.6.2003 – 7 AZR 489/02, NZA 2003, 1143; vgl. bereits BAG 22.3.2000 – 7 AZR 581/98, NZA 2000, 885; 28.6.2000 – 7 AZR 920/98, NZA 2000, 1111; 26.7.2000 – 7 AZR 546/99, DB 2001, 153.

³³⁸ So BAG 25.2.1998 – 2 AZR 279/97, NZA 1998, 747 (749).

³³⁹ Nachweise bei KR/Lipke TzBfG § 15 Rn. 35; DDZ/Wroblewski TzBfG § 15 Rn. 12.

³⁴⁰ Zur Inhaltskontrolle eines vereinbarten Kündigungsrechts → Anh. Rn. 29.

³⁴¹ Vgl. KR/Bader TzBfG § 3 Rn. 33 f. mwN.

Gewährt der Arbeitgeber eine freiwillige Leistung, nimmt er davon aber nur Personen aus, die im Zeitpunkt der Auszahlung bereits gekündigt haben, so ist ein befristet Beschäftigter auch bei absehbarem Ende seiner Tätigkeit nicht ausgeschlossen; er behält seinen Anspruch, was sich außerdem auf § 4 Abs. 2 TzBfG stützen lässt.³⁴² **52a**

e) Zusage einer Lebens- oder Dauerstellung. Wird eine „Lebens-“, oder eine „Dauerstellung“ zugesagt, so kann dies eine sehr unterschiedliche Bedeutung haben. Gewollt kann ein **Ausschluss der ordentlichen Kündigung** sein,³⁴³ doch kann es sich auch um einen **schlichten Hinweis** handeln, die Stelle könne zu einer dauerhaften Existenzgrundlage werden.³⁴⁴ Gewollt sein kann weiter eine mittlere Lösung, wonach der allgemeine Kündigungsschutz nach dem **KSchG sofort eingreifen** soll.³⁴⁵ In der Literatur wurde vorgeschlagen, zwischen „Lebensstellung“ und „Dauerstellung“ zu differenzieren. Bei der ersteren sei im Zweifel Unkündbarkeit gewollt, bei der zweiten werde lediglich eine Kündigung vor Arbeitsantritt ausgeschlossen.³⁴⁶ Für eine solche Differenzierung spricht der Wortlaut, doch muss man daneben entscheidend darauf abstellen, wie die **„Vorgeschichte“ des Vertragsabschlusses** beschaffen war (wofür § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB eine Rechtfertigung gibt). Gab der Arbeitnehmer einen sicheren Arbeitsplatz auf und war dies dem Arbeitgeber bekannt, so wird jedenfalls keine kündigungsschutzrechtliche Verschlechterung gewollt sein. Dies bedeutet sofortiges Eingreifen des KSchG, und zwar in beiden Fällen. Wird eine „Lebensstellung“ zugesagt, meint dies im Zweifel mehr, nämlich Unkündbarkeit; allerdings dürfte diese nicht sofort, sondern erst nach einer angemessenen Frist von zB sechs Monaten eintreten. Will der Arbeitgeber **lediglich auf** den nach 6 Monaten eintretenden **normalen Kündigungsschutz hinweisen**, muss er dies deutlich tun; andernfalls würde die „offene“ Formulierung nach § 305c Abs. 2 BGB in dem Sinne zu seinen Lasten gehen, dass der verstärkte Kündigungsschutz bei Lebens- bzw. Dauerstellung eingreifen würde.³⁴⁷ **53**

f) Nettolohnvereinbarung. Die Abweichung von der Regel einer Bruttovergütung muss derjenige beweisen, der daraus für sich Vorteile ableitet, dh der Arbeitnehmer. Die Rechtsprechung verlangt, dass ein solcher Ausnahmefall deutlich im Vertrag festgehalten wird.³⁴⁸ Dies kehrt die sonst praktizierten Grundsätze zu Lasten des Arbeitnehmers um. Auch die Formulierung „brutto gleich netto“ soll uneindeutig sein und deshalb nicht den Schluss auf eine zugesagte Nettoleistung zulassen.³⁴⁹ Lediglich dann, wenn längere Zeit eine Barauszahlung ohne Abzüge erfolgt, wird trotz fehlender „Klarstellung“ zugunsten des Arbeitnehmers entschieden.³⁵⁰ Die Unklarheitenregel des **54**

³⁴² BAG 28.3.2007 – 10 AZR 261/06, NZA 2007, 687.

³⁴³ So BAG 12.10.1954 – 2 AZR 267/54, AP RegelungsG § 52 Nr. 1.

³⁴⁴ So schon RAG 19.12.1928, ARS 5, 29.

³⁴⁵ BAG 8.6.1972 – 2 AZR 285/71, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 1 = DB 1972, 2071; weitere Auslegungsmöglichkeiten bei KR/Fischermeier/Krumbiegel BGB § 624 Rn. 15.

³⁴⁶ Kania/Kramer RdA 1995, 292.

³⁴⁷ Für Schadensersatzpflicht bei unterbliebener Klarstellung KR/Fischermeier/Krumbiegel BGB § 624 Rn. 19.

³⁴⁸ BAG 21.7.2009 – 1 AZR 167/08, NZA 2009, 1213; 19.12.1963 – 5 AZR 174/63, AP BGB § 670 Nr. 15; 18.1.1974 – 3 AZR 183/73, AP BGB § 670 Nr. 19; Küttner/Griese Nettolohnvereinbarung Rn. 3: ausdrücklich und unmissverständlich.

³⁴⁹ LAG Niedersachsen 10.12.1984 – 2 Sa 110/84, DB 1985, 658.

³⁵⁰ Für konkludente Nettolohnabrede in einem solchen Fall LAG Köln 1.8.1997 – 11 (7) Sa 152/97, AuR 1998, 334; ErfK/Preis BGB § 611a Rn. 475.

§ 305c Abs. 2 BGB bzw. der entsprechende früher geltende Grundsatz fand keine Berücksichtigung. Dies lässt sich mE nach geltendem Recht nicht mehr aufrechterhalten;³⁵¹ **in Zweifelsfällen** (etwa bei „brutto gleich netto“) ist eine **Nettolohnvereinbarung** anzunehmen. Dies gilt insbesondere für „**450-Euro-Arbeitsverhältnisse**“. Dass § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV bei illegaler Beschäftigung eine Nettolohnabrede fingiert, interessiert im vorliegenden Zusammenhang allerdings nicht; die Vorschrift bezieht sich ausschließlich auf die Berechnung der hinterzogenen Sozialversicherungsbeiträge, hat jedoch keine arbeitsrechtliche Bedeutung.³⁵² Dasselbe gilt für die Frage, ob eine rechtswidrige Schwarzgeldabrede in eine Nettolohnabrede umzudeuten ist.³⁵³ Keine Bedenken bestehen gegen die Auffassung des BAG,³⁵⁴ wonach die **Erhöhung des steuerfreien Aufstockungsbetrags bei der Altersteilzeit** nicht zum Ausgleich der Steuernachteile verpflichtet, die sich durch den Progressionsvorbehalt ergeben: Die Frage ist durch die Zusage auch nicht andeutungsweise angesprochen.³⁵⁵

- 54a** Die Nettolohnabrede verpflichtet den Arbeitgeber, sämtliche Steuern und Sozialabgaben zu tragen, die auf das Entgelt entfallen. **Ändern sich die** dafür maßgebenden **Umstände**, geht dies zu seinen Gunsten wie zu seinen Lasten. Der Arbeitnehmer kann eine andere Steuerklasse wählen, auch wenn dies den vom Arbeitgeber zu bezahlenden Betrag erhöht,³⁵⁶ doch darf er von dieser Möglichkeit keinen missbräuchlichen Gebrauch machen. Die Wahl der Lohnsteuerkombination IV/IV stellt unter normalen Bedingungen keinen solchen Missbrauch dar.³⁵⁷ Im Übrigen steht es den Beteiligten frei, die Berechnung des Nettolohnes mit dem Vorliegen bestimmter lohnsteuerrechtlicher Voraussetzungen zu verknüpfen.³⁵⁸
- 55 g) „Betriebsvereinbarungsoffene“ Verträge.** Arbeitsverträge können vorsehen, dass die in ihnen enthaltenen Rechte durch Betriebsvereinbarung verschlechtert werden können. Eine solche Ermächtigung findet sich eher selten ausdrücklich im Vertrag, doch nahm die Rechtsprechung schon seit vielen Jahren **bereits bei sehr unspezifischen Formulierungen einen entscheidenden Willen** an. So sollte es etwa genügen, wenn es im Vertrag hieß, die Arbeitsbedingungen würden „den gesetzlichen Bestimmungen sowie Betriebsvereinbarungen“ unterliegen,³⁵⁹ oder es würden „die innerbetrieblichen Bestimmungen“ gelten.³⁶⁰ Wurde eine Leistung durch Gesamtzusage versprochen, so war eine Verschlechterung durch Betriebsvereinbarung schon dann möglich, wenn der Arbeitgeber erklärte, die Regelung sei mit dem (zuständigen) Betriebsrat „abgestimmt“³⁶¹ oder „im Einvernehmen

³⁵¹ *Thüsing* (AGB-Kontrolle, Rn. 327) erwähnt § 305c Abs. 2, ohne allerdings die bisherige Rechtsprechung in Frage zu stellen.

³⁵² So ausdrücklich BAG 17.3.2010 – 5 AZR 301/09, NZA 2010, 881, bestätigt in BAG 21.9.2011 – 5 AZR 629/10, NZA 2012, 145.

³⁵³ Ablehnend Küttner/*Griese* Nettolohnvereinbarung Rn. 4 mwN.

³⁵⁴ 25.6.2002 – 9 AZR 155/01, NZA 2003, 859.

³⁵⁵ Ebenso *Thüsing* AGB-Kontrolle Rn. 327, der betont, auch das Transparenzprinzip sei nicht verletzt.

³⁵⁶ Warnung vor der Nettolohnabrede deshalb bei Küttner/*Griese* Nettolohnvereinbarung Rn. 1.

³⁵⁷ BAG 13.6.2006 – 9 AZR 423/05, NZA 2007, 275.

³⁵⁸ BAG 13.6.2006 – 9 AZR 423/05, NZA 2007, 275.

³⁵⁹ BAG 20.11.1987 – 2 AZR 284/86, NZA 1988, 617.

³⁶⁰ So der Fall BAG 24.8.2004 – 1 AZR 419/03, NZA 2005, 51 (54).

³⁶¹ So die Fälle BAG 3.11.1987 – 8 AZR 316/81, NZA 1988, 509 und BAG 10.12.2002 – 3 AZR 671/01, NZA 2003, 1360.

mit ihm“ beschlossen worden.³⁶² Dies wurde auch im Verhältnis zu solchen Arbeitnehmern angenommen, die erst später hinzugekommen waren.³⁶³ Bei „entsprechenden Begleitumständen“ komme sogar eine „stillschweigende“ Öffnung in Betracht.³⁶⁴ Diese Rechtsprechung wurde nunmehr weitergeführt und in gewisser Weise zu einem „Abschluss“ gebracht: Schon die Tatsache, dass eine bestimmte Frage **in einem Standardvertrag**, dh in AGB **geregelt** ist, lässt den Rückschluss auf eine „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ zu, sofern der Gegenstand – wie beispielsweise die Altersgrenze – einen kollektiven Bezug aufweist.³⁶⁵ Dies ist bei einer Gesamtzusage immer der Fall.³⁶⁶ Erst in jüngster Zeit wurde dies durch die Zulassung einiger Ausnahmen wieder etwas abgemildert.³⁶⁷

Diese **Rechtsprechung** ist mit Recht **scharf kritisiert** worden.³⁶⁸ Sie unterstellt dem Arbeitnehmer einen Willen, den er gar nicht hatte, der völlig fiktiv ist. Ähnlich wie bei den Anrechnungsklauseln (s. unten im Anhang das gleichnamige Stichwort → Anh. Rn. 28) wird der eine Frage gar nicht ansprechende Vertrag insoweit zu Lasten des Arbeitnehmers interpretiert. Dies lässt sich ersichtlich **nicht mit § 305c Abs. 2 BGB vereinbaren**. 56

Die in der bisherigen Rechtsprechung mitgeteilten Formulierungen waren, durchweg auslegungsbedürftig, enthielten also auch Anhaltspunkte für eine „Öffnung“. Allerdings wäre die für den Arbeitnehmer günstigere Lösung, die „Betriebsvereinbarungsfestigkeit“, zu wählen gewesen. Soweit auf innerbetriebliche Regelungen verwiesen wurde, konnte man dies beispielsweise auch in dem Sinne verstehen, dass Betriebsvereinbarungen in Bezug genommen waren, wie dies üblicherweise mit Tarifverträgen geschieht, ohne dass dadurch bessere arbeitsvertragliche Regelungen in Zweifel gezogen sein sollten. Die „Abstimmung“ mit der betrieblichen Interessenvertretung konnte (und kann) bedeuten, dass die Verdienste des Betriebsrats an der erreichten Regelung hervorgehoben werden sollten und deshalb aus Sicht der Beteiligten keine ausschließliche „Großzügigkeit“ des Arbeitgebers vorlag. Dabei konnte man sogar den Standpunkt vertreten, dass diese Alternativen näher lagen als die sehr weitgehende Folgerung des BAG, man würde die vertraglichen Rechte zur Disposition der Betriebsparteien stellen. 56a

Während in der bisherigen Rechtsprechung immerhin noch Anhaltspunkte auch für eine „Öffnung“ sprachen (die aber nach § 305c Abs. 2 BGB hätten unter den Tisch fallen müssen) wird in der neuesten Rechtsprechung³⁶⁹ sogar völlig **auf** einen solchen **Anhaltspunkt im Text verzichtet**; die Verwendung von AGB im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB soll bereits genügen.³⁷⁰ Der Verstoß gegen § 305c Abs. 2 BGB ist hier sehr viel evidenter. Wenn dem- 56b

³⁶² So der Fall BAG 10.12.2002 – 3 AZR 92/02, NZA 2004, 272.

³⁶³ BAG 10.12.2002 – 3 AZR 671/01, NZA 2003, 1360.

³⁶⁴ BAG 20.11.1987 – 2 AZR 284/86, NZA 1988, 617 (620).

³⁶⁵ BAG 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916 (920 Rn. 58 ff.), bestätigt durch BAG 24.10.2017 – 1 AZR 846/15, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 110.

³⁶⁶ BAG 24.10.2017 – 1 AZR 846/15, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 110.

³⁶⁷ BAG 11.4.2018 – 4 AZR 119/17, NZA 2018, 1273. Näher unten → Rn. 56d.

³⁶⁸ S. insbesondere *Preis/Ulber* NZA 2014, 6; *Säcker* BB 2013, 2677 ff.

³⁶⁹ BAG 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916 (920 Rn. 58 ff.). Ebenso BAG 11.12.2018 – 3 AZR 380/17, NZA 2019, 1082 für die betriebliche Altersversorgung.

³⁷⁰ Damit setzt sich der 1. Senat in Widerspruch zur Entscheidung des Großen Senats vom 16.9.1986 (GS 1/82, NZA 1987, 168), der einheitsvertragliche Ansprüche grundsätzlich vorgehen ließ. Kritisch *Wältermann* NZA 19/2013, III; Willkommensgruß durch *Hromadka* NZA 2013, 1061 ff.; ablehnend *Preis/Ulber* NZA 2014, 6; *Säcker* BB 2013, 2677; s. weiter *Meinel/Kiehn* NZA 2014, 509.

gegenüber gesagt wird, die AGB seien nach des Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Arbeitnehmers auszulegen,³⁷¹ so mag dies **im konkreten Fall zu einem vernünftigen Resultat** führen: Es ging um die Frage, ob der Abschluss eines „unbefristeten Arbeitsverhältnisses“ eine durch Betriebsvereinbarung eingeführte Altersgrenze ausschloss. Natürlich kann ein „durchschnittlicher“ Arbeitnehmer (oder auch ein „durchschnittlicher“ Rechtskundiger) nicht damit rechnen, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis nur durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag enden, aber im Übrigen bis zum Lebensende fortauern würde. Nur: Das **BAG** beschränkte sich bewusst nicht auf diesen konkreten Fall und diese Erwägung, sondern machte **allgemeine Ausführungen**, die für das Ergebnis gar nicht mehr ausschlaggebend waren.

56c Dies befremdet umso mehr, als damit im Ergebnis die **Entscheidung des Großen Senats** vom 16.9.1986³⁷² **unterlaufen** wird, der ausdrücklich auch bei Standardbedingungen im Verhältnis zu Betriebsvereinbarungen das Günstigkeitsprinzip anwandte, also die „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ nur als möglichsten, im Einzelfall zu vereinbarenden Ausnahmefall behandelte. Wäre es nicht geboten gewesen, den (natürlich als unbequem empfundenen) Weg einer erneuten Anrufung des Großen Senats zu gehen?³⁷³ Hinzu kommt, dass die stillschweigende „Öffnungsklausel“ auch das **Transparenzprinzip verletzt**, weil der Einzelne nicht mehr voraussehen kann, welche Änderungen und Verschlechterungen ggf. auf ihn zukommen: Würde man die sonstige Rechtsprechung des BAG zugrunde legen, müssten Anlass, Voraussetzungen und Umfang für die Änderungen aus dem Text erkennbar sein.³⁷⁴ Dies ist ersichtlich nicht der Fall, so dass § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verletzt ist. Schon vor dieser Entscheidung wurde im Übrigen in der Literatur nachdrücklich empfohlen, die Betriebsvereinbarungsoffenheit „transparent und konkret“ festzulegen,³⁷⁵ was beim BAG aber keinerlei Beachtung fand. Das **letzte Wort** scheint in dieser Angelegenheit jedenfalls **noch nicht gesprochen** zu sein.³⁷⁶ In der Literatur wird deshalb auch die ausdrückliche Aufnahme einer Öffnungsklausel empfohlen.³⁷⁷

56d In seiner Entscheidung vom 11. April 2018 hat das BAG jedoch **Ausnahmen** zugelassen.³⁷⁸ So gilt die Betriebsvereinbarungsoffenheit nicht für eine **Klausel, die auf Tarifverträge Bezug nimmt**, weil damit ja bewusst ein anderer Normgeber für maßgebend erklärt wird. Insoweit besteht auch keine Offenheit gegenüber sonstigen Tarifen.³⁷⁹ Auch kann der Standardarbeitsvertrag so formuliert sein, dass er **ersichtlich Vorrang** vor betrieblichen Regelungen haben soll, weil zB nur „im Übrigen“ oder „soweit keine anderen Vereinbarungen getroffen worden sind“ innerbetriebliche Regelungen

³⁷¹ BAG 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916 (920 Rn. 59).

³⁷² GS 1/82, NZA 1987, 168.

³⁷³ Für erneute Anrufung des Großen Senats auch *Säcker* BB 2013, 2677 (2683).

³⁷⁴ *Säcker* BB 2013, 2677 (2682).

³⁷⁵ So *Rieble/Schul* RdA 2006, 340. Ähnlich *Thüsing* AGB-Kontrolle Rn. 224, 332; *Däubler* RdA 2004, 304 (306). Bedenken gegen die bisherige Praxis auch bei *Franzen* NZA-Beil. 3/2006, 114.

³⁷⁶ Ähnliche Kritik wie hier bei *Creutzfeld* NZA 2018, 1111; *Preis/Ulber* NZA 2014, 6; *Pionteck* AuR 2020, 254; *Wältermann* RdA 2016, 296; *Wenning* RdA 2019, 244 ff. Bedenken auch bei *NK-GA/Peterhänsel* Anhang zu §§ 305 – 310 Rn. 60. Die bisherige Rechtsprechung verteidigend BAG 30.1.2019 – 5 AZR 450/17, NZA 2019, 1065.

³⁷⁷ *Meinel/Kiehn* NZA 2014, 509 (514); *Henssler/Moll* AGB Rn. 41d ff.

³⁷⁸ BAG 11.4.2018 – 4 AZR 119/17, NZA 2018, 1273, auch zum Folgenden.

³⁷⁹ BAG 16.5.2018 – 4 AZR 209/15, NZA 2018, 1489.