

**Die Auswirkungen der Einführung des TVöD
auf Bezugnahme Klauseln auf den BAT
im kirchlichen Dienst**

Gutachterliche Stellungnahme

erstellt für die

Mitarbeiterseite der Zentral-KODA

dargelegt von

Professor Dr. Gregor Thüsing LL.M. (Harvard)

**Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn**

Gliederung:

A) Sachverhalt und Rechtsfragen.....	3
B) Rechtsausführungen.....	5
I. Bezugnahme in den Arbeitsverträgen auf den BAT	5
1. Rechtsprechung des BAG zur Bezugnahme auf Tarifverträge.....	5
a) Die verschiedenen Arten der Bezugnahme	5
b) Das Konstrukt der Gleichstellungsabrede.....	6
c) Der Rechtsprechungswandel am 14.12.2005	8
d) Konsequenzen des angekündigten Rechtsprechungswandels?	9
2. Umstellung von BAT auf TVöD: Das Meinungsspektrum in der Literatur und erste Anklänge der Instanzgerichte.....	10
a) Das Schrifttum.....	10
b) Die Entscheidungen des LAG Berlin zum Verfahren Johannisstift.....	12
3. Schlussfolgerungen für den kirchlichen Bereich.....	13
a) Auslegung entsprechend dem Wortlaut.....	15
b) Wegfall des Bezugnahmeobjektes – Möglichkeit ergänzender Vertragsauslegung?	18
c) Bestätigung durch die neue Rechtsprechung des BAG zur Auslegung von arbeitsvertraglichen Bezugnahme Klauseln	21
d) Rechtsfolgen.....	22
4. Schlussfolgerungen für die einzelnen Klauseln.....	23
II. Bezugnahme in den KODA-Regelungen auf den BAT.....	24
1. Keine normative Wirkung von KODA-Regelungen	24
2. Auslegungsregeln für KODA-Beschlüsse.....	25
3. Keine Anwendbarkeit der Zweifelsregelung des § 305c Abs. 2 BGB	27
4. Auslegung der Bezugnahme auf die KODA	28
5. Schlussfolgerungen für die einzelnen Klauseln	29
6. Exkurs: Situation in der Caritas	30
III. Möglichkeiten zur Anpassung – Unzulässigkeit der Änderungskündigung.....	31
1. Arbeitsvertragliche Vereinbarung	31
2. Störung der Geschäftsgrundlage.....	31
3. Änderungskündigung	32
a) Allgemeiner Maßstab der Änderungskündigung	32
b) Besonderheiten des öffentlichen Dienstes – auch für die Kirchen	33
c) Das Urteil des BAG zum <i>Equal Pay</i> -Gebot.....	34
d) Schlussfolgerungen.....	35
IV. Ergebnis	35

A) Sachverhalt und Rechtsfragen

Mit Wirkung zum 1. Oktober 2005 trat der neue Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) in Kraft. Er ersetzt den seit 1961 geltenden Bundesangestelltentarifvertrag (BAT). Mangels Tarifbindung des kirchlichen Arbeitgebers entfaltet das Tarifrecht des öffentlichen Dienstes zwar keine normative Wirkung in den einzelnen Arbeitsverhältnissen, dennoch erlangt die Umstellung auf den TVöD im öffentlichen Dienst auch im kirchlichen Dienst praktische Relevanz. So finden sich in zahlreichen KODA-Regelungen Verweise auf den BAT Bund, Land oder Kommunal und auch in kirchlichen Arbeitsverträgen wird regelmäßig auf den BAT Bezug genommen. Fraglich ist daher, ob überhaupt und wann eine solche Bezugnahme als automatische Verweisung auf den nunmehr geltenden TVöD verstanden werden kann. Dies hängt entscheidend vom Ort der Bezugnahme – KODA-Regelung oder Arbeitsvertrag - sowie vom Wortlaut der konkreten Bezugnahmeklausel ab.

Zur Klärung der mit der Umstellung des Tarifsystems verbundenen Fragen ist die Mitarbeiterseite der Zentral-KODA mit der Bitte um eine gutachterliche Stellungnahme an mich herangetreten. Nach ihrem Auftrag ist insbesondere zu folgenden Fragen Stellung zu nehmen:

- Welche Rechtslage gilt hinsichtlich der Tatsache der Umstellung schlechthin, wenn in den bisherigen KODA-Regelungen auf den BAT Bund/Land verwiesen wird?
Gilt also etwa die bisherige Verweisung auf BAT nunmehr automatisch hin auf den TVöD und wenn ja auf TVöD-Bund oder TVöD-Land?
- Welche Rechtslage gilt hinsichtlich der Tatsache der Umstellung schlechthin, wenn in den bisherigen KODA-Regelungen auf den BAT Kommunal verwiesen wird?
Gilt also etwa die bisherige Verweisung auf BAT nunmehr automatisch hin auf den TVöD Kommunal?
- Ergeben sich Unterschiede dadurch, dass eine KODA eine dynamische Verweisung auf den gesamten BAT vorgenommen hat oder etwa nur auf Teile des BAT dynamisch verwiesen hat (z.B. nur auf die Vergütung, nicht aber auf die Wochenarbeitszeit)?
- Beinhaltet die Definition „in der jeweils geltenden Fassung“ bereits einen möglichen Systemwechsel, wie er im Rahmen eines Übergangs von BAT zu TVöD vorläge?
- Ergeben sich etwa Unterschiede hinsichtlich der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die vor dem Tarifwechsel im öffentlichen Dienst bereits beschäftigt waren und denjenigen, die erst nach der Tarifumstellung eingestellt wurden?
- Werden bei einem entsprechenden Beschluss einer KODA nur die Arbeitsverhältnisse mit „KODA-In-Bezugnahme-Klausel“ oder alle Arbeitsverträge umgestellt oder würden – wenn

die „KODA-In-Bezugnahme-Klausel“ eine Systemumstellung überhaupt nicht abdeckte – gegebenenfalls Änderungskündigungen möglich?

- Was geschieht in der letzten Fallkonstellation, wenn es sich um unkündbare Arbeitsverhältnisse handelt? Sind in diesem Falle doch Änderungskündigungen möglich?
- Würden von einer Umstellung durch die KODA auch die Arbeitsverträge erfasst, die bislang auf den BAT in der jeweils gültigen Fassung Bezug nehmen?

B) Rechtsausführungen

Die Auslegung von Bezugnahmeklauseln entscheidet sich in erster Linie nach ihrem Wortlaut. Weil aber „der wirkliche Wille zu erforschen [ist] und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften“ ist (§ 133 BGB), und eine Auslegung geboten ist entsprechend „Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ (§ 157 BGB), sind weitergehend Begleitumstände, Entstehungsgeschichte, Interessenlage und der mit der Vereinbarung verfolgte Zweck zu berücksichtigen. Dies hat in Anlehnung an die Regeln zu geschehen, die die Rechtsprechung des BAG für die Auslegung von Bezugnahmeklauseln auf Tarifverträge entwickelt hat, und den Schlussfolgerungen, die sie daraus für den kirchlichen Bereich gezogen hat. Es erscheint daher sinnvoll, zwischen der Bezugnahme in den Arbeitsverträgen und der in den KODA-Regelungen zu differenzieren sowie in einem ersten Schritt, das Motiv und den Zweck des Verweises auf die Regelungen des BAT herauszuarbeiten bevor darauf aufbauend die Konsequenzen dargestellt werden, die hieraus aufgrund der Rechtsprechung des BAG für den kirchlichen Dienst gezogen werden können.

I. Bezugnahme in den Arbeitsverträgen auf den BAT

1. Rechtsprechung des BAG zur Bezugnahme auf Tarifverträge

Einschlägige Rechtsprechung des BAG zu Bezugnahmeklauseln auf den BAT im Hinblick auf seine Ablösung durch den TVöD liegt bislang nicht vor. Es existiert jedoch eine umfangreiche Rechtsprechung zur Bezugnahme auf einen Tarifvertrag durch arbeitsvertragliche Verweisung in anderen Fällen, die als Ausgangspunkt und Grundlage zur Beantwortung der vorliegenden Fragestellung dienen kann.

a) Die verschiedenen Arten der Bezugnahme

Bezugnahmen auf Tarifverträge sind in der Praxis weithin üblich.¹ Durch die Verweisung in einem Arbeitsvertrag auf die tariflichen Regelungen entsteht keine Tarifbindung, sondern die tarifliche Regelung wird zum Inhalt des Arbeitsvertrages.² Die Arbeitsvertragsparteien können auf den Tarifvertrag verweisen, der gelten würde, wenn die Parteien tarifgebunden wären, aber auch auf jeden anderen abgelaufenen oder den Tarifvertrag eines anderen betrieblichen Geltungsbereichs; Grenze ist

¹ Vgl. bereits *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsvertrag, 1993, S. 51 ff., wonach ca. 90% aller Arbeitsverträge entsprechende Klauseln enthalten – eine Zahl, die heute wohl niedriger ausfallen dürfte.

² Für alle *Löwisch/Rieble*, TVG, § 3, Rnr. 104; *Wiedemann/Oetker*, TVG, § 3, Rnr. 243; BAG v. 7.12.1977 - 4 AZR 474/76, AP Nr. 9 zu § 4 TVG Nachwirkung.

hier nur das Bestimmtheitserfordernis.³ Welcher Tarifvertrag in Bezug genommen ist, und wie sich eine Änderung des in Bezug genommenen Regelungswerkes auf die Bezugnahme auswirkt, hängt vor allem von der Fassung und dem Wortlaut der Bezugnahmeklausel ab. Hinsichtlich der inhaltlichen Reichweite vertraglicher Bezugnahmeklauseln hat sich die von *Hromdka/Maschmann/Wallner*⁴ eingeführte Terminologie eingebürgert⁵, die auch hier zugrunde gelegt werden soll: Sofern im Arbeitsvertrag auf einen bestimmten, an einem näher definierten Stichtag gültigen Tarifvertrag verwiesen wird, ist von einer *statischen Verweisung* auszugehen; spätere tarifliche Änderungen sind in diesem Fall ohne Auswirkungen (sog. *statische Bezugnahmeklausel*, z.B.: „Es gilt der Tarifvertrag X in seiner Fassung vom [...]“). Alternativ können die Arbeitsvertragsparteien die Bezugnahme in *zeitlicher* Hinsicht dynamisch gestalten, indem sie auf den für das Unternehmen einschlägigen oder auch einen branchenfremden Tarifvertrag in seiner jeweils gültigen Fassung verweisen (sog. *kleine dynamische Bezugnahmeklausel*, z.B.: „Es gilt der Tarifvertrag der Y-Branche in seiner jeweils gültigen Fassung.“). Soll die Bezugnahme zudem *fachlich* dynamisch gestaltet sein, ist es möglich, den jeweils für den Betrieb einschlägigen Tarifvertrag in seiner jeweiligen Fassung in Bezug zu nehmen (sog. *große dynamische Bezugnahmeklausel*, z.B.: „Es gilt der jeweils einschlägige Tarifvertrag in seiner jeweils gültigen Fassung.“).

b) Das Konstrukt der Gleichstellungsabrede

Welche Rechtsfolgen eine Änderung oder Beendigung der Tarifgeltung im Einzelnen zur Folge hat, hängt maßgeblich von der Klassifizierung vertraglicher Bezugnahmeklauseln ab. So handelte es sich nach bisheriger gefestigter Rechtsprechung des BAG⁶ bei einer im Arbeitsvertrag getroffenen dynamischen Bezugnahme auf einen einschlägigen Tarifvertrag typischerweise um eine so genannte „Gleichstellungsabrede“, sofern der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Vereinbarung tarifgebunden war.⁷ Zweck einer solchen Klausel sei die Gleichstellung nicht oder anders organisierter Arbeitnehmer mit denjenigen Arbeitnehmern, für die die in Bezug genommenen Tarifbestimmungen kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit gelten.⁸ Sie ersetze die fehlende Tarifbindung des Arbeitnehmers und solle

³ Vgl. BAG v. 7.12.1977 - 4 AZR 474/76, AP Nr. 9 zu § 4 TVG Nachwirkung; Wiedemann/Oetker, TVG, § 3, Rnr. 236.

⁴ Der Tarifwechsel, 1996, Rnr. 75 ff.

⁵ Vgl. etwa *Heinze*, NZA 2001, Sonderheft, 73, 74; *Seitz/Werner*, NZA 2000, 1257, 1259; *Annuß*, BB 1999, 2558 f.; *Reichel*, Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag, 2001, S. 42 ff.

⁶ Zur Genese der Rechtsprechung und Kritik in der Literatur vgl. ausführlich *Thüsing/Lambrich*, RdA 2002, 193 ff.

⁷ BAG v. 4.8.1999 - 5 AZR 642/98, NZA 2000, 154; BAG v. 19.1.1999 - 1 AZR 606/98, NZA 1999, 879; BAG v. 4.9.1996 - 4 AZR 135/95, NZA 1997, 271; BAG v. 26.9.2001 - 4 AZR 544/00, AP Nr. 21 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG v. 29.8.2001 - 4 AZR 332/00, DB 2002, 431; BAG v. 21.2.2001 - 4 AZR 18/00, DB 2001, 1837 = EzA § 613 a BGB Nr. 195 Anm. *Thüsing/Stelljes*; BAG v. 25.10.2000 - 4 AZR 506/99, DB 2001, 1891; BAG v. 30.8.2000 - 4 AZR 581/99, NZA 2001, 510; im Ergebnis auch BAG v. 25.10.2000 - 4 AZR 506/99, AP Nr. 13 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

⁸ S. nur BAG v. 26.9.2001 - 4 AZR 544/00, AP Nr. 21 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

„letztlich einzelvertraglich widerspiegeln, was ansonsten tarifrechtlich jeweils gilt“.⁹ Diese Auslegung – über den Wortlaut der Bezugnahme hinaus mit Blick auf das Motiv der Vertragsparteien – gewährleistet einen Gleichlauf der Teilnahme an der Tarifentwicklung organisierter und nichtorganisierter Arbeitnehmer¹⁰ und verhindert eine stärkere Bindung des Arbeitgebers aufgrund der individualvertraglichen Verweisungsklausel gegenüber der gesetzlichen Tarifbindung nach § 4 Abs. 1 TVG. Bei einer Gleichstellungsabrede werden damit die in Bezug genommenen Tarifverträge in der jeweils gültigen Fassung auf das Arbeitsverhältnis angewendet, solange der Arbeitgeber an diese Tarifverträge gebunden ist. Die Dynamik der Bezugnahme ende daher, sobald die Tarifbindung des Arbeitgebers z.B. durch Austritt aus dem Arbeitgeberverband, durch (Teil-) Betriebsübergang oder Herauswachsen aus dem Geltungsbereich eines Tarifvertrages nicht mehr besteht. Das in Bezug genommene Tarifwerk wirke dann statisch im Arbeitsverhältnis nach. Tarifverträge bzw. deren Fassungen, die erst nach dem Ende der Tarifgebundenheit zustande gekommen sind, sind somit nicht auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden.¹¹

Keine Gleichstellungsabrede liegt hingegen vor, wenn der Arbeitgeber auf einen anderen Tarifvertrag verweist, als auf den, an den er gebunden ist¹² oder der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Vereinbarung der Bezugnahmeklausel nicht tarifgebunden ist. Die Bezugnahmeklausel ersetze in letzterem Fall nicht nur die fehlende Tarifbindung des Arbeitnehmers, sondern zugleich die des Arbeitgebers. Eine Gleichstellung im oben dargelegten Sinne könne hier daher mangels Tarifbindung des Arbeitgebers gerade nicht bezweckt sein. Konsequenz einer solchen Klausel im Arbeitsvertrag ist nach ständiger Rechtsprechung des BAG eine Bindung des Arbeitgebers auch an zukünftige Fassungen der in Bezug genommenen Tarifverträge ohne Rücksicht auf die weitere Entwicklung seiner Tarifgebundenheit.¹³ Die damit „konstruierte“ Tarifbindung „auf ewig“ ist in der Literatur nicht ohne Kritik geblieben.¹⁴

Letztlich ist darauf hinzuweisen, dass das Instrument der Gleichstellungsabrede nur im Geltungsbereich des in Bezug genommenen Tarifvertrages Wirkung entfaltet, d.h.: „Eine Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag, mit der die Anwendbarkeit oder ‚Geltung‘ eines bestimmten, dort benannten Tarifvertrags oder Tarifwerks vereinbart worden ist, kann über ihren Wortlaut hinaus nur dann als Bezugnahme auf den jeweils für den Betrieb fachlich/betrieblich geltenden Tarifvertrag

⁹ BAG v. 14.2.1973 – 4 AZR 176/72. AP Nr. 6 zu § 4 TVG Nachwirkung.

¹⁰ BAG v. 26.9.2001 – 4 AZR 544/00, AP Nr. 21 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; v. 25.9.2002 – 4 AZR 294/01, AP Nr. 26 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; v. 19.3.2002 – 4 AZR 331/02, AP Nr. 33 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

¹¹ St. Rspr. BAG v. 30.8.2000 – 4 AZR 581/99, AP Nr. 12 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG v. 26.9.2001 – 4 AZR 544/00, AP Nr. 21 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG v. 21.8.2002 – 4 AZR 263/01, AP Nr. 21 zu § 157 BGB; BAG v. 25.9.2002 – 4 AZR 294/01, AP Nr. 26 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

¹² BAG v. 25.10.2000 – 4 AZR 506/99, AP Nr. 13 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

¹³ BAG v. 25.10.2000 – 4 AZR 506/99, AP Nr. 13 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG v. 25.9.2002 – 4 AZR 294/01, AP Nr. 26 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

¹⁴S. hierzu *Löwisch/Rieble*, TVG, § 3 Rnr. 237, 315; *Hanau*, NZA 2005, 489, 490; *Klebeck*, NZA 2006, 16 jeweils m.w.N.

(sog. große dynamische Verweisungsklausel) ausgelegt werden, wenn sich dies aus besonderen Umständen ergibt; der bloße Umstand, dass es sich um eine Gleichstellungsabrede handelt, genügt hierfür nicht.“¹⁵ Soll die Möglichkeit eröffnet werden, dass das Arbeitsverhältnis den Tarifverträgen in jeweils gültiger Fassung unterliegt, die für den Betrieb oder Betriebsteil jeweils unmittelbar und zwingend gelten, so kann dies nur in einer so genannten "Tarifwechselklausel" im Arbeitsvertrag vereinbart werden.¹⁶ Hierunter ist eine arbeitsvertragliche Bezugnahme auf die für den Arbeitgeber oder den Betrieb jeweils geltenden oder einschlägigen Tarifverträge zu verstehen mit der Folge, dass alle Arbeitnehmer an den Tarifvertrag gebunden werden, der für den Arbeitgeber jeweils aufgrund Verbandszugehörigkeit, Firmentarifvertrag oder Allgemeinverbindlichkeitserklärung gilt.“¹⁷

c) Der Rechtsprechungswandel am 14.12.2005

Diese bislang als gefestigt geltenden Grundsätze scheinen in Zukunft nicht mehr uneingeschränkte Geltung zu beanspruchen. Das BAG hat in seiner Entscheidung vom 14.12.2005 angekündigt, an seiner Rechtsprechung zur Auslegung arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln für nach dem Inkraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vereinbarte Klauseln, u.a. auch im Hinblick auf die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB, nicht mehr festhalten zu wollen.¹⁸

Ist das BAG den im Schrifttum geäußerten Bedenken gegen die bislang praktizierte regelmäßige Auslegung einer dynamischen Bezugnahmeklausel als Gleichstellungsabrede im Hinblick auf § 305c Abs. 2 BGB in seiner Entscheidung vom 19.3.2003¹⁹ noch entgegengetreten, so stützt es seinen neuen Standpunkt nunmehr auch auf diese Vorschrift. Mit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ab dem 1.1.2002 müsse die so genannte Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB auf Arbeitsverträge angewandt werden. Der mit einer arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel intendierte Zweck der Gleichstellung könne kein Auslegungsergebnis rechtfertigen, das sich dem eindeutigen Wortlaut der dynamischen einzelvertraglichen Bezugnahmeklausel nicht entnehmen läßt. Daher könne bei Verträgen, die nach dem 31.12.2001 abgeschlossen wurden, für dynamische Verweisungen auf einschlägige Tarifverträge und Tarifwerke nicht mehr die Auslegungsregel verwendet werden, dass sie stets als bloße Gleichstellungsklauseln zu verstehen sind, wenn es keine innerhalb oder außerhalb der Vertragsurkunde liegenden, eine solche Annahme ausschließenden Anhaltspunkte gibt. Für Verträge vor diesem Zeitraum sei aus

¹⁵ BAG v. 30.8.2000 – 4 AZR 581/99, NZA 2001, 510; BAG v. 21.2.2001 – 4 AZR 18/00, NZA 2001, 1318; BAG v. 16.10.2002 – 4 AZR 467/01, AP Nr. 22 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

¹⁶ BAG v. 30.8.2000 – 4 AZR 581/99, NZA 2001, 510; BAG v. 16.10.2002 – 4 AZR 467/01, AP Nr. 22 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

¹⁷ BAG v. 16.10.2002 - 4 AZR 467/01, AP Nr. 22 zu § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG v. 4.8.1999 – 5 AZR 642/98, AP Nr. 14 zu § 1 Tarifverträge: Papierindustrie.

¹⁸ BAG v. 14.12.2005 – 4 AZR 536/04, NZA 2006, 607.

¹⁹ BAG v. 19.3.2003 - 4 AZR 331/02, AP Nr. 33 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, allerdings noch unter dem Vorsitz *Schliemanns*.

Vertrauensschutzgesichtspunkten die bislang verwendete Auslegungsregel hingegen weiterhin anzuwenden. Für diese Änderung der Rechtsprechung spreche vor allem, dass nicht mehr im Sinne einer typisierenden Betrachtung davon ausgegangen werden könne, dass den die Arbeitsvertragsbedingungen vorgebenden Arbeitgebern die mögliche Bedeutung einer dynamischen Bezugnahmeklausel bei zukünftigen Änderungen hinsichtlich der Tarifgebundenheit nicht bewusst war. Die seit Jahren geführte Diskussion und die von der Literatur gemachten konkreten Formulierungsvorschläge zur hinreichenden Darlegung einer gewollten Gleichstellungsabsicht rechtfertigten es zunehmend weniger, bei der Auslegung unabhängig vom Wortlaut und den dem Arbeitnehmer erkennbaren Umständen von typischen Interessen und Motiven des Arbeitgebers auszugehen. Ohne konkrete Anhaltspunkte könne daher allein aus einer dynamischen Bezugnahmeklausel noch nicht geschlossen werden, dass sich das Regelungsprogramm des Vertrages auf die Zeit der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers beschränkt. Vielmehr müsse das jeweilige Regelungsziel für den Arbeitnehmer mit hinreichender Deutlichkeit entweder im Vertragswortlaut oder in den den Vertragsschluss begleitenden Umständen zum Ausdruck kommen. Dies gebiete nicht nur die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB, sondern auch das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB und das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion in § 306 BGB. Diese allgemeinen Rechtsgrundsätze streiten gegen eine wohlwollende Auslegung zugunsten des Klauselverwenders sowie gegen die Annahme einer Vertragslücke. Im Zweifel sei daher in Zukunft eine Auslegung gegen den Arbeitgeber als Verwender vorzunehmen.

d) Konsequenzen des angekündigten Rechtsprechungswandels?

Es stellt sich die Frage nach den Konsequenzen des angekündigten Rechtsprechungswandels. Für Bezugnahmeklauseln, die ab dem 1.1.2002 vereinbart wurden, ist nunmehr – anders als bisher – im Rahmen der Auslegung zunächst streng von ihrem Wortlaut auszugehen. Eine generelle Qualifizierung einer dynamischen Bezugnahmeklausel als Gleichstellungsabrede scheidet aus. Im Zweifel greift die Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB, so dass die für den Arbeitnehmer günstigere Regelung den Vorrang genießt; welche Regelung die günstigere ist, kann im Einzelfall allerdings schwer zu ermitteln sein und birgt vor allem die Gefahr der „Rosinenpickerei“. Ob das BAG tatsächlich in letzter Konsequenz die Anwendung des § 305c Abs. 2 BGB in Zweifelsfällen praktizieren wird und wenn ja, anhand welcher Kriterien es die jeweils günstigere Regelung ermitteln wird, bleibt abzuwarten.

Ist die Entscheidung im Hinblick auf tarifgebundene Arbeitnehmer neu, so bestätigt sie für im Zeitpunkt der Bezugnahme nicht tarifgebundene Arbeitnehmer nur die bereits bislang geltenden Grundsätze; denn war der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Bezugnahme nicht tarifgebunden, so vereinbarte er nach ständiger Rechtsprechung des BAG keine Gleichstellungsabrede und dem

Wortlaut kam ein stärkeres, regelmäßig entscheidendes Gewicht zu.²⁰ Soweit ersichtlich hat das BAG noch in keinem Urteil, das einen nichtorganisierten Arbeitgeber betraf, den Wortlaut der Bezugnahme zu dessen Gunsten korrigiert. Die neueste Entscheidung bestätigt diese Rechtsprechung.

Für die Praxis bedeutet das Urteil vor allem, mehr Klarheit bei der Fassung ihrer Bezugnahmeklauseln walten lassen zu müssen. Sollen künftige Tarifabschlüsse nicht mehr übernommen werden, wenn die Tarifbindung des Arbeitgebers endet, muss dies ausdrücklich aus der im Arbeitsvertrag enthaltenen Klausel hervorgehen. Gleiches gilt für die Frage, was im Falle eines Tarifwechsels gelten soll. Zweckmäßig ist im Falle der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers daher die Vereinbarung einer so genannten Tarifwechselklausel, die auf den für den Arbeitgeber jeweils maßgeblichen Tarifvertrag in seiner jeweiligen Fassung verweist.

2. Umstellung von BAT auf TVöD: Das Meinungsspektrum in der Literatur und erste Anklänge der Instanzgerichte

Unter Berücksichtigung der dargelegten Grundsätze ist nun die eingangs aufgeworfene Frage nach den Rechtswirkungen einer bestehenden Bezugnahmeklausel mit Verweis auf den BAT für die arbeitsvertragliche Geltung des TVöD kraft Bezugnahmeklausel näher zu untersuchen.

a) Das Schrifttum

Bislang finden sich in der Literatur nur wenige Stellungnahmen zu der genannten Problematik.

Hümmerich/Mäßen vertreten in ihrer Darstellung die Auffassung, dass der Übergang vom BAT zum TVöD für die nicht organisierten Arbeitnehmer einen Tarifwechsel im Sinne der Rechtsprechung des BAG darstelle, so dass der TVöD für deren Arbeitsverhältnisse nur Geltung beanspruchen könne, wenn ihre Arbeitsverträge eine große dynamische Bezugnahmeklausel im Sinne einer Tarifwechselklausel entsprechend den Vorgaben des BAG enthalten.²¹ Bei Inbezugnahme eines konkreten Tarifvertrages sei eine Umdeutung der Bezugnahme auf einen anderen Tarifvertrag nach der Rechtsprechung des BAG nicht möglich, sofern nicht weitere Umstände eine solche Annahme rechtfertigen können.²² Insbesondere sei mit einer Gleichstellungsabrede nicht zwingend die Rechtsfolge eines Tarifwechsels verbunden.²³ Fehle es somit im Arbeitsvertrag an einer entsprechend weiten Bezugnahmeklausel im Sinne einer Tarifwechselklausel, so gelange der BAT in der Fassung

²⁰ BAG v. 25.9.2002 – 4 AZR 294/01, AP Nr. 26 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

²¹ *Hümmerich/Mäßen*, NZA 2005, 961, 965; ähnlich auch v. *Steinau-Steinbrück*, NJW- Spezial 2005, 561 f.

²² *Hümmerich/Mäßen*, NZA 2005, 961, 965.

²³ *Hümmerich/Mäßen*, NZA 2005, 961, 965.

vom 30.9.2005 zu statischer Anwendung.²⁴ Auch die in vorgesehenen Überleitungstarifverträgen TVÜ-Bund und TVÜ-VkA zu § 2 erfolgte Niederschriftserklärung, nach der die Tarifvertragsparteien davon ausgehen, „dass der TVöD und der TVÜ das bisherige Tarifrecht auch dann ersetzen, wenn arbeitsvertragliche Bezugnahmen nicht ausdrücklich den Fall ersetzender Regelung beinhalten“, ändere nichts an diesem Ergebnis. Ein solcher Tarifvertrag zu Lasten Dritter verstoße gegen die negative Koalitionsfreiheit der nichtorganisierten Arbeitnehmer nach Art. 9 Abs. 3 GG.²⁵

Anderer²⁶ bezweifeln, dass der Übergang vom BAT zum TVöD überhaupt einen Tarifwechsel darstellt. Es handele sich vielmehr bei Identität der Tarifvertragsparteien um die Umstrukturierung eines in sich geschlossenen Tarifsystems des öffentlichen Dienstes unter gleichzeitiger Namensänderung.²⁷ Diese Art „Tarifsukzession“ erfülle den Begriff des Tarifwechsels nicht.²⁸ Zudem sei die Ablösung des BAT durch den TVöD mit den bisher vom BAG entschiedenen Sachverhalten zu der Problematik „Tarifwechsel“ nicht vergleichbar.²⁹ Daher seien die bestehenden Bezugnahmeklauseln nicht an den vom BAG aufgestellten strengen Anforderungen für Tarifwechselklauseln zu messen, sondern es bleibe bei den allgemeinen Auslegungsregeln für Bezugnahmeklauseln im Zuge der Tarifentwicklung im unveränderten Tarifbereich und unverändertem Betrieb. Somit rücke – auch ohne ausdrückliche Bezugnahme auf „ersetzende“ Tarifverträge - der Nachfolgevertrag in die Verweisung ein.³⁰ Dies gelte jedenfalls bei tarifgebundenen Arbeitgebern, bei denen der Zweck der Bezugnahmeklausel darin zu sehen sei, für die nicht tarifgebundenen Arbeitsverhältnisse das widerzuspiegeln, was in den tarifgebundenen Arbeitsverhältnissen mit diesem Arbeitgeber gilt. Dies sei aufgrund der kongruenten Tarifbindung die Geltung des TVöD. Dafür spreche auch, dass der BAT aufgrund der Ersetzung durch den TVöD aufgehoben sei und ihm keine Nachwirkung im Sinne des § 4 TVG zukomme, so dass die jetzigen Bezugnahmeklauseln ab dem 1.10.2005 ins Leere laufen würden, wenn sie nicht den Nachfolgetarifvertrag mit umfassen.³¹ Ob dieses Ergebnis auch für Bezugnahmeklauseln in einem Arbeitsvertrag mit einem nicht tarifgebundenen Arbeitgeber Geltung beanspruchen könne, sei jedoch zweifelhaft, da hier nach der Rechtsprechung des BAG weder eine volldynamische Bezugnahme noch eine Gleichstellungsabrede vorliege.³²

*Löwisch/Rieble*³³ sehen in der namentlichen Nennung eines bestimmten Tarifvertrages bereits keine Festschreibung der Bezugnahme, sondern wollen eine korrigierende Auslegung dahingehend

²⁴ *Hümmerich/Mäßgen*, NZA 2005, 961, 965.

²⁵ *Hümmerich/Mäßgen*, NZA 2005, 961, 965 f.

²⁶ *Fieberg*, NZA 2005, 1226 ff.; *Werthebach*, NZA 2005, 1224 ff.

²⁷ *Werthebach*, NZA 2005, 1224, 1226.

²⁸ *Fieberg*, NZA 2005, 1226, 1227.

²⁹ *Fieberg*, NZA 2005, 1226, 1227 f.; *Werthebach*, NZA 2005, 1224, 1226.

³⁰ *Werthebach*, NZA 2005, 1224, 1226; *Fieberg*, NZA 2005, 1226, 1228.

³¹ *Fieberg*, NZA 2005, 1226, 1228.

³² *Fieberg*, NZA 2005, 1226, 1228.

³³ *Löwisch/Rieble*, TVG, § 3 Rnr. 291.

vornehmen, dass eine Verweisung auf den jeweils geltenden Tarifvertrag gemeint sei, so dass auch hiernach wohl eine automatische Verweisung auf den TVöD vorliegen würde.

Letztlich findet sich die Sichtweise, dass hinsichtlich der Frage, ob eine Gleichstellungsklausel zu einem Tarifwechsel führe, danach zu unterscheiden sei, ob der Tarifvertrag günstiger oder ungünstiger sei.³⁴ Sei der Tarifvertrag günstiger, so gelte er auch für den nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer, obwohl die Bezugnahme auf ihn verweist. Dies ergebe sich aus der Funktion der Bezugnahme als Gleichstellungsabrede, denn auch für die tarifgebundenen Arbeitnehmer wird die arbeitsvertragliche Verweisung auf den ungünstigeren früheren Tarifvertrag von der normativen Wirkung des günstigeren Tarifvertrages verdrängt.³⁵ Anders als sonst führe hier die Gleichstellung daher zu einem Tarifwechsel.

b) Die Entscheidungen des LAG Berlin zum Verfahren Johannisstift

Gewisse Parallelen zur vorliegenden Problematik zeigen die Entscheidungen des LAG Berlin im Verfahren Johannisstift.³⁶

In den Entscheidungen ging es ebenfalls um die Frage, inwieweit sich eine Änderung des Bezugsobjektes Tarifvertrag auf eine arbeitsvertragliche Verweisklausel auswirkt. In den Arbeitsverträgen der Arbeitnehmer des Johannisstifts, einer kirchlichen Einrichtung, die in Berlin vor allem im Bereich der Alten-, Behinderten- und Jugendhilfe tätig ist, wurde im Hinblick auf die Vergütung und Arbeitszeit auf den „Bundesangestellten-Tarifvertrag – BAT-Bund/Länder“ verwiesen. Dort hieß es u.a.

„...Eingruppierung und Vergütung erfolgen für Angestellte nach dem Bundesangestellentarifvertrag - BAT-/Bund/Länder und für Lohnempfänger nach dem Bundesmanteltarifvertrag – BMT/G – in der Gruppe BAT VII...“

Diese Bezugnahme warf insofern Probleme auf, als seit dem 31. Juli 2003 ein zwischen dem Land Berlin und den Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes geschlossener Anwendungs-TV Land Berlin existiert, der u.a. eine Absenkung der Arbeitszeit je nach Vergütungsgruppe und eine kongruente Absenkung der Vergütung vorsieht. Fraglich war somit, auf welches Tarifwerk sich die arbeitsvertragliche Bezugnahme bezieht, denn einen Tarifvertrag, der einheitlich für alle

³⁴ Hanau, NZA 2005, 489, 491.

³⁵ Hanau, NZA 2005, 489, 491.

³⁶ LAG Berlin v. 29.10.2004 – 2 Sa 1731/04, n.v. (juris); LAG Berlin v. 14.12.2004 – 5 Sa 1700/04, n.v. (juris); LAG Berlin v. 18.1.2005 – 7 Sa 2205/04, n.v. (juris); LAG Berlin v. 10.2.2005 – 10 Sa 2208/04, n.v. (juris); LAG Berlin v. 1.3.2005 – 5 Sa 2204/04, n.v. (juris); LAG Berlin v. 17.3.2005 – 14 Sa 2643/04, n.v. (juris); LAG Berlin v. 24.3.2005 – 10 Sa 2541/04, n.v. (juris).

Arbeitsverhältnisse des Bundes und der Länder gilt, gab es seit Inkrafttreten des Anwendungs-TV Land Berlin gerade nicht mehr. Zwar hat das allgemeinere Tarifwerk nicht seine Bezeichnung geändert, so dass dem Wortlaut der Vereinbarung nach weiterhin das Bezugsnahmeobjekt vorzufinden ist, es hat jedoch seine Identität gewechselt, da es einen anderen Anwendungsbereich hat: Für die Angestellten des Landes Berlin gilt der Tarifvertrag nur noch nach Maßgabe des Anwendungs-TV Land Berlin. Der in der arbeitsvertraglichen Bezugnahme gemeinte „Bundesangestellten-Tarifvertrag – BAT/Bund/ alle Länder fehlt nun. Die damit entstandene Lücke in der vertraglichen Vereinbarung zwang auch hier zu einer ergänzenden Vertragsauslegung entsprechend dem hypothetischen Willen der Arbeitsvertragsparteien. Das LAG führt insoweit aus:

„Die Bezugnahme auf die Regelungen des BAT hinsichtlich Vergütung und Arbeitszeit bezieht sich dabei auf diejenigen Regelungen, die gerade im Land Berlin für die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes gelten. Allerdings weist der Arbeitsvertrag von seinem Wortlaut her auf die Bestimmungen des BAT/Bund/Länder hin. Indes ergibt eine Auslegung, dass es sich hierbei nur um eine „allgemeine Verweisung“ auf den BAT handelt, wie er im öffentlichen Dienst üblich ist. Den Arbeitsvertragsparteien war jedoch bei Abschluss des Arbeitsvertrages durchaus bewusst, dass es sich dabei um diejenigen Regelungen handeln sollte, die für die Beschäftigten des Landes Berlin gelten. [...]

Im Ergebnis stellt sich der Verweis auf den BAT nach Auffassung der Kammer als eine Art „Gleichstellungsabrede“ – wegen der fehlenden Tarifbindung des Arbeitgebers „im weiteren Sinne“ - dar, nämlich als eine Abrede dahin, dass die Beschäftigten der Beklagten so behandelt werden sollen wie diejenigen des Landes Berlin. Ein anderweitiger, weitergehender Verpflichtungswille der Beklagten ergibt sich nicht und konnte sich auch aus der Sicht der Klägerin nicht ergeben.“³⁷

Zwischenzeitlich hat auch das BAG in der Sache entschieden, den hier interessierenden Punkt jedoch letztlich offen gelassen.³⁸ Ob nach dem angekündigten Rechtsprechungswandel des BAG die Argumentation des LAG haltbar sein wird, erscheint zumindest für Klauseln, die nach dem 1.1.2002 vereinbart wurden, höchst zweifelhaft. Die besseren Argumente sprechen dagegen, s. hierzu sogleich.

3. Schlussfolgerungen für den kirchlichen Bereich

Die dargestellten allgemeinen tarifrechtlichen Grundsätze gilt es fruchtbar zu machen für die im kirchlichen Dienst getroffenen Regelungen. Zu der Frage, wie sich eine Änderung nicht der Tarifbindung, sondern des Bezugsnahmeobjektes auf eine arbeitsvertragliche Verweisklausel auswirkt, liegt nur wenig Rechtsprechung vor. Hier bedarf es ergänzender Überlegungen. Maßgeblich ist auch hier der konkrete Wortlaut der jeweiligen Klausel.

³⁷ S. LAG Berlin v. 10.2.2005 – 10 Sa 2208/04, n.v. (juris).

³⁸ BAG v. 5.4.2006 – 4 AZR 390/05 – u.a., Pressemitteilung Nr. 21/06.

Bezugnahmeklauseln, die auf den „BAT in seiner jeweiligen Fassung einschließlich der ihn ergänzenden, ändernden oder *ersetzenden* Tarifverträge“ verweisen, schließen ausdrücklich auch die Tarifverträge mit ein, die den konkret in Bezug genommenen ablösen.³⁹ Gleiches gilt wohl auch, wenn eine Verweisung auf „die für den Arbeitgeber oder den Betrieb jeweils einschlägigen Tarifverträge“ besteht (sog. Tarifwechselklausel oder große dynamische Klausel). Wird also die Ablösung des BAT insgesamt in die Klausel einbezogen entsteht kein Problem, der TVöD gilt kraft Bezugnahme.⁴⁰

Im kirchlichen Dienst hingegen häufiger anzutreffen sind Klauseln, die sehr viel restriktiver gefasst sind und lediglich auf „die Vorschriften des BAT und die diesen ergänzenden oder ändernden Tarifverträge“ bzw. auf den „BAT in der jeweils geltenden Fassung“ Bezug nehmen.

So findet sich z.B. in einigen Alt-Verträgen im Zuständigkeitsbereich der KODA Osnabrück/Vechta in § 4 der Passus, dass sich Arbeitszeit, Vergütung, Krankenbezüge, Beihilfen bei Geburts-, Krankheits- und Todesfällen, Unterstützungen, Urlaub und Arbeitsbefreiung nach dem Bundesangestelltentarifvertrag vom 23.2.1961 in der jeweils gültigen Fassung für Bund und Länder richten.

Im vom Bistum Mainz und den Kirchengemeinden verwendeten Arbeitsvertragsmuster heißt es in § 2 (Allgemeine Regelungen) für die Angestellten, dass zunächst die Bestimmungen des Arbeitsvertrages gelten (Absatz 1), soweit dieser keine Regelungen enthält, finden die Vorschriften des BAT vom 23.2.1961 und die diese ergänzenden oder ändernden Tarifverträge in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) jeweils geltenden Fassung Anwendung (Absatz 2, 1. Halbsatz). Nach Absatz 2, 2. Halbsatz gilt dies nicht, soweit nach Maßgabe der Ordnung zur Mitwirkung bei der Gestaltung des Arbeitsvertragsrechts durch eine Kommission für den diözesanen Bereich (Bistums-KODA), Amtsblatt 1978, S. 110, abweichende Regelungen ergehen. Für die Arbeiter bestimmt § 2 Abs. 2 (Allgemeine Regelungen), dass der BMT-G Anwendung findet.

Gegenstand der Vereinbarung im Arbeitsvertrag ist dann eine so genannte „kleine dynamische Bezugnahmeklausel“, die auf einen konkreten Tarifvertrag (BAT) verweist und dessen Geltung dynamisch auf die jeweils geltende Fassung des Tarifwerks erweitert. Eine konkrete Bezugnahme auf den TVöD findet sich hier nicht. Ob der Regelung dennoch - insbesondere aufgrund der in ihr enthaltenen zeitlichen Dynamik („in seiner jeweiligen Fassung“) - ein Verweis auf den TVöD als Nachfolgeregelung des BAT entnommen werden kann, muss durch Auslegung der konkreten Klausel im Einzelfall ermittelt werden.

³⁹ Solche Bezugnahmeklauseln stellen laut *Fieberg*, NZA 2005, 1226 Fn. 5 im öffentlichen Dienst den Regelfall dar. Vgl. hierzu auch BAG v. 20.3.2002 – 4 AZR 101/01, AP Nr. 53 zu Art. 140 GG; BAG v. 21.8.2003 - 8 AZR 393/02, AP Nr. 27 zu §§ 22, 23 BAT-O; BAG v. 6.11.2003 - 6 AZR 454/02, AP Nr. 19 zu § 1 BAT-O; BAG v. 23.6.2004 - 7 AZR 636/ 03, AP Nr. 12 zu § 14 TzBfG; BAG v. 10.3.2004 - 7 AZR 402/03, AP Nr. 11 zu § 14 TzBfG; BAG v. 19.3.2003 - 4 AZR 331/02, DB 2003, 2126; BAG v. 31.7.2002 - 7 AZR 72/01, AP Nr. 237 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. A.a., allerdings ohne nähere Begründung, *Hümmerich/Mäßen*, NZA 2005, 961, 964.

⁴⁰ S. auch v. *Steinau-Steinbrück*, NJW-Spezial 2005, 561.

a) Auslegung entsprechend dem Wortlaut

Ausgangspunkt aller Ausdeutung muss der Wortlaut der Bezugnahme Klausel sein. Hiernach wurde in der Mehrzahl der Arbeitsverträge auf den BAT in seiner jeweils gültigen Fassung verwiesen. Eine konkrete Bezugnahme auf den TvöD als den BAT ersetzende Regelung fehlt.

Es muss daher anhand der allgemeinen Auslegungsregeln der Inhalt der Erklärung erforscht werden. Dieser ist nach den §§ 133, 157 BGB objektiv unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles aus der Sicht des Empfängers zu bestimmen. Der in der auszulegenden Erklärung verkörperte rechtlich maßgebliche Wille ist zu ermitteln. Lässt sich dabei ein übereinstimmender Wille der Parteien feststellen, so ist dieser allein maßgeblich, auch wenn er in der Vereinbarung nur einen unvollkommenen oder gar keinen Ausdruck gefunden hat. Das übereinstimmend Gewollte hat Vorrang vor dem insoweit falsch oder nicht ausdrücklich Erklärten. Kann eine solche Feststellung nicht getroffen werden, so sind die jeweiligen Erklärungen der Vertragsparteien jeweils aus der Sicht des Erklärungsempfängers so auszulegen, wie er sie nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen durfte und musste. Dabei sind die den Parteien erkennbaren Begleitumstände, die für den Erklärungsinhalt von Bedeutung sein können, zu berücksichtigen, wie die Entstehungsgeschichte, das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsschluss, der Zweck einer Abmachung und die gegebene Interessenlage.

Diese Grundsätze gelten grundsätzlich auch für die Auslegung von durch den Arbeitgeber für eine Vielzahl von Fällen vorformulierten Bezugnahme Klauseln. Allerdings gelten hier die allgemein für Standardarbeitsverträge geltenden Besonderheiten. Sie sind jedoch anders als Individualverträge uneingeschränkt revisionsrechtlich zu überprüfen.⁴¹ Es gilt die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB; sie besagt, dass der Verfasser Allgemeiner Geschäftsbedingungen Zweifel der Auslegung gegen sich gelten lassen muss, wenn zwei verschiedene Auslegungen denkbar sind, von denen die eine für seinen Vertragsgegner günstiger ist.⁴²

Folgt man diesen Maßstäben, so kommt es bei einem Verweis auf den BAT und die diesen ergänzenden oder ändernden Tarifverträge darauf an, ob der TVöD ein den BAT „ergänzender oder ändernder“ Tarifvertrag ist. Dies wird man verneinen müssen. Der TVöD will den BAT nicht ergänzen, denn seine Regelungen sind abweichend vom bisherigen Regelwerk und treten ihm nicht lediglich zur Seite; er will sie nicht ändern, in dem er sie fortschreibt wie die bisherigen

⁴¹ S. BAG v. 26.1.2005 - 10 AZR 215/04, AP Nr. 260 zu § 611 BGB Gratifikation, m.w.N.; vgl. auch *Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge*, ArbGG, § 73 Rnr. 15 mit Nachweisen dort.

⁴² Zuletzt BAG v. 26.1.2005 - 4 AZR 171/03, AP Nr. 1 zu AVR Diakonisches Werk Anlage 18; s. auch BAG v. 14.12.2005 - 4 AZR 536/04, NZA 2006, 607.

„Änderungstarifverträge zum BAT“ (zuletzt der 78. Änderungstarifvertrag v. 31.1.2003), sondern er will an seine Stelle treten, ihn ersetzen. Dies ist aber etwas anderes als ihn zu ändern. Es handelt sich beim Übergang vom BAT zum TVöD nicht um eine bloße Fortschreibung des bislang geltenden Regelwerks, sondern es findet ein Wechsel zu einem anderen System statt, der sich u.a. in der Schaffung neuer Tarifgruppen, der Einführung eines Leistungsprinzips oder der Flexibilisierung der Arbeitszeiten manifestiert. Dies zeigt sich auch in der Notwendigkeit des Abschlusses von Überleitungstarifverträgen vom BAT zum TVöD wie sie für den Bereich des Bundes und den Bereich der kommunalen Arbeitgeber abgeschlossen wurden.⁴³ Wäre der TVöD eine bloße Fortschreibung des BAT, so hätte es dieser nicht bedurft, da der TVöD aufgrund der in der Bezugnahme Klausel angelegten Dynamik ohne weiteres Geltung erlangt hätte.

Auch die in der Bezugnahme Klausel angelegte Dynamik („jeweils geltende Fassung“) kann kein anderes Auslegungsergebnis rechtfertigen. Sie kann nicht dafür herangezogen werden, dass stets der Tarifvertrag in Bezug genommen werden soll, der an die Stelle des BAT tritt. Eine solche Auslegung ist vom Wortlaut der Klausel nicht mehr gedeckt und würde zudem die kleine dynamische Bezugnahme Klausel mittels Auslegung zur großen dynamischen Bezugnahme Klausel mit Tarifwechselcharakter werden lassen.⁴⁴ Letztere ist aber nach der Rechtsprechung des BAG nur unter sehr engen Voraussetzungen zulässig und zudem an die Voraussetzung gebunden, dass der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Vereinbarung tarifgebunden war. Hieran fehlt es aber beim kirchlichen Arbeitgeber gerade.

Auch das BAG geht in einem Urteil vom 20.8.2000⁴⁵ davon aus, dass die Verwendung einer kleinen dynamischen Bezugnahme Klausel den Fall eines Tarifwechsels regelmäßig nicht erfasst. Der Senat führt hierzu aus: „Regelmäßig erschöpft sich der Gehalt einer auf einen bestimmten Tarifvertrag oder ein bestimmtes Tarifvertragswerk verweisenden Gleichstellungsvereinbarung darin, dass das Arbeitsverhältnis den genannten Tarifverträgen in der jeweils gültigen Fassung einschließlich etwaiger Ergänzungen unterstellt wird, soweit und solange der Arbeitgeber daran gebunden ist. Dagegen ist mit einer Gleichstellungsabrede als solcher nicht zwingend die Rechtsfolge eines Tarifwechsels verbunden, wenn der Arbeitgeber durch Änderung des Betriebszwecks, sei es mit oder ohne rechtsgeschäftlichen Übergang eines Betriebes oder Betriebsteiles, die zwingende und unmittelbare Geltung des bisherigen Tarifvertrages beendet, der kraft Arbeitsvertrages auf die Arbeitsverhältnisse mit den nicht oder anders gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmern anzuwenden ist, und einem nunmehr für ihn fachlich zuständigen Verband beitrifft, der seinerseits einen "einschlägigen" Tarifvertrag abgeschlossen hat.“

⁴³ S. zu den Überleitungstarifverträgen *Hümmerich/Mäßen*, NZA 2005, 961, 962 f.

⁴⁴ So auch v. *Steinau-Steinbrück*, NJW-Spezial 2005, 561, 562.

⁴⁵ BAG v. 20.8.2000 - 4 AZR 581/99, AP Nr. 12 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

Die Begrenzung der von den Arbeitsvertragsparteien gewählten Formulierung ist daher beachtlich, zumal eine andere Formulierung von den Parteien ohne weiteres hätte gewählt werden können. Eine Auslegung entsprechend dem Wortlaut kann sie nicht überwinden. Für eine abweichende, wortlautübersteigende Auslegung, die es rechtfertigt anzunehmen, dass die Parteien übereinstimmend etwas anderes meinten als sie sagten, finden sich keine Anhaltspunkte.

Dies erscheint auch vor dem Hintergrund der bereits erwähnten Entscheidung des BAG zur Ankündigung einer Rechtsprechungsänderung hinsichtlich der Auslegung von dynamischen Bezugnahmeklauseln richtig.⁴⁶ In Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung verlangt das BAG nunmehr, dass aus der Vereinbarung selbst hervorgeht, welcher Dynamik die Bezugnahme unterliegen soll: „Das jeweilige Regelungsziel muss für den Vertragspartner mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck kommen“. Dies nicht zuletzt auch im Hinblick die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB, die der bislang zugunsten der Klauselverwenders vorgenommenen Auslegung diametral entgegensteht, verlangt die Regelung doch gerade, dass der Verfasser Allgemeiner Geschäftsbedingungen Zweifel der Auslegung gegen sich gelten lassen muss, wenn zwei verschiedene Auslegungen denkbar sind, von denen die eine für seinen Vertragsgegner günstiger ist. Finden sich also weder im Vertragswortlaut noch in den den Vertragsschluss begleitenden Umständen Anhaltspunkte für eine anderweitige Auslegung, so kann von einer den TVöD umfassenden Verweisung bei der hier in Frage stehenden Formulierung nicht ohne weiteres ausgegangen werden.

Eine andere Beurteilung ließe sich nach der neuen Rechtsprechung des BAG nur rechtfertigen, wenn die Regelungen des TVöD für den kirchlichen Arbeitnehmer günstiger wären als die durch den Arbeitsvertrag in Bezug genommenen Regelungen des BAT. Denn die Bezugnahme des Vierten Senats auf die Unklarheitenregelung des § 305 c Abs. 2 BGB impliziert, dass nunmehr das jeweils arbeitnehmergünstigste Auslegungsergebnis Geltung erlangen soll. Dies hat zur Folge, dass der Arbeitnehmer immer an den für ihn jeweils günstigsten Tarifentwicklungen teilnimmt. Die Konsequenz dieser Rechtsprechung wäre - wenn der Vierte Senat eine vorformulierte Bezugnahmeklausel wegen der Unklarheitenregel nun nicht mehr als Gleichstellungsabrede verstanden wissen will - dass dem Arbeitnehmer bei mehreren einschlägigen Tarifverträgen das Recht zustehen würde, die für sich jeweils günstigste Regelung auszuwählen.⁴⁷ Die damit einhergehenden Schwierigkeiten sind offenkundig. Welche Auslegung einer Tarifverweisungsklausel für den Arbeitnehmer die günstigere ist, lässt sich gerade nicht abstrakt bestimmen, denn die Tarifynamik kann sich zugunsten und zu Lasten des Arbeitnehmers auswirken. Zudem würde eine solche Vorgehensweise dazu führen, dass organisierte Arbeitnehmer letztlich schlechter gestellt wären als die nichtorganisierten, was einen Verstoß gegen die positive Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 3 GG begründen könnte. Es ist fraglich, ob der erkennende Senat die dargestellten Konsequenzen tatsächlich

⁴⁶ BAG v. 14.12.2005 – 4 AZR 536/04, NZA 2006, 607.

⁴⁷ S. auch *Klebeck*, NZA 2006, 15, 17, der von einem Recht zur „Rosinenpickerei“ spricht.

mit seiner angekündigten Rechtsprechungsänderung intendiert. Die eingehende Bezugnahme der Begründung auf die Auslegungsgrundsätze deutet zumindest darauf hin, dass jedenfalls dann kein Raum für die Anwendung der Unklarheitenregel besteht, wenn durch Auslegung ein eindeutiges Ergebnis zu erzielen ist.

Der TVöD ist also nicht vom Wortlaut der Verweisung erfasst und damit gilt – ausgehend vom Wortlaut der Klausel - per Bezugnahme weiter der BAT in seiner letzten Fassung vom 31.1.2003. Denn die Tatsache, dass der BAT gekündigt ist, heißt nicht, dass er nicht mehr gelten würde. Mit der Kündigung verliert er allein seine zwingende Wirkung. Er wirkt nach, bis er durch eine andere Abmachung ersetzt ist, § 4 Abs. 5 TVG.⁴⁸ Erst wenn also der TVöD tatsächlich in Kraft getreten ist und er den BAT *überall* ersetzt, dann wäre nicht mehr von einer „geltenden Fassung“ des BAT auszugehen. Dies aber ist zurzeit nicht ersichtlich. Sowohl auf kommunaler Ebene als auch im Bereich der Tarifgemeinschaft der Länder ist noch nicht abzusehen, dass nicht zumindest für einige ihrer ehemaligen Mitglieder und in einigen Bereichen der Tarifvertrag weiter gelten wird.

b) Wegfall des Bezugsobjektes – Möglichkeit ergänzender Vertragsauslegung?

Führt eine am Wortlaut orientierte Auslegung nicht zur Inbezugnahme des TVöD, so stellt sich im Anschluss die Frage, ob mittels ergänzender Vertragsauslegung der Verweis auf einen bestimmten Tarifvertrag als Bezugnahme auf einen anderen Tarifvertrag (hier: TVöD) verstanden werden kann, wenn der bisher in Bezug genommene Tarifvertrag nicht mehr fortgeführt, sondern durch einen anderen Tarifvertrag ersetzt wird. Das BAG hat in der Vergangenheit zuweilen vom Institut der ergänzenden Vertragsauslegung Gebrauch gemacht, auch im Zusammenhang mit Bezugnahmeklauseln.⁴⁹ Es ist nicht sicher abzusehen, ob es auch hier diesen Weg gehen könnte, die besseren Argumente sprechen jedoch dagegen:

Durch den Wechsel von BAT auf TVöD fällt das ursprüngliche Bezugsobjekt der vertraglichen Vereinbarung weg, sofern man davon ausgeht, dass der TVöD tatsächlich den BAT umfassend ersetzt, es im Bereich der TdL bzw. der Vka also nirgends mehr einen normativ geltenden BAT geben würde. Dies mag fraglich sein, reicht es dem Wortlaut der Vereinbarung nach bereits aus, dass zumindest ein Arbeitgeber innerhalb der Vka bzw. TdL weiterhin an den BAT gebunden ist, denn schon dann gibt es eine „für den Bereich der Vka bzw. TdL geltende Fassung“, die auch tatsächlich angewandt wird. Dass diese dann in ihren Auswirkungen nicht mehr den ganzen Bereich erfasst, ist dem Wortlaut nach unerheblich.

⁴⁸ A.A. Fieberg, NZA 2005, 1226, 1228.

⁴⁹ BAG v. 13.11.2002 – 4 AZR 393/01, AP Nr. 27 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

Will man trotz der dargelegten Zweifel eine vollständige Ablösung des BAT durch den TVöD annehmen, so ist damit eine Lücke in der vertraglichen Vereinbarung entstanden, die zu einer ergänzenden Vertragsauslegung entsprechend dem hypothetischen Willen der Arbeitsvertragsparteien zwingt. Es ist daher zu fragen, wie die Parteien vom Stand ihrer entgegengesetzten Interessen aus den offen gebliebenen Punkt billigerweise geregelt hätten, hätten sie an eine Regelungsbedürftigkeit gedacht, wobei die Antwort innerhalb des durch den Vertrag selbst gezogenen Rahmens gesucht werden muss⁵⁰: Was hätten die Parteien also vereinbart, hätten sie den Wechsel vom Tarifwerk BAT auf das Tarifwerk TVöD vorausgesehen?

Hierbei ist maßgeblich auf den Zweck der Bezugnahme abzustellen. Der in Arbeitsverträgen des kirchlichen Dienstes regelmäßig zu findende Verweis auf den BAT dient der weitgehenden Orientierung an den Arbeitsbedingungen des öffentlichen Dienstes. Kirchliche Arbeitnehmer sollen nicht schlechter gestellt werden als ihre Kollegen in vergleichbaren Positionen im öffentlichen Dienst. Im Ergebnis könnte man daher den Verweis auf den BAT als eine Art „Gleichstellungsabrede“ im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des BAG interpretieren, wegen der fehlenden Tarifbindung des kirchlichen Arbeitgebers allerdings nur „im weiteren Sinne“⁵¹: Wenn die Gleichstellung der nicht normativ durch den Tarifvertrag Berechtigten als maßgebliche Auslegungsmaxime anzuerkennen ist, dann muss auch der Wille zur Gleichstellung der eigenen Belegschaft gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst als Auslegungsmaxime anerkannt werden. Damit läge es nahe, den TVöD als mitverwiesen anzusehen, wenn nun der öffentliche Dienst den BAT nicht mehr anwenden will und stattdessen als neues Regelwerk den TVöD einführt. Eine solche Auslegung mag haltbar sein, zwingend ist sie jedoch keineswegs, und ob das BAG denselben Weg beschreiten wird, ist fraglich. Gerade die jüngst ergangene Entscheidung zur Annullierung eines Rechtsprechungswandels in der Auslegung dynamischer Bezugnahmeklauseln für Verträge, die nach dem 1.1.2002 geschlossen wurden, weist in eine andere Richtung. Sie deutet vielmehr auf den Willen des Gerichts hin, seine bisherige Rechtsprechung zur Gleichstellungsabrede insgesamt aufgeben zu wollen, was zugleich bedeuten würde, dass wohl auch das Konstrukt der „Gleichstellungsabrede im weiteren Sinne“ nicht mehr haltbar sein wird. Allenfalls für vor dem 1.1.2002 geschlossene Arbeitsverträge könnte eine solche Interpretation der bestehenden Bezugnahmeklauseln noch aufrechterhalten werden.

Dennoch erscheint eine restriktivere Auslegung der Vereinbarung auch für diese Verträge angebrachter, wenn nicht sogar zwingend, was die nachfolgenden Erwägungen belegen wollen:

⁵⁰ BAG v. 3.6.1998 - 5 AZR 552/97, AP Nr. 57 zu § 612 BGB m.w.N.; BAG v. 13.11.2002 - 4 AZR 393/01, AP Nr. 27 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

⁵¹ Vgl. LAG Berlin v. 10.2.2005 - 10 Sa 2208/04 u.a., n.v. (juris).

- Die im Wortlaut der Vereinbarung zum Ausdruck kommende Beschränktheit der Verweisung auf den BAT und die ihn „ergänzenden oder ändernden Tarifverträge“ zeigt, dass eine so weitgehende Koppelung wie sie bei Annahme einer „Gleichstellungsabrede im weiteren Sinne“ gegeben wäre, den Parteien nicht ohne weiteres als gewollt unterstellt werden kann. Dies gilt um so mehr als eine eindeutige - den TVöD als den BAT ablösendes Tarifwerk in Bezug nehmende – Formulierung möglich gewesen wäre und durchaus nicht unüblich ist, sondern im öffentlichen Dienst sogar regelmäßig Verwendung findet. Den neuen TVöD schlichtweg als mit in Bezug genommen zu werten, würde somit dem klaren Wortlaut der Bezugnahme widersprechen. Wenn aber der Wortlaut des Vertrags eine Lücke nicht auftreten lässt, ist für eine ergänzende Vertragsauslegung kein Raum, oder wie es das Bundesarbeitsgericht formuliert: „Das Ergebnis einer ergänzenden Vertragsauslegung darf nicht im Widerspruch zu dem im Vertrag ausgedrückten Parteiwillen stehen.“⁵²

- Selbst wenn man aber von einer Regelungslücke ausgehen wollte, so müsste sich die automatische Inbezugnahme des TVöD durch den im Arbeitsvertrag erfolgten Verweis auf den BAT als eine interessengerechte Fortschreibung des Parteiwillens darstellen. Hiervon kann ohne konkrete Anhaltspunkte nicht ausgegangen werden. Vielmehr kann aus der Bezugnahme auf den BAT eindeutig lediglich auf den Willen der Vertragsparteien geschlossen werden, sich nur an das binden zu wollen, was man in seinen groben Konturen abschätzen kann, nicht aber an das, was an die Stelle des Bekannten treten könnte. Auch die ergänzende Vertragsauslegung muss dies berücksichtigen. Eine Ausdeutung der Bezugnahme auf das neue Regelwerk, das anders als die bisherigen Änderungstarifverträge zum BAT gerade keine bloße Fortschreibung des Tarifwerkes darstellt, sondern ihn komplett ersetzt, ist somit auch mittels ergänzender Vertragsauslegung nicht möglich.

- Gegen eine automatische Verweisung auf den TVöD sprechen nicht zuletzt auch praktische Erwägungen. So ist die Bezugnahme auf den BAT regelmäßig mit dem Vorbehalt der Änderungen durch die Bistums-KODA verbunden. Die spezifisch kirchlichen Regelungen stimmen also das allgemeine Regelwerk auf die Besonderheiten des kirchlichen und karitativen Dienstes ab. Gerade die Modifizierungen aber würden nicht mehr passen, wenn sie sich auf ein gänzlich anderes Regelwerk beziehen würden, nämlich den TVöD.

Die vorgebrachten Argumente zeigen, dass weder eine am Wortlaut orientierte Auslegung noch das Instrument der ergänzenden Vertragsauslegung zu einer automatischen Inbezugnahme des TVöD auf der Grundlage der bisherigen Bezugnahme Klauseln in den Arbeitsverträgen kirchlicher Arbeitnehmer führt.

⁵² BAG v. 3.6.1998 - 5 AZR 552/97, AP Nr. 57 zu § 612 BGB m.w.N.; BAG v. 13.11.2002 - 4 AZR 393/01, AP Nr. 27 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

c) Bestätigung durch die neue Rechtsprechung des BAG zur Auslegung von arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln

Ein Blick auf die jüngst ergangene Entscheidung des BAG zur Annullierung einer Rechtsprechungsänderung im Hinblick auf die Auslegung dynamischer Bezugnahmeklauseln bestätigt das Gesagte. Hiernach ist für nach dem 1.1.2002 abgeschlossene Verträge, die durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in das BGB eingefügte Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 BGB bei der Auslegung dynamischer Bezugnahmeklauseln zu beachten. Dort, wo die Auslegung einseitig formulierter Vertragsbedingungen zweifelhaft bleibt, weil unterschiedliche sinnvolle Deutungsvarianten verbleiben, gehen diese Zweifel zu Lasten des Verwenders. Weil auch die im kirchlichen Dienst verwendeten Verweisungsklauseln Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen, die für eine Vielzahl von Fällen formuliert wurden, gelangt diese Regel hier zur Anwendung, sofern es sich um einen nach dem 1.1.2002 geschlossenen Arbeitsvertrag handelt. Eine dynamische Verweisung im Arbeitsvertrag auf einen Tarifvertrag kann fortan nicht mehr ohne Weiteres als Gleichstellungsabrede interpretiert werden, sofern sich für diese Annahme keine innerhalb oder außerhalb der Vertragsurkunde liegenden Anhaltspunkte ergeben. Was für die Gleichstellungsabrede als solche gilt, muss auch für die im kirchlichen Dienst in Betracht kommende „Gleichstellungsabrede im weiteren Sinne“ in gleicher Weise gelten. Eine andere Beurteilung rechtfertigt sich nicht. Die in den kirchlichen Arbeitsverträgen verwandte Bezugnahmeklausel gibt keinen Hinweis darauf, dass zukünftige Tarifentwicklungen im Sinne eines Tarifwechsels von der Bezugnahme mitumfasst sein sollen und auch aus den Begleitumständen ist eine solche Annahme nicht ableitbar. Hätte der kirchliche Arbeitgeber eine Erstreckung auf den TVöD gewollt, hätte er das von ihm Gewollte nach Maßgabe der neuen Rechtsprechung des BAG vielmehr hinreichend eindeutig formulieren müssen. Dies ist hier nicht geschehen, so dass er sich daran festhalten lassen muss, dass er nicht klarer zukünftige Tarifentwicklungen in der Formulierung seiner Vertragsklauseln berücksichtigt hat.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht für vor dem 1.1.2002 geschlossene Verträge. Zwar beansprucht hier die alte Rechtsprechung des BAG noch Geltung, insbesondere greift die Unklarheitenregelung nach Ansicht des BAG hier nicht. Insoweit führte der 4. Senat in einer jüngeren Entscheidung aus, dass bei der Bezugnahmeklausel entsprechend der Interessenlage und unter Berücksichtigung der soziotypischen Ausgangslage bei Vertragsschluss Zweifel an der Auslegung einer Bezugnahme auf die einschlägigen Tarifregelungen in einem vom Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsvertrag als Gleichstellungsabrede nicht als berechtigt anerkannt werden könnten. Der Umstand, dass die Gleichstellungsabrede eindeutiger formuliert werden könnte, begründe für sich allein keinen Zweifel im Sinne der Unklarheitenregel.⁵³ Verwunderte schon damals diese Sicherheit und

⁵³ BAG v. 19.3.2003 – 4 AZR 331/02, AP Nr. 33 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; s. hierzu auch *Thüsing*, NZA 2003, 1187 ff.

Überzeugung in der Auslegung, so sprechen für den vorliegenden Fall die besseren Argumente gegen die Annahme eines automatischen Verweises auf den TVöD durch die Bezugnahme auf den BAT (vgl. oben). Letztlich bleibt somit nach der alten Rechtslage zwar mehr Spielraum für eine Auslegung in die eine wie in die andere Richtung, die letztlich überzeugendere und dogmatisch saubere Lösung erscheint jedoch die Annahme eines statischen Verweises auf die Regelungen des BAT in seiner letzten gültigen Fassung zu sein. Es gilt demnach nach Möglichkeiten der Anpassung der Arbeitsverträge an die veränderte Situation zu suchen. Hierzu sogleich.

d) Rechtsfolgen

Was sind nun die Konsequenzen des gewonnenen Auslegungsergebnisses? Die Bezugnahme auf den BAT in seiner jeweils geltenden Fassung oder die ihn ergänzenden und ändernden Tarifverträge begründet keine automatische Verweisung auf den TVöD.

Die somit durch die Tarifumstellung im öffentlichen Dienst entstandene „Lücke“ im Arbeitsvertrag kann letztlich nur durch die Inbezugnahme der letzten geltenden Fassung des BAT gefüllt werden, soweit man dieses Ergebnis nicht schon aus dem Wortlaut der Bezugnahmeklausel herleitet; eine solche Vorgehensweise kommt der tatsächlichen Regelung am nächsten und wahrt die bisherigen Strukturen.

Der damit einhergehende Verlust der ehemaligen Dynamik der Bezugnahme ist ein Umstand, den das BAG auch in anderen Situationen in seiner Auslegung akzeptiert hat.⁵⁴ Wenn also Bezugnahmeklauseln entgegen dem Wortlaut statisch werden können, weil das Tarifwerk, an das der Arbeitgeber nun gebunden ist, ein anderes ist als ehemals, so muss es erst recht richtig sein, dass eine Bezugnahmeklausel in größtmöglicher Nähe an ihren Wortlaut statisch ausgelegt wird, weil das ehemals geltende Bezugsobjekt durch ein anderes, ausdrücklich nicht gewolltes Regelwerk abgelöst wurde. Und selbst wenn man anders entscheiden würde, und eine Dynamisierung für zwingend in Bezug genommen hält, kann dies nur eine Dynamisierung des bisherigen Regelwerks sein, nicht aber die des neuen. Wie diese aber aussehen würde, entzieht sich nicht nur richterlicher Kenntnis. Anhaltspunkte, diese Dynamisierung zu greifen, sind nicht in Sicht. Eine solche ergänzende Auslegung wäre zudem erst dann möglich, wenn die ebenfalls in Bezug genommenen KODA-Regelungen nicht bereits eine solche Dynamisierung enthalten würden.

⁵⁴ BAG v. 26.9.2001 - 4 AZR 544/00, AP Nr. 21 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG v. 29.8.2001 - 4 AZR 332/00, DB 2002, 431; BAG v. 21.2.2001 - 4 AZR 18/00, DB 2001, 1837 = EzA § 613a BGB Nr. 195 Anm. *Thüsing/Stelljes*; BAG v. 25.10.2000 - 4 AZR 506/99, DB 2001, 1891; BAG v. 30.8.2000 - 4 AZR 581/99, NZA 2001, 510; im Ergebnis auch BAG v. 25.10.2000 - 4 AZR 506/99, AP Nr. 13 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

Ein anderes Ergebnis ergibt sich auch nicht im Hinblick auf die Niederschriftserklärung in dem am 3. Juni 2005 von den Tarifvertragsparteien paraphierten TVÜ-VKA. Dort heißt es am Ende des 1. Abschnitts:

"Die Tarifvertragsparteien gehen davon aus, dass der TVöD und dieser Tarifvertrag bei tarifgebundenen Arbeitgebern das bisherige Tarifrecht auch dann ersetzen, wenn arbeitsvertragliche Bezugnahmen nicht ausdrücklich den Fall der ersetzenden Regelung beinhalten".

Die Erklärung vermag keine Anwendung des TVöD auf die Arbeitsverhältnisse Nichtorganisierter bewirken; denn zum einen bestimmen nicht die Tarifvertragsparteien die Auslegung des Arbeitsvertrages, sondern allein der Wille der Arbeitsvertragsparteien, zum anderen können im Hinblick auf die negative Koalitionsfreiheit der nichtorganisierten Arbeitnehmer nach Art. 9 Abs. 3 GG keine Tarifverträge zu Lasten Dritter geschlossen werden.

Es bleibt demnach dabei, dass die Bezugnahme auf den BAT im Einzelarbeitsvertrag nicht zu einer automatischen Überleitung auf den TVöD führt, es sei denn die Bezugnahmeklausel stellt eine Tarifwechselklausel dar.

4. Schlussfolgerungen für die einzelnen Klauseln

Für die einzelnen arbeitsvertraglichen Klauseln lassen sich aus den bisherigen Erwägungen folgende Schlussfolgerungen ziehen:

- KODA Fulda

Im Bistum Fulda wird auf einzelne Teile des BAT hinsichtlich der Vergütung, der Fortzahlung der Vergütung im Krankheitsfall und der Kündigung des Dienstverhältnisses verwiesen. Insoweit heißt es in der Klausel nur:

„... gelten die Bestimmungen des BAT...“

Ein Verweis auf ein den BAT ersetzendes Tarifwerk im Sinne einer Tarifwechselklausel fehlt, so dass keine automatische Geltung des TVöD angenommen werden kann. Vielmehr gilt der BAT in seiner Fassung vom 31.1.2003 statisch weiter.

- KODA Hildesheim

Im Bistum Hildesheim findet sich in den Dienstverträgen ein Verweis auf die Bistums-KODA-Ordnung der Diözese Hildesheim, die Zentral-KODA-Ordnung und die AVO des Bistums Hildesheim, so dass es auf den Wortlaut dieser Bestimmungen für die Beurteilung, ob

ein Verweis auf den TVöD angenommen werden kann, ankommt. Da insoweit § 305c Abs. 2 BGB zur Anwendung gelangt, ist die für den Arbeitnehmer jeweils günstigste Regelung heranzuziehen.

- KODA Osnabrück/Vechta

Im Bereich der KODA Osnabrück/Vechta existieren bereits Beschlüsse zur Umstellung auf den TVöD, gleichzeitig gibt es einige alte Einzelverträge, die Bezugnahmen auf den BAT beinhalten. Verwiesen wird entweder auf eine konkrete Bestimmung des BAT oder auf den BAT in der jeweils gültigen Fassung für Bund und Länder. Hier wurde die Ablösung des BAT insgesamt nicht in die Klausel einbezogen, so dass der BAT in seiner Fassung vom 31.1.2003 statisch weitergilt.

- KODA Freiburg

Im Bereich der KODA Freiburg verweisen die Arbeitsverträge auf die AVVO in der jeweils geltenden Fassung, in der es heißt:

„...Soweit die in Satz 1 genannten Rechtsvorschriften keine besondere Regelung treffen, gelten der Bundes-Angestellten-Tarifvertrag (BAT) und die sonstigen für den nichtkirchlichen öffentlichen Dienst abgeschlossenen Tarifverträge in ihrer Fassung für den Bund und die Tarifgemeinschaft deutscher Länder, soweit sie durch Veröffentlichung im Amtsblatt der Erzdiözese Freiburg für den kirchlichen Dienst für anwendbar erklärt werden.“

Auch hier beinhaltet die Bezugnahme auf den BAT mangels eindeutigen Verweises keine gleichzeitige Inbezugnahme des TVöD. Allerdings verweist die AVVO zugleich auf die „sonstigen für den nichtkirchlichen öffentlichen Dienst abgeschlossenen Tarifverträge in ihrer Fassung für den Bund und die Tarifgemeinschaft deutscher Länder“. Hierin könnte man eine Bezugnahme auf den TVöD sehen, die allerdings nur Wirkung entfaltet, soweit der TVöD durch Veröffentlichung im Amtsblatt der Erzdiözese Freiburg für den kirchlichen Dienst für anwendbar erklärt wurde. Eine Pflicht zur Veröffentlichung besteht allerdings nicht.

II. Bezugnahme in den KODA-Regelungen auf den BAT

1. Keine normative Wirkung von KODA-Regelungen

Bis in die jüngste Zeit verneinen die ständige Rechtsprechung des BAG und einige Stimmen im Schrifttum eine unmittelbare und zwingende Wirkung der im KODA-System vereinbarten Bedingungen für die Arbeitsverhältnisse der Kirchenbediensteten und halten stets eine individualvertragliche Bezugnahme für erforderlich; insoweit gelte nichts anderes als bei anderen

arbeitsvertraglichen Einheitsregelungen.⁵⁵ In der letzten einschlägigen Entscheidung des BAG vom 8. Juni 2005⁵⁶ heißt es dementsprechend ohne jede Einschränkung:

„... Der Senat hat bislang offen gelassen, ob das kirchliche Recht eine normative Wirkung von kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen für alle mit einem kirchlichen Arbeitgeber abgeschlossenen Arbeitsverhältnisse anordnen kann.⁵⁷ Die Frage ist zu verneinen ... Hieraus ergibt sich, dass die Kirchen dann, wenn sie eine privatrechtliche Ausgestaltung ihrer Rechtsverhältnisse wählen, auch nur die Möglichkeiten des Privatrechts haben, um die ihnen weitgehend in der Ausgestaltung freigestellten kirchenarbeitsrechtlichen Bestimmungen im einzelnen Arbeitsverhältnis zur Geltung zu bringen. Die Anordnung einer normativen Geltung kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen gegenüber Arbeitnehmern, die nur auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags mit der Kirche oder einer ihrer Einrichtungen verbunden sind, ist auch mittels Kirchenrechts nicht möglich.⁵⁸ Soweit die Kirchen von ihrer Befugnis, ein eigenständiges Dienstrecht auf öffentlich-rechtlicher Grundlage zu schaffen, nicht Gebrauch machen, gilt für die auf Vertragsebene begründeten Dienstverhältnisse das allgemeine Arbeitsrecht⁵⁹ ...“

Erforderlich ist also in der Praxis die Bezugnahme auf die Regelungen der KAVO, damit sie für das Arbeitsverhältnis wirksam werden können.

2. Auslegungsregeln für KODA-Beschlüsse

Ist im Arbeitsvertrag wirksam auf die KODA-Regelungen Bezug genommen, so stellt sich wiederum die Frage, ob ein bestehender Verweis im KODA-Beschluss auf die Regelungen des BAT sogleich eine Bezugnahme auf den nun im öffentlichen Dienst geltenden TVöD beinhaltet. Maßgeblich ist auch hier die Auslegung der entsprechenden Klausel. Fraglich ist allerdings, welche Auslegungsregeln zur Ermittlung des Sinngehaltes von KODA-Beschlüssen heranzuziehen sind. Dies richtet sich vornehmlich nach deren Rechtsnatur, denn hiernach bestimmt sich, ob die Grundsätze der Vertragsauslegung oder die der Auslegung von Gesetzen zugrunde liegenden Maßstäbe heranzuziehen sind, denn die Auslegung von Normen folgt anderen Regeln als die Auslegung von Verträgen.⁶⁰

⁵⁵ Jüngst BAG v. 20.3.2002 – 4 AZR 101/01, AP Nr. 53 zu Art 140 GG; BAG v. 13.11.2002 – 4 AZR 73/01, AP Nr. 2 zu § 1 AVR Caritasverband; vgl. auch BAG v. 17.4.1996 – 10 AZR 558/95, AP Nr. 24 zu § 611 BGB Kirchendienst mit Anm. *Thüsing*; BAG v. 6.12.1990 – 6 AZR 159/89, AP Nr. 12 zu § 2 BeschFG 1985; BAG v. 28.10.1987 – 5 AZR 518/85, AP Nr. 1 zu § 7 AVR Caritasverband; BAG v. 24.9.1980 – 4 AZN 289/80, AP Nr. 9 zu § 72a ArbGG 1979 Grundsatz; *Berchtenbreiter*, Kündigungsschutzprobleme im kirchlichen Arbeitsverhältnis, 1984, S. 54; *Dütz*, ZevKR 1985, 83 ff.; *Grunsky*, Anm. zu AP Nr. 9 zu § 72a ArbGG 1979 Grundsatz; *H. Weber*, Essener Gespräche 18, 1984, S. 43, 144 f. Dagegen ausführlich *Thüsing*, RdA 1997, 163 ff.

⁵⁶ BAG v. 8.6.2005 – 4 AZR 412/04, NZA 2006, 611.

⁵⁷ Senat 20. März 2002 - 4 AZR 101/01 - BAGE 101, 9, zu III 2 b bb der Gründe.

⁵⁸ *Dütz*, FS Schaub, S. 157, 170; *Annuß* Anm. AR-Blattei ES 960 Kirchenbedienstete Nr. 67; *Hammer*, ZTR 2003, 281, 284; *Pirson*, RdA 1979, 65, 68.

⁵⁹ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, 4. Aufl., § 2 Rn. 24.

⁶⁰ Vgl. dazu *Wiedemann/Wank*, TVG, § 1 Rnr. 763 ff.; *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rnr. 547 ff.; BAG v. 30.9.1971 - 5 AZR 123/71, AP Nr. 121 zu § 1 TVG Auslegung; BAG v. 31.10.1990 - 4 AZR 114/90, AP Nr. 11 zu § 1 TVG Tarifverträge: Presse.

Die Arbeitsvertragsordnungen und Arbeitsvertragsrichtlinien der Kirchen und ihrer diakonischen oder karitativen Verbände sind nach ständiger Rechtsprechung des BAG keine Tarifverträge.⁶¹ Ihnen kommt diese Rechtsqualität auch dann nicht zu, wenn sie in einem kirchlichen Arbeitsrechts-Regelungsverfahren durch eine paritätische besetzte Kommission wie die KODA festgelegt werden. Ebenso fehlt es an einer normativen Wirkung dieser Regelungen wie das BAG in seiner jüngsten Entscheidung nun ausdrücklich festgestellt hat.⁶² Weder die für die Auslegung von Gesetzen noch die für Tarifverträge geltenden Auslegungsregeln können daher hier herangezogen werden.

Somit ist zur Beantwortung der Frage nach den Auslegungsregeln für KODA-Beschlüsse der Blick auf die Rechtsnatur des Beschlusses der Bistums- bzw. Regional-KODA zu richten, der den KODA-Regelungen zugrunde liegt.

Die rechtsdogmatische Einordnung des Beschlusses als Mittel kollektiver Willensbildung⁶³ ist umstritten. Ging das Reichsgericht⁶⁴ noch davon aus, dass der Beschluss als solcher kein Rechtsgeschäft ist und befürwortete auch *Otto v. Gierke*⁶⁵ eine Trennung des Beschlusses vom Kreis der Rechtsgeschäfte, so gilt diese Lehre heute als überholt. Der Beschluss wird allgemein als Rechtsgeschäft angesehen, wobei die nähere Qualifizierung uneinheitlich ist: Teilweise wird er als „Gesamtwillensakt“⁶⁶, als „organschaftliche Willenserklärung“⁶⁷ oder bisweilen sogar als Vertrag⁶⁸ angesehen.

Auf der Grundlage der heutigen Rechtsgeschäftslehre wird der Beschluss jedoch überwiegend - zu Recht - als ein mehrseitiges Rechtsgeschäft eigener Art qualifiziert, das auf eine kollektive rechtsverbindliche interne Willensbildung gerichtet ist.⁶⁹ Als Vertrag im Sinne der §§ 145 ff, 305 BGB

⁶¹ BAG v. 24.9.1980 - 4 AZN 289/80, AP Nr. 9 zu § 72a ArbGG 1979 Grundsatz; BAG v. 18.5.1982 - 3 AZN 23/82, AP Nr. 22 zu § 72a ArbGG 1979 Grundsatz; BAG v. 28.10.1987 - 5 AZR 518/85, AP Nr. 1 zu § 7 AVR Caritasverband; BAG v. 26.5.1993 - 4 AZR 130/93, AP Nr. 3 zu § 12 AVR Diakonisches Werk; BAG v. 17.4.1996 - 10 AZR 558/95, AP Nr. 24 zu § 611 BGB Kirchendienst; BAG v. 20.3.2002 - 4 AZR 101/01, AP Nr. 53 zu Art. 140 GG; BAG v. 17.11.2005 - 6 AZR 160/05, n.v. (juris).

⁶² BAG v. 8.6.2005 - 4 AZR 412/04, AP Nr. 1 zu § 42 MitarbeitervertretungG-EK Rheinland-Westfalen.

⁶³ Vgl. *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, S. 434.

⁶⁴ RG v. 4.12.1928 - II 360/28, RGZ 122, 367, 369.

⁶⁵ *Otto v. Gierke*, Deutsches Privatrecht I, S. 283 Fn. 2.

⁶⁶ *Ruth*, ZHR 88 (1926), 477.

⁶⁷ RGRK/*Steffen*, BGB, § 32 Rnr. 13.

⁶⁸ *Müller-Erbach*, Das private Recht der Mitgliedschaft, 1948, S. 153; für Beschlüsse einer personalistischen (Vertrags-)GmbH auch MüKo/*Reuter*, BGB, § 32 Rnr. 24.

⁶⁹ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, S. 436; *Staudinger/Bork*, BGB Vorbem zu §§ 145-156 Rnr. 6; *Soergel/Hadding*, BGB, § 32 BGB, Rnr. 21a; *ders.*, FS Fischer, 1979, S. 190; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 179; RGRK/*Steffen*, BGB, § 32 Rnr. 13. Differenzierend MüKo/*Reuter*, BGB, § 32 Rnr. 23 f., der von einem Akt körperschaftlicher Willensbildung beim BGB-Verein, den Vereinen des Handelsrechts und den Satzungsgesellschaften ausgeht, Beschlüsse der Mitglieder einer personalistischen (Vertrags-)GmbH hingegen als Vertrag einstuft.

kann die Beschlussfassung nicht angesehen werden.⁷⁰ Der Vertragsstruktur, die einen allseitigen Rechtsfolgewillen voraussetzt, widerspricht der nicht selten geltende Mehrheitsgrundsatz, der dazu führt, dass auch diejenigen Mitglieder an den Beschluss gebunden sind, die gegen den Antrag gestimmt oder sich der Stimme enthalten haben. Dennoch ist im Einzelfall eine entsprechende Anwendung der §§ 145 ff. BGB möglich, insbesondere ist im Rahmen der Auslegung auf die §§ 133, 157 BGB zurückzugreifen.⁷¹ Daher gelten die zur Auslegung arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln angestellten Überlegungen für die Bezugnahmeklauseln der KODA-Regelungen entsprechend. Auch insoweit führt weder eine am Wortlaut orientierte noch eine ergänzende Auslegung zu einer Inbezugnahme des TVöD statt des bislang geltenden BAT.

3. Keine Anwendbarkeit der Zweifelsregelung des § 305c Abs. 2 BGB

Anders als im Bereich der arbeitsvertraglichen Bezugnahme findet die Zweifelsregelung des § 305c Abs. 2 BGB in Bezug auf die KODA-Regelungen keine Anwendung. KODA-Beschlüsse sind keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 BGB. Gemäß § 305 Abs. 1 S. 1 BGB handelt es sich bei Vertragsbedingungen nur dann um Allgemeine Geschäftsbedingungen, wenn die eine Vertragspartei der anderen Partei diese bei Vertragsschluss „gestellt“ hat. Dies setzt voraus, dass eine Partei die Einbeziehung der vorformulierten Bedingungen verlangt, also ein konkretes Einbeziehungsangebot macht.⁷² Hieran fehlt es bei den KODA-Regelungen. Sie basieren auf einem gemeinsamen Beschluss der paritätisch besetzten Kommission, einem kollektiven Akt der Willensbildung. Das bipolare Element, das Allgemeine Geschäftsbedingungen auszeichnet, fehlt hier gerade, so das sich auch keine analoge Anwendung der Regelung rechtfertigt. Demzufolge ist bei Auslegungszweifel nicht ohne weiteres auf die für den Arbeitnehmer günstigere Regelung abzustellen. Es bleibt vielmehr dabei, dass die Bezugnahme allein auf den BAT gerichtet ist, diesen ersetzende Tarifverträge aber nicht erfassen sollte. Weder der Wortlaut der Klauseln noch eine ergänzende Auslegung rechtfertigen ein anderes Ergebnis.

4. Auslegung der Bezugnahme auf die KODA

⁷⁰ So aber *Ulmer*, FS Niederländer, 1991, S. 415, 424 ff.; zust. *MüKo/Kramer*, BGB, Vor § 145 Rnr. 24.

⁷¹ *Staudinger/Bork*, BGB, § 133 Rnr. 3; *Soergel/Hadding*, BGB, § 32 Rnr. 21a.

⁷² *Palandt/Heinrichs*, BGB, § 305 Rdnr. 10; *Däubler/Dorndorf*, § 305 BGB Rdnr. 18.

Mangels normativer Wirkung der von der KODA festgelegten Arbeitsbedingungen⁷³, bedarf es stets einer Bezugnahme im Arbeitsvertrag auf die KODA-Regelungen, damit diese im Einzelarbeitsverhältnis Wirkung entfalten.

So heißt es z.B. teilweise in den Arbeitsverträgen der Mitarbeiter des Bistums Fulda:

„Die kirchlichen Arbeitsvertragsrichtlinien, Dienst- und Vergütungsordnungen des Bistums Fulda (in Kraft gesetzte Beschlüsse der Bistums-KODA) sind in ihrer jeweiligen Fassung Bestandteil dieses Vertrages.“

Eine ähnliche Formulierung findet sich in den Dienstverträgen des Bistums Hildesheim:

„Das Dienstverhältnis bestimmt sich nach den arbeitsvertraglichen Regelungen gemäß der Bistums-KODA-Ordnung der Diözese Hildesheim und der Zentral-KODA-Ordnung, insbesondere nach der Arbeitsvertragsordnung (AVO) für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im kirchlichen Dienst des Bistums Hildesheim in der jeweils gültigen Fassung. Diese sind in ihrer jeweils geltenden Fassung Bestandteil dieses Vertrages.“

Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf die KODA unterfällt denselben vertraglichen Auslegungsgrundsätzen wie sie für die direkte Bezugnahme auf den BAT im Arbeitsvertrag Geltung beanspruchen; die Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB findet nach Maßgabe der Rechtsprechung des BAG Anwendung. Allerdings wird der Verweis auf die KODA in der Regel keine Probleme aufweisen, da er klar gefasst sein wird, so dass eine Auslegung gar nicht erforderlich ist.

So ergibt sich aus der Klausel in den Arbeitsverträgen des Bistums Fulda eine eindeutige Bezugnahme auf die Bistums-KODA in ihrer jeweiligen Fassung. Maßgeblich ist somit der Wortlaut der in der KODA getroffenen Bezugnahme und die hierfür dargelegten Auslegungsgrundsätze. Das gleiche gilt für die Bezugnahmeklausel in den Dienstverträgen der Mitarbeiter des Bistums Hildesheim.

Fraglich ist allerdings welche Konsequenzen es nach sich zieht, wenn als Folge einer nachträglichen KODA-Einbeziehung sich widersprechende Regelungen im Arbeitsvertrag enthalten sind, wenn also die BAT-Bezugnahmen im Arbeitsvertrag inhaltlich anders aussehen als die von der KODA gefassten und in Kraft gesetzten Beschlüsse. Hier wird wohl - soweit auf den BAT hinsichtlich einzelner Regelungsgegenstände ausdrücklich Bezug genommen wurde - das Arbeitsverhältnis insoweit weiterhin den BAT-Regelungen unterworfen bleiben. Nur in den Bereichen, in denen der Arbeitsvertrag keine ausdrückliche Regelung enthält bzw., soweit umfassend auf den BAT verwiesen wird, soweit der BAT keine Regelung trifft, sind die von der KODA festgelegten Arbeitsbedingungen maßgeblich. Allerdings gilt auch hier die Zweifelsregelung des § 305c Abs. 2 BGB.

⁷³ BAG v. 8.6.2005 – 4 AZR 412/04, NZA 2006, 611.

Für die Mitarbeiter des Bistums Fulda sind demzufolge im Hinblick auf Vergütung, Fortzahlung der Vergütung im Krankheitsfall und die Kündigung des Angestelltenverhältnisses die in Bezug genommenen Vorschriften des BAT maßgebend, es sei denn § 305c Abs. 2 BGB zwingt zu einer anderen Beurteilung.

5. Schlussfolgerungen für die einzelnen Klauseln

Die aufgrund der gewonnenen Ergebnisse zu ziehenden Schlussfolgerungen lassen sich exemplarisch am Beschluss der KODA Rottenburg Stuttgart verdeutlichen.

Hiernach gilt:

„1. Für die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter der in § 3 Nr. 1 bis 4 der Bistums-KODA-Ordnung genannten Anstellungsträger gilt der BAT Bund/Land bzw. MTL 1 und der Vergütungstarifvertrag nach dem Stand vom 1.5.1981. 2. Alle künftigen Änderungen oder Ergänzungen der in Ziffer 1 genannten Regelungen werden rechtswirksam, soweit vom Bischof keine eigenen Regelungen gemäß der Bistums-KODA-Ordnung in Kraft gesetzt werden. 3. Ferner gelten die bis zum 1.4.1981 in Kraft getretenen kirchlichen Regelungen.“

Der Beschluss nimmt seinem Wortlaut nach Bezug auf den BAT Bund/Land und bezieht alle künftigen Änderungen oder Ergänzungen des Tarifwerkes in seine Bezugnahme mit ein, soweit vom Bischof keine eigenen Regelungen gemäß der Bistums-KODA-Ordnung in Kraft gesetzt werden. Nach den dargestellten Grundsätzen ist mangels einer Bezugnahme auch auf den BAT *ersetzende* Tarifwerke dem Beschluss kein automatischer Verweis auf den TVöD zu entnehmen. Weder der Wortlaut noch Sinne und Zweck der Bezugnahme gebieten eine solche Auslegung. Zudem findet die Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB auf den KODA-Beschluss, wie ausgeführt, keine Anwendung, so dass sich auch unter dem Gesichtspunkt der Günstigkeit keine andere Auslegung rechtfertigt. Daher gilt der BAT zunächst statisch weiter.

Der sich in der Präambel der KAVO der Regional KODA NRW findende Hinweis auf die wesentliche Übereinstimmung mit den Regelungen des BAT-VkA und das Gebot der entsprechenden Auslegung sowie die in der Präambel der DVO der KODA Nord-Ost festgelegte Orientierung an den Regelungen und Leistungen für Mitarbeiter des öffentlichen Dienstes begründen hingegen keine unmittelbaren rechtlichen Konsequenzen. Aufgrund der bloßen Anlehnung an die Regelungen des öffentlichen Dienstes kann nicht von einer rechtlich bindenden Bezugnahme auf den BAT ausgegangen werden. Daher ist hier – sofern ein entsprechender KODA-Beschluss ergeht und in den Arbeitsverträgen eine KODA-Inbezugnahme-Klausel enthalten ist – eine Anwendung der Bestimmungen des TVöD auf die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter möglich. Dafür spricht im Bereich der Regional KODA Nord-Ost insbesondere auch die sehr offen gewählte Formulierung, die allgemein Bezug nimmt auf die „Regelungen und Leistungen für Mitarbeiter im öffentlichen Dienst“. Dies sind nun aber nicht mehr die Regelungen des BAT, sondern die des TVöD.

Aus dem Gesagten folgt zugleich, dass eine einseitige Inkraftsetzung des TVöD nicht möglich wäre. Die Bezugnahme Klauseln beziehen sich nur auf die Regelungen, die kirchenrechtskonform zustande gekommen sind.⁷⁴ Das wäre bei der vom Wortlaut und Inhalt der Bezugnahme losgelösten Anwendungsentscheidung des Bischofs nicht der Fall. Er ist an das durch ihn gesetzlich festgelegte Verfahren gebunden. Hier hat er keine Deutungshoheit zur Bestimmung des Inhalts der Beschlüsse.

Aus dem gleichen Grund ist es dem kirchlichen Dienstgeber nicht möglich, durch veränderte Individualverträge, die Anwendung des TVöD zu erreichen. Der kirchliche Dienstgeber hat nach den verschiedenen KODA-Ordnungen stets nur die Möglichkeit auf die KODA-Regelungen Bezug zu nehmen oder aber die AVR anzuwenden, s. z.B. § 1 KODA-Ordnung Nordost:

„§ 1 – Geltungsbereich KODA Nordost

(1) Diese Ordnung regelt das Zustandekommen von Rechtsnormen über Inhalt, Abschluß und Beendigung von Arbeitsverhältnissen mit folgenden Rechtsträgern:

1. den Diözesen,
2. den Kirchengemeinden und Pfarreien,
3. den Verbänden der Kirchengemeinden,
4. den Diözesancaritasverbänden und deren Gliederungen, soweit sie öffentliche juristische Personen des kanonischen Rechts sind,
5. den sonstigen öffentlichen juristischen Personen des kanonischen Rechts.

(2) Diese Ordnung gilt auch für die sonstigen kirchlichen Rechtsträger unbeschadet ihrer Rechtsform, welche die Grundordnung für ihren Bereich rechtsverbindlich übernommen haben, wenn nicht der Diözesanbischof für diese Rechtsträger eine eigene Ordnung erlassen hat.

(3) Soweit kirchliche Anstellungsträger die Arbeitsvertragsrichtlinien des Deutschen Caritasverbandes (AVR) anwenden, bleiben sie von der Zuständigkeit der Kommission ausgenommen.“

Würde er nun den TVöD vereinbaren, wäre dies zwar arbeitsrechtlich wirksam, jedoch kirchenrechtlich unzulässig. Dies sollte schon im Interesse der Glaubwürdigkeit des kirchlichen Arbeitsrechts unterbleiben. Inwieweit darüber hinaus ein Unterlassungsanspruch der KODA vor den kirchlichen Arbeitsgerichten eingeklagt werden könnte, kann hier ungeprüft bleiben.

6. Exkurs: Situation in der Caritas

Das Gesagte lässt sich eins zu eins auf die Caritas übertragen. Auch hier handelt mit der Arbeitsrechtlichen Kommission ein Gremium des Dritten Wegs, dessen Beschlüsse nach denselben Regeln auszulegen sind. Freilich findet sich hier nicht die Blankett-Verweisung auf den BAT, wie sie wie dargestellt in manchen KODA-Regelungen zu finden ist. Es bedarf daher ohnehin des gesonderten Beschlusses, die TVöD-Regelungen auch hier wirksam werden zu lassen.

III. Möglichkeiten zur Anpassung – Unzulässigkeit der Änderungskündigung

⁷⁴ BAG 19.2.2003 NZA 2004, 54; hierzu auch *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrechts, S. 160.

Da die im kirchlichen Dienst existierenden Bezugnahmeklauseln keinen Verweis auf den nunmehr im öffentlichen Dienst geltenden TVöD beinhalten und somit die Regelungen des BAT im Arbeitsverhältnis statisch weiter gelten, stellt sich die Frage nach den Möglichkeiten des Arbeitgebers zur Umstellung der bestehenden Arbeitsverhältnisse auf das neue Tarifwerk des öffentlichen Dienstes.

1. Arbeitsvertragliche Vereinbarung

Dem Arbeitgeber ist es nicht möglich, sich einseitig von der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf den BAT zu lösen. Ein Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 1, 1. Alt. BGB scheidet aus, da nicht gewollte oder nicht erkannte rechtliche Folgen einer Vertragsvereinbarung als bloße Rechtsfolgenirrtümer kein Anfechtungsrecht begründen können.⁷⁵ Daher ist eine Anpassung der Arbeitsverträge durch eine einvernehmliche Vertragsänderung mit den Arbeitgebern anzustreben. Die Bereitschaft zum Abschluss von Vertragsänderungen wird steigen, wenn man den Arbeitnehmern Vorteile anbietet, z.B. ein höheres Arbeitsentgelt, die die aus Arbeitnehmersicht bestehenden Nachteile des TVöD wie etwa längere Arbeitszeiten aufwiegen können.⁷⁶

2. Störung der Geschäftsgrundlage

Ein Anspruch des Arbeitgebers auf Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage im Sinne des § 313 BGB besteht ebenfalls nicht. Zwar stellt der Wegfall des in Bezug genommenen Tarifvertrages eine schwerwiegende Veränderung der dem Vertrag zugrunde gelegten Umstände dar, allerdings fehlt es an der notwendigen Unzumutbarkeit der Vertragserfüllung auf Arbeitgeberseite. Sie kann nur angenommen werden, wenn das Festhalten am Vertrag zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin nicht zu vereinbarenden Ergebnissen führen würde.⁷⁷ Derart schwerwiegende Folgen sind bei der Fortgeltung der statischen Inbezugnahme des BAT nicht zu erwarten.

Zudem kommt eine auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage gestützte Anpassung der Arbeitsbedingungen schon aus Subsidiaritätsgesichtspunkten nicht in Betracht. Das Kündigungsrecht ist hier *lex specialis*.⁷⁸ Soweit überhaupt der Wegfall der Geschäftsgrundlage die Änderung der

⁷⁵ Palandt/Heinrichs, BGB, § 119 Rdnr. 15.

⁷⁶ So auch Hümmerich/Mäßgen, NZA 2005, 961, 966. Giesen, NZA 2006, 625, 631, hingegen geht davon aus, dass es häufig zu keiner Einigung kommen wird.

⁷⁷ BGH v. 31.5.1990 – I ZR 233/88, NJW 1991, 1478; BGH v. 26.9.1996 – I ZR 265/95, NJW 1997, 1702; Palandt/Heinrichs, BGB, § 313 Rdnr. 24.

⁷⁸ Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz, 2005, Rnr. 149; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 2002, § 1 Rnr. 105a; BAG v. 16.5.2002 – 2 AZR 292/01, NZA 2003, 147; BAG v. 13.3.1987 – 7 AZR 792/85, n.v. (juris).

Arbeitsbedingungen notwendig macht, hat der Arbeitgeber eine Änderungskündigung auszusprechen.⁷⁹

3. Änderungskündigung

Findet die Flexibilität bei der Umgestaltung durch die Formulierung der bisherigen Bezugnahmeklauseln ihre Grenzen, so fragt sich, ob weitergehende Freiheiten bei der Anpassung an veränderte oder wirtschaftliche Umstände durch den Gebrauch von Änderungskündigungen gemäß § 2 KSchG eröffnet werden können.

Sinnvoll scheint es, sich die Grundsätze der Änderungskündigung im privatwirtschaftlichen Sektor zu verdeutlichen, sie ihren Entsprechungen im öffentlichen Dienst gegenüber zu stellen, um daran anschließend Schlussfolgerungen für den kirchlichen Dienst zu formulieren.

a) Allgemeiner Maßstab der Änderungskündigung

Für die Änderungskündigung nach § 2 KSchG müssten hinsichtlich ihrer sozialen Rechtfertigung die Voraussetzungen nach § 1 Abs. 2 Sätze 1-3 KSchG vorliegen. Hierbei ist nach ständiger Rechtsprechung zunächst die soziale Rechtfertigung der angebotenen Vertragsänderung zu überprüfen. Bei einer betriebsbedingten Änderungskündigung ist das Änderungsangebot des Arbeitgebers daran zu messen, ob dringende betriebliche Erfordernisse gemäß § 1 Abs. 2 KSchG das Änderungsangebot bedingen und ob der Arbeitgeber sich bei einem *an sich* anerkennenswerten Anlass zur Änderungskündigung darauf beschränkt hat, nur solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss.⁸⁰ Hierbei sind die Anforderungen an die soziale Rechtfertigung ganz unterschiedlich, je nachdem, was der Arbeitgeber mit der Änderungskündigung erreichen will. So sind betriebsbedingte Änderungskündigungen zum Zwecke der Kürzung bisher dem Arbeitnehmer zugesagter Leistungen, insbesondere zur Entgeltsenkung, nach der Rechtsprechung des BAG nur in sehr engen Grenzen zulässig.⁸¹ Besteht die vom Arbeitgeber angebotene Vertragsänderung allein in einer Absenkung der bisherigen Vergütung, so liegt ein dringendes betriebliches Erfordernis, das die Änderungskündigung rechtfertigen könnte, nur bei einer akuten Gefahr für die Existenz des Betriebes oder für den Bestand von Arbeitsplätzen vor.⁸² Dem liegt die

⁷⁹ BAG v. 13.3.1987 – 7 AZR 792/85, n.v. (juris).

⁸⁰ Vgl. BAG v. 15.3.1991 - 2 AZR 582/90, AP Nr. 28 zu § 2 KSchG 1969 = EzA § 2 KSchG Nr. 16 mit Anm. Rieble; BAG v. 24.4.1997 - 2 AZR 352/96, AP Nr. 42 zu § 2 KSchG 1969 = EzA § 2 KSchG Nr. 26 mit Anm. Hensler; BAG v. 20.8.1998 - 2 AZR 84/98, EzA § 2 KSchG Nr. 31 mit Anm. Thüsing.

⁸¹ BAG v. 20.8.1998 - 2 AZR 84/98, AP Nr. 50 zu § 2 KSchG 1969; BAG v. 12.11.1998 - 2 AZR 91/98, AP Nr. 51 zu § 2 KSchG 1969.

⁸² BAG v. 20.8.1998 - 2 AZR 84/98, AP Nr. 50 zu § 2 KSchG 1969; BAG v. 15.5.2002 – 2 AZR 292/01, NZA 2003, 147; BAG v. 23.6.2005 – 2 AZR 642/04, AP Nr. 81 zu § 2 KSchG 1969; BAG v. 12.01.2006 – 2 AZR 126/05, BB 2006, 1115.

Auffassung zu Grunde, dass eine Entgeltkürzung nachhaltig in das arbeitsvertraglich vereinbarte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung eingreift, grundsätzlich einmal geschlossene Verträge aber einzuhalten sind und Geldmangel den Schuldner nicht entlastet. Regelmäßig müssen daher alle gegenüber der beabsichtigten Änderungskündigung milderen Mittel ausgeschöpft werden, zu denen etwa die Absenkung von freiwilligen Zulagen, Rationalisierungsmaßnahmen und sonstigen Einsparungen gehören. Geht es hingegen etwa um eine betriebliche Umorganisation, ist das BAG sehr viel großzügiger, auch wenn die darauf gestützte Änderungskündigung eine erhebliche Verminderung des Arbeitsentgelts mit sich bringt. So hat es in seinem Urteil vom 22.4.2004⁸³ eine mit der Änderungskündigung beabsichtigte Herabsetzung der Arbeitszeit von 40 auf 20 Stunden pro Woche mit der Begründung gebilligt, die Umorganisation beruhe auf einer nur sehr beschränkt nachprüfaren unternehmerischen Entscheidung.

Eine Ausnahme von diesen strengen Grundsätzen gilt nur bei Änderungskündigungen zur Änderung vertraglicher Nebenabreden: Ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Änderung der Arbeitsbedingungen kann hier schon in Betracht kommen, wenn die Parteien eine Nebenabrede zum Arbeitsvertrag vereinbart haben, die an Umstände anknüpft, die erkennbar nicht während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses gleich bleiben müssen.⁸⁴

Eine so begründete betriebliche Änderungskündigung ist schließlich nur dann wirksam, wenn sich der Arbeitgeber bei einem an sich anerkennenswerten Anlass darauf beschränkt hat, lediglich solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss.⁸⁵ Der Arbeitgeber ist daher regelmäßig verpflichtet, bei der Kürzung des Entgelts innerhalb des Betriebes Gleichbehandlungsgesichtspunkte zu berücksichtigen; der Arbeitnehmer muss es billigerweise nicht hinnehmen, dass der Arbeitgeber bei wirtschaftlichem Verlust ohne sachlichen Grund einen Arbeitnehmer herausgreift, ebenso wenig wie Einkommensminderungen auf Dauer, wenn der Arbeitgeber nur einen vorübergehenden Betriebsverlust zum Anlass der Kündigung nimmt.⁸⁶

b) Besonderheiten des öffentlichen Dienstes - auch für die Kirchen

Die aufgezeigten Maßstäbe gelten grundsätzlich auch für Änderungskündigungen im öffentlichen Dienst. Allerdings geht es hier nicht um die Frage, ob dem Staat ohne Ausspruch der Änderungskündigung der Ruin droht, oder ob der betroffene Bereich des öffentlichen Dienstes unrentabel arbeitet – denn ganz überwiegend finanziert sich die öffentliche Hand nicht aus Gebühren für ihre Tätigkeit, sondern aus Steuermitteln, so dass eine auf das Arbeitsverhältnis abstellende

⁸³ BAG v. 23.11.2000 - 2 AZR 547/99, AP Nr. 62 zu § 2 KSchG 1969.

⁸⁴ BAG v. 27.3.2003 - 2 AZR 74/02, AP Nr. 72 zu § 2 KSchG 1969.

⁸⁵ Vgl. etwa BAG v. 15.3.1991 - 2 AZR 582/90, AP Nr. 28 zu § 2 KSchG 1969 m.w.N.; BAG v. 24.4.1997 - 2 AZR 352/96, AP Nr. 42 zu § 2 KSchG 1969 = EzA § 2 Nr. 26 mit Anm. *Henssler*.

⁸⁶ BAG v. 20.8.1998 - 2 AZR 84/98, EzA § 2 KSchG Nr. 31 unter II. 1. e) der Gründe.

Rentabilitätsprüfung ins Leere greift. Dies entbindet den Staat allerdings nicht von seiner Pflicht, mit Haushaltsmitteln sparsam zu wirtschaften, so dass hierdurch eine Änderungskündigung bedingt sein kann.⁸⁷

Trotz dieser Modifikationen ist das BAG jedoch auch im Bereich des öffentlichen Dienstes eher zurückhaltend bei der Rechtfertigung von Änderungskündigungen zur Entgeltreduzierung.⁸⁸ Ob der Arbeitnehmer die vorgeschlagenen Änderungen billigerweise hinnehmen muss, richtet sich hier ebenfalls maßgeblich nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁸⁹

Von den dargelegten Grundsätzen macht die Rechtsprechung letztlich auch für den kirchlichen Bereich keine Abstriche.⁹⁰ Zwar kommt dem Gebot der sparsamen und wirtschaftlichen Verwendung finanzieller Mittel auch hier maßgebliche Bedeutung zu; denn die Kirchen, die Caritas und die Diakonie üben – ähnlich wie der Staat – Tätigkeiten aus, die gemeinnützig zum Wohle Dritte nicht einzig an den Maßstäben der Rentabilität gemessen werden können, so dass allein der Umstand, dass dieser Dienst überdurchschnittliche Lohnkosten verursacht, ggf. eine Absenkung des Lohnniveaus rechtfertigen kann, unabhängig von der Rentabilität des Betriebes. Ansonsten bleibt es jedoch auch hier bei den allgemeinen Grundsätzen, so dass eine Änderungskündigung um so eher erfolgreich sein wird, als der Dienstgeber darlegen kann, dass dadurch Beendigungskündigungen und die Schließung von Sozialeinrichtungen verhindert werden können.

c) Das Urteil des BAG zum *Equal Pay*-Gebot

Anhaltspunkte für die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit einer Änderungskündigung zum Zwecke der Umstellung von BAT auf TVöD kann auch die Entscheidung des BAG zur Änderungskündigung wegen Neufassung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) liefern.⁹¹ Das BAG erachtete allein die Absicht des Arbeitgebers, die Arbeitsbedingungen an eine neue gesetzliche Regelung anzupassen, die die Möglichkeit vorsieht, durch Parteivereinbarung einen geringeren (tariflichen) Lohn festzulegen, als er dem Arbeitnehmer bisher gesetzlich oder vertraglich zustand, nicht als hinreichenden Rechtfertigungsgrund für eine Änderungskündigung. Auch das Ziel einheitliche Arbeitsbedingungen zu schaffen, reiche zur Begründung einer Änderungskündigung nicht aus. Ebenso wie allein die Änderung der Beschäftigungslage kein dringendes betriebliches Erfordernis darstelle, stelle auch die Neufassung des AÜG kein solches dar. Eine Änderungskündigung könne daher nur unter den von der Rechtsprechung aufgestellten engen Voraussetzungen für eine Änderungskündigung zur Entgeltkürzung vorgenommen werden.

⁸⁷ BAG v. 26.1.1995 – 2 AZR 371/94, NZA 1995, 626, 628.

⁸⁸ BAG v. 26.1.1995 – 2 AZR 371/94, NZA 1995, 628.

⁸⁹ BAG v. 26.1.1995 – 2 AZR 371/94, NZA 1995, 628.

⁹⁰ S. BAG v. 25.10.2001 – 2 AZR 216/00, NZA 2002, 1000.

⁹¹ BAG v. 12.1.2006 - 2 AZR 126/05, NZA 2006, 587.

d) Schlussfolgerungen

Überträgt man die vom BAG angestellten Erwägungen auf die vorliegende Problematik, so scheidet auch hier das Instrument der Änderungskündigung zur Anpassung der Arbeitsbedingungen an den öffentlichen Dienst aus. Allein die Einführung eines neuen Tarifsystems für den öffentlichen Dienst ist nicht geeignet, ein dringendes betriebliches Erfordernis zu begründen, das das Beschäftigungsbedürfnis für den betreffenden Arbeitnehmer zu den bisherigen Vertragsbedingungen entfallen lässt.⁹² Der Arbeitgeber bleibt daher an den geschlossenen Arbeitsvertrag gebunden, sofern nicht die von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien für eine Änderungskündigung zur Entgeltkürzung vorliegen. Die Umstellung im öffentlichen Dienst von BAT auf TVöD wurde u.a. mit Blick auf damit verbundene mögliche Effizienzsteigerungen und Kostensenkungen vollzogen; eine drohende Zahlungsunfähigkeit oder die Stilllegung öffentlicher Betriebe sollte hierdurch nicht verhindert werden, so dass insofern Änderungskündigungen nicht zu rechtfertigen sind. Ob im kirchlichen Dienst die Umstellung von BAT auf TVöD zur Abwendung einer akuten Gefahr für die Existenz einzelner Einrichtungen oder für den Bestand von Arbeitsplätzen notwendig ist, kann pauschal nicht beantwortet werden. Eine flächendeckende Aussage hierzu ist nicht möglich. Vielmehr ist insoweit auf die finanzielle Situation im jeweiligen Bistum abzustellen und die von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze für den jeweiligen Einzelfall zu prüfen. Allerdings sind hier wie dargelegt strenge Maßstäbe anzulegen, so dass in der Regel Änderungskündigungen zur Einführung des TVöD ausgeschlossen sein werden.

IV. Ergebnis

Das Gesagte lässt sich damit im Hinblick auf die eingangs gestellten Fragen wie folgt zusammenfassen:

1. Der Verweis in den bisherigen KODA-Regelungen bzw. den Arbeitsverträgen auf den BAT Bund/Land oder Kommunal führt nicht automatisch zu einer Verweisung auf den entsprechenden TVöD. Eine an Wortlaut gemäß §§ 133, 157 BGB und dem Zweck der Klauseln orientierte Auslegung rechtfertigt nicht die Annahme einer automatischen Verweisung. Die durch die Umstellung von BAT auf TVöD entstandene Lücke kann sinnvollerweise nur durch die Inbezugnahme der letzten geltenden Fassung des BAT geschlossen werden. Der damit einhergehende Verlust der ehemaligen Dynamik der Bezugnahme ist als notwendige Folge der Ablösung durch den TVöD hinzunehmen. Auch die jüngst ergangene Rechtsprechung des BAG zur Auslegung dynamischer

⁹² BAG v. 23.6.2005 – 2 AZR 642/04, NZA 2006, 92; BAG v. 12.1.2006 – 2 AZR 126/05, NZA 2006, 587.

Bezugnahmeklauseln stützt dieses Ergebnis. Dem Wortlaut der Klausel kommt hiernach ausschlaggebende Bedeutung zu. Kommt der Wille auch zukünftige Tarifentwicklungen berücksichtigen zu wollen, in der Klausel selbst oder den Begleitumständen nicht hinreichend klar zum Ausdruck, so muss sich der Arbeitgeber im Hinblick auf § 305c Abs. 2 BGB an seiner Formulierung - jedenfalls bei arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln - festhalten lassen.

2. Die bloße Inbezugnahme des BAT „in seiner jeweils geltenden Fassung“ beziehungsweise der ihn „ergänzenden und ändernden Tarifverträge“ reicht für die Annahme eines Verweises auf den TVöD nicht aus. Hierfür bedürfte es einer Klausel, die die Ablösung des BAT insgesamt mit in den Verweis einbezieht, wie dies durch die Formulierung „...nach dem BAT in seiner jeweils geltenden Fassung und den diesen ergänzenden, ändernden oder *ersetzenden* Tarifverträgen...“ zum Ausdruck kommt.
3. Hinsichtlich der Reichweite der Inbezugnahme macht es keinen Unterschied, ob eine KODA eine dynamische Verweisung auf den gesamten BAT oder etwa nur auf Teile des BAT vorgenommen hat. Gerade bei der Teilverweisung ist vielmehr davon auszugehen, dass der BAT weiterhin Bezugnahmeobjekt bleiben soll. Denn hier hat der Arbeitgeber ganz bewusst in Ansehung einzelne Regelungen auf das konkret in Bezug genommene Tarifwerk verwiesen. Hier einen automatischen Verweis auf die entsprechenden Regelungen des TVöD anzunehmen erscheint daher nicht sachgerecht. Man wollte sich augenscheinlich nur an das binden, was man in seinen groben Konturen abschätzen kann, nicht aber an das, was an die Stelle des Bekannten treten könnte.
4. Irrelevant ist ebenfalls, ob die betroffenen Mitarbeiter bereits vor dem Tarifwechsel im öffentlichen Dienst beschäftigt waren oder erst nach der Tarifumstellung angestellt wurden. Allein maßgeblich ist der Inhalt der Bezugnahmeklausel, der ggf. durch Auslegung zu ermitteln ist.
5. Den im KODA-System vereinbarten Bedingungen für die Arbeitsverhältnisse der Kirchenbediensteten kommt nach ständiger und jüngst ausdrücklich bestätigter Rechtsprechung keine normative Wirkung zu. Daher entfalten sie nur Wirksamkeit, sofern eine individualvertragliche Bezugnahme vorliegt. Demzufolge werden bei einem entsprechendem Beschluss der KODA auch nur die Arbeitsverhältnisse mit „KODA In Bezugnahme-Klausel“ auf den TVöD umgestellt.
6. Zur Anpassung der Arbeitsverhältnisse an die durch die Tarifumstellung im öffentlichen Dienst veränderten Umstände kommen Änderungskündigungen in der Regel nicht in Betracht. Sie sind an den von der Rechtsprechung aufgestellten engen Voraussetzungen zur Zulässigkeit von Änderungskündigungen zur Leistungskürzung zu messen. Hierbei kommt es maßgeblich auf die finanziellen Verhältnisse des jeweiligen Bistums an. Auch eine Anpassung der Arbeitsbedingungen nach den Grundsätzen über den Wegfall der

Geschäftsgrundlage scheidet aus. Ungeachtet der Subsidiarität dieses Rechtsinstituts gegenüber der Beendigungskündigung fehlt es an der Unzumutbarkeit des Festhaltens an den bisherigen Vertragsbedingungen für den Arbeitgeber. In Betracht kommt daher nur eine einvernehmliche Vertragsänderung zwischen den Arbeitsvertragsparteien zur Umstellung auf den TVöD.

7. Sind Änderungskündigungen grundsätzlich zur Umstellung der Arbeitsverhältnisse von BAT auf TVöD nicht zulässig, so muss dies erst recht für unkündbare Arbeitsverhältnisse gelten. Es besteht kein Grund den Kündigungsschutz hier ins Leere laufen zu lassen, wenn bereits im „normalen“ Arbeitsverhältnis dem Arbeitgeber die Kündigung zur Anpassung an das neue Tarifsysteem verwehrt ist.
8. Dem Bischof ist eine Umstellung auf den TVöD durch einseitige Festlegung außerhalb des Wegs der Änderungskündigung nicht möglich. Änderungsvereinbarungen mit den Arbeitnehmern wären zwar arbeitsrechtlich wirksam, jedoch kirchenrechtlich klar unzulässig.

Bonn, den

(Professor Dr. Gregor Thüsing LL.M.)