

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 314

Änderungsvorbehalte im Arbeitsvertrag

Eine dogmatische Untersuchung

Von

Sebastian Kürth



Duncker & Humblot · Berlin

SEBASTIAN KÜRTH

Änderungsvorbehalte im Arbeitsvertrag

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg

Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen

Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg

Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg

Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg

Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 314

Änderungsvorbehalte im Arbeitsvertrag

Eine dogmatische Untersuchung

Von

Sebastian Kürth



Duncker & Humblot · Berlin

Die Hohe Juristische Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München
hat diese Arbeit im Sommersemester 2012
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

D 19

Alle Rechte vorbehalten
© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-14001-5 (Print)
ISBN 978-3-428-54001-3 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84001-4 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2012 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Richard Giesen. Herrn Prof. Dr. Volker Rieble danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Besonders danke ich auch den Herren Professoren Dr. Wolfgang Forster und Dr. Wolf-Dietrich Walker, an deren Lehrstühlen an der Justus-Liebig-Universität Gießen ich während der Verfassung der Arbeit tätig war. Sie haben mir stets den nötigen Freiraum gegeben.

Meiner Freundin Anna-Christina danke ich für den ideellen und praktischen Rückhalt. Ein besonderer Dank geht schließlich an meine Eltern. Ohne ihre Unterstützung wäre die Arbeit nicht entstanden.

Gießen, August 2012

Sebastian Kürth

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung	21
A. Änderungsvorbehalte als arbeitsvertragliche Flexibilisierungsmittel	21
B. Kontrollbedürftigkeit arbeitsvertraglicher Änderungsvorbehalte	23
I. Inhaltskontrolle	23
II. Ausübungskontrolle	25
C. Anliegen und Gang der Untersuchung	26
§ 2 Grundlagen	27
A. Vertragsfreiheit	27
I. Rechtsgrundlage	27
II. Bedeutung und Umfang	28
III. Formale und materiale Vertragsfreiheit	28
IV. Präsomtion formaler Vertragsfreiheit	29
V. Sonderfall: Dauervertrag	30
B. Vertragsbindung	31
I. Rechtsgrundlage und Bedeutung	31
II. Verhältnis zur Vertragsfreiheit	32
1. Abschluss- und Inhaltsfreiheit	32
2. Beendigungsfreiheit	33
C. Vertragsinhaltskontrolle	33
I. Rechtsgrundlage	33
II. Verhältnis zur Vertragsfreiheit und Vertragsbindung	34

III. Geltungsgründe der Vertragsinhaltskontrolle	34
1. Allgemeine Rechtskontrolle	35
2. Angemessenheitskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB	35
3. Insbesondere: Schutz der Selbstbestimmung gemäß § 242 BGB	38
D. Zusammenfassung der Ergebnisse	39
§ 3 Abgrenzung zu anderen Formen der Änderung von Arbeitsbedingungen	41
A. Änderungsvertrag	41
B. Direktionsrecht	41
I. Gehalt des Arbeitsvertrags	41
II. Keine Beschränkung auf Folgeänderungen	42
III. Direktionsrechtserweiterungen	42
1. Ausgangspunkt: Vertragsänderung	43
2. Abgrenzung	43
a) Ort der Arbeitsleistung	44
aa) Vereinbarter Tätigkeitsbereich	44
bb) Versetzung ins Ausland	44
cc) Konzernabordnung und Konzernversetzung	47
b) Zeit der Arbeitsleistung	47
c) Art der Arbeitsleistung	48
aa) Geringerwertige Tätigkeiten	48
bb) Höherwertige Tätigkeiten	48
cc) Misch Tätigkeiten	48
dd) Gleichwertigkeit	49
ee) Widerruf der Tätigkeitsbeschreibung	49
d) Notmaßnahmen	49
C. Änderungskündigung	50
I. Änderungsvertrag durch faktischen Zwang	50
II. Vorrang des Änderungsvorbehalts – „überflüssige Änderungskündigung“ ...	50

III. Soziale Auswahl	51
D. Wegfall der Geschäftsgrundlage	52
E. Teilkündigung	52
F. Konditionenbefristungs- und Anrechnungsklausel	53
I. Meinungsstand	53
II. Stellungnahme	54
G. Arbeit auf Abruf	55
H. Zusammenfassung der Ergebnisse	55
§ 4 Abgrenzung zu Freiwilligkeitsvorbehalten	56
A. Unzulässige Freiwilligkeitsvorbehalte	57
I. Regelmäßige Leistungen	57
II. Gegenleistung	57
1. Meinungsstand	57
2. Stellungnahme	58
B. Keine Angemessenheitskontrolle	59
I. Vertragsbedingung i. S. des § 305 Abs. 1 BGB trotz fehlenden Rechtsbin- dungswillens	59
II. Angemessenheit	60
1. Meinungsstand	60
2. Stellungnahme	61
C. Zusammenfassung der Ergebnisse	62
§ 5 Allgemeine Rechts- und Sittenwidrigkeitskontrolle	63
A. Verstoß gegen Verbotsgesetze	63
I. Allgemeines	63

II. Insbesondere: Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes	64
1. Umgehung des kündigungsschutzrechtlichen Ausgleichszwecks	65
a) Grundlagen	65
b) Insbesondere: Konzernversetzungsvorbehalt	65
2. Umgehung des kündigungsschutzrechtlichen Verteilungszwecks	66
a) Grundlagen	66
b) Meinungsstand	67
c) Stellungnahme	68
aa) Kein Vertrag zu Lasten Dritter	68
bb) Unternehmerische Entscheidung	69
cc) „Kündigungsnah“ Unternehmerentscheidung	69
3. Zusammenfassung	70
B. Sittenwidrigkeit	71
I. Kontrolle der Hauptleistungspflichten	71
II. Individualvereinbarte Änderungsvorbehalte	72
III. Benachteiligung Dritter	72
C. Verstoß gegen Treu und Glauben	73
D. Rechtsfolgen nichtiger Änderungsvorbehalte	74
I. Anwendbarkeit von § 139 BGB	74
II. Kein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis hinsichtlich eines hypothetisch nicht gewollten „Restarbeitsvertrags“	75
E. Zusammenfassung der Ergebnisse	76
§ 6 Maßstab der Angemessenheitskontrolle	78
A. Grundlagen	78
I. Rechtsvorschriften i. S. des § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB	78
II. Deklaratorische Änderungsvorbehalte und Hauptleistungspflichten	79
1. Deklaratorische Pflichten	79
2. Hauptleistungspflichten	80

III. Zwingendes Recht	81
B. Meinungsstand	82
I. Rechtsprechung	82
II. Schrifttum	83
C. Stellungnahme	84
I. Änderungskündigungsschutz	84
1. Abweichung von bzw. Ergänzung des § 2 KSchG	84
2. Abweichung vom Leitbild des § 2 KSchG	85
a) Leitbildcharakter zwingenden Rechts	85
b) Wertungen des Änderungskündigungsschutzes	86
aa) Rechtsprechung	86
bb) Schrifttum	88
cc) Kein Leitbild für Änderungsvorbehalte	88
(1) Systemwidersprüche wegen der erforderlichen sozialen Auswahl	89
(2) Keine konkret-individuelle Beurteilung	89
(3) Geringerer Vertrauensschutz	90
(4) Wertungswidersprüche wegen des eingeschränkten Anwendungsbereichs	91
(a) Rechtsprechung des BAG	92
(b) Stellungnahmen im Schrifttum	92
(c) Der beschränkte Anwendungsbereich	93
(aa) Mindestkündigungsschutz gemäß § 138 BGB	94
(bb) Mindestkündigungsschutz gemäß § 242 BGB	95
(cc) Mindestkündigungsschutz durch arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz	95
(d) Anwendungsbereich als Grenze der Bildung von Leitbildern	96
(e) Ungleichbehandlung i. S. des Art. 3 Abs. 1 GG	96
(aa) Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG	97
(bb) Kleinbetriebprivileg des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG	98
(5) Kein Schutz des Vertragsinhalts durch § 2 KSchG	98
3. Zwischenergebnis	100
II. Vertragsprinzip	100
1. Autonomie der Vertragsparteien	100

2. Grundsatz der Vertragsbindung	102
3. Zwischenergebnis	104
III. Abweichung vom Äquivalenzprinzip	104
IV. Abweichung von der gesetzlichen Risikozuweisung	106
1. Unterscheidung von Betriebs- und Wirtschaftsrisiko	107
2. Vergütungsrisiko	107
3. Beschäftigungsrisiko	109
4. Zwischenergebnis	110
D. Zusammenfassung der Ergebnisse	110
§ 7 Angemessenheitskontrolle	112
A. Besonderheiten des Arbeitsrechts i. S. des § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB	112
I. Tatsächliche Besonderheiten	112
II. Frühere arbeitsrechtliche Rechtsprechung	113
III. Eingeschränkte Willkür und Flexibilisierungsbedürfnis der Arbeitgeber	114
B. Anwendbarkeit von § 308 Nr. 4 BGB	116
I. Grundlagen	116
II. Meinungsstand	117
1. Beschäftigungspflicht	117
2. Vergütungspflicht	117
III. Stellungnahme	118
1. Abgrenzung zu § 307 Abs. 2, 1 BGB	118
a) Keine materialen Unterschiede	118
b) Prozedurale Unterschiede	120
aa) Beweislast	120
bb) Argumentationslast	121
cc) Unwirksamkeitsvermutung	121
dd) Überwiegendes Interesse	121
ee) Sondertatbestand der Inhaltskontrolle	122

c) Zwischenergebnis	122
2. Einheitlicher Prüfungsmaßstab für alle Änderungsvorbehalte	122
a) § 307 Abs. 2, 1 BGB	122
b) § 308 Nr. 4 BGB	123
IV. Zusammenfassung	125
C. Interessenabwägung	126
I. Interessenlage	126
1. Grundsatz generalisierender Betrachtungsweise und die Umstände bei Vertragsschluss	126
2. Kontinuitätsinteresse der Arbeitnehmer	127
3. Flexibilisierungsinteresse der Arbeitgeber	127
4. Interessen Dritter	127
5. Interessen der Allgemeinheit	128
II. Interessenbewertung	129
1. Bewertungszeitpunkt	129
2. Haupt- und Nebenleistungspflicht	130
3. Prinzip funktionaler Äquivalenz	131
4. Risikoverteilung	132
III. Zumutbarkeit	133
1. Zumutbarkeit der Leistungsänderung	133
a) Änderung der Vergütungspflicht	134
aa) Grundlagen	134
bb) Sonderfall: Summierung von Änderungsvorbehalten	135
cc) Sonderfall: „Spitzenverdienst“	135
(1) Rechtsprechung zu chefärztlichen Entwicklungsklauseln	136
(2) Meinungsstand im Schrifttum	136
(3) Stellungnahme	138
(a) Keine Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung	138
(b) Kein enteignungsgleicher Eingriff	138
(c) Kein Verstoß gegen das Verbot der finanziellen Kompensation nachteiliger Klauseln	139
(d) Kein Verstoß gegen § 615 BGB	140

(e) Kein Verstoß gegen das Kündigungsschutzgesetz, insbesondere § 2 KSchG	141
(f) Geringerer Vertrauensschutz	141
(aa) Unterscheidung von „Spitzenverdiensten“ und „Spitzenpositionen“	141
(bb) Fester und branchenunabhängiger Schwellenwert	143
(4) Beispiel: LAG Hamm, Urteil vom 11. 10. 2011	144
(5) Zwischenergebnis	145
dd) Untergrenze: Tarifliche und übliche Vergütung	145
b) Änderung der Beschäftigungspflicht	146
aa) Grundlagen	146
bb) Sonderfall: „Spitzenpositionen“	147
cc) Versetzungsvorbehalt	148
(1) Geringerwertige Tätigkeit	148
(2) Konzernabordnung	149
(3) Ankündigungsfrist	150
dd) Freistellungsvorbehalt	150
(1) Freistellung im ungekündigten Arbeitsverhältnis	150
(2) Freistellung im gekündigten Arbeitsverhältnis	151
ee) Abrufarbeit	151
c) Änderung sonstiger Nebenleistungspflichten	153
aa) Beispiel: Zusätzlich gewährter Urlaub	153
bb) Beispiel: Private Internetnutzung	153
2. Zumutbarkeit des Änderungsvorbehalts	154
a) Klarheits- und Durchschaubarkeitsgebot	154
aa) Deklaratorische Versetzungsvorbehalte	154
bb) Kombination mit Freiwilligkeitsvorbehalten	155
b) Bestimmtheits- und Konkretisierungsgebot	156
aa) Entgeltbezogene Änderungsvorbehalte	156
(1) Rechtsprechung	156
(2) Stellungnahme	157
bb) Versetzungsvorbehalt	158
cc) Freistellungsvorbehalt	160
dd) Arbeit auf Abruf	160
ee) Pauschale Tätigkeitsabgeltung	160

c) Irreführungs- und Täuschungsverbot	160
D. Rechtsfolge unangemessener Änderungsvorbehalte	160
I. Verbot der geltungserhaltenden Reduktion	161
II. Ausnahmsweise ergänzende Vertragsauslegung	161
III. Salvatorische Klauseln	163
IV. Grundsatz wahlweise „halbseitiger“ Unwirksamkeit?	163
E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	164
§ 8 Ausübungskontrolle	167
A. Tatbestand des Änderungsvorbehalts	167
I. Grundlagen	167
II. Dauerleistungsänderungsrecht	168
III. Sonderfall: Konkretisierung der Tätigkeit	168
IV. Bindung an eine bestimmte Ausübung	168
1. Ankündigungs- oder Auslaufrist	169
2. Information	169
3. Beteiligung des Verwendungsgegners	170
a) Anhörung	170
b) Benehmen	171
B. Allgemeine Rechtskontrolle	171
I. §§ 134, 138 BGB	171
II. Insbesondere: Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes	172
1. Reichweite der sozialen Auswahl	172
a) Minderheitsmeinung	172
b) Herrschende Meinung	173
c) Stellungnahme	173
2. Umgehung des kündigungsschutzrechtlichen Verteilungsverhältnisses	174
a) Herausversetzen	174

b) Hineinversetzen	176
3. Umgehung des kündigungsschutzrechtlichen Austauschverhältnisses	177
III. Rechtsmissbrauch	177
1. Grundlagen	177
2. Rechtsmissbrauch zum Nachteil des Ausübungsgegners	177
3. Abgrenzung zur Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes	178
4. Verhältnis zur Billigkeitskontrolle des § 315 BGB	178
IV. Maßregelungsverbot nach § 612a BGB	178
V. Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB	179
VI. Kollektivverträge	180
VII. Beteiligungsrechte des Betriebsrats	180
C. Ausübung nach billigem Ermessen	180
I. Schutzzweck	181
1. Schutz des Unterworfenen	181
2. Interessen Dritter und der Allgemeinheit	181
II. Herleitung	183
1. Deklaratorische Änderungsvorbehalte	183
2. Direktionsrechtserweiternde Änderungsvorbehalte	183
3. Entgeltbezogene Änderungsvorbehalte	183
a) Rechtsprechung des BAG	184
b) Schrifttum	184
c) Stellungnahme	185
4. Sonstige Änderungsvorbehalte	185
III. Beurteilungszeitpunkt	186
IV. Billigkeit	186
D. Rechtsfolgen	187
I. Unwirksamkeit	187
II. Richterliche Ersatzleistungsbestimmung	188

E. Geltendmachung der Unwirksamkeit der Vorbehaltsausübung	188
I. Keine Verwirkung	188
II. Wahlweise Leistungs- oder Feststellungsklage	189
III. Unterlassungsklage	189
1. Meinungsstand	189
2. Stellungnahme	190
IV. Stufenklage	191
F. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	191
§ 9 Gesamtergebnis	193
Literaturverzeichnis	197
Sachverzeichnis	214

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r, n) Ansicht
Abs.	Absatz, Absätze
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. F.	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeine Geschäftsbedingungen
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts (Arbeitsrechtliche Praxis)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz i. d. F. vom 5. 2. 2009
ArbZG	Arbeitszeitgesetz i. d. F. vom 15. 7. 2009
Aufl.	Auflage
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz i. d. F. vom 20. 12. 2011
AuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater, Zeitschrift
Bd.	Band
BeckOK-ArbR	Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht
BeckOK-BGB	Beck'scher Online-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch
BeckOK-GewR	Beck'scher Online-Kommentar Gewerberecht
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer
Beschl.	Beschluss
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz i. d. F. vom 29. 7. 2009
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch i. d. F. vom 10. 5. 2012
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BUrlG	Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz) i. d. F. vom 7. 5. 2009
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DB	Der Betrieb, Zeitschrift
ders.	derselbe
dies.	dieselbe, dieselben
ebd.	ebenda
Ed.	Edition
EG	Europäische Gemeinschaft

EntgeltFG	Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Sonn- und Feiertagen und im Krankheitsfall i. d. F. vom 23. 12. 2003
ErfKomm	Erfurter Kommentar
ESTG	Einkommenssteuergesetz i. d. F. vom 8. 5. 2012
etc.	et cetera (und so weiter)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f., ff.	folgende
FA	Fachanwalt Arbeitsrecht – Zeitschrift für die beratende und die gerichtliche Praxis
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FD-ArbR	Fachdienst Arbeitsrecht
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz i. d. F. vom 21. 7. 2010
GS	Großer Senat
Halbs.	Halbsatz
HGB	Handelsgesetzbuch i. d. F. vom 22. 11. 2011
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
i. d. F.	in der Fassung
insbes.	insbesondere
i. S.	im Sinne
i. V.	in Verbindung
JbArbR	Jahrbuch des Arbeitsrechts
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift
JZ	Juristenzeitung, Zeitschrift
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht Berlin
KH	Das Krankenhaus, Zeitschrift
KR	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften
KSchG	Kündigungsschutzgesetz i. d. F. vom 26. 3. 2008
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
LS	Leitsatz
MünchArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MünchKomm	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht, Zeitschrift
RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift
red.	redigiert
Rn.	Randnummer

Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juni 2008 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchwArbG	Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit
SGB I	Sozialgesetzbuch – Allgemeiner Teil i. d. F. vom 12. 4. 2012
SGB III	Sozialgesetzbuch – Arbeitsförderung i. d. F. vom 12. 4. 2012
SGB IV	Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung i. d. F. vom 12. 4. 2012
SGB XI	Sozialgesetzbuch – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen i. d. F. vom 12. 4. 2012
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs
sog.	sogenannt(e, en, er, es)
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge i. d. F. vom 20. 12. 2011
u. a.	und andere, unter anderem
Überbl.	Überblick
Urt.	Urteil
v.	vom
VersR	Versicherungsrecht – Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
vgl.	vergleiche
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
Ziff.	Ziffer
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht

§ 1 Einführung

A. Änderungsvorbehalte als arbeitsvertragliche Flexibilisierungsmittel

Die Terminologie arbeitsvertraglicher Änderungsvorbehalte ist nicht einheitlich. Zum Teil wird zwischen Änderungs-, Anpassungs- und Widerrufsvorbehalten unterschieden.¹ Zum Teil werden unter dem Begriff des Änderungsvorbehalts auch sog. Freiwilligkeitsvorbehalte verstanden.² Im Gegensatz dazu liegt der vorliegenden Untersuchung folgendes Verständnis zu Grunde: Änderungsvorbehalte sind Vereinbarungen, die es einer Vertragspartei ermöglichen sollen ihre Leistungspflicht oder die des Vertragspartners einseitig zu ändern. Es handelt sich um Gestaltungsrechte,³ die mit Zugang der Gestaltungserklärung beim Gestaltungsunterworfenen wirksam werden⁴ und nicht der Verjährung unterliegen.⁵ Die Gestaltungserklärung kann nicht widerrufen und nicht von einer Bedingung abhängig gemacht werden (Ausnahme: Rechts- und Potestativbedingung).⁶

Änderungsvorbehalte in diesem Sinne sind fester Bestandteil der arbeitsvertraglichen Praxis. Sie kommen in jeder Art von Arbeitsverhältnis durch Abschluss eines Arbeitsvertrags oder Änderungsvertrags⁷ vor und ermöglichen auf der Ebene des Arbeitsvertrags – meistens zugunsten des Arbeitgebers – Flexibilität. Wesentliches Merkmal von Änderungsvorbehalten ist, dass sie ihrem Inhaber einen Änderungsspielraum belassen. Die jeweiligen Änderungen hängen davon ab, ob und wie der Vorbehalt ausgeübt wird. Bei anderen Flexibilisierungen qua arbeitsvertraglicher Gestaltung⁸ ist das nicht der Fall. Die Änderung tritt hier automatisch ein.

¹ So zum Beispiel *Schnitker/Grau*, BB 2002, S. 2120 ff.

² So zum Beispiel *Hromadka/Schmitt-Rolfes*, NJW 2007, S. 1777, 1780; *Hümmerich*, NZA 2003, S. 753, 760. Zur Abgrenzung vgl. § 4.

³ Grundlegend *Seckel*, in: Festgabe für Richard Koch 1903, S. 205 ff.: Gestaltungsrecht ist ein „subjektives (konkretes) Privatrecht“, dessen Inhalt „die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehungen durch einseitiges Rechtsgeschäft“ ist.

⁴ Vgl. Motive, Bd. 2, S. 280.

⁵ Vgl. Motive, Bd. 2, S. 280.

⁶ Vgl. *Preis*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Hrsg.), 3. Aufl. 2007, Teil 1, D. Rn. 13 f. (Kündigung).

⁷ Änderungsvorbehalte können, bei entsprechender sozialer Rechtfertigung auch durch Änderungskündigung installiert werden, vgl. LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 6. 6. 2006–5 Sa 181/06, BeckRS 2007, 40651; *Oetker*, in: *ErfKomm*, 12. Aufl. 2012, § 2 KSchG Rn. 55.

⁸ Zu den weiteren Möglichkeiten vgl. § 3.

Auch bei der dynamischen Inbezugnahme eines einseitig individualvertraglichen Regelwerks handelt es sich praktisch um einen Änderungsvorbehalt, weil für den Inhaber des Regelwerks Gestaltungsspielraum besteht. Deswegen ist zum Beispiel der Bonusanspruch eines Arbeitnehmers, der von einem vom Arbeitgeber aufgestellten Bonusplan in der jeweils aktuellen Fassung abhängt, wie ein Änderungsvorbehalt zu behandeln.⁹ Das Gleiche gilt für dynamische Inbezugnahmen von Provisionsrichtlinien.

Als Beispiele für arbeitsvertragliche Änderungsvorbehalte sind Widerrufs-, Versetzungs- und Freistellungsvorbehalte zu nennen, die sich regelmäßig alle auf eine der arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten (Arbeitsleistung oder Vergütung) beziehen. Änderungsvorbehalte können jedoch auch an andere Vertragspflichten anknüpfen. So ist zum Beispiel der Vorbehalt des Widerrufs zusätzlich – neben dem gesetzlichen Urlaub – gewährten Treueurlaubs oder der privaten Nutzung des Internets während der Arbeitszeit denkbar. Hierbei werden weder die Pflicht des Arbeitgebers zur Vergütung, noch die Arbeitsleistungspflicht des Arbeitnehmers unter Vorbehalt gestellt. Der Sache nach kann jede arbeitsvertragliche Leistungspflicht mit einem Änderungsvorbehalt versehen werden. Der Versuch einer vollständigen Aufzählung der möglichen Leistungspflichten wäre vergebens, weil es immer darauf ankommt, was die Beteiligten vereinbaren.

Der daraus resultierenden Vielfalt entsprechend mannigfaltig sind auch die Motive, die der Verwendung von Änderungsvorbehalten zu Grunde liegen. In wirtschaftlich guten Zeiten bieten auf das Entgelt bezogene Widerrufsvorbehalte Arbeitgebern die Möglichkeit hohe Gehälter zu zahlen und die Arbeitnehmer langfristig zu binden, ohne in einer wirtschaftlichen Krise an die hohen Gehälter gebunden zu sein. Das hat nicht nur für Arbeitgeber Vorteile. Für Arbeitnehmer wird der Arbeitsplatz sicherer, weil durch die Lohnsenkung betriebsbedingte Kündigungen vermieden werden können (interne statt externe Flexibilität).¹⁰ Vergleichbare Möglichkeiten bieten auf die Arbeitszeit bezogene Widerrufsvorbehalte, wenn durch deren Ausübung auch die Vergütung in dem Maße gekürzt wird, wie die Arbeitsleistung wegfällt. Die Akzeptanz solcher arbeitszeitbezogenen Widerrufsvorbehalte steigt auf Seiten der Arbeitnehmer, wenn sie mit der Gewährung von Kurzarbeitergeld verbunden werden, sog. Kurzarbeitsvorbehalt. In dem vorliegenden Zusammenhang zu nennen sind schließlich auch sog. Anrechnungsvorbehalte.¹¹ Sie geben Arbeitgebern die Möglichkeit in wirtschaftlich schlechten Zeiten, bei Erhöhung des Tarifentgelts, eine übertarifliche Zulage zu kürzen, wobei eine Kürzung maximal im Umfang der Anhebung des Tarifentgelts erfolgen darf.

Änderungsvorbehalte können auch der bloßen Bedarfsorientierung dienen. Mit dieser können zwar auch Kostensenkungen einhergehen, sie ist jedoch nicht darauf

⁹ Vgl. BAG, Urt. v. 11. 2. 2009 – 10 AZR 222/08, NZA 2009, 428 ff.; vgl. dazu auch *Lembke*, NJW 2010, S. 321, 322.

¹⁰ *P. Hanau/Hromadka*, NZA 2005, S. 73; *Willemsen/Grau*, NZA 2005, S. 1137.

¹¹ Zur Abgrenzung von sog. Anrechnungsklauseln, vgl. § 3 F.

beschränkt. Änderungsvorbehalte, die keinen Einfluss auf die Höhe des Entgelts haben, sind in der Regel nicht vom Bedürfnis nach (unmittelbarer) Kostensenkung motiviert, sondern allein der Bedarfsorientierung geschuldet. Hierhin gehören Versetzungs- und Freistellungsvorbehalte, wenn sie an der Vergütungspflicht des Arbeitgebers nichts ändern. So können Versetzungsvorbehalte allein dem Bedürfnis nach räumlich-flexiblem Personaleinsatz geschuldet sein und Freistellungsvorbehalte unter Fortzahlung des Entgelts Arbeitgebern dazu dienen, unter erleichterten Voraussetzungen – über die der Beschäftigungspflicht immanenten Grenzen hinaus – Freistellungen auszusprechen.

B. Kontrollbedürftigkeit arbeitsvertraglicher Änderungsvorbehalte

Änderungsvorbehalte relativieren das Leistungsversprechen.¹² Zwar kann dadurch die von Arbeitgebern gewünschte Flexibilität erreicht werden. Allerdings sind vor dem Hintergrund der schutzwürdigen Interessen des Vertragspartners – Arbeitnehmer – Grenzen zu ziehen. Das Maß an Flexibilität ist insoweit von der Zulässigkeit der Reichweite von Änderungsvorbehalten abhängig.

I. Inhaltskontrolle

Insbesondere ist Änderungsvorbehalten die Gefahr immanent, den zwingenden Arbeitnehmerschutz zu unterlaufen. Welche Bedeutung das zwingende Arbeitnehmerschutzrecht für die Beurteilung von Änderungsvorbehalten hat, ist nach wie vor nicht abschließend geklärt. Die vielfach kritisierte¹³ „Billigkeits-Rechtsprechung“ des BAG vor der Schuldrechtsreform von 2002,¹⁴ wonach Änderungsvorbehalte auf eine Umgehung des Kündigungsschutzes hin zu untersuchen seien, hat das Gericht zwar mittlerweile aufgegeben.¹⁵ In welchem Verhältnis Änderungsvorbehalte und der zwingende Kündigungsschutz zueinander stehen, ist aber nach wie vor unklar. Das betrifft zum einen den Änderungskündigungsschutz des § 2 KSchG, der auch in den meisten neueren Entscheidungen zu Änderungsvorbehalten angeführt wird.¹⁶

¹² *Deinert*, Anm. zu BAG, Urt. v. 30. 7. 2008–10 AZR 606/07, AP Nr. 274 zu § 611 BGB Gratifikationen.

¹³ Vgl. nur *Preis* 1993, S. 149 ff. m. w. N.

¹⁴ Vgl. statt vieler BAG, Urt. v. 14. 11. 1990–5 AZR 509/89, AP Nr. 25 zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag = NZA 1991, 377 f.

¹⁵ Vgl. BAG, Urt. v. 12. 1. 2005–5 AZR 364/04, AP Nr. 1 zu § 308 BGB = NZA 2005, 465 ff.; Urt. v. 27. 7. 2005–7 AZR 486/04, AP Nr. 6 zu § 307 BGB = NZA 2006, 40 ff. Dazu *Preis/Lindemann*, NZA 2006, S. 632 ff.

¹⁶ Dazu § 6 C. I. 2. b) aa).