

## Fall 2

### Urlaubsfreuden

Unternehmer U betreibt in Köln ein großes Autohaus mit angeschlossener Kfz-Werkstatt. In seinem Betrieb beschäftigt er unter anderem den ungelernten Hilfsarbeiter A, den Kfz-Meister M und den Büroangestellten B als Arbeitnehmer.

Der Arbeitsvertrag des A enthält keine Regelung betreffend die Urlaubstage. Dem B stehen laut Arbeitsvertrag 28 Werktage Urlaub zu. Im Vertrag des M ist von 32 Werktagen die Rede. M ist als einziger der drei Mitglied in der Gewerkschaft, die mit dem Arbeitgeberverband, dem U angehört, einen Tarifvertrag ausgehandelt hat. Der Tarifvertrag sieht 30 Urlaubstage vor. Nach dem alten Tarifvertrag waren es allerdings 34 Tage. Dem Betriebsrat sind diese unterschiedlichen Regelungen schon lange ein Dorn im Auge. Keiner der Arbeitnehmer ist sich sicher, wie viel Urlaub ihm nun tatsächlich zusteht. Daher möchte der Betriebsrat mit U über eine betriebsinterne Urlaubsgestaltung verhandeln.

**Wie viele Urlaubstage stehen A, B und M tatsächlich zu?**

**Schwerpunkte:** Die Rechtsquellen und Gestaltungsfaktoren im Arbeitsrecht; das Rangprinzip; das Günstigkeitsprinzip; der kollektive Günstigkeitsvergleich; das Spezialitätsprinzip; das Ordnungsprinzip.

### Lösungsweg

**Einstieg:** Anhand des vorliegenden Falles wollen wir uns am Beispiel der in einem Arbeitsverhältnis zu gewährenden Urlaubstage mal die verschiedenen Rechtsquellen bzw. Gestaltungsfaktoren des Arbeitsrechts ansehen. Im Bereich der arbeitsrechtlichen Beurteilung eines Sachverhaltes kommt es nämlich nicht selten vor, dass ein und dieselbe Frage im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis durch mehrere Regelungen (und dann auch noch unterschiedlich!) behandelt wird. In einem solchen Fall muss man – will man zum richtigen Ergebnis gelangen – natürlich klären, welche Rechtsgrundlage für die zu entscheidende Frage letztlich die entscheidende ist. Und für dieses Vorgehen gibt es selbstverständlich auch einen Weg, und zwar diesen hier:

Zunächst ist zu klären, welche Gestaltungsfaktoren es überhaupt im Arbeitsrecht gibt. Das sind erstaunlicherweise eine ganze Reihe, und die sehen wir uns gleich unter I.) dann auch mal in Ruhe an. Im Anschluss daran müssen wir uns des Weite-

ren überlegen, wie das Verhältnis dieser verschiedenen Faktoren zueinander ist, also welche von welchen verdrängt oder welche wann bevorzugt werden und demnach im zu entscheidenden Fall einschlägig oder eben nicht einschlägig sind; hierzu gleich unter II.). Und ganz zum Schluss werden wir unter III.) das Gelernte dann auf unser Fällchen mit den Kollegen aus dem Betrieb des U anwenden und demnach sehen, ob wir das Ganze auch verstanden haben. Alles klar!?

Gut. Dann können wir loslegen:

### I.) Die Gestaltungsfaktoren im Arbeitsrecht

**Einstieg:** Das, was jetzt kommt, bezeichnet man herkömmlicherweise als »**Rechtsquellenpyramide**« des Arbeitsrechts (*Lieb/Jacobs* Rz. 39); »Pyramide« übrigens deshalb, weil die unterschiedlichen Gestaltungsfaktoren und Rechtsquellen quasi von der Spitze bis runter zum Fundament eine entsprechende Rangfolge bzw. Rangordnung bilden, die eingehalten werden muss, wenn man keine Verstöße gegen die Wertungsprinzipien des Arbeitsrechts begehen will (*Junker* Rz. 63; *Brox/Rüthers/Henssler* Rz. 45 a; *Zöllner/Loritz/Hergenröder* § 6 Rz. 64; *Hanau/Adomeit* B I). Wer also bei der Suche nach der einschlägigen Rechtsquelle nicht an der Spitze (= Europarecht, sogleich unter 1.) beginnt, übersieht unter Umständen die wichtigste Rechtsgrundlage für das zu lösende Problem und begeht damit einen schweren Aufbau- und damit im Zweifel auch einen Wertungsfehler (= falsche Lösung = miese Note). Um das zu vermeiden, schauen wir uns die Gestaltungsfaktoren bzw. Rechtsquellen jetzt mal an und müssen dabei übrigens ziemlich geduldig sein, denn es wird – ausnahmsweise! – zu Beginn ein bisschen abstrakt. Leider lassen sich diese Gestaltungsfaktoren nicht wie ein Krimi schildern; genau genommen handelt es sich um reine Wissensvermittlung. Da müssen wir aber jetzt durch, denn die Rechtsquellen *müssen* gelernt werden, um dem Arbeitsrecht und seiner gesetzlichen Vielfalt gerecht zu werden und in der Klausur später keinen Murks zu schreiben, weil wichtige Gesichtspunkte übersehen worden sind.

#### 1.) Europarecht

Man unterscheidet insoweit zwischen dem *primären* und dem *sekundären* Gemeinschaftsrecht (*Junker* Rz. 33; *Herdegen* Europarecht Rz. 160). Mit dem primären Gemeinschaftsrecht meint man EUV, AEUV sowie die GRCh. Nach der Rechtsprechung des EuGH rechnen zum Primärrecht auch die ungeschriebenen Grundsätze des Unionsrechts (*Schaub/Linck* § 4 Rz. 7). Für das Arbeitsrecht von Bedeutung sind hier zwar nur wenige Bestimmungen, aber immerhin regeln Art. 45 AEUV die Freizügigkeit von Arbeitnehmern und Art. 157 AEUV die Lohnleichheit von Mann und Frau. Das sekundäre Gemeinschaftsrecht besteht aus dem von den Organen der EG erlassenen Recht (Verordnungen und Richtlinien). Lediglich Letztere haben im deutschen Arbeitsrecht Bedeutung erlangt (das allerdings nicht zu knapp). Die Umsetzung einiger

Richtlinien beeinflusst die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts und gewinnt mittels der Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung spezifisch arbeitsrechtlicher Fragen Bedeutung (mit den Einzelheiten befassen wir uns weiter unten im Fall Nr. 4).

## 2.) Verfassungsrecht

Auch das Verfassungsrecht ist im Arbeitsrecht von Bedeutung; zu der in **Art. 9 Abs. 3 GG** geregelten Koalitionsfreiheit (sogleich unter 4.), zur grundsätzlichen Bedeutung von Grundrechten im Arbeitsrecht vgl. weiter unten Fall Nr. 12.

## 3.) (Zwingende) Gesetze

Es gibt zahlreiche spezifisch arbeitsrechtliche Gesetze (vgl. nur die dtv-Textausgabe von Beck!). Daneben sind aber auch viele Bestimmungen des BGB von arbeitsrechtlicher Relevanz. Neben der üblichen Unterteilung in zwingende (das sind die typischen Arbeitnehmerschutzgesetze wie KSchG, MuSchG, EntgeltfortzahlungsgG) und dispositive Bestimmungen (hierzu gleich weiter unten) gibt es im Arbeitsrecht eine dritte Kategorie, nämlich das *tarifdispositive* Gesetzesrecht (ErfKomm/Preis § 611 BGB Rz. 207; *Schaub/Treber* § 199 Rz. 11 ff.). Das bedeutet, dass von der gesetzlichen Bestimmung (nur!) durch Tarifvertrag zuungunsten der Arbeitnehmer abgewichen werden darf. Ein Beispiel ist etwa das BUrlG mit Ausnahme der §§ 1, 2 und 3 Abs. 1; bitte lies dazu: **§ 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG**.

## 4.) Tarifverträge

Während man sich normalerweise im Zivilrecht nur mit »normalen« Rechtsnormen und vertraglichen Bestimmungen beschäftigen muss, kommen im Arbeitsrecht zwei weitere Gestaltungsfaktoren (mit erheblicher Macht!) hinzu, nämlich: die *Tarifverträge* und die *Betriebsvereinbarungen*. Bei beiden handelt es sich um sogenannte *Kollektivregelungen*, die den Zweck haben, die typischerweise gegebene (Verhandlungs-) Schwäche des einzelnen Arbeitnehmers auszugleichen (*Schaub/Treber* § 196 Rz. 3). Dass es Tarifverträge und die damit verbundene rechtssetzende Kompetenz der Tarifverbände (= *Tarifautonomie*) überhaupt gibt, liegt an der in **Art. 9 Abs. 3 GG** grundrechtlich garantierten Koalitionsfreiheit und der daraus hergeleiteten Zuständigkeit der entsprechend gebildeten Koalitionen für Fragen des Arbeits- und Wirtschaftslebens (BVerfG NJW 1991, 2549; *Dieterich* in AuR 2001, 390); das Ganze nennt man *Bestands- und Betätigungsgarantie*. Maßgebend für die Wirksamkeit und die Anwendbarkeit von Tarifverträgen ist das *Tarifvertragsgesetz* (TVG). Um die Bedeutung des Gesetzes zu verstehen, kann man sich die ersten fünf Paragraphen mal in aller Ruhe durchlesen. Danach bestimmen sich vor allem die Tarifvertragsparteien (§ 2

Abs. 1 TVG), die persönlichen Anwendbarkeitsvoraussetzungen (Tarifgebundenheit bzw. Allgemeinverbindlichkeit, §§ 3 und 5 Abs. 4 TVG) und die Wirkung der Rechtsnormen (§ 4 Abs. 1, 3 und 5 TVG); interessant ist schließlich vor allem der nachwirkende Einfluss von Tarifnormen gemäß § 4 Abs. 5 TVG.

Die Bedeutung von Tarifverträgen zeigt sich an den ihnen zugesprochenen Funktionen (nach *Schaub/Treber* § 196 Rz. 3 ff.):

- *Schutzfunktion* (zugunsten des Arbeitnehmers);
- *Verteilungsfunktion* (Beteiligung der Arbeitnehmer am Sozialprodukt).
- *Ordnungsfunktion* (die Arbeitsvertragsparteien können auf bestimmte Arbeitsbedingungen vertrauen);
- *Friedensfunktion* (während der Laufzeit dürfen keine Arbeitskämpfe stattfinden).

**Beachte:** Mit Urteil vom 11. Juli 2017 (1 BvR 1571/15) hat das BVerfG das im Jahre 2015 in Kraft getretene *Gesetz zur Tarifeinheit* (Tarifeinheitgesetz), mit dem § 4a TVG (aufschlagen!) eingeführt wurde, für weitgehend verfassungsgemäß erklärt. Unvereinbar ist § 4a TVG mit dem Grundgesetz nur insoweit, als dass die Belange der Angehörigen einzelner Berufsgruppen oder Branchen bei der Verdrängung bestehender Tarifverträge einseitig vernachlässigt werden. Der Gesetzgeber soll insofern Abhilfe schaffen. Bis dahin darf ein Tarifvertrag im Fall einer Kollision im Betrieb nur verdrängt werden, wenn plausibel dargelegt ist, dass die Mehrheitsgewerkschaft die Belange der Angehörigen der Minderheitsgewerkschaft wirksam in ihrem Tarifvertrag berücksichtigt hat. Mit dieser Maßgabe bleibt § 4a TVG weiterhin anwendbar.

## 5.) Betriebsvereinbarungen

Die Betriebsvereinbarung ist, ähnlich dem Tarifvertrag, ein privatrechtlicher Normenvertrag, dieser nun wird aber nicht geschlossen zwischen den Tarifparteien, sondern zwischen *Betriebsrat* und *Arbeitgeber*. Die Betriebsvereinbarung gilt als »Gesetz des Betriebes« und wirkt von außen auf die Arbeitsverhältnisse ein, ohne deren Inhalt zu werden (BAG NZA 1990, 351, 353 f.). In Abgrenzung dazu verpflichten sogenannte *Regelungsabreden* zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat den Arbeitgeber lediglich im Innenverhältnis (BAG AP BetrVG 1972, § 77 Regelungsabrede; GK/Kreutz § 77 BetrVG Rzn. 8-22; *Schaub/Koch* § 231 Rz. 68). Die entscheidenden Normen sind die §§ 76, 77, 87 und 88 des BetrVG.

**Beachte:** Da der Inhalt einer Betriebsvereinbarung Normen für Abschluss, Inhalt und Beendigung von Arbeitsverhältnisses sowie überbetriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen setzt (BAG AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt; BAG-GS AP

BetrVG 1972 § 77 Nr. 46), ergibt sich vielfach eine sachliche Überschneidung mit Regelungen von Tarifverträgen (lies: § 1 Abs. 1 TVG). Aus diesem Grund normiert § 77 Abs. 3 BetrVG zum Schutz der Tarifautonomie eine *Sperrwirkung* für Betriebsvereinbarungen, die sich auf Fragen beziehen, die in einem Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden (ErfKomm/Kania § 77 BetrVG Rz. 43). Folglich genügt grundsätzlich die bloße *Tarifüblichkeit*, um eine Betriebsvereinbarung auszuschließen. Gemäß § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG ist eine Betriebsvereinbarung allerdings trotz bestehender tariflicher Regelung zulässig, wenn der Tarifvertrag eine sogenannte *Öffnungsklausel* vorsieht (Schaub/Koch § 231 Rz. 27; Brox/Rüthers/Henssler Rz. 271). Etwas anderes gilt im Bereich der (zwingenden!) Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten nach § 87 Abs. 1 BetrVG: Danach ist eine Betriebsvereinbarung nur ausgeschlossen, wenn tatsächlich eine tarifliche Regelung besteht und wegen der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers – unabhängig von jener der Arbeitnehmer – Anwendung findet oder finden könnte (ErfKomm/Kania § 77 BetrVG Rz. 53 ff.). Die überwiegende Meinung nimmt einen Anwendungsvorrang des § 87 Abs. 1 BetrVG gegenüber § 77 Abs. 3 BetrVG an, sodass die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten im Sinne des § 87 Abs. 1 BetrVG nicht schon bei bloßer Tarifüblichkeit oder bloß nachwirkender tariflicher Regelung ausgeschlossen ist (sogenannte »Vorrangtheorie«: BAG NZA 2006, 1285; BAG NZA 1997, 951; BAG 1996, 532; BAG NZA 1992, 317; BAG NZA 1987, 639; Richardi in NZA 1992, 961; Schaub/Koch § 231 Rz. 23; anders aber: Lieb/Jacobs Rz. 781 ff.; Waltermann in RdA 1996, 129; GK/Wiese § 87 BetrVG Rz. 48: sogenannte »Zwei-Schranken-Theorie«).

## 6.) Der Arbeitsvertrag

Dass im Wirtschaftsleben – und somit auch in der Arbeitswelt – viele Fragen *vertraglich* geregelt werden, ist selbstverständlicher Ausdruck der Vertragsfreiheit. Diese ist im Arbeitsrecht allerdings vielfach eingeschränkt (durch Gesetze, Richterrecht, Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen), da der Arbeitnehmer im Vergleich zum Arbeitgeber strukturell schwächer und demzufolge schutzbedürftig ist. Zudem gibt es auf arbeitsvertraglicher Ebene drei besondere Faktoren, die Einfluss auf die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses gewinnen können:

a) Das sind zunächst die sogenannten *Allgemeinen Arbeitsbedingungen* (ErfKomm/Preis § 611 BGB Rz. 216). Dieser Begriff kennzeichnet zum einen die Verwendung von für alle Arbeitnehmer gleichlautenden, vorformulierten vertraglichen Bestimmungen (*Einheitsarbeitsvertrag*) und zum anderen das Institut der *Gesamtzusage*, bei der der Arbeitgeber einseitig durch Aushang oder Rundschreiben Regelungen trifft, die für alle Beschäftigten oder eine bestimmte Gruppe gelten sollen. Interessant ist bei Einheitsarbeitsverträgen (seit der Schuldrechtsreform aus dem Jahre 2002) die Klauselkontrolle nach den §§ 305 ff. BGB (vgl. dazu den Fall Nr. 15 weiter unten)

b) Des Weiteren gibt es noch das Institut der *Betrieblichen Übung* (vgl. etwa BAG NZA 2013, 40), das wir hier allerdings zunächst einmal ein wenig vernachlässigen wollen, um es uns dann im nächsten Fall (Nr. 3) in aller Ausführlichkeit anzusehen.

c) Und zuletzt ist der arbeitsrechtliche (also privatrechtliche, nicht verfassungsrechtliche!) **Gleichbehandlungsgrundsatz** von beachtlicher Bedeutung. Danach ist der Arbeitgeber verpflichtet, bei Maßnahmen, die seiner einseitigen Gestaltungsmacht unterliegen, vergleichbare Arbeitnehmer auch *gleich* zu behandeln; mit anderen Worten: Eine Differenzierung darf nicht willkürlich, sondern nur mit sachlichem Grund erfolgen (BAG NZA 2009, 196; 2001, 782; 1999, 700; Erman/Edenfeld § 611 BGB Rz. 219 ff.). Der hauptsächliche Anwendungsfall sind freiwillige, generell gewährte, in der Regel soziale Leistungen (BAG NZA 2009, 27; BAG NZA 2002, 47; 1999, 501).

Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz hat in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag sogar eine anspruchsbegründende Wirkung (unstreitig: BAG NJW 2012, 699; BAG NJW 2006, 2875; BAG DB 2002, 273; NZA 2001, 782). Sein dogmatischer Ursprung ist gleichwohl nach wie vor umstritten – für eine Herleitung aus **Art. 3 GG: Hanau/Adomeit B II 3**: »Ausprägung von Art. 3 GG«; ähnlich auch BAG NZA 1993, 215; BAG NZA 2010, 273 und BAG EzA-SD 2012, Nr 25, 13: »Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz wird inhaltlich durch den Gleichheitssatz bestimmt«; dagegen aber: MünchArbR/Richardi § 9 Rz. 8 ff. Nicht anwendbar ist der Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn es um individuell gestaltete Arbeitsbedingungen geht; da gilt dann der Vorrang der Vertragsfreiheit. Hierzu zählt grundsätzlich der vereinbarte Lohn. Folglich verstoßen beispielsweise teilweise vorgenommene Lohnerhöhungen nur dann gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn sie einseitig generell angeordnet werden (BAG NZA 2001, 782; BAG NZA 2000, 1050; BAG NZA 1999, 1108). Räumlich gesehen ist schließlich unklar, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz auch über die Grenzen des Betriebs hinaus (also quasi unternehmensweit) gilt; nach BAG NZA 1999, 606 »spricht viel dafür«, wobei man zur Begründung heranziehen kann, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz an eine Maßnahme des Arbeitgebers anknüpft, und der Arbeitgeber ist eben nicht der Betrieb (als arbeitstechnische organisatorische Einheit), sondern das Unternehmen, dem der Betrieb angehört. Dementsprechend gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz nach BAG NZA 2009, 367 »jedenfalls dann, wenn eine verteilende Entscheidung des Arbeitgebers nicht auf einen einzelnen Betrieb beschränkt ist, sondern sich auf alle oder mehrere Betriebe des Unternehmens bezieht«, betriebsübergreifend.

## 7.) Dispositive Gesetze

Neben den zwingenden und den tarifdispositiven Gesetzen, die wir ja bereits weiter oben kennengelernt haben, gibt es natürlich auch noch »normale« dispositive Gesetze. Dispositive Regelungen enthalten z.B. die §§ 612, 613 und 614 BGB. Diese unterliegen in vollem Umfang der Vertragsgestaltung der Parteien, soll heißen: Man kann im Arbeitsvertrag – oder auch in einer Betriebsvereinbarung – durchaus Abweichendes vorsehen und verstößt damit nicht gegen das Gesetz (ErfKomm/Preis § 611 BGB Rz. 208). Die meisten arbeitsrechtlichen Sondergesetze sind allerdings **zwingend**, denn sie sollen ja regelmäßig den Arbeitnehmer schützen und folglich nicht zu sei-

nem Nachteil abgeändert werden können (Zöllner/Loritz/Hergenröder § 6 I 2; Boemke in NZA 1992, 532).

## 8.) Das Direktionsrecht des Arbeitgebers

Ganz zum Schluss ist das *Direktionsrecht* des Arbeitgebers ebenfalls von Bedeutung bei der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses. Es wurde zum 1.1.2003 in § 106 GewO gesetzlich normiert und gilt nach § 6 Abs. 2 GewO für *alle* Arbeitnehmer. Es ergibt sich aber nach wie vor auch schon aus dem Arbeitsvertrag selbst (vgl. ErfKomm/Preis § 611 BGB Rz. 233) und damit auch aus dem neuen § 611a BGB; lies zudem: § 315 BGB. Hierdurch wird die arbeitsvertragliche Pflicht des Arbeitnehmers nach Zeit, Art und Ort konkretisiert (BAG NZA 2012, 1433; BAG NZA 2001, 780; BAG NZA 1999, 384; BAG NZA 1998, 1242; ErfKomm/Preis § 611 BGB Rz. 233; Schaub/Linck § 45 Rz. 13 ff.).

**1. Pause:** So. Das waren jetzt die arbeitsrechtlichen Gestaltungsfaktoren, also die Quellen, die Grundlage der Entscheidungsfindung sein bzw. das Arbeitsverhältnis beeinflussen können. Man sollte diese Gestaltungsfaktoren kennen, auch wenn in kaum einem Fall jemals alle auf einmal einschlägig sein werden. Es handelt sich vielmehr um eine Art »Checkliste«, die im Kopf des Klausur- oder Hausarbeitsbearbeiters sein sollte. Leider ist unsere Arbeit damit aber noch lange nicht getan, denn wir müssen jetzt als Nächstes klären, wie die verschiedenen Faktoren zueinanderstehen. **Also:** Verdrängt der Tarifvertrag die Betriebsvereinbarung? Oder geht der Arbeitsvertrag allem vor? Und was ist, wenn der Tarifvertrag oder der Arbeitsvertrag für den Arbeitnehmer ungünstiger ist als etwa die gesetzliche Lage? Die Antworten auf diese und andere Fragen gibt das Verhältnis der Gestaltungsfaktoren zueinander. Und das geht so:

## II.) Verhältnis der verschiedenen Gestaltungsfaktoren zueinander

### 1.) Konkurrenz auf verschiedenen Rangstufen

a) Wir haben eingangs erwähnt, dass man die Punkte 1–8 auch als *Rechtsquellenpyramide* bezeichnet. Die Stellung der einzelnen Gestaltungsfaktoren in dieser Pyramide entspricht nun logischerweise auch ihrem Rangverhältnis untereinander: Grundsätzlich gilt für die Konkurrenz von Regelungen verschiedener Ebenen das *Rangprinzip* (ErfKomm/Preis § 611 BGB Rz. 237; Junker Rz. 85). Das bedeutet beispielsweise, dass in der Regel eine arbeitsvertragliche hinter einer tarifvertraglichen Regelung zurücktritt, da der Tarifvertrag höherrangig ist.

b) Durchbrochen wird dieses Rangprinzip aber vom sogenannten *Günstigkeitsprinzip* (ErfKomm/Preis § 611 BGB Rz. 238). Danach gilt eine rangniedrigere Regelung anstelle der ranghöheren für das Arbeitsverhältnis, wenn sie für den Arbeitnehmer *günstiger* ist. Ausdrücklich normiert ist das für das Verhältnis von tarifvertraglichen zu rangniedrigeren Regelungen in § 4 Abs. 3 2. Alt. TVG (bitte prüfen); es gilt aber ausnahmslos für alle Konkurrenzverhältnisse (BAG AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 17; AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 23; Brox/Rüthers/Henssler Rz. 490).

**Beachte:** Folglich können für manche Bereiche des Arbeitsverhältnisses Regelungen des Arbeitsvertrages Geltung beanspruchen, während für andere Fragen Kollektivregelungen maßgeblich sind. Das ist zulässig – das heißt, der Arbeitnehmer darf sich aus den unterschiedlichen Rechtsquellen »**die Rosinen herauspicken**« – sofern es sich um Fragen handelt, die unterschiedlichen Sachgruppen angehören (so genannter Sachgruppenvergleich), was z.B. bei Lohn und Urlaub der Fall ist. Das BAG formuliert diesbezüglich, dass man nicht »Äpfel mit Birnen vergleichen« dürfe (BAG NZA 1999, 887).

c) Problematisch ist allerdings das Verhältnis von vertraglichen Bestimmungen, die auf einer Einheitsregelung, einer Gesamtzusage oder einer Betrieblichen Übung beruhen (s. oben II. 6. a. und b.), zu Betriebsvereinbarungen. Als Grundsatz gilt auch hier das Günstigkeitsprinzip. Fraglich ist jedoch, ob dies auch dann so ist, wenn es sich um *freiwillige Sozialleistungen mit kollektivem Bezug* handelt. Ein typisches Beispiel hierfür sind die Betriebsrenten. Nach einer Auffassung (Richardi in NZA 1990, 329) gilt das Günstigkeitsprinzip auch insoweit, sodass Betriebsvereinbarungen nie (einheits-)arbeitsvertragliche Regelungen verschlechtern können. Nach der früheren Rechtsprechung des BAG und einem Teil der Lehre sollte das Günstigkeitsprinzip für solche Fälle aber nicht uneingeschränkt gelten (BAG-GS NZA 1987, 168; 2000, 49; BAG 1990, 816; BAG DB 2002, 380; ErfKomm/Kania § 77 BetrVG Rz. 70 ff.; Schaub/Koch § 231 Rz. 37). Die inhaltliche Besonderheit solcher freiwilligen Sozialleistungen, so das BAG, sei gerade ihr kollektiver Bezug. Deshalb sollte der einzelne Arbeitnehmer eine für ihn im Vergleich zu der einheitsarbeitsvertraglichen Regelung verschlechternde Betriebsvereinbarung in diesem Bereich hinnehmen müssen, wenn die Betriebsvereinbarung für die Belegschaft insgesamt nicht ungünstiger war (→ **kollektiver Günstigkeitsvergleich**), also der Dotierungsrahmen, der durch die vertragliche Einheitsregelung geschaffen wurde, insgesamt nicht verringert, sondern nur (zuungunsten einzelner Arbeitnehmer) unverteilt wurde (BAG a.a.O.).

Diese Rechtsprechung hat allerdings durch die Entscheidung BAG NZA 2013, 916 (bestätigt für die betriebliche Altersversorgung durch BAG NZA-RR 2015, 371) eine Einschränkung erfahren. Danach macht der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mit der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen deutlich, dass im Betrieb einheitliche Vertragsbedingungen gelten sollen. Eine betriebsvereinbarungsfeste Gestaltung der Arbeitsbedingungen stünde dem entgegen. Die Änderung und Umgestal-



tung von betriebseinheitlich gewährten Leistungen wäre nur durch den Ausspruch von Änderungskündigungen möglich. Der Abschluss von betriebsvereinbarungsfesten Abreden würde zudem den Gestaltungsraum der Betriebsparteien für zukünftige Anpassungen von Arbeitsbedingungen mit kollektivem Bezug einschränken. Da Allgemeine Geschäftsbedingungen ebenso wie Bestimmungen in einer Betriebsvereinbarung auf eine Vereinheitlichung der Regelungsgegenstände gerichtet seien, könne aus Sicht eines verständigen und redlichen Arbeitnehmers nicht zweifelhaft sein, dass es sich bei den vom Arbeitgeber gestellten Arbeitsbedingungen um solche handele, die einer Änderung durch Betriebsvereinbarung zugänglich seien. Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausdrücklich Vertragsbedingungen vereinbaren, die unabhängig von einer für den Betrieb geltenden normativen Regelung Anwendung finden sollen (BAG NZA 2013, 916).

**Tipp:** Die Diskussion über die Bedeutung dieser Entscheidung(en) ist nach wie vor in vollem Gange. Aus unserer Sicht ließe sich eine damit zusammenhängende Prüfungsaufgabe zwar durchaus in eine Klausur »verpacken«, wahrscheinlicher erscheint aber eine Thematisierung im Rahmen von Schwerpunktseminaren. Dann müssen die hierzu vorhandenen - mehrheitlich kritischen - Literaturanmerkungen ausgewertet werden: vgl. etwa *Linsenmaier* in RdA 2014, 336; *Preis/Ulber* in NZA 2014, 6; *Meinell/Kiehn* in NZA 2014, 509; *Hromadka* in NZA 2013, 1061; *Säcker* in BB 2013, 2677; *Junker Rzn.* 732 f.

## 2.) Konkurrenz auf derselben Rangstufe

Auf derselben Rangstufe bestimmt sich das Verhältnis verschiedener Bestimmungen nach dem *Spezialitäts-* und dem *Ordnungsprinzip*. Danach geht die speziellere der allgemeineren Regelung vor (→ *lex specialis derogat legi generali*), während über das Verhältnis zweier nacheinander ergehender Bestimmungen, die in keinem Spezialitätsverhältnis stehen, das Alter entscheidet, sodass die jüngere die ältere Regelung ablöst (Zeitkollisionsregel: → *lex posterior derogat legi priori*). Für das Günstigkeitsprinzip ist bei dieser Konkurrenz kein Raum (ErfKomm/Preis § 611 BGB Rz. 239).

**2. Pause:** Auch dieser Teil über das Konkurrenzverhältnis der verschiedenen Gestaltungsfaktoren sollte im günstigsten Fall behalten werden. Es kommt relativ häufig vor, dass Klausuren – mindestens als Nebenschauplatz – eines dieser Verhältnisse zum Thema nehmen; Probleme etwa des Günstigkeitsprinzips sind gängige Klausurmaterie, insbesondere wegen der geschilderten Ausnahmen, auf die die Kandidaten dann auch gerne – vom Prüfer durchaus beabsichtigt! – reinfallen.

So, und ob wir die ganze Sache wirklich kapiert haben, schauen wir uns jetzt im letzten Schritt mal am konkreten Fall an, also:

### III.) Die Urlaubsansprüche von A, B und M

#### 1.) Der Urlaubsanspruch des A

Wir fangen mit A an, weil das schlicht am einfachsten ist, nämlich: Mangels Gewerkschaftszugehörigkeit gilt der (*nicht* für allgemein verbindlich erklärte) Tarifvertrag für den A nicht. Auch sein Arbeitsvertrag enthält keinerlei Regelung des Urlaubs. Folglich gilt für ihn allein die gesetzliche Bestimmung des § 3 Abs. 1 BUrlG (bitte mal reinschauen).

ZE.: Der A hat somit jährlich einen Anspruch auf 24 Werktage. Und das sind unter Hinzuziehung der Bestimmung des § 3 Abs. 2 BUrlG (bitte nachsehen) genau **4 Wochen** Urlaub.

## 2.) Urlaubsanspruch des B

Für den ebenfalls nicht in der Gewerkschaft organisierten B kommen zwei Regelungen in Betracht: Zum einen die Vorschrift des § 3 Abs. 1 BUrlG (24 Werktage), und zum anderen die arbeitsvertragliche Regelung (28 Werktage). Es handelt sich hier um eine *Konkurrenz* zweier Bestimmungen verschiedenerer Rangstufen, für die – wie wir jetzt wissen – grundsätzlich das *Rangprinzip* gilt. **Finte!** Da aber die rangniedrigere Regelung des Arbeitsvertrags günstiger ist, greift insoweit das *Günstigkeitsprinzip*. Ausschlaggebend ist damit der Arbeitsvertrag.

ZE.: B hat folglich einen Urlaubsanspruch von 28 Werktagen.

## 3.) Urlaubsanspruch des M

Die meisten konkurrierenden Regelungen bestehen im Hinblick auf den gewerkschaftszugehörigen M: Gesetzlich sind es 24 Werktage Urlaub, vertraglich sind es 32 Werktage und tarifvertraglich schließlich 30 (und früher 34 Werktage). Die vertragliche Regelung ist zwar rangniedriger, aber sichtbar günstiger als die gesetzliche. Auch die ranghöhere tarifvertragliche Regelung ist ungünstiger als der Arbeitsvertrag. Zwar war die alte tarifvertragliche Regelung am günstigsten, diese hat aber wegen des Ordnungsprinzips, das auch Ablösungsprinzip genannt wird, das für konkurrierende Regelungen auf einer Rangstufe gilt, keinerlei Bedeutung mehr. Verstanden!?

ZE.: Unser M hat also einen Anspruch auf 32 Tage Urlaub.

## 4.) Eine neue Regelung durch den Betriebsrat?

Der Betriebsrat beklagt diese Uneinheitlichkeit der Urlaubsregelung. Da die Arbeitnehmer selbst keinen Anspruch auf eine Gleichbehandlung in diesem Punkt haben, weil es sich nicht um freiwillige und generell gewährte Leistungen, sondern um individuell ausgehandelte Regelungen handelt (die offensichtlich auf der unterschiedlichen Stellung im Betrieb beruhen), kommt der Abschluss einer *Betriebsvereinbarung* in Betracht. Allerdings existiert eine tarifvertragliche Bestimmung, sodass die *Regelungssperre* des § 77 Abs. 3 BetrVG (bitte reinschauen) eingreift. Eine Öffnungsklausel gemäß § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG sieht der Tarifvertrag nicht vor. Auch unter