

Professor Dr. Völker Rieble und Wiss. Ass. Asusa Schul, München

Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Betriebsvereinbarungen



- I. Funktionen und Grenzen der Bezugnahme
 1. Grundsatz
 2. Geltungserstreckungsfunktion
 3. Heilungsfunktion
 4. Besitzstandsschutzfunktion
 5. Grundproblem: Überschreitung des Geltungsbereiches
 6. Grenzen der Bezugnahme
- II. AGB-Kontrolle der Bezugnahme
 1. Konstitutiver Regelungswille
 2. Bezugnahmeobjekt
 3. Wechselwirkung der Klauselauslegung mit dem AGB-Kontrollprivileg
- III. Geltungverschaffende Bezugnahme?
 1. Kollektive Unwirksamkeit und arbeitsvertragliche Geltung
 2. Insbesondere Teilnichtigkeit
 3. Erweiterte Bezugnahme kraft Unklarheitenregel?
 4. Überraschungsverbot, § 305 c Abs. 1 BGB
 5. AGB-Inhaltskontrolle
- IV. Ergebnisse

Bezugnahmen (Verweisungen) auf Regelwerke und einzelne Rechtsvorschriften sind ein Standardgestaltungsmittel des Arbeitsvertragsrechts – und deshalb als solche grundsätzlich nicht überraschend i. S. v. § 305 c Abs. 1 BGB¹. Im Vordergrund steht die Bezugnahme auf Tarifverträge, die bislang die schuldrechtliche Tarifgeltung für tariffreie Arbeitnehmer herbeiführen (Gleichstellungsfunktion)², und nach der „Rechtsprechungsänderungsankündigung“ des Vierten Senats künftig in Zweifelsfällen auch die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers festschreiben soll³. Vielfach finden sich in Arbeitsverträgen gleichberechtigt Bezugnahmen auf Betriebsvereinbarungen⁴. Beispiel: „Die im Betrieb/Unternehmen jeweils geltenden Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen sind Bestandteil dieses Arbeitsvertrages.“ Gelegentlich werden auch nur bestimmte Betriebsvereinbarungen in Bezug genommen, etwa eine Arbeitsordnung. Die Betriebsvereinbarungsbezugnahme unterscheidet sich deutlich von der Tarifbezugnahme: Weder geht es um Gleichstellung, weil die Betriebsvereinbarung ohnehin für alle Arbeitnehmer eines Betriebes gilt (§ 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG), noch kann es hier darum gehen, den Arbeitgeber von einer Tarifflicht abzuhalten, weil er künftigen erzwingbaren Betriebsvereinbarungen anders als Verbandstarifverträgen nicht entgehen kann. Seltsamerweise findet die Bezugnahme auf Betriebsvereinbarungen anders als die auf Tarifverträge⁵ wenig wissenschaftliche Aufmerksamkeit⁶ – zu Unrecht!

I. Funktionen und Grenzen der Bezugnahme

1. Grundsatz

Eine arbeitsvertragliche Bezugnahme auf einen arbeitsrechtlichen Normenvertrag hat dann und nur dann eigenständige Regelungsfunktion, wenn

1) Der Gesetzgeber hat in BT-Drucks 1468/57, S. 54 ausdrücklich dazu ausgeführt, dass auch die einzelvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge vom Kontrollprivileg umfasst ist. Zu § 305 c Abs. 1 BGB bei Bezugnahmen ErfK/Preis, 6. Aufl. 2006, §§ 305–310 BGB, Rn. 33; ders., in: Festschrift Wiedemann (2002), S. 425, 433; AGB-Klauselwerke/Thüsing, 2003, Arbeitsverträge Rn. 88.

2) Dazu Löwisch/Rieble, TVG, 2. Aufl. 2004, § 3 Rn. 240 ff.

3) BAG v. 14. 12. 2005 – 4 AZR 536/04, NZA 2006, 607 = DB 2006, 1322 (I.2.c) der Gründe; Klebeck, NZA 2006, 15 ff.

4) 75% der von Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 61 ausgewerteten Arbeitsverträge enthalten Verweise Arbeitsordnungen/Betriebsordnungen/Allgemeine Arbeitsbedingungen.

5) Etwa Annuß, ZfA 2005, 405, m. w. N.

6) Vgl. etwa AGB-Klauselwerke/Thüsing (Fn. 1), Arbeitsverträge Rn. 101; ErfK/Kania (Fn. 1), § 77 BetrVG, Rn. 80 nur zu betriebsvereinbarungsoffenen Arbeitsverträgen.

- dessen Geltung schuldrechtlich auf Arbeitsverhältnisse außerhalb der Geltungskraft des Kollektivvertrags erstreckt wird („Geltungserstreckungsfunktion“);
- unwirksame Regelungen arbeitsvertraglich geheilt werden sollen („Heilungsfunktion“);
- aktuell geltende Regelungen gegen künftige Abänderung durch die Kollektivvertragsparteien nach Maßgabe des Günstigkeitsprinzips („Besitzstandsfunktion“ zur zeitlichen Geltungserstreckung) gesichert werden sollen.

Als Nebenfolge kann die konstitutive Bezugnahme die Bindungswirkung mit dem Änderungskündigungsschutz verstärken – wohingegen Betriebsvereinbarungen kollektivrechtlich grundsätzlich frei und ohne Bestandsschutz kündbar sind⁷. Das kann die Flexibilität einschränken. Hinzu tritt die AGB-Kontrollgefahr gemäß §§ 305 ff. BGB. Insofern geht es einmal darum, inwieweit die Bezugnahme dynamisch zu verstehen ist und auch verschlechternde Änderungen kündigungsschutzfrei vollzieht (dazu unter II. 1). Zum anderen ist zu fragen, inwieweit sich das AGB-Kontrollprivileg für die Betriebsvereinbarung (§ 310 Abs. 4 BGB) an der Bezugnahme fortsetzt (dazu unter II. 3. b).

Kein Fall der Bezugnahme ist die *arbeitsvertragliche Öffnungsklausel* gegenüber der Betriebsvereinbarung, die die Arbeitsvertragsinhalte betriebsvereinbarungsoffen gestaltet, den Änderungskündigungsschutz „aushebelt“ und mittelbar das Günstigkeitsprinzip ausschaltet⁸: Diese Öffnung nimmt nicht positiv den Betriebsvereinbarungsinhalt in den Arbeitsvertrag auf; sie schwächt vielmehr negativ die Bindungswirkung der Arbeitsvertragsinhalte gegenüber der außerhalb des Vertrages stehenden Betriebsvereinbarung ab. Die Betriebsvereinbarungsoffenheit kann durch eine Bezugnahme nicht „mitgeregelt“ werden. Das Günstigkeitsprinzip als Kollisionsregel setzt voraus, dass die Betriebsvereinbarung „gilt“ und in Konkurrenz zum Arbeitsvertrag treten kann. Betriebsvereinbarungsoffenheit muss seit der Schuldrechtsreform transparent und konkret vereinbart werden – etwa mit der Klausel „Arbeitsvertragliche Regeln können durch Betriebsvereinbarung auch verschlechternd abgeändert werden“. Unangemessen ist das nicht. Individualzusagen gegenüber wirkt die Klausel wegen § 305 b BGB freilich nicht.

Mit der *Nachweispflicht* des Arbeitgebers auch für Betriebsvereinbarungen nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG können Bezugnahmen nicht erklärt werden. Die Nachweispflicht ist darauf gerichtet, den wesentlichen Inhalt des (formlosen) Arbeitsvertrags schriftlich zu fixieren (arg § 2 Abs. 3 NachwG); der Nachweis hat Informations- und keine Regelungsfunktion. Umgekehrt gilt: Eine konstitutive Bezugnahme kann eigenständiger wesentlicher Vertragsinhalt sein, der besonders nach § 2 Abs. 1 Satz 2 NachwG nachzuweisen ist⁹. Dafür ist aber Voraussetzung, dass die Bezugnahme neben der kollektiven Geltung der Betriebsvereinbarung einen wesentlichen Regelungsgehalt hat. Eben das wird im Folgenden untersucht.

2. Geltungserstreckungsfunktion

Geltungserstreckend wirkt die Bezugnahme vor allem im Tarifrecht. Dagegen ist die Betriebsverfassung auf die lückenlose und überschneidungsfreie Zuständigkeit des Betriebsrats für alle Arbeitnehmer (i. S. v. § 5 BetrVG) gerichtet. Die Unterwerfung des Arbeitnehmers unter die Betriebsvereinbarung folgt nicht aus der Mitgliedschaft (wie in § 3 Abs. 1 TVG), weswegen „Geltungslücken“ kaum auszumachen sind:

- Früher betraf die Bezugnahme vor allem *Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarungen in betriebsratslosen Betrieben*, in denen sie wegen fehlender Legitimation nicht gelten konnten. Die arbeitsvertragliche Bezugnahme machte typischerweise unternehmens- oder konzerneinheitliche Arbeitsbedingungen (etwa über eine betriebliche Altersversorgung) für die Ar-

beitnehmer in betriebsratslosen Einheiten anwendbar – durch vertragliche Unterwerfung. Mit der Reform des BetrVG 2001 hat der Gesetzgeber die Geltung von Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarungen auf betriebsratslose Betriebe oder gesamtbetriebsratslose Unternehmen erstreckt (§ 50 Abs. 1 Satz 2. Halbsatz bzw. § 58 Abs. 1 Satz 2. Halbsatz BetrVG)¹⁰. Insoweit also ist die Geltungserstreckung funktionslos geworden.

- *Betriebsratslose Nebenbetriebe oder relativ selbstständige Betriebsteile* werden in der Praxis gelegentlich über Bezugnahme-klauseln einem anderen Betrieb zugeschlagen. Hier wird also *auf die Betriebsvereinbarung eines fremden Betriebes verwiesen*. In einem solchen Fall kann die Klausel lauten: „Es gelten die Betriebsvereinbarungen des Stammbetriebes in [...]“. Durchaus fraglich ist die Bezugnahmewirkung einer unspezifizierten Klausel („Die im Betrieb/Unternehmen geltenden Betriebsvereinbarungen sind Teil dieses Arbeitsvertrages.“). Das kann bei einem Unternehmen mit mehreren Betriebsräten Zuordnungsfragen auslösen. Vor allem aber wird hier eine gewillkürte Sonderbetriebsverfassung außerhalb von §§ 3, 4 BetrVG geschaffen, die die Arbeitnehmer der betriebsratslosen Einheit einer nicht legitimierten Fremdbestimmung ausliefert und womöglich die Wahl eines eigenen Betriebsrats (oder die Anschlussurabstimmung des § 4 Abs. 1 Satz 2 BetrVG) wenn nicht rechtlich, so doch tatsächlich verhindert. Das ist mit Blick auf §§ 20, 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unzulässig (§ 134 BGB). Betriebsrats-unfähige Einheiten werden derweil nach § 4 Abs. 2 BetrVG dem Hauptbetrieb zugeschlagen¹¹.

Die Ausdehnung des Geltungsanspruchs von Betriebsvereinbarungen auf betriebsratslose Betriebe setzt sich dem Einwand aus, dass entgegen der Wertung des § 3 BetrVG eine *Sonderbetriebsverfassung* geschaffen wird. Ob dieser Einwand greift, hängt entscheidend vom Verständnis der Bezugnahme-klausel ab. Sieht man in dieser primär eine Regelung der Arbeitsbedingungen – also aus dem Blickwinkel des Arbeitsvertrages – so gilt, dass die Betriebsverfassung Vertragsklauseln außerhalb der gesetzlichen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats (die es im betriebsratslosen Betrieb grundsätzlich nicht gibt) nicht vernichten kann. Sieht man dagegen in der Bezugnahme vor allem den Versuch einer organisatorischen Unterstellung unter die fremde Betriebsvereinbarung, ist das unzulässig. Es gilt hier wie im Tarifrecht: Die Bezugnahme kann nicht zum kollektivrechtlichen Anschluss an den Kollektivvertrag führen; das liegt außerhalb der vertraglichen Regelungsmacht. Möglich ist stets nur die schuldrechtliche Aneignung der fremden Regelung über den Arbeitsvertrag¹². Zu deren Grenzen unter I. 6.

- Selten kommt es vor, dass in einem Unternehmen vertraglich auf *Betriebsvereinbarungen fremder Unternehmen* verwiesen wird. Praktisch kann das werden, um eine Konzernbetriebsvereinbarung zu simulieren, insbesondere wenn nach Ausgliederung von Töchtern (deren Arbeitnehmern die bisherige Unternehmens-Altersversorgung erhalten werden soll) kein Konzernbetriebsrat gebildet worden ist. Denkbar ist auch, dass die Unternehmensverbindung kein Unterordnungskon-

7) BAG v. 26. 10. 1993 – 1 AZR 46/93 EzA Nr. 53 zu § 77 BetrVG 1972 = AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung = NZA 1994, 572. Nur in der betrieblichen Altersversorgung greift die vom Dritten Senat systemwidrig entwickelte Vertrauensschutzlehre.

8) BAG v. 20. 11. 1987 – 2 AZR 284/86, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Altersgrenze (Anm. Joost) = EzA Nr. 1 zu § 620 BGB Altersgrenze = NZA 1988, 617; ErfK/Kania (Fn. 1), § 77 BetrVG, Rn. 80; AGB-Klauselwerke/Thüsing (Fn. 1), Arbeitsverträge Rn. 101.

9) ErfK/Preis (Fn. 1), § 2 NachwG, Rn. 24.

10) Zur Kritik am Legitimationsdefizit Bachner, NZA 1995, 256 ff.

11) BT-Drucks. 14/5741 S. 35; ErfK/Eisemann (Fn. 1), § 4 BetrVG, Rn. 6.

12) Für den Tarifvertrag Löwisch/Rieble (Fn. 2), § 3 Rn. 240 ff.

zern i. S. des § 18 Abs. 1 AktG ist, weswegen von vornherein kein Konzernbetriebsrat gebildet werden kann. Die Bezugnahme ist unzulässig, denn sie behindert den (Gesamt-)Betriebsrat des Betriebes oder Unternehmens, von dem aus verwiesen wird. Er kann keine eigenen Vorstellungen von der vernünftigen Regelung der Arbeitsbedingungen entfalten, weil seine Vorstellungen stets *qua* Günstigkeitsprinzip an der vertraglich in Bezug genommenen fremden Regelung gemessen werden. Dahinter kann er kaum zurückbleiben; eine anderweitige Verwendung des Verteilungsvolumens ist ihm zumindest stark erschwert. In diesen Fällen bleibt nur die – notwendig statische¹³ – Verweisung in einer Betriebsvereinbarung mit dem zuständigen Betriebsrat.

- Eine Geltungserstreckung kommt schließlich *für die außerhalb der Betriebsverfassung stehenden Personen* des § 5 Abs. 2 und 3 BetrVG in Betracht: Leitende Angestellte¹⁴, Organmitglieder (Altersversorgung für Geschäftsführer nach Maßgabe der Betriebsvereinbarung), aber auch arbeitnehmerähnliche Personen, soweit diese nicht von der Heimarbeiterklausel des § 5 Abs. 1 Satz 2 BetrVG erfasst werden. Von vornherein unzulässig ist es, solche Personen an „Verteilungstöpfe“ anzuschließen, die der erzwingbaren Mitbestimmung unterliegen. Ihnen kann kein Bezugsrecht für Werkmietwohnungen eingeräumt werden (wohl aber kann der Arbeitgeber, der den Kreis der Nutzungsberechtigten sozialer Einrichtungen nach h. M. mitbestimmungsfrei festlegt¹⁵, die entsprechende Widmung für einzelne Wohnungen aufheben¹⁶).

Der Einbezug der Leitenden kann in *Konflikt mit dem Sprecherausschussgesetz* geraten – weil diese durch Unterstellung unter den Schutz der Betriebsvereinbarung davon abgehalten werden können, einen Sprecherausschuss zu wählen. Es greift dann das strafbewehrte Wahlbehinderungsverbot des § 34 Abs. 1 Nr. 2 SprAuG¹⁷, und auch hier ist zu fragen, ob nicht verbotswidrigerweise auf arbeitsvertraglichem Wege eine Sonderbetriebsverfassung geschaffen wird.

Das heißt praktisch: Die arbeitsvertragliche Bezugnahme kann weder den leitenden Angestellten noch den Arbeitnehmer im betriebsratslosen Nebenbetrieb an einen Sozialplanpotopf oder einen Werkskindergarten anhängen, noch ihn gegenüber einer Pensions- oder Unterstützungskasse berechnen, die auf die Arbeitnehmer i. S. d. BetrVG beschränkt ist. Möglich ist nur, dass der Arbeitgeber sich zu einer eigenständigen Leistung der Art und des Umfangs verpflichtet, die der Arbeitnehmer erhielte, fiele er unter den normativen Geltungsbereich der in Bezug genommenen Betriebsvereinbarung; das dem Betrieb gewidmete Sondervermögen muss unberührt bleiben. Ebenso wenig kann die Bezugnahme das mitbestimmte Sozialplanvolumen zu Lasten der allein bezugsberechtigten Arbeitnehmer im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne schmälern; der Arbeitgeber kann sich lediglich individualrechtlich zu einer gesonderten Abfindung nach Maßgabe des Sozialplans verpflichten¹⁸.

3. Heilungsfunktion

Besondere Bedeutung kommt der heilenden Funktion zu. So kann die Bezugnahme auf eine gemäß § 77 Abs. 2 Satz 1 und 2 BetrVG (i. V. m. § 125 BGB) formnichtige Betriebsvereinbarung deren Inhalt zu schuldrechtlicher Geltung verhelfen. Diejenige Betriebsvereinbarung, die Altersgrenze, Arbeitszeitdauer oder Tätigkeitsbeschreibung entgegen § 75 BetrVG festlegt, kann insofern an der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle oder § 138 BGB scheitern. Sonderfall ist die Bezugnahme auf eine *Betriebsvereinbarung, die gegen § 77 Abs. 3 BetrVG verstößt*¹⁹: ihr ist gesondert nachzugehen (unter III).

Auch die *Bezugnahme auf Regelungsabreden* ist eine gesonderte Untersuchung wert. Jene bedürfen der „arbeitsvertraglichen

Umsetzung“. Eine allgemeine dynamische Bezugnahme auf Regelungsabreden verhilft dem Betriebsrat zu einer im BetrVG nicht vorgesehenen faktischen Einwirkungsmöglichkeit auf den Arbeitsvertrag: Er würde systemwidrig zum Vertragsgestalter. Nicht einmal den Tarifparteien ist es gestattet, die Übernahme der Tarifbedingungen in den Arbeitsvertrag zu verlangen²⁰. Insofern gilt es zu bedenken, ob eine allgemeine dynamische Verweisung nicht den Betriebsrat in eine falsche Rolle drängt. Dass die dynamische Bezugnahme auf ein fremdes Regelwerk kein Fall der Drittleistungsbestimmung des § 317 BGB ist, weil die Parteien des Regelwerkes nur ihre eigenen Bedingungen aushandeln, auf die der Dritte dann beliebig für eigene Zwecke zugreift²¹, gilt hier gerade nicht. Ohne arbeitsvertragliche Bezugnahme fehlt der Regelungsabrede die individualrechtliche Wirkung. Solches Vorgehen ermöglichte insbesondere die Flucht aus der formgebundenen Betriebsvereinbarung in die formlose Regelungsabrede und wirft Fragen hinsichtlich der Verschiebung der Prüfmaßstäbe auf – vor allem, soweit es um die Belastung der Individuen geht. Die dynamische Bezugnahme auf Regelungsabreden müsste vor allem der AGB-Kontrolle standhalten und dürfte den Kündigungsschutz nicht aushebeln. Wir wollen deshalb die dynamische Bezugnahme auf (künftige) Regelungsabreden als missbräuchliche Gestaltung verwerfen.

4. Besitzstandsschutzfunktion

Besitzstandsfunktion kann *nur statischen Verweisungen* zukommen. Nur solche fixieren einen konkreten Regelungsstand, eine dynamische Verweisung liefe nach Wegfall der konkreten Betriebsvereinbarung als Bezugnahmeobjekt leer. Deshalb kommt es entscheidend darauf an, der Bezugnahme die typische und potentiell verschlechternde Dynamik zu nehmen – und dadurch das Günstigkeitsprinzip zu aktivieren, das auch in der Betriebsverfassung die Verschlechterung von Arbeitsbedingungen durch Kollektivvertrag verhindern kann²². Diese Be-

13) Die Betriebsvereinbarung darf anders als der Tarifvertrag selbst keine dynamischen Verweisungen enthalten, weil die Betriebsparteien sich ihrer Rechtsetzungsbefugnis nicht durch dynamischen Verweis auf eine fremde Regelung begeben können; ihnen ist die betriebsspezifische Lösung betrieblicher Probleme aufgegeben. Für die Verweisung auf einen Tarifvertrag: BAG v. 23. 6. 1992 – 1 ABR 9/92, EzA Nr. 49 zu § 77 BetrVG 1972 = AP Nr. 55 zu § 77 BetrVG 1972 (Anm. *Wiedemann*) = NZA 1993, 229.

14) 40% der von *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 61, ausgewerteten Verträge von Führungskräften enthalten Verweise auf Arbeitsordnungen/Betriebsordnungen/Allgemeine Arbeitsbedingungen (häufiger als Verweisungen auf Tarifverträge).

15) GK-BetrVG/*Wiese*, 8. Aufl. 2005, § 87 Rn. 708 m. v. N. auch zur Gegenansicht.

16) GK-BetrVG/*Wiese* (Fn. 15), § 87 Rn. 776 ff.; vgl. auch BAG v. 30. 4. 1974 – 1 ABR 36/73, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen = EzA Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Werkswohnung = SAE 1975, 252 (mit im Ergebnis zustimmender Anm. *Beuthien*) zur Beteiligung des Betriebsrats bei der Zuweisung einer Werkmietwohnung aus einheitlichem Bestand, d. h. für Arbeitnehmer i. S. v. § 5 BetrVG und leitende Angestellte, an einen leitenden Angestellten.

17) § 34 Abs. 1 Satz 2 SprAuG – Behinderung der Tätigkeit –, wenn ein Sprecherausschuss bereits existiert.

18) Vgl. die (richtige) Entscheidung BAG v. 31. 5. 2005 – 1 ABR 254/04, EzA Nr. 14 zu § 112 BetrVG 2001 = AP Nr. 175 zu § 112 BetrVG 1972 = NZA 2005, 997, wonach aus dem Sozialplanpotopf keine freiwilligen Prämien für den Kündigungsschutzklageverzicht finanziert werden dürfen.

19) Dazu BAG v. 20. 4. 1999 – 1 ABR 72/98, AP Nr. 89 zu Art. 9 GG = EzA Nr. 65 zu Art. 9 GG = NZA 1999, 887.

20) BAG v. 20. 4. 2005 – 4 AZR 292/04, AP Nr. 35 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = EzA Nr. 40 zu § 1 TVG Auslegung = NZA 2006, 281 ff.; dazu *Hohenstatt/Schramm*, NZA 2006, 251 ff.

21) *Löwisch/Rieble* (Fn. 2), § 3 Rn. 242.

22) Allgemein BAG v. 7. 11. 1989 – GS 3/85, EzA Nr. 34 zu § 77 BetrVG 1972 = AP Nr. 46 zu § 77 BetrVG 1972 = NZA 1990, 816; *Blomeyer*, NZA 1996, 337, 340; *Richardt*, NZA 1999, 617; speziell zur Durchbrechung der individuellen durch die kollektive Günstigkeit BAG v. 16. 9. 1986 – GS 1/82, EzA Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 = AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 = NZA 1987, 168.

sitzstandsfunktion ist an sich von nachrangiger Bedeutung, weil weder Betriebsrat noch Arbeitgeber i. d. R. daran interessiert sind, sich ihrer kollektivvertraglichen Einflussmöglichkeiten zu begeben. Immerhin könnte der Betriebsrat ausnahmsweise Errungenschaften auf diese Weise festschreiben und mit Änderungskündigungsschutz versehen wollen, und den Arbeitgeber also zu einer entsprechenden Vertragsgestaltung anregen. Das hat einen Pferdefuß – mit dem Ende der normativen Wirkung setzt die AGB-Inhaltskontrolle ein (unten III. 5).

Das eigentliche Risiko liegt in der vom – für die Bezugnahme auf Betriebsvereinbarungen unzuständigen – Vierten Senat betonten Bedeutung der Unklarheitenregel: Sie könnte solche Ablösungen behindern. Indes ist schon die von *Thüsing* für die Tarifbezugnahme geäußerte Befürchtung, die Bezugnahme auf einen Verbandstarif könne den verschlechternden Sanierungsstarif mit derselben Gewerkschaft hindern²³, nicht gerechtfertigt²⁴. Der Vierte Senat will ergebnisorientiert nur die Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers als Verwender beschneiden, nicht aber die Tarifmacht. Notfalls wird der Senat auf die arbeitsrechtlichen Besonderheiten des § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB zurückgreifen²⁵.

Vor allem aber stellt sich die Frage in der Betriebsverfassung anders als im Tarifrecht: Dort ist die Dynamik der Bezugnahme auf ein und dasselbe Tarifwerk und damit die Ablösungswirkung unbestritten²⁶, es geht nur darum, ob das Bezugnahmeobjekt dynamisch wechseln kann – vom (weiterhin geltenden) Verbandstarifvertrag zu dem in der Tarifkonkurrenz vorrangigen Haustarifvertrag mit derselben Gewerkschaft. In der Betriebsverfassung geht es dagegen typischerweise nur um die Dynamik der Betriebsvereinbarung selbst: Die spätere Betriebsvereinbarung löst normativ die vorangehende ab. Dies vollzieht die Bezugnahme Klausel in aller Regel nach. Ähnliche Probleme wie im Tarifrecht könnten allenfalls in zwei Konstellationen auftreten:

- Wird eine *Betriebsvereinbarung durch eine Gesamt- oder Konzernbetriebsvereinbarung über denselben Regelungsgegenstand abgelöst* (oder umgekehrt), liegt nur scheinbar ein Wechsel des Bezugnahmeobjektes vor. In der Betriebsverfassung gilt das Prinzip der überschneidungsfreien Zuständigkeit: Für ein und denselben Regelungsgegenstand kann immer nur ein Betriebsrat zuständig sein. Anders als im Tarifrecht gibt es hier keine gegenüber konkurrierenden Regelungen, die zeitgleich in Kraft sind. Mit dem Wechsel der Zuständigkeit, spätestens aber mit dem Abschluss der neuen Betriebsvereinbarung hört die bisherige auf zu gelten²⁷ und ist kein taugliches Verweisungsziel mehr. Deswegen entspricht es der Dynamik, dass die ablösende Gesamtbetriebsvereinbarung als Bezugnahmeobjekt „auffrückt“. Diese Quasi-Identität von Betriebsvereinbarungen über denselben Regelungsgegenstand unter Zuständigkeitswechsel entspricht dem kollektiven Fortgeltungskonzept des Ersten Senats²⁸.
- Etwas anders ist es im Fall des *Betriebsübergangs*, wenn die Betriebsvereinbarung ausnahmsweise nicht kollektiv fortgilt, sondern gem. § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB transformiert wird. Hier könnte man der Idee verfallen, dass § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf eine Betriebsvereinbarung zur Bestandskraft auch gegenüber anderen Betriebsvereinbarungen beim Erwerber verhilft, weil § 613 a Abs. 1 Satz 3 BGB gegenüber der Bezugnahme nicht greift. Indes gilt auch hier: Es kann – auch beim Betriebsübergang – nur eine Betriebsvereinbarung über ein und denselben Regelungsgegenstand geben. Wenn der Bezugnahme Klausel nicht von vornherein Besitzstandsschutzfunktion gegenüber verschlechternden Betriebsvereinbarungen zukommt, dann erlangt sie diese auch nicht durch Betriebsübergang²⁹.

Theoretisch denkbar ist es, mit Hilfe einer spezifizierten Klausel eine *individualvertragliche Nachwirkung* der Betriebsvereinbarung zu erzeugen: Dazu müsste die Klausel „halb-dynamisch“ eine einmal geltende Betriebsvereinbarung solange arbeitsvertraglich gelten lassen, bis diese durch eine neue normativ geltende Betriebsvereinbarung abgelöst wird. Nur das In-Kraft-Treten eines Bezugnahmeobjektes, nicht aber dessen Entfall löste dann die vertragliche Geltungsänderung aus. Solche Halbdynamik muss ausdrücklich vereinbart sein. Ein besonderes Bedürfnis hierfür besteht (derzeit) nicht. Zwar schränkt § 77 Abs. 6 BetrVG die Nachwirkung von Betriebsvereinbarungen auf Regelungsgegenstände, die der erzwingbaren Mitbestimmung unterliegen, ein (weil die Nachwirkung hier nur Überbrückungsfunktion hat, nicht aber Besitzstandswahrungsfunktion wie bei § 4 Abs. 5 TVG³⁰). Indes lässt die Rechtsprechung (zu) großzügig die vereinbarte Nachwirkung von Betriebsvereinbarungen im mitbestimmungsfreien Raum zu³¹ und ignoriert insofern, dass die Versagung des Besitzstandsschutzes eine gewollte Privilegierung des Tarifvertrages sein kann (in Ergänzung zu § 77 Abs. 3 BetrVG).

5. Grundproblem: Überschreitung des Geltungsbereichs

Bezugnahmen auf Tarifverträge bewegen sich weit überwiegend im Geltungsbereich des Tarifvertrages. Gestritten wird nur – Stichwort Gleichstellungsabrede –, ob sich die Klausel beim tarifgebundenen Arbeitgeber ohne eindeutige Formulierung so auslegen lässt, dass sie nur die Tarifgebundenheit des Arbeitnehmers ersetzt, mithin die tarifrechtlichen Möglichkeiten des Arbeitgebers zum Tarifausstieg nicht konterkariert. Diese Form der Bezugnahme innerhalb des Geltungsbereichs ist in der Rechtsordnung vielfach vorgesehen: nämlich in tarifdispositiven staatlichen Arbeitsbedingungen, um für tariffreie Arbeitsverhältnisse ein Anhängen an den die Tarifdispositivität nutzenden Tarifvertrag zu ermöglichen³². Solche „Anhängen Klauseln“ – wie §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG, § 622 Abs. 4 Satz 2 BGB, § 613 a Abs. 1 Satz 4 BGB, § 7 Abs. 3 ArbZG, § 8 Abs. 4 Satz 4 TzBfG – setzen durchweg voraus, dass sich das bezugnehmende Arbeitsverhältnis im Geltungsbereich des

23) *Thüsing*, NZA 2005, 1280, 1282; wiederholt in Europarechtliche Bezüge der Bezugnahme Klausel, NZA 2006, 473.

24) So jetzt der 10. Senat: BAG v. 14. 12. 2005 – 10 AZR 296/05, AP Nr. 37 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

25) Diese Ergebnisorientierung wird besonders deutlich an der Entscheidung v. 23. 3. 2005; zur Kritik insbesondere *Thüsing*, NZA 2005, 1282, der mit Recht darauf hinweist, dass der 10. Senat bereits 1994 anders entschieden hat, weswegen die Anrufung des Großen Senates erforderlich gewesen wäre. Weiter zu dieser Entscheidung *Klebeck*, NZA 2006, 15 ff.

26) BAG v. 26. 9. 2001 – 4 AZR 544/00, EzA Nr. 19 zu § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = AP Nr. 21 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag (Anm. *Thüsing*) = NZA 2002, 634; BAG v. 26. 4. 2001 – 8 AZR 279/00, EzA Nr. 17 zu § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = ZTR 2002, 90; und v. 18. 8. 1998 – 1 AZR 589/97, NZA 1999, 659; für einen (problematischen) Sonderfall BAG v. 13. 11. 2002 – 4 AZR 351/01, EzA Nr. 23 zu § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = AP Nr. 24 zu § 3 TVG = BB 2003, 1236; *Löwisch/Rieble* (Fn. 2), § 3 Rn. 287; *Stein*, in: *Kempen/Zachert, TVG*, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 180; *Wiedemann/Oetker*, 6. Aufl. 1999, § 3 Rn. 207 f.; *MünchHandbuch-ArbR/Hanau*, 2. Aufl. 2000, § 62 Rn. 35.

27) GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 15), § 50 Rn. 73.

28) BAG v. 18. 9. 2002 – 1 ABR 54/01, AP Nr. 7 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung = EzA Nr. 5 zu § 613 a BGB 2002 = NZA 2003, 670; eingehend *Kreft*, in: *Festschrift Wißmann* (2005), S. 347 ff.

29) Zur Auslegung einer Bezugnahme auf eine Betriebsvereinbarung und zur Ablösbarkeit von nach § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB transformierten Regelungen durch Kollektivvereinbarung mit dem Betriebserberwerber BAG v. 18. 11. 2003 – 1 AZR 604/02, EzA Nr. 9 zu § 77 BetrVG 2001 = AP Nr. 15 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung = NZA 2004, 803 (I. 1. a) bzw. I. 2. b) der Gründe).

30) Vgl. *Löwisch/Rieble* (Fn. 2), § 4 Rn. 371 ff.

31) BAG v. 28. 4. 1998 – 1 ABR 43/97, EzA Nr. 1 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung = AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung = NZA 1998, 1348; instruktiv *Jacobs*, NZA 2000, 69.

32) Näher *Löwisch/Rieble* (Fn. 2), § 3 Rn. 235.

Tarifvertrags bewegt. Nur dort formuliert der Tarifvertrag seinen Geltungsanspruch und nur dort ist die Gleichstellung der tariffreien Arbeitsverhältnisse mit den tarifgebundenen angebracht.

Die Bezugnahme Klausel bringt typischerweise also einen (aktuellen) Tarifvertrag dort zur Geltung, wo er gelten würde, wären beide Arbeitsvertragsparteien Mitglied der Tarifparteien. Die privatautonome Legitimation durch unterwerfende Mitgliedschaft wird ersetzt durch die privatautonome Legitimation durch vertragliche Unterwerfung. Das aber deckt nur die Geltungslegitimation „von unten“ aus Sicht der Tarifunterworfenen ab. Eine „tarifgleiche“ Geltung setzt zusätzlich die Tariflegitimation „von oben“ voraus – also einen wirksamen Tarifvertrag tauglicher Tarifparteien und eben den vom Geltungsbereich umschriebenen tariflichen Geltungsanspruch.

Die Bezugnahme auf die Betriebsvereinbarung ist hiervon grundverschieden. Hier gibt es keine privatautonom-mitgliederschafliche Legitimation. Vielmehr gelten Betriebsvereinbarungen kraft des staatlichen Geltungsbefehls im BetrVG. Die Betriebsratswahl ist als solche keine privatautonome Legitimationsbasis³³ und kann mithin nicht durch einen Vertrag ersetzt werden. Im Gegenteil greift die privatautonome Legitimation in das betriebsverfassungsrechtliche Ordnungsgefüge ein, wie unter 2 für die Geltungserstreckung auf betriebsratslose Einheiten oder auf Arbeitnehmer außerhalb der Betriebsverfassung gesehen. Die Betriebsverfassung ist – anders als das Tarifsystem – gegenüber allen ihr zugeordneten Arbeitnehmern legitimiert. Dementsprechend sehen kollektivvertragsdispositive Arbeitsgesetze keine Bezugnahme auf Betriebsvereinbarungen vor. Diese Begrenzung lässt sich durch Bezugnahme Klauseln grundsätzlich nicht verschleichen: Sowenig die Arbeitsvertragsparteien für sich genommen den tariflichen Geltungsbereich ausweiten können, sowenig können sie die Reichweite von Betriebsvereinbarungen ausdehnen.

Die Arbeitsvertragsfreiheit lässt selbstredend die Bezugnahme auf Kollektivverträge auch außerhalb des Geltungsbereichs zu; die Arbeitsvertragsparteien könnten die Betriebsvereinbarung ja auch abschreiben. Nur hat dies einschneidende Folgen: Außerhalb des Geltungsbereichs eines Kollektivvertrages kann die arbeitsvertragliche Bezugnahme nicht mehr an dem AGB-Kontrollprivileg nach § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB teilhaben (dazu II. 3. b).

Ausgeschlossen ist insoweit das arbeitsvertragliche Anhängen an Betriebsvereinbarungen, die eine *Betriebsvereinbarungsdispositivität staatlichen Arbeitsrechts* nutzen: die Bezugnahme bleibt ungeachtet ihres Bezugnahmeobjekts eine vertragliche Regelung, die keinen kollektivrechtlichen Anschluss herstellt. Das heißt praktisch: Im betriebsratslosen Nebenbetrieb kann nicht durch Bezugnahme auf die Betriebsvereinbarung des Hauptbetriebes dessen Betriebsvereinbarung genutzt werden, die aufgrund eines Tarifvertrages die gesetzlichen Arbeitszeitvorgaben modifiziert (§ 7 Abs. 3 Satz 2 ArbZG). Indem die Tarifparteien die Abänderung nur durch (normativgeltende) Betriebsvereinbarung erlauben, ist jede Abweichung außerhalb von deren Regelungsbereich ausgeschlossen. Das gilt auch für tarifliche Öffnungsklauseln i. S. v. § 77 Abs. 3 BetrVG und § 4 Abs. 3 TVG, sofern die Verschlechterung der Tarifbedingungen der Betriebsvereinbarung vorbehalten ist. Spezialfall ist der *Datenschutz*, weil § 4 Abs. 1 BDSG das Gesetz weithin betriebsvereinbarungsdispositiv gestaltet³⁴. So kann für Arbeitnehmer im betriebsratslosen Nebenbetrieb oder für leitende Angestellte nicht durch Bezugnahme auf die Betriebsvereinbarung des Hauptbetriebes die Datenverarbeitung ohne Zustimmung des Arbeitnehmers erlaubt werden.

6. Grenzen der Bezugnahme

Die Bezugnahme Klausel macht den in Bezug genommenen Kollektivvertrag zum Inhalt des Arbeitsvertrages. Sie scheidert

mithin, soweit die in Bezug genommenen Regelungen auf Arbeitsvertragsebene nicht vereinbart werden können³⁵. Das betrifft neben dem Ausschluss des Anhängens an Betriebsvereinbarungen, die arbeitsvertragsfeste Arbeitsbedingungen verschlechtern, vor allem:

- Betriebsverfassungsrechtliche Regelungen – weil der Arbeitsvertrag weder in die Organisation der Betriebsverfassung eingreifen, noch zusätzliche Mitbestimmungsrechte begründen kann (weswegen auch die Transformation von Kollektivverträgen in das Arbeitsverhältnis nach § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB solche Betriebsnormen nicht erfasst³⁶).
- Echte Betriebsnormen, die kein Individualrecht begründen, sondern den Arbeitgeber im Verhältnis zur Belegschaft verpflichten (Solidar- und Ordnungsnormen).
- Den Anschluss an kollektivrechtliche Einrichtungen im weiteren Sinne (gemeinsame Einrichtungen des § 4 Abs. 2 TVG³⁷, Sozialeinrichtungen i. S. v. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG, aber auch der Belegschaft i. S. d. § 5 BetrVG gewidmetes Vermögen, etwa ein Sozialplanvolumen), weil das entweder einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter (der rechtlich selbstständigen Einrichtung, etwa einer Pensionskasse) oder aber einen drittwirkenden Eingriff in die betriebsverfassungsrechtliche Widmung des Sondervermögens darstellte (oben I. 2).

II. AGB-Kontrolle der Bezugnahme

1. Konstitutiver Regelungswille

Die zentrale Frage für die Bezugnahme auf Betriebsvereinbarungen lautet: Wollten die Arbeitsvertragsparteien wirklich die Betriebsvereinbarung außerhalb ihres kollektiven Geltungsanspruches zum Inhalt des Arbeitsvertrages machen? Anders als beim Tarifvertrag besteht hierzu kein Anlass: die Bezugnahme fügt der Geltungskraft grundsätzlich nichts hinzu. Außerhalb des Geltungsbereichs können die Arbeitsvertragsparteien die Betriebsvereinbarung nicht „als Betriebsvereinbarung“ gelten lassen, weil sie dort gerade nicht gilt.

Dementsprechend hat das BAG aus unserer Sicht richtig ausgeführt: „In der einzelvertraglichen Verweisung auf ohnehin geltende kollektive Regelungen liegt regelmäßig entweder ein bloßer Hinweis ohne rechtsgeschäftlichen Charakter oder die nur deklaratorische Abrede, es sollten die kollektiven Regelungen in ihrer jeweils geltenden Fassung Anwendung finden“³⁸. Dass die Bezugnahme Klausel ohne Wirkung blieb, weil sie (vom BAG offen gelassen) entweder deklaratorisch auf außervertragliche Betriebsvereinbarungen hinwies oder nur das vereinbarte, was betriebsvereinbarungsrechtlich ohnehin galt, war streitentscheidend: Die Klägerin machte Jahressonderzahlungen aus einer abgelösten Betriebsvereinbarung geltend. Das Arbeitsverhältnis war durch Betriebsübergang übergegangen. Die ursprünglich anspruchsbegründende Betriebsvereinbarung war durch eine neue Betriebsvereinbarung abgelöst worden, wobei es nicht darauf ankam, ob die alte Betriebsver-

33) Dazu *Kreutz*, Grenzen der Betriebsautonomie, 1978, S. 68; GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 15), § 77 Rn. 220 ff.; *Richardi*, BetrVG, 10. Aufl. 2006, § 77 Rn. 65 m.w.N.; dagegen für das TVG: *Friese*, ZfA 2003, 237, 240 ff.

34) BAG v. 30. 8. 1995 – 1 ABR 4/95 – AP Nr. 29 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung = EzA Nr. 21 zu § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung = NZA 1996, 218; BAG v. 27. 5. 1986 – 1 ABR 48/84, AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung = EzA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung = NZA 1986, 643; näher GK-BetrVG/*Wiese* (Fn. 15), § 87 Rn. 493 ff.

35) Für die Bezugnahme auf den Tarifvertrag *Löwisch/Rieble* (Fn. 2), § 3 Rn. 253 ff.

36) *Hohenstatt*, in: *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 2. Aufl. 2003, E, Rn. 113.

37) *Löwisch/Rieble* (Fn. 2), § 3 Rn. 159 ff.

38) BAG v. 18. 11. 2003 – 1 AZR 604/02, EzA Nr. 9 zu § 77 BetrVG 2001 = AP Nr. 15 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung = NZA 2004, 803, Nichtamtlicher Orientierungssatz 1; I. 1. a) der Gründe.

einbarung nach dem Betriebsübergang kollektiv fortgefolgt hat oder nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB in die Arbeitsverhältnisse transformiert worden war. Nur eine besitzstandswahrende Festschreibung der ursprünglichen Regelung hätte geholfen. Dieses Verständnis hat der Senat zu recht abgelehnt und damit inzident den Grundsatz für Bezugnahme auf Tarifverträge übertragen, dass eine Bezugnahme widerspiegeln soll, was tarifrechtlich gilt und damit im Zweifel stets dynamisch gemeint ist³⁹.

Nur: Jene Klausel stammte aus dem Jahr 1988 – und war noch nicht von der Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 BGB erfasst. Für nach In-Kraft-Treten der Schuldrechtsreform vereinbarte Klauseln ist mit Blick auf die angekündigte Wende des Tarifenats (vgl. Fn. 3) zu fragen, ob wegen des unklaren Bedeutungsgehalts der Bezugnahme auf die Betriebsvereinbarung aus der Unklarheitenregel nicht doch zu Gunsten des Arbeitnehmers eine Festschreibung des Besitzstandes abzuleiten ist. Zwar führt der für AGB maßgebende generalisierte Wille verständiger und redlicher Vertragspartner des für das Rechtsgeschäft typischen Verkehrskreises⁴⁰ richtigerweise dazu, dass jede Bezugnahme auf einen Kollektivvertrag grundsätzlich als dynamische Verweisung gewollt ist – und keine statische Festschreibung bezweckt⁴¹. Diese nämlich würde die Betriebsparteien mit Blick auf das Günstigkeitsprinzip an der Fortentwicklung der Regelung im Belegschaftsinteresse behindern. Anders gewendet: Dass Betriebsvereinbarungen überindividuelle Arbeitsbedingungen enthalten, ist zentrales Auslegungsmerkmal und verhindert individuellen Besitzstand. Anders als bei Tarifverträgen bliebe die Bezugnahme auf Betriebsvereinbarungen so *schlechthin folgenlos*. Dies löst bei den Arbeitnehmern die AGB-spezifische Unklarheit aus, welchen Gehalt die Klausel in ihrem Vertrag haben kann. Als deklaratorischer Hinweis oder aber vertraglicher Nachvollzug der Kollektivvertragssituation ist sie überflüssig, weswegen gerade ihre Existenz die Unklarheit auflöst.

Indes kann auch § 305 c Abs. 2 BGB nicht zum individuellen Besitzstand führen. Der einfachste Ausweg ist der Schnellzugriff auf die arbeitsrechtlichen Besonderheiten des § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB⁴². *Kollektivverträge müssen kollektiv geändert werden können*, wie das insbesondere die Kündigungsregeln des §§ 77 Abs. 5 BetrVG, 28 Abs. 2 Satz 4 SprAuG zeigen, aber auch das Ablösungsprinzip des Tarif wie des Betriebsverfassungsrechts⁴³: das ist die erste einschlägige Besonderheit⁴⁴. Sonst können die Betriebsparteien ihrer *Regelungsverantwortung* nicht nachkommen. Dass dabei individuelle Besitzstände nicht gewahrt werden können, entspricht der spezifischen *Ausgleichsfunktion* der Betriebsverfassung⁴⁵ – als zweiter Besonderheit des (kollektiven) Arbeitsrechts. Die von der Mitbestimmung garantierte Ausgleichsfunktion wirft bereits die Frage auf, ob Gesamtzusagen des Arbeitgebers – die zweifelsfrei einen Individualanspruch begründen – nicht notwendig betriebsvereinbarungsoffen sind, damit eine kollektive Umverteilung möglich ist⁴⁶. Insofern muss erst recht verhindert werden, dass über die Bezugnahme eine genuin kollektive Regelung individualvertraglich mit einer Abänderungsschwerung versehen wird, wenn ein entsprechender Bindungswille des Arbeitgebers nicht feststellbar ist.

Das *Ablösungsprinzip* verbietet es, zwischen zwei Kollektivverträgen einen Günstigkeitsvergleich anzustellen⁴⁷. Augenscheinlich wird das in § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB, der dieses Prinzip auch gegenüber in das Arbeitsverhältnis transformierten Arbeitsbedingungen durchsetzt (also keineswegs eine Ausnahme vom Günstigkeitsprinzip enthält). § 613a Abs. 1 Satz 4 BGB ist nachgerade Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, die kollektivvertragliche Regelungsverantwortung gegenüber individualrechtlichem Besitzstandsdenken zu sichern, wenn man so will, eine punktuelle Bestätigung der arbeitsrechtlichen Besonderheit.

Der Zugriff auf § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB ist indes nicht erforderlich, weil die Unklarheitenregel nicht zu dem gewünschten Ergebnis führt:

- Erstens verweist die typische Bezugnahmeklausel auf die „im Betrieb/Unternehmen geltenden Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen“ und setzt damit vom Wortlaut eindeutig und klar voraus, dass die Betriebsvereinbarung kollektiv gilt. Die Unklarheit folgt aus der Existenz der Klausel – nicht aus dem grammatikalischen Text. § 305 c Abs. 2 BGB hat lediglich den Zweck, den AGB-Verwender zu einer grammatikalisch eindeutigen Klauselformulierung anzuhalten⁴⁸. Unklarheiten, die aus dem systematischen Zusammenspiel von Arbeitsvertrag und Betriebsverfassung resultieren, fallen nicht in seine Verantwortung – brauchen mithin auch nicht durch die Unklarheitenregel aufgefangen zu werden.
- Zweitens kann die Unklarheitenregel funktionsimmanent nur herangezogen werden, wenn sie die Unklarheit auflöst, also zu Klarheit führt. Eben dies ist nicht der Fall: Besitzstandsschutz kann die Klausel nur dadurch bewirken, dass sie eine bestimmte Betriebsvereinbarung als konkretes Bezugsobjekt festschreibt. Besitzstandsschutz für alle jemals gegolten habenden Betriebsvereinbarungen übersteigt den Wortlaut. Welche Betriebsvereinbarung soll es sein? Wollte man hier darauf abstellen, ob sich die Rechtsposition des Arbeitnehmers durch die jeweilige Betriebsvereinbarung verbessert, gelangte man zu einer seltsamen Halbdynamik, die auf ein spezifisches Rosinenpicken hinausläufe. Nach welchem Maßstab wollte man feststellen, ob eine Betriebsvereinbarung günstiger ist als die vorherige?
- Drittens schließlich vertritt sich die Unklarheitenregel nicht mit dem AGB-Kontrollprivileg des § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB, dazu sogleich 3.

2. Bezugnahmeobjekt

Nennt die Klausel nur „Betriebsvereinbarungen“, wirft das die Frage auf, ob damit auch Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarungen gemeint sind. Diese Frage ist auch ohne Unklarheitenregel zu bejahen. Schon das BetrVG spricht einheitlich nur von Betriebsvereinbarungen, und schließt in diesen Begriff Einzel-, Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarungen

39) Nachweise Fn. 26.

40) Ausführlich *Stoffels*, AGB-Recht, 2003, Rn. 357 ff. mit Rechtsprechungsnachweisen.

41) BAG v. 20. 11. 1987 – 2 AZR 284/86, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Altersgrenze (Anm. *Joost*) = EzA Nr. 1 zu § 620 BGB Altersgrenze = NZA 1988, 617; BAG v. 3. 11. 1987 – 8 AZR 316/81, AP Nr. 25 zu § 77 BetrVG 1972 (Anm. *Hromadka*) = EzA Nr. 20 zu § 77 BetrVG 1972 = NZA 1988, 509; ErfK/*Kania* (Fn. 1), § 77 Rn. 85; *Preis*, Der Arbeitsvertrag, 2002, V 40 Rn. 54.

42) ErfK/*Preis* (Fn. 1), §§ 305-310 BGB, Rn. 14; AGB-Klauselwerke/*Thüsing* (Fn. 1), Arbeitsverträge Rn. 48 ff.

43) Zu § 77 Abs. 6 BetrVG: BAG v. 15. 11. 2000 – 5 AZR 310/99, AP Nr. 84 zu § 77 BetrVG 1972 (Anm. *Reichold*) = EzA Nr. 2 zu § 77 BetrVG 1972 Ablösung = NZA 2001, 900; ErfK/*Kania* (Fn. 1), § 77 BetrVG, Rn. 64 f.; GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 15), § 77 Rn. 356 f.; zu § 4 Abs. 5 TVG: *Löwisch/Rieble* (Fn. 2), § 4 Rn. 371 ff.

44) Richtig BAG v. 4. 3. 2004 – 8 AZR 196/03, AP Nr. 3 zu § 309 BGB = EzA Nr. 1 zu § 309 BGB 2002 = NZA 2004, 727.

45) Zu ihr *Wiese*, ZfA 2000, 117, 122 ff.; *Gutzeit*, AR-Blattei 530.14.2 (Stand: April 2006), Rn. 56 ff.; *H. Hanau*, Individualautonomie und Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, 1994, S. 77, 105 ff.

46) Zu dem (unglücklich bezeichneten) kollektiven Günstigkeitsvergleich des Großen Senats BAG v. 16. 9. 1986 – GS 1/82, EzA Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 = AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 = NZA 1987, 168; BAG v. 28. 3. 2000 – 1 AZR 366/99, EzA Nr. 1 zu § 77 BetrVG 1972 Ablösung mit instruktiver Anm. *Krause* = AP Nr. 83 zu § 77 BetrVG 1972 = NZA 2001, 49; *Löwisch/Rieble* (Fn. 2), § 4 Rn. 295; *Zachert*, in: *Kempfen/Zachert* (Fn. 26), § 4 Rn. 291.

47) Für Betriebsvereinbarungen GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 15), § 77 Rn. 356 ff. mit Rechtsprechungsnachweisen; für Tarifverträge: *Wiedemann/Wank* (Fn. 26), § 4 Rn. 74.

48) ErfK/*Preis* (Fn. 1), §§ 305-310 BGB, Rn. 34; *Stoffels* (Fn. 40), Rn. 367.

ein (arg. § 76 Abs. 1 BetrVG). In der Betriebsverfassung geht es um die materielle Regelung einer bestimmten Angelegenheit für die die Regelungsebene aus der Zuständigkeitsordnung folgt. Dass die Bezugnahmeklausel ausnahmsweise nur bestimmte Betriebsvereinbarungen eines bestimmten Betriebsrats auf Betriebs-, Unternehmens- oder Konzernebene einbeziehen will, ist deswegen die klarstellungsbedürftige Ausnahme.

3. Wechselwirkung der Klauselauslegung mit dem AGB-Kontrollprivileg

a) Grundsatz

Die Inhaltskontrolle von Bezugnahmeklauseln betrifft zwei Elemente: Einmal geht es um die Bezugnahme als solche (also das Ob und die Reichweite der Bezugnahme) und zum anderen um den Inhalt des in Bezug genommenen Kollektivvertrags (also das Wie).

Das Kontrollprivileg des § 310 Abs. 4 Satz 3 i. V. m. § 307 Abs. 3 BGB ist auf den Tarifvertrag gemünzt: Nur für ihn hat die arbeitsvertragliche Bezugnahme die spezifische Erstreckungsfunktion auf die tariffreien Arbeitnehmer⁴⁹. Der innere Grund liegt nicht etwa darin, dass Tarifverträge für alle Arbeitnehmer und damit auch für Nichtorganisierte Rechtsgewähr böten. Vielmehr soll verhindert werden, dass die Nichtorganisierten die Tarifvorteile genießen, ihnen aber die Tarifnachteile (z. B. Ausschlussfristen) durch die AGB-Kontrolle abgenommen werden – sie mithin systemwidrig besser stünden als die Tarifgebundenen, denen gegenüber die Belastungen des Tarifvertrags durch Mitgliedschaft legitimiert sind⁵⁰. Gerade im Interesse der Bezugnahme⁵¹ also verzichtet das BGB auf die AGB-Kontrolle des Bezugnahmeobjektes – zugleich wird die Bezugnamedynamik dadurch möglich, dass keine Anforderungen an den AGB-Einbezug des jeweiligen Bezugnahmeobjektes gestellt werden (§ 310 Abs. 4 Satz 2 Hs. 2 BGB, wonach §§ 305 Abs. 2 und 3 BGB nicht gelten)⁵².

Der Verzicht auf die AGB-Kontrolle ist nach so herrschender wie richtiger Meinung beschränkt auf *Bezugnahmen innerhalb des Geltungsbereichs* des Kollektivvertrages – und auf die Bezugnahme des ganzen Tarifvertrags in seinem Regelungszusammenhang (nicht des Tarifwerks⁵³): Nur dann, wenn der Kollektivvertrag in dem Arbeitsverhältnis, das durch die Bezugnahme geregelt wird, auch normativ gelten könnte, ist das Kontrollprivileg angebracht.

b) Betriebsvereinbarungen als Sonderfall

Wiewohl § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB Betriebs- und Dienstvereinbarungen „gleichberechtigt“ neben Tarifverträgen nennt, ist die Bezugnahme auf sie – und damit das AGB-Kontrollprivileg – innerhalb ihres Geltungsbereichs funktionslos⁵⁴. Gilt die Betriebsvereinbarung im bezugnehmenden Arbeits- oder Dienstverhältnis nicht, befindet sich dieses entweder außerhalb der Betriebsverfassung (Geschäftsführer, leitende Angestellte), außerhalb des Zuständigkeitsbereiches des Betriebsrats (betriebsratsloser Betrieb oder Betriebsteil) oder außerhalb einer von den Betriebsparteien gewählten Geltungsbeschränkung (Betriebsvereinbarung nur für bestimmte Beschäftigtengruppen oder Abteilungen). Das Kontrollprivileg verhindert nur, dass in denjenigen Arbeitsverhältnissen, in denen die Betriebsvereinbarung ohnehin kollektiv gilt, die parallele Bezugnahme durch die AGB-Kontrolle zu einer systemwidrigen Verbesserung der Betriebsvereinbarungsinhalte führt – die sich nach dem Günstigkeitsprinzip durchsetzen könnten.

Kollektivverträge, die entweder unwirksam sind oder außerhalb ihres (auch zeitlichen) Geltungsbereichs in Bezug genommen werden, können in dem bezugnehmenden Arbeitsverhältnis keine normative Wirkung entfalten, so dass für eine AGB-rechtliche Privilegierung kein Raum bleibt⁵⁵. Mithin greifen Inhaltskontrolle und Transparenzgebot für die Kollektivvertrag sinhalte. Eine Rückausnahme – also Aufrechterhaltung des

Kontrollprivilegs – gilt nur für Bezugnahme auf eine nachwirkende Kollektivvereinbarung⁵⁶.

Am *fehlenden AGB-Einbezug* scheitert die Bezugnahme nicht, weil § 310 Abs. 4 Satz 2. Halbsatz BGB generell den Einbezug arbeitsvertraglicher AGB erleichtert – und nicht nur für Bezugnahmen auf (wirksame) Kollektivverträge⁵⁷. Insofern sind Bedenken aus der Zeit vor der Schuldrechtsreform nicht aufrechtzuerhalten. Dass der Gesetzgeber irrig angenommen hat, das NachweisG kompensiere die Einbezogenerfordernisse⁵⁸, ändert an der Geltungskraft des § 310 Abs. 4 Satz 2. Halbsatz BGB nichts⁵⁹. Die Verpflichtung des Arbeitgebers, Kollektivverträge auszuhängen (§ 8 TVG, § 77 Abs. 2 Satz 3 BetrVG, § 73 Abs. 1 Satz 2 BPersVG⁶⁰) ist nach h. M. sanktionslos⁶¹ – zudem erfasst sie nur wirksame Kollektivverträge. Insofern ist festzuhalten: Der Gesetzgeber hat das Verbraucherschutzkonzept des § 305 Abs. 2 und 3 BGB nicht in das Arbeitsrecht eingeführt; dazu ist er auch nicht verpflichtet. Das NachweisG hilft dem Arbeitnehmer nur beschränkt, indem es in § 2 Abs. 3 einen allgemeinen Hinweis nicht nur auf „Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen“ sondern auch auf „ähnliche Regelungen, die für das Arbeitsverhältnis gelten“, fordert. Offenbar wird dem Arbeitnehmer aufgegeben, den Inhalt jener Regelungen nachzufragen – beim Arbeitgeber, der Gewerkschaft oder dem Betriebsrat.

Die *Scheidegrenze* zwischen kontrollfreier Bezugnahme innerhalb des Geltungsbereichs und AGB-Kontrolle außerhalb hat eine *problematische Folge*: Da die Bezugnahmeklausel als solche der AGB-Kontrolle unterliegt, könnte der Arbeitsrichter in einem ersten Schritt feststellen, dass die Bezugnahme nicht hinreichend klar auf den Geltungsbereich des Kollektivvertrags begrenzt ist und daraus dann im zweiten Schritt die Inhaltskontrolle ableiten. Damit aber würde der Zweck der AGB-Kontrollfreiheit, den Inhalt der Kollektivverträge in ihrem Geltungsbereich von dem auch nur mittelbaren richterlichen Kontrollzugriff zu verschonen, verfehlt. Deswegen also bleibt die Regel des BAG (vgl. Fn. 38) auch nach der Schuld-

49) Löwisch/Rieble (Fn. 2), § 1 Rn. 167; § 3 Rn. 264; Stein, in: Kempen/Zachert (Fn. 26), § 3 Rn. 144; Wiedemann/Oetker (Fn. 26), § 3 Rn. 210.

50) Eingehend zu dieser Konzeption Löwisch/Rieble, § 1 Rn. 165 ff.; Stein, in: Kempen/Zachert (Fn. 26), § 3 Rn. 212; allgemein ErfK/Preis (Fn. 1), § 305-310 BGB, Rn 15 ff.; Thüsing/Lambrich, NZA 2002, 1361 ff.; a. A. Annuß, ZfA 2005, 405, 436 ff., der auch bei Globalverweisung auf den sachlich einschlägigen Tarifvertrag diesen nur bei normativer Wirkung von der Inhaltskontrolle ausnehmen will; die Außenseiterwirkung sei kein Angemessenheitsmaßstab.

51) BT-Drucks. 14/6857 S. 53.

52) Instrukтив Oetker, in: Festschrift Wiedemann (2002), S. 383, 390 f.

53) So aber Oetker, in: Festschrift Wiedemann (2002), S. 398 ff.; dagegen Löwisch/Rieble (Fn. 2), § 3 Rn. 264 f. Stein, in: Kempen/Zachert (Fn. 26), § 3 Rn. 213; Den Grundsatz mit einer (nicht überzeugenden) Ausnahme für den ortsfremden Tarifvertrag bestätigt das BAG in der Entscheidung v. 21. 8. 2002 – 4 AZR 263/01, AP Nr. 21 zu § 157 BGB = RdA 2003, 303 = NZA 2003; 442. Zur Kontrollfreiheit tariflicher Regelungskomplexe vgl. ErfK/Preis (Fn. 1), § 305-310 BGB, Rn. 22 m. w. N.

54) Treffend: Singer, RdA 2003, 194, 198; Diehn, NZA 2004, 129, 131.

55) Löwisch/Rieble (Fn. 2), § 3 Rn. 264 ff.; Stein, in: Kempen/Zachert (Fn. 26), § 3 Rn. 213.

56) Dazu Löwisch/Rieble (Fn. 2), § 3 Rn. 297 ff.

57) ErfK/Preis (Fn. 1), §§ 305-310 BGB, Rn. 29; AGB-Klauselwerke/Thüsing (Fn. 1), Arbeitsverträge Rn. 36; Stein, in: Kempen/Zachert (Fn. 26), § 3 Rn. 163.

58) BT-Drucks. 14/6857, S. 54, dazu AGB-Klauselwerke/Thüsing (Fn. 1), Arbeitsverträge Rn. 36.

59) BAG v. 23. 1. 2002 – 4 AZR 56/01, AP Nr. 5 zu § 2 NachwG = EzA Nr. 3 zu § 2 NachwG (Anm. Lambrich) = NZA 2002, 800; AGB-Klauselwerke/Thüsing (Fn. 1), Arbeitsverträge Rn. 36.

60) BT-Drucks. 13/668, S. 11 zu § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG.

61) BAG v. 23. 1. 2002 – 4 AZR 56/01, AP Nr. 5 zu § 2 NachwG = NZA 2002, 800; Löwisch/Rieble (Fn. 2), § 8 Rn. 12 ff.; a. A. Däubler/Reinecke, TVG, 2003, § 8 Rn. 12 ff.; GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 15), § 77 Rn. 52.

rechtsreform richtig: Erfasst die Bezugnahme einen Kollektivvertrag, so gilt erstens, dass die Bezugnahme sich im Zweifel nur auf den wirksamen Kollektivvertrag und nur auf seinen Geltungsbereich bezieht – für Tarifverträge ist das anerkannt⁶². Für Betriebsvereinbarungen bleibt es mithin dabei, dass die Bezugnahme in diesen Regelfällen entweder nur deklaratorischer Hinweis oder folgenlose Vereinbarung der ohnehin geltenden Regelung ist. Die an sich anwendbare Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 BGB darf wegen § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB nicht zur Ausweitung der Bezugnahme führen.

Aus diesem Auslegungssprinzip – die Bezugnahme soll regelmäßig nur die normative Geltung innerhalb des Geltungsbereichs des Kollektivvertrages abbilden – folgt wiederum, dass die Verweisung *regelmäßig dynamisch gemeint* ist⁶³. Die Klausel muss also nicht auf die „jeweils“ geltenden Betriebsvereinbarungen verweisen. Das sichert die kollektive Regelungsverantwortung und das aus ihr folgende Ablösungsprinzip (eben 1).

Freilich lässt sich eine eindeutig statische Verweisung, die auf eine ganz bestimmte Betriebsvereinbarung verweist („Arbeitsordnung vom 20. 4. 1999“) nicht korrigierend auslegen – weder in Richtung Voldynamik, die die Nachfolge-Betriebsvereinbarung zur Geltung brächte, noch (ohne weiteren Klauselinhalt) in Richtung auflösender Halbdynamik, die die benannte Betriebsvereinbarung nur für den Zeitraum ihrer normativen Geltung in den Arbeitsvertrag inkorporierte. Hier hat der Arbeitgeber bei der Klauselformulierung etwas falsch gemacht – und mag die Folgen tragen.

III. Geltungverschaffende Bezugnahme?

Betriebsvereinbarungen sind gelegentlich unwirksam. Erfasst die Bezugnahmeklausel auch solche Regelungen, so ist es denkbar, dass der vertragliche Geltungsbefehl die kollektivvertragliche Unwirksamkeit auf der Vertragsebene „heilt“. Nicht jeder kollektivvertragliche Unwirksamkeitsgrund hindert den inhaltsgleichen Arbeitsvertrag.

1. Kollektive Unwirksamkeit und arbeitsvertragliche Geltung

Die Betriebsvereinbarung ist unwirksam⁶⁴, wenn dem Betriebsrat die Regelungskompetenz fehlt, etwa wenn er nichtig gewählt worden oder er für die Regelungsfrage nicht zuständig ist. Schädlich sind auch Fehler in der Beschlussfassung gemäß § 33 BetrVG⁶⁵. Hinzu kommen Abschlussmängel (Willensmängel⁶⁶, insbesondere nach erfolgreicher Anfechtung⁶⁷ oder der Verstoß gegen das Schriftformgebot⁶⁸). Inhaltlich darf die konkrete Regelung nicht gegen § 75 BetrVG⁶⁹ oder gegen höherrangiges Recht⁷⁰ verstoßen. Schließlich kann die Betriebsvereinbarung außer Kraft getreten sein (zur Besitzstandswahrung schon I. 4).

Die Bezugnahmeklausel läuft leer, soweit sie *kein Bezugnahmeobjekt* vorfindet. Indes ist es aus arbeitsvertraglicher Sicht nicht erforderlich, dass die Betriebsvereinbarung kollektivrechtlich wirksam ist. Für Arbeitsverträge gelten andere Wirksamkeitsvoraussetzungen als für Betriebsvereinbarungen. Dementsprechend ist eine Bezugnahme auf eine unwirksame Betriebsvereinbarung nicht anders denkbar als diejenige auf einen unwirksamen Tarifvertrag⁷¹. So wie ein Fehler in Inhalt oder Form einer Betriebsvereinbarung der Regelungsabrede nicht notwendig entgegensteht⁷², so bleibt der verweisende Arbeitsvertrag möglich.

Die Bezugnahme scheitert zuerst dann, wenn das Hindernis der Betriebsvereinbarung auch dem Arbeitsvertrag entgegensteht. Zu denken ist insbesondere an die zwingende Geltung von Tarifverträgen, die weder durch Betriebsvereinbarungen noch durch Arbeitsverträge abbedungen werden können. Nicht hierher gehört § 77 Abs. 3 BetrVG⁷³ und ebensowenig auch die über § 75 BetrVG bewirkte mittelbare Grundrechts-

bindung der Betriebsparteien, die gegenüber dem Arbeitsvertrag nicht greift⁷⁴. Stattdessen schützt die AGB-Kontrolle den Arbeitnehmer. Eine unwirksame Betriebsvereinbarung kann das Kontrollprivileg des § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB nicht auslösen⁷⁵. Freilich versagt die AGB-Kontrolle, soweit es um das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung geht⁷⁶. Auch die (nachträgliche) Altersgrenze, die in einer Betriebsvereinbarung unzulässig ist⁷⁷, kann arbeitsvertraglich als Sachgrundbefristung nach Maßgabe des TzBfG und unter Beachtung von § 41 SGB VI vereinbart werden.

Die Wirksamkeitshindernisse der Betriebsvereinbarung können auch mit der Figur des *Umgehungsgeschäfts*⁷⁸ nicht auf den Arbeitsvertrag erstreckt werden. Betriebliches Rechtsverhältnis und Arbeitsvertrag sind verschiedene Regelungsebenen, für die eigene rechtsgeschäftliche Anforderungen und Schranken gelten⁷⁹. Insbesondere für § 77 Abs. 3 BetrVG hat das BAG jede Umgehungserstreckung auf Regelungsabreden und vertragliche Einheitsregelungen abgelehnt, obwohl die Betriebsparteien der Norm bewusst ausgewichen sind⁸⁰.

Erforderlich ist aber ein *Mindestmaß an „natürlicher“ Einigung* (wie beim fehlerhaften Arbeitsverhältnis). Gibt es den Betriebsrat nicht oder hat sein Vorsitzender ohne Beschluss verhandelt, so kann die Vereinbarung nicht als „Betriebsvereinbarung“ i. S. der Bezugnahmeklausel gesehen werden. Auch wenn statt des Betriebsrats der Gesamtbetriebsrat zuständig ist, kann der Verstoß gegen die Kompetenzordnung arbeitsvertraglich nicht aufgefangen werden, weil dies als Behinderung der Arbeit des zuständigen Betriebsrats zu sehen ist (oben I. 2).

Eine Verweisung ist erstens stets dann möglich, wenn die Betriebsvereinbarung *als Regelungsabrede aufrechterhalten* werden kann (also bei Verstößen gegen das Schriftformgebot und gegen § 77 Abs. 3 BetrVG⁸¹): Regelungsabreden sind typischer-

62) BAG v. 26. 9. 2001 – 4 AZR 544/00, EZA Nr. 19 zu § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = AP Nr. 21 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag (Anm. Thüsing) = NZA 2002, 634; vgl. auch BAG v. 13. 11. 2002 – 4 AZR 351/01, EZA Nr. 23 zu § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = AP Nr. 24 zu § 3 TVG = BB 2003, 1236 und v. 25. 10. 2000 – 4 AZR 506/99, EZA Nr. 15 zu § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = AP Nr. 13 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = NZA 2002, 100; Löwisch/Rieble (Fn. 2), § 3 Rn. 227 ff., 287.

63) Nachweise für die Tarifbezugnahme in Fn. 26.

64) Zur synonymen Verwendung der Begriffe Unwirksamkeit und Nichtigkeit von *Hoyningen-Huene*, Beilage DB 1984, 1, 6.

65) GK-BetrVG/Raab (Fn. 15), § 33 Rn. 46 ff.

66) Zur Rechtsnatur GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 15), § 77 Rn. 35 ff. und zu den Willensmängeln bei Vertragsschluss Rn. 57.

67) GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 15), § 77 Rn. 62.

68) Zur Schriftform gemäß §§ 77 Abs. 2 Satz 1 und 2 vgl. GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 15), § 77 Rn. 44 ff.

69) GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 15), § 75 Rn. 139.

70) Zur Nichtigkeitsfolge bei Verstoß gegen § 75 BetrVG GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 15), § 75 Rn. 139; zu den „Innenschranken der Betriebsautonomie“ GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 15), § 77 Rn. 290 ff. Eine Aufstellung der Unwirksamkeitsgründe findet sich bei v. *Hoyningen-Huene*, Beilage DB 1984, 1, 2 ff.

71) Explizit BAG v. 22. 1. 2002 – 9 AZR 601/00, AP Nr. 55 zu § 11 BUrtG = EZA Nr. 58 zu § 13 BUrtG = NZA 2002, 1041; Wiedemann/Oetker (Fn. 26), § 1 Rn. 241; Löwisch/Rieble, § 3 Rn. 224.

72) BAG v. 20. 4. 1999 – 1 ABR 72/98, AP Nr. 89 zu Art. 9 GG = EZA Nr. 65 zu Art. 9 GG = NZA 1999, 887.

73) GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 15), § 77 Rn. 134.

74) GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 15), § 75 Rn. 139.

75) Für Tarifverträge: Löwisch/Rieble (Fn. 2), § 3 Rn. 264.

76) *ErfK/Preis* (Fn. 1), § 305-310 BGB, Rn. 38.

77) BAG v. 7. 11. 1989 – GS 3/85, EZA Nr. 34 zu § 77 BetrVG 1972 = AP Nr. 46 zu § 77 BetrVG 1972 = NZA 1990, 816.

78) Allgemein: *Benecke*, Gesetzesumgehung im Zivilrecht, 2004; zur Gesetzesumgehung und Inhaltskontrolle: *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, 2005, insbesondere S. 24 ff.

79) GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 15), § 75 Rn. 4.

80) BAG v. 20. 4. 1999 – 1 ABR 72/98, AP Nr. 89 zu Art. 9 GG = EZA Nr. 65 zu Art. 9 GG = NZA 1999, 887.

81) Dazu, dass der Tarifvorbehalt nur Betriebsvereinbarungen, nicht aber Regelungsabreden hindert: BAG v. 20. 4. 1999 – 1 ABR 72/98, AP Nr. 89 zu Art. 9 GG = EZA Nr. 65 zu Art. 9 GG = NZA 1999, 887; GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 15), § 77 Rn. 135 m.w.N.

weise zur schuldrechtlichen Umsetzung vorgesehen. Zweitens kommt die Bezugnahme in Betracht, wenn die Betriebsvereinbarung gegen höherrangiges Recht verstößt, das seinerseits dem Arbeitsvertrag nicht im Wege steht. Auch ohne Bezugnahme kann in diesen Fällen an eine Umdeutung der unwirksamen Betriebsvereinbarung in eine Gesamtzusage oder eine Einheitsregelung gedacht werden. Indes scheidet diese typischerweise, weil es am unbedingten Zusagewillen des Arbeitgebers fehlt⁸², weil die Arbeitnehmer mit einer etwaigen Belastung nicht einverstanden sind und vor allem, weil die Umdeutung nicht zum Austausch des Vertragspartners führen kann⁸³. Enthält der Arbeitsvertrag eine Bezugnahmeklausel, so muss entschieden werden, ob die Klausel auch die unwirksame Betriebsvereinbarung erfasst – und anstelle der wenig plausiblen Umdeutung⁸⁴ zu arbeitsvertraglicher Geltung führt. Nehmen die Arbeitsverträge Tarifungebundener neben der Betriebsvereinbarung, die gegen § 77 Abs. 3 BetrVG verstößt, Bezug auch auf die im Betrieb geltenden Tarifverträge, so kommt nicht das Ordnungsprinzip zum Zug: Die inhaltlichen Widersprüche müssen vertragsrechtlich gelöst werden.

Von der vertragsrechtlichen Wirksamkeit zu scheiden ist die Frage nach dem gewerkschaftlichen Unterlassungsanspruch: Gilt im Arbeitsverhältnis ein Tarifvertrag, so kann die Bezugnahme diesen nur nach Maßgabe des Günstigkeitsprinzips abbedingen – andernfalls ist sie (in den Arbeitsverhältnissen der Tarifgebundenen) unwirksam. Der Tarifbruchunterlassungsanspruch aus § 1004 BGB à la mode Burda ist nur zusätzliche Sanktion, solange er auf die tarifgebundenen Arbeitnehmer beschränkt bleibt⁸⁵. Gegen § 77 Abs. 3 BetrVG kann die Bezugnahme nicht verstoßen, mithin lässt sich hierauf auch kein Unterlassungsanspruch stützen.

2. Insbesondere Teilnichtigkeit

Verstößt eine Betriebsvereinbarung punktuell gegen vorrangiges Recht, kommt es typischerweise zur Teilnichtigkeit, die nicht anhand des mutmaßlichen Parteiwillens (§ 139 BGB) sondern objektivierend danach zu beurteilen ist, ob der fehlerfreie Regelungsteil sinnvoll und in sich geschlossen ist⁸⁶. Dieser Teil ist eine wirksame Betriebsvereinbarung⁸⁷, für den das Kontrollprivileg des § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB streitet⁸⁸. Die Bezugnahme erfasst nur den wirksamen Teil der Betriebsvereinbarung und darf nach dem eben Gesagten gerade nicht kompensatorisch dahin verstanden werden, dass die Betriebsvereinbarung auch hinsichtlich ihres unwirksamen Teiles in Bezug genommen ist. Das mag man für intransparent halten, doch setzen sich die kollektivvertraglichen Regeln gegenüber den §§ 305 ff. BGB durch. Selbstredend können die Arbeitsvertragsparteien die Betriebsvereinbarung auch – innerhalb der genannten Grenzen – ungeachtet ihrer kollektivvertraglichen Wirksamkeit zum Gegenstand der Bezugnahme machen. Nur müssen sie dies ausdrücklich tun.

3. Erweiterte Bezugnahme kraft Unklarheitenregel?

Enthält der Arbeitsvertrag einen Verweis auf eine Betriebsvereinbarung, ohne explizit deren Wirksamkeit vorauszusetzen, so könnte die Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 BGB dazu führen, dass die Bezugnahme auch auf die unwirksame Betriebsvereinbarung bezogen wird. Immerhin dürften die in der Praxis anzutreffende Verweisformulierung auf „geltende Betriebsvereinbarungen“ hinreichend klar deren normative Wirkung und damit die Wirksamkeit voraussetzen. Weniger klar ist der Verweis auf „Betriebsvereinbarungen“ und höchst unklar sind Verweisungen auf „betriebliche Regelungen“, eine „Arbeitsordnung“ oder die „Arbeitszeitregelungen mit dem Betriebsrat“.

Insofern ist auf die unter II. 3. b) gewonnene Erkenntnis zurückzugreifen: Erstreckte die Unklarheitenregel die Bezugnahme auf die unwirksame Betriebsvereinbarung, so wäre

damit zugleich die AGB-Kontrolle eröffnet. § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB verschont die Betriebsvereinbarung aber gezielt von der AGB-Kontrolle – auch mit Blick auf die spezifischen Schranken, die ihr betriebsverfassungsrechtlich gezogen werden. Gerade mit Blick auf unwirksame Betriebsvereinbarungen nimmt das AGB-Kontrollprivileg Rücksicht auf die kollektivvertraglichen Regelungsschranken: Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen sollen ausschließlich an den für sie spezifisch geltenden Maßstäben gemessen werden, nicht aber mittelbar an der auf einseitig gestellte AGB zugeschnittenen Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB. Diese Entscheidung würde konkterisiert, wollte man die kollektivrechtlich bereits gescheiterte Betriebsvereinbarung über die weit interpretierte Bezugnahmeklausel zum Arbeitsvertragsinhalt machen und dort dann wegen ihrer Unwirksamkeit der AGB-Kontrolle unterziehen. Die Trennung der Regelungsebenen darf durch die Unklarheitenregel nicht überspielt werden: Ist die Betriebsvereinbarung unwirksam, so ist grundsätzlich kein arbeitsvertraglicher Einbezug der unwirksamen Regelungen in den Arbeitsvertrag gewollt.

Unproblematisch in diesem Sinn ist mithin die „Betriebsvereinbarung“ als Bezugnahmeobjekt, aber auch der Einbezug einer namentlich genannten Regelung („Arbeitsordnung“), die als Betriebsvereinbarung vorliegt. Im Übrigen aber bleibt Raum für die Unklarheitenregel. Mit „betrieblichen Regelungen“ sind nicht nur Betriebsvereinbarungen, sondern auch Regelungsabreden gemeint (zu den Bedenken gegenüber einer dynamischen Verweisung auf diese I. 3), weswegen auch unwirksame Betriebsvereinbarungen in Betracht kommen. Anders gewendet: Hat die Bezugnahmeklausel den Bereich des Kontrollprivilegs nach § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB von vornherein überschritten, so hat sich der Arbeitgeber als Verwender damit auch der Unklarheitenregel ausgeliefert.

4. Überraschungsverbot, § 305 c Abs. 1 BGB

Sind Bestimmungen nach den Umständen so ungewöhnlich, dass der Vertragspartner mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden sie nicht Vertragsbestandteil. Angesichts der umfassenden normativen Wirkung von Betriebsvereinbarungen liegt es nahe, die geltungsverschaffende Bezugnahme auf unwirksame oder nicht einschlägige Betriebsvereinbarungen als ungewöhnlich zu bewerten⁸⁹. Insofern kommt es für die Wirksamkeit der Bezugnahme zuerst auf die drucktechnische Hervorhebung an, die den Überrumpelungseffekt ausschließen kann. Dabei zu fordern, die Klausel müsse den

82) BAG v. 24. 1. 1996 – 1 AZR 597/95, AP Nr. 8 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt = EzA Nr. 55 zu § 77 BetrVG 1972 = NZA 1996, 948.

83) Instrukтив Fischer, Anm. zu BAG v. 20. 4. 1999 – 1 ABR 72/98, EzA Nr. 65 zu Art. 9 GG S. 35 ff.

84) BAG v. 20. 11. 2001 – 1 AZR 12/01, EzA Nr. 70 zu § 77 BetrVG 1972 = NZA 2002, 872 = SAE 2002, 251; weiter Veit/Waas, BB 1991, 1329; von Hoyningen-Huene, Beilage DB 1984, 1, 7 ff.; a. A. Belling/Hartmann, NZA 1998, 673, 679, nach denen aber die schuldrechtliche Bindung nicht weiter gehen darf als die der Betriebsvereinbarung.

85) BAG v. 20. 4. 1999 – 1 ABR 72/98, AP Nr. 89 zu Art. 9 GG = EzA Nr. 65 zu Art. 9 GG = NZA 1999, 887; dazu Annuß, RdA 2000, 287 ff.; Buchner, NZA 1999, 897 ff.; Löwisch, BB 1999, 2080 ff.; Rieble, ZTR 1999, 483; Walker, ZfA 2000, 29 ff.

86) GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 15), § 77 Rn. 61.

87) Offen bleibt, ob dies auf § 139 BGB gestützt werden kann oder nicht, vgl. Nachweise bei GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 15), § 77 Rn. 61; ablehnend Löwisch/Rieble (Fn. 2), § 1 Rn. 347.

88) Bei Tarifverträgen ist Totalnichtigkeit die Ausnahme, Löwisch/Rieble (Fn. 2), § 1 Rn. 347.

89) ErfK/Preis (Fn. 1), § 305-310 BGB, Rn. 33 auch zum Verweis auf branchen- oder ortsfremde Tarifverträge; ders., Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 396: Umstände des Einzelfalls; Diehn, NZA 2004, 129, 133, billigt Branchen- oder Ortsfremdheit allenfalls Indizwirkung zu; Thüsing/Lambrich, NZA 2002, 1361, 1365, nach denen auch noch jede nachträgliche Veränderung überraschend sein kann.

Grund für die fehlende normative Geltung nennen⁹⁰, geht zu weit. AGB verlieren jede Transparenz, wenn sie zu Arbeitsrechtslehrbüchern mutieren.

Weil § 305 c Abs. 1 BGB den Einbezug der Klausel insgesamt verhindern kann, kommt es insoweit nicht auf den Inhalt der Betriebsvereinbarung an. Ungewöhnlich ist nicht der Inhalt der in Bezug genommenen Betriebsvereinbarung⁹¹; die Überrumpelungswirkung muss von der Klausel selbst ausgehen.

5. AGB-Inhaltskontrolle

Nach dem bisher Gesagten bleibt die Inhaltskontrolle der in Bezug genommenen Betriebsvereinbarung die Ausnahme. Sind aber einmal die Grenzen des Kontrollprivilegs überschritten, muss der zum Inhalt des Arbeitsvertrages gewordene Inhalt der unwirksamen, außer Kraft getretenen oder nicht einschlägigen Betriebsvereinbarung von den Arbeitsgerichten so überprüft werden, als hätte der Arbeitgeber diese Inhalte einseitig vorformuliert. Es ist zu prüfen, ob die Klausel ein rechtlich anerkanntes Interesse des Arbeitnehmers beeinträchtigt – ohne dass diese Belastung durch einen Sachgrund gerechtfertigt ist oder durch eine Begünstigung kompensiert wird⁹². Insofern konzentriert sich die Kontrolle nunmehr auf die Regelungsinhalte des Bezugnahmeobjektes – und nicht auf die Bezugnahme als solche. Durch diese nämlich wird der Arbeitnehmer nicht eigens belastet – die Herkunft der in Bezug genommenen Regelung ist irrelevant.

Freilich gilt eine Ausnahme: Ist die Bezugnahme dynamisch formuliert, so bedeutet die *Dynamik als solche* einen *Änderungsvorbehalt*, der nach § 308 Nr. 4 BGB zumutbar sein muss. Dass ein Betriebsrat an der unwirksamen oder nicht einschlägigen Betriebsvereinbarung mitgewirkt hat, macht diese gerade nicht zumutbar. Denn die Betriebsvereinbarung verletzt gerade die betriebsverfassungsrechtlichen Grenzen. Insofern lässt sich ein vom BAG für die Übernahme tariflicher Regelungen in den Arbeitsvertrag gewonnener Gedanke fruchtbar machen: Dass Tarifparteien wegen ihrer Regelungsverantwortung nicht die Übernahme von Tarifinhalten in Arbeitsverträge vorgeben dürfen⁹³, heißt für die Betriebsparteien, sie können die Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarung mit normativer Wirkung regeln und insoweit AGB-kontrollfrei in die Arbeitsverhältnisse eingreifen. Die Strenge des § 308 Nr. 4 BGB, die das BAG für Widerrufsvorbehalte schon fruchtbar gemacht hat⁹⁴, kann durch die außerhalb des BetrVG stehende Mitwirkung des Betriebsrats nicht kompensiert werden. Da sich für die Bezugnahmedynamik als umfassendem Änderungsvorbehalt schwerlich konkrete Änderungsgrenzen und transparente Änderungsgründe formulieren lassen – und weil der Arbeitgeber mit einer dynamischen Bezugnahme auch der Billigkeitskontrolle der Ausübung seiner Änderungsbefugnis entgeht⁹⁵, werden solche dynamischen Verweisungen der AGB-Kontrolle nicht standhalten können.

Daneben tritt die klassische AGB-Kontrolle der Arbeitsbedingungen – von A wie Ausschlussfrist⁹⁶ über B wie Befristung einzelner Arbeitsbedingungen⁹⁷ bis Z wie Zurückbehaltungsrechte⁹⁸. Insofern sei der Leser auf die AGB-Literatur verwiesen. Hinzu kommt die Transparenzkontrolle, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, die bei den häufigen Formelkompromissen in Kollektivverträgen Anlass zur Beanstandung geben kann. Vielfach wird aber die Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 BGB zu einem für den Arbeitnehmer günstigen Verständnis des Regelungsgehaltes führen.

Für einen *Sonderfall* wird die AGB-Kontrolle kollektivrechtlich ergänzt: Ist eine normativ geltende Betriebsvereinbarung zur Besitzstandswahrung ausnahmsweise statisch in Bezug genommen (oben I. 4, etwa auf die „Arbeitsordnung vom 20. 4. 1999“), so scheidet die AGB-Kontrolle zunächst aus. Solange die Betriebsvereinbarung normativ gilt oder nachwirkt, ist sie

(im Geltungsbereich) Rechtsvorschrift nach § 310 Abs. 4 Satz 3 i. V. m. § 307 Abs. 3 BGB. Kommt nun eine Anschluss-Betriebsvereinbarung zu Stande, trennen sich die Wege von kollektiver und arbeitsvertraglicher Regelung: Der Arbeitsvertrag verweist jetzt auf eine Betriebsvereinbarung, die kollektivrechtlich jeden Geltungsanspruch verloren hat. Mithin führt ab dem Ende des Nachwirkungszeitraums die AGB-Kontrolle womöglich zur Inhaltsänderung. Dass daneben das Günstigkeitsprinzip die individuelle Besitzstandswahrung sichert, ist kein Grund, von der AGB-Kontrolle abzusehen: Sie verhindert nur relative Verschlechterungen im Verhältnis zum bisherigen Regelungsstand – nicht aber kann sie absolute Unangemessenheit der bisherigen Regelung ausschließen. Enthält die bisherige Betriebsvereinbarung etwa eine Ausschlussfrist von sechs Wochen, so bliebe der Arbeitnehmer dieser ausgeliefert, wenn die nachfolgende Betriebsvereinbarung keine Regelung zu Ausschlussfristen enthält oder aber eine noch kürzere Frist vorgibt.

Die *AGB-Kontrolle geht für den Arbeitgeber als Verwender misslich aus*: Die in Bezug genommene Betriebsvereinbarung wird punktuell zerlegt: Unangemessene Inhalte werden gestrichen („blue pencil“-Test⁹⁹), angemessene Benachteiligungen, neutrale Regelungen, vor allem aber Begünstigungen der Arbeitnehmer erhalten. Die Betriebsvereinbarung als betriebsverfassungsrechtlich womöglich ausgewogener Kompromiss wird zerstört. Dieses „Rosinenpicken“ hat der Arbeitgeber-Verwender selbst zu verantworten – indem er mit seiner Verweisung den kontrollfreien Raum des § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB verlassen hat. Misslicher noch kann es bei der dynamischen Verweisung werden: Arbeitsgerichte können und werden auf die Idee verfallen, der einseitig den Arbeitnehmer begünstigende AGB-Schutz könnte bei Änderungsvorbehalten (§ 308 Nr. 4 BGB) dazu führen, dass nicht der Änderungsvorbehalt selbst insgesamt unwirksam ist, sondern nur seine im Einzelfall belastende Wirkung. Das ist zwar so nicht richtig, weil der Änderungsvorbehalt insgesamt unwirksam ist und die Klauselkontrolle streng von der Ausübungskontrolle zu scheiden ist. Indes: Der Arbeitgeber als Verwender kann sich auf die Unwirksamkeit seiner dynamischen Bezugnahme Klausel nicht berufen¹⁰⁰; er muss sich also vom Arbeitnehmer, der eine ihm günstige Wirkung einer späteren Betriebsvereinbarung geltend macht, an ihr festhalten lassen. Gleichwohl verhält sich der Arbeitnehmer widersprüchlich, wenn er positive Regelungen

90) AGB-Klauselwerke/Thüsing (Fn. 1), Arbeitsverträge Rn. 38.

91) Zur unvorhersehbaren Entwicklung des Bezugnahmeobjektes als Grenze der Bezugnahme Löwisch/Rieble (Fn. 2), § 3 Rn. 256 m.w.N.

92) BAG v. 4. 3. 2004 – 8 AZR 196/03 AP Nr. 3 zu § 309 BGB = EzA Nr. 1 zu § 309 BGB 2002 = NZA 2004, 727; zu den Kriterien der Interessenabwägung AGB-Klauselwerke/Thüsing (Fn. 1), Arbeitsverträge Rn. 44.

93) BAG v. 10. 12. 2002 – 1 AZR 96/02, EzA Nr. 134 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = AP Nr. 162 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 2003, 734.

94) BAG v. 12. 1. 2005 – 5 AZR 364/04, EzA Nr. 1 § 308 BGB 2002 = AP Nr. 1 zu § 308 BGB = NZA 2005, 465; dazu Erfk/Preis (Fn. 1), § 310 BGB, Rn. 51 ff.

95) Auch hierzu BAG v. 12. 1. 2005 – 5 AZR 364/04, EzA Nr. 1 § 308 BGB 2002 = AP Nr. 1 zu § 308 BGB = NZA 2005, 465.

96) Zuletzt BAG v. 25. 5. 2005 – 5 AZR 572/04 – AP Nr. 1 zu § 310 BGB = EzA Nr. 3 zu § 307 BGB 2002 = NZA 2005, 1111 zur zweistufigen Ausschlussfrist; BAG v. 28. 9. 2005 – 5 AZR 52/05, AP Nr. 7 zu § 307 BGB = EzA Nr. 8 zu § 307 BGB 2002 = NZA 2006, 149 zur einstufigen Ausschlussfrist; AGB-Klauselwerke/Thüsing (Fn. 1), Arbeitsverträge Rn. 64 ff.

97) BAG v. 27. 7. 2005 – 7 AZR 443/04, AP Nr. 27 zu § 620 BGB Altersgrenze = EzA Nr. 6 zu § 620 BGB 2002 Altersgrenze = NZA 2006, 37.

98) Erfk/Preis (Fn. 1), § 305–310 BGB, Rn. 98.

99) Küttner/Reinecke, Personalbuch 2006, 13. Aufl. 2006, Inhaltskontrolle Rn. 12.

100) BGH v. 4. 12. 1986 – VII ZR 354/85, NJW 1987, 837, 838 = BGHZ 99, 160 = Stoffels (Fn. 40), Rn. 131.

aus verschiedenen einander ausschließenden Betriebsvereinbarungen geltend macht.

IV. Ergebnisse

1. Betriebsvereinbarungen gelten nicht kraft privatautonomer Legitimation, sondern kraft staatlichen Geltungsbefehles. Mithin hat die Bezugnahme auf Betriebsvereinbarungen anders als bei Tarifverträgen nicht die Funktion, ein privatautonomes Geltungsdefizit (dort die fehlende Mitgliedschaft) zu ersetzen. Bezugnahmen auf Betriebsvereinbarungen sind mithin grundsätzlich überflüssig: Die Betriebsvereinbarung gilt überall dort schon, wo sie kollektiv gelten kann. Dem Vertragsgestalter kann eine solche Pauschalbezugnahme nie empfohlen werden.

2. Eine eigenständige Regelungsfunktion kommt solchen Bezugnahmen nur zu, wenn sie die Geltung der Betriebsvereinbarung auf Arbeitsverhältnisse außerhalb ihres Geltungsbereichs erstrecken wollen (betriebsratslose Betriebe, leitende Angestellte), wenn sie die Betriebsvereinbarung über ihr kollektivrechtliches Ende hinaus als vertraglichen Besitzstand sichern wollen oder wenn unwirksame Betriebsvereinbarungen arbeitsvertraglich „geheilt“ werden sollen. Freilich handelt sich der Verwender damit das Problem der inhaltlichen AGB-Kontrolle ein, weil das Kontrollprivileg des § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB nur innerhalb des normativen Geltungsbereichs greift.

3. Unzulässig sind die Bezugnahme auf betriebsverfassungsrechtliche Regelungen, auf echte Betriebsnormen sowie der Anschluss an kollektivrechtliche Einrichtungen. Die Bezugnahme darf auch nicht in die betriebsverfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung eingreifen, also den zuständigen Betriebsrat in seiner Regelungsbefugnis durch Verweis auf eine Betriebsvereinbarung eines unzuständigen Betriebsrats behindern. Unzulässig ist auch die Behinderung der Wahl oder der Tätigkeit anderer Vertretungsorgane, etwa des Sprecherausschusses. Unzulässig ist das „Anhängen“ an Betriebsvereinbarungen, die die Betriebsvereinbarungsoffenheit staatlicher Gesetze oder von Tarifverträgen nutzen.

4. Ist die in Bezug genommene Betriebsvereinbarung nach kollektivem Maßstab unwirksam, kann sie gleichwohl schuldrechtlich vereinbart sein. Als Bezugnahmeobjekt taugt sie, wenn die unwirksame Betriebsvereinbarung als Regelungsabrede aufrechterhalten werden kann, aber auch dann, wenn die Betriebsvereinbarung gegen höherrangiges Recht verstößt, das dem Arbeitsvertrag nicht entgegensteht. Indes ist die Bezugnahme auf eine nichtige oder unwirksame Betriebsvereinbarung im Zweifel nicht gewollt. Ist die Betriebsvereinbarung teilnichtig, beschränkt sich die Bezugnahme auf den „überlebenden“ normativen Teil – ohne Inhaltskontrolle.

5. Die Unklarheitenregel führt nicht dazu, dass eine Bezugnahme nur wegen fehlender ausdrücklicher Beschränkung eine Betriebsvereinbarung ohne normative Kraft zur Anwendung bringt: sei es eine wirksame Betriebsvereinbarung außerhalb ihres (auch zeitlichen) Geltungsbereichs oder eine unwirksame Betriebsvereinbarung. Aus dem AGB-Kontrollprivileg folgt vielmehr ein Vorrang der kollektivrechtlichen Sichtweise: Betriebsvereinbarungen kommen typischerweise nur „zum Einsatz“, wenn und wo sie kollektiv gelten. Bezugnahmen sind regelmäßig dynamisch zu verstehen.

6. Die AGB-Inhaltskontrolle kann Bezugnahmen auf unwirksame oder nicht einschlägige Betriebsvereinbarungen vor allem hinsichtlich ihrer Dynamik beanstanden: Insoweit handelt es sich um einen unzulässigen Änderungsvorbehalt i. S. v. § 308 Nr. 4 BGB. Daneben tritt die Klauselkontrolle der Betriebsvereinbarungsinhalte. Dem Arbeitnehmer gelingt so das AGB-typische Rosinenpicken: unangemessen nachteilige Regelungen werden kassiert; Begünstigungen bleiben.