

BAG

11.2.2009

10 AZR 222/08

Sonderzahlung - Bezugnahme auf ein einseitiges Regelungswerk des Arbeitgebers - Änderungsvorbehalt

1. Die in einem Arbeitsvertrag festgehaltene Bezugnahme auf die "jeweilige" Fassung eines einseitig vom Arbeitgeber vorgegebenen Regelungswerks (hier: Arbeits- und Sozialordnung) und die in der Arbeits- und Sozialordnung formulierte Gültigkeitsdauer bis zum Erlass einer neuen Arbeits- und Sozialordnung stellen inhaltlich ein Vertragsveränderungsrecht des Arbeitgebers dar.

2. Nach § 308 Nr 4 BGB ist die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders unwirksam, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist. Dies ist nur dann der Fall, wenn für die Änderung ein triftiger Grund vorliegt und dieser bereits in der Änderungsklausel beschrieben ist (vergleiche BAG vom 12. Januar 2005, 5 AZR 364/04) (hier: Unwirksamkeit des einseitig vorbehaltenen Abänderungsvorbehalts des Arbeitgebers, da nahezu alle Bedingungen des Arbeitsverhältnisses von einer möglichen Änderung betroffen sind und kein triftiger Grund für mögliche Änderungen genannt oder beschrieben ist).

3. Es spricht viel dafür, dass eine ergänzende Vertragsauslegung ausscheidet, wenn der Arbeitgeber nicht versucht hat, die unwirksame Bezugnahmeklausel mit den Mitteln des Vertragsrechts innerhalb der vom Gesetzgeber eingeräumten Übergangsfrist bis zum 1. Januar 2003 wirksam zu gestalten (in diesem Fall offen gelassen, da es keine Möglichkeit gibt, den Vertrag und die Jeweiligkeitsklausel so anzupassen, dass sie klar, verständlich, widerspruchsfrei, transparent und angemessen sind).

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 22. Februar 2008 - 3 Sa 333/07 - wird zurückgewiesen.

2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Tatbestand

Die Parteien streiten über ein Weihnachtsgeld für das Jahr 2005.

Die Klägerin ist seit dem 1. Mai 1995 bei der Beklagten, die ein Klinikum betreibt, als Krankenschwester tätig, zuletzt mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 30,5 Stunden und einem Bruttoentgelt von 2.375,00 Euro monatlich. Im Anstellungsvertrag vom 30. Januar/2. Februar 1995 ist ua. geregelt:

"Zwischen ... wird nachfolgender Arbeitsvertrag abgeschlossen.

Bestandteil dieses Arbeitsvertrages ist die Arbeits-/Sozialordnung in der jeweils gültigen Fassung. Die zur Zeit gültige Fassung - Arbeits- und Sozialordnung 1995 - ist in der Anlage beigefügt.

1. Beginn ...

2. Arbeitsbeginn ...

3. Arbeitszeit (s. auch §§ 13/14 Arbeits-/Sozialordnung)

Die regelmäßige Arbeitszeit beträgt durchschnittlich 38,5 Stunden wöchentlich an 5/6 Tagen pro Woche je nach Dienstanteilen. ...

4. Vergütung und Lohn: (s. auch §§ 16/17/27 Arbeits-/Sozialordnung)

Für seine Tätigkeit erhält der Mitarbeiter eine feste Monatsvergütung/Lohn iHv. DM 3.500,00 brutto pro Monat.

...

9. Arbeits- und Sozialordnung

Der Mitarbeiter bestätigt ausdrücklich, die oben angeführte Arbeits-/Sozialordnung erhalten zu haben. Es besteht Einigkeit darüber, dass diese Arbeits-/Sozialordnung Bestandteil dieses Vertrages ist, soweit nicht eine Abweichung hiervon schriftlich vereinbart wurde.

11. Änderungen und Ergänzungen:

Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Rechtsgültigkeit der schriftlichen Vereinbarung. ..."

Der dem Arbeitsvertrag der Klägerin beigelegten "Arbeits- und Sozialordnung 1995" (ASO 1995) ist folgende Präambel vorangestellt:

"Die nachstehende Arbeits- und Sozialordnung soll der Gleichbehandlung aller Mitarbeiter, einem harmonischen Zusammenleben innerhalb der Betriebsgemeinschaft, der Gewährleistung einer stetigen Leistungsbereitschaft und optimalen Aufgabenerfüllung der Klinik dienen."

In den folgenden 32 Paragraphen sind umfangreiche Regelungen für das Arbeitsverhältnis enthalten, zB die Dauer der Probezeit, Gesundheitsschutz, Unfallverhütung, Schutz- und Berufskleidung, Schweigepflicht, Nebentätigkeiten, Arbeitsversäumnis, Arbeitszeit, Mehrarbeit und Überstunden, Zuschläge, Kündigungsfristen, Dauer und Modalitäten des Erholungsurlaubs, betriebliche Altersversorgung, Freistellungen, Arbeitgeberanteile zur Kranken- und Rentenversicherung und Ausschlussfristen.

In § 27 der ASO 1995 ist geregelt:

"Es wird ein Weihnachtsgeld in Höhe einer Monatsvergütung zum 30. November eines Jahres bezahlt, sofern sich der Mitarbeiter zu diesem Zeitpunkt in ungekündigtem Arbeitsverhältnis befindet.

Der Mitarbeiter, der im laufenden Kalenderjahr nicht für alle Kalendermonate einen Anspruch auf Vergütung aus einem Arbeitsverhältnis hat, erhält ein gekürztes Weihnachtsgeld. Dieses beträgt für jeden Kalendermonat, für den ein Anspruch auf Vergütung besteht, ein Zwölftel der Monatsvergütung nach § 16 Abs. 1.

Zu den durchschnittlichen festen Monatsbezügen zählen ...

Zeiten, in denen der Bezug von Arbeitslohn entfallen ist, mindern das Weihnachtsgeld entsprechend, z.B. unbezahlter Urlaub, Wehrdienst, Wehrdienstübungen, unentschuldigte Fehlzeiten, Zeiten ohne Lohnfortzahlung, Erziehungsurlaub.

Mitarbeiter, die innerhalb von 3 Monaten nach Erhalt des Weihnachtsgeldes kündigen oder vor dem 31. März des Folgejahres aus dem Betrieb ausscheiden, müssen das erhaltene Weihnachtsgeld zurückzahlen."

§ 32 der ASO 1995 enthält folgende Regelung:

"Diese Arbeits-/Sozialordnung gilt bis zur Vereinbarung einer jeweils neuen Fassung."

In der von der Beklagten erlassenen ASO 1996 regelt § 25 das Weihnachtsgeld ähnlich wie die Vorgängerregelung, modifiziert es jedoch im Hinblick auf die Festlegung der Oktobervergütung als Bezugsmonat. Seit April 1995 wird in Abweichung zu § 5 der ASO 1995 eine monatliche Pauschale für Schutzkleidung an die Mitarbeiter gezahlt, auch an die Klägerin. Weiterbildungsmaßnahmen werden ebenfalls abweichend zur ASO 1995 durchgeführt. § 29 ASO 1996 regelt, dass sie mit der Unterzeichnung in Kraft trete und bis zum Erlass einer neuen Ordnung Gültigkeit behalte.

Im Jahr 1999 wurden Betriebsvereinbarungen über bestimmte Regelungsbereiche geschlossen, etwa über Arbeitszeit, Überstunden und Zuschläge. Seit 2002 gilt eine Betriebsvereinbarung über Urlaub und Sonderurlaub, die auch den Umfang des Erholungsurlaubs regelt. Spätestens ab dem Jahr 2000 vereinbart die Beklagte die Arbeitsbedingungen ihrer Mitarbeiter umfassend im Text des jeweiligen Arbeitsvertrags. In diesen Arbeitsverträgen ist hinsichtlich der Weihnachtsgratifikation auszugsweise Folgendes geregelt:

"(1) Der Arbeitnehmer erhält eine Weihnachtsgratifikation, deren Höhe vom Arbeitgeber jährlich neu festgelegt wird.

Im Jahr der Einstellung erhält der Arbeitnehmer die Gratifikation in Höhe von je 1/12 pro Beschäftigungsmonat.

(2) Die Zahlung der Weihnachtsgratifikation sowie die Zahlung etwaiger sonstiger freiwilliger Sonderleistungen liegt im freien Ermessen des Arbeitgebers und erfolgt ohne Anerkennung einer Rechtspflicht. Insbesondere begründet auch eine mehrmalige Zahlung ohne ausdrücklichen Vorbehalt der Freiwilligkeit keinen Rechtsanspruch auf künftige Zahlungen.

(3) ..."

Die Geltung der Arbeits- und Sozialordnung ist in diesen Verträgen ausdrücklich ausgeschlossen.

Mit Wirkung zum 1. Januar 2005 erließ die Beklagte eine neue Arbeits- und Sozialordnung. Diese sieht in § 12 vor, dass die Zahlung der Weihnachtsgratifikation, deren Höhe im Text nicht bestimmt ist, im freien Ermessen des Arbeitgebers liegt und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht erfolgt. Darüber hinaus enthält die ASO 2005 ua. den Wegfall von Kosten der Berufskleidung, den Wegfall von Mehrarbeits- und Feiertagszuschlägen, eine Minderung künftiger Jubiläumszulagen und eine Veränderung der Urlaubsansprüche.

Die Klägerin hat im Jahr 2005 kein Weihnachtsgeld erhalten.

Mit ihrer am 31. März 2006 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat sie unter Hinweis auf die ASO 1995 ein Weihnachtsgeld für das Jahr 2005 iHv. 2.375,00 Euro verlangt.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die ASO 1995 sei weiterhin auf ihr Arbeitsverhältnis anwendbar. Die Bezugnahme auf die "jeweils" geltende Fassung stelle einen Änderungsvorbehalt dar, der einer Überprüfung gem. den §§ 307, 308 Nr. 4 BGB nicht Stand halte. Voraussetzungen und Umfang der vorbehaltenen Änderungen seien nicht hinreichend konkretisiert. Die Bezugnahme verstoße auch gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Präambel enthalte keine Voraussetzungen für Änderungen bzw. den Ersatz der jeweiligen ASO. Weder eine geltungserhaltende Reduktion noch eine ergänzende Vertragsauslegung kämen in Betracht.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 2.375,00 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 30. November 2005 zu zahlen.

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag vorgetragen,

sowohl die ASO 1995 als auch diejenige von 1996 seien wirksam durch die ASO 2005 abgelöst worden, die eine Verpflichtung zu einem Weihnachtsgeld nicht mehr vorsehe. Der Arbeitsvertrag und die Bezugnahme auf die ASO 1995 enthielten einen zulässigen einseitigen Änderungsvorbehalt, der auch einer Überprüfung nach den §§ 305 ff. BGB Stand halte. Bezugnahmen auf außerhalb des Arbeitsverhältnisses liegende Regelwerke seien möglich und sinnvoll, wodurch Arbeitsbedingungen auch nachteilig verändert werden könnten. Im Zweifel seien sie immer dynamisch. Die Änderungsmöglichkeiten beträfen nicht den Kernbereich des Arbeitsvertrags. Arbeitszeit und Vergütung seien bereits im Arbeitsvertrag festgelegt und daher nicht abänderbar. Soweit Änderungen möglich seien, blieben diese unter 25 - 30 % der Jahresvergütung. Der größte Teil der ASO habe keine wirtschaftliche Bedeutung, also keinen Leistungscharakter. Der Umfang der abänderbaren Leistungen sei eindeutig. Die Voraussetzungen der Änderung seien durch die Präambel mindestens der Richtung nach erkennbar. Jedenfalls falle die Regelung nicht vollständig weg, sondern sei im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung so zu verstehen, dass bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse auch die Sonderleistungen sich verringern könnten.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter, während die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Weihnachtsgeld für das Jahr 2005 aufgrund des Arbeitsvertrags in Verbindung mit der ASO 1995 zu.

I.

Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, dass die Regelungen der ASO 1995 zum Bestandteil des Arbeitsvertrags geworden und durch nachfolgende einseitige Regelungen nicht beseitigt worden seien. Der Vorbehalt der Bezugnahme auf die jeweils gültige Fassung stelle eine allgemeine Geschäftsbedingung dar, die einer Inhaltskontrolle nicht Stand halte. Die Klausel benachteilige die Klägerin unangemessen und sei daher nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Zwar entsprächen dynamische Bezugnahme Klauseln auf andere Regelwerke einer üblichen Technik in Arbeitsverträgen, da sie grundsätzlich im Interesse beider Parteien liegen könnten. Dies gelte jedenfalls für Kollektivvereinbarungen, weil dort eine sachgerechte Berücksichtigung der Interessen aller Vertragsparteien unterstellt werde. Dies sei aber bei einseitig gesetzten Arbeitsbedingungen anders. Über § 32 ASO 1995 hätten wesentliche Bedingungen des Arbeitsverhältnisses abgeändert werden können, zB die Arbeitszeit, was auf die Höhe des Vergütungsanspruchs Einfluss habe, die Zuschläge und die Urlaubsdauer. Dadurch werde der Kündigungsschutz nach § 2 KSchG umgangen. Eine geltungserhaltende Reduktion auf einen zulässigen Freiwilligkeitsvorbehalt komme nicht in Betracht, ebenfalls keine ergänzende Vertragsauslegung, weil die Beklagte

nicht versucht habe, während der Übergangsfrist den Vertrag anzupassen. Die Absicht, die Mitarbeiter gleich zu behandeln, lasse die Änderungen der ASO 2005 nicht zu. Die Vertragsfreiheit habe Vorrang. Eine konkludente Vertragsänderung sei nicht zustande gekommen.

II.

Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts halten im Ergebnis den Angriffen der Revision Stand. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, dass der Anspruch der Klägerin aus dem Eingangssatz des Arbeitsvertrags folgt, der die ASO 1995 in Bezug nimmt. Diese regelt in § 27 das hier streitige Weihnachtsgeld. Der Anspruch ist durch nachfolgende Arbeits- und Sozialordnungen nicht beseitigt worden.

1. Die Beklagte rügt erfolglos, dass das Landesarbeitsgericht "unstreitigen" Vortrag übergegangen habe, indem es von der Geltung der ASO 1995 ausgegangen sei. Zwar hatte die Klägerin zweitinstanzlich die Auffassung des Arbeitsgerichts nicht mehr problematisiert, das den Anspruch aus § 25 der ASO 1996 hergeleitet hatte. Dies betrifft aber keine Tatsachen, sondern rechtliche Wertungen. Die Klägerin hat damit auch nicht mittelbar eine grundsätzliche Abänderbarkeit der ASO 1995 zugestanden, vielmehr hatte sie bereits in der Klagebegründung ihren Anspruch auf die ASO 1995 gestützt und ausgeführt, dass diese Regelung nicht habe abgeändert werden können.

2. Es besteht kein Streit darüber, dass es sich bei der Bezugnahme auf die jeweils gültige Arbeits- und Sozialordnung sowie deren § 32, wonach die ASO 1995 bis zur Vereinbarung einer jeweils neuen Fassung gelte, um Allgemeine Geschäftsbedingungen iSd. §§ 305 ff. BGB handelt. Sie sind einseitig von der Beklagten vorgegeben und für eine Vielzahl von Anwendungsfällen formuliert worden. Die Bezugnahme auf die "jeweils" gültige Fassung der Arbeits- und Sozialordnung iVm. § 32 der ASO 1995 hält einer Inhaltskontrolle nicht Stand.

a) Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht die §§ 305 ff. BGB auf die hier zu beurteilenden Klauseln angewandt. Die Regelung zur Gestaltung der Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen in der zum 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Fassung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes finden gem. § 310 Abs. 4 BGB auch auf das Arbeitsrecht grundsätzlich Anwendung. § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB steht dem nicht entgegen, da es sich bei der ASO 1995 nicht um eine Kollektivvereinbarung in diesem Sinne handelt. Nur in solchen Vereinbarungen muss davon ausgegangen werden, dass die wechselseitigen Interessen der vertretenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber angemessen berücksichtigt worden sind. Gem. Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB unterliegt die Überprüfung der ASO 1995 ab dem 1. Januar 2003 der neuen Fassung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes.

b) Die im Arbeitsvertrag festgehaltene Bezugnahme auf die "jeweilige" Fassung der Arbeits- und Sozialordnung und die in § 32 der ASO 1995 formulierte Gültigkeitsdauer bis zum Erlass einer neuen Arbeits- und Sozialordnung stellen inhaltlich ein Vertragsänderungsrecht der Arbeitgeberin dar, die durch einseitig von ihr formulierte Arbeits- und Sozialordnungen die Arbeitsbedingungen abändern kann. Damit verfolgt sie das gleiche Ziel wie mit anderen Bestimmungsrechten, insbesondere der Befristung einzelner Arbeitsbedingungen und einem Widerrufsvorbehalt. Der Abänderungsvorbehalt stellt eine von Rechtsvorschriften abweichende Regelung gem. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB dar. Grundsätzlich sind Verträge bindend. Dies gehört zu den Grundelementen des Vertragsrechts.

Ob ein Widerrufsrecht wirksam ist, ist nach § 308 Nr. 4 BGB als der gegenüber § 307 BGB spezielleren Norm zu beurteilen. Da § 308 Nr. 4 BGB § 307 BGB konkretisiert, sind auch die Wertungen dieser Norm heranzuziehen. Außerdem sind nach § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen (BAG 12. Januar 2005 - 5 AZR 364/04 - BAGE 113, 140; 25. April 2007 - 5 AZR 627/06 - mwN, AP BGB § 308 Nr. 7 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 20) . Danach ist die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders unwirksam, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist. Dies ist nur dann der Fall, wenn für die Änderung ein triftiger Grund vorliegt

und dieser bereits in der Änderungsklausel beschrieben ist (BAG 12. Januar 2005 - 5 AZR 364/04 - aaO) . Das Widerrufsrecht muss wegen der unsicheren Entwicklung der Verhältnisse als Instrument der Anpassung notwendig sein (vgl. BGH 19. Oktober 1999 - XI ZR 8/99 - NJW 2000, 651) .

c) Bei der Angemessenheitskontrolle ist nicht auf die tatsächlich erfolgten Änderungen durch die einseitigen Arbeits- und Sozialordnungen der Beklagten abzustellen, sondern auf die Möglichkeiten, die die Bezugnahmeklauseln geben. Es ist - anders als bei der früheren Prüfung im Rahmen des § 242 BGB - bei zu weit gefassten Klauseln nicht mehr zu prüfen, ob der Arbeitnehmer im konkreten Fall schutzwürdig ist. Die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB zwingt zu einer generellen, typisierenden Prüfung (BAG 24. Oktober 2007 - 10 AZR 825/06 - AP BGB § 307 Nr. 32 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 26) . Die gesetzlichen Vorschriften der §§ 305 ff. BGB missbilligen bereits das Stellen inhaltlich unangemessener allgemeiner Geschäftsbedingungen, nicht erst den unangemessenen Gebrauch einer Klausel im konkreten Einzelfall. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit tragen auch solche Klauseln, die in ihrem Übermaßteil in zu beanstandender Weise ein Risiko regeln, das sich im Entscheidungsfalle nicht realisiert hat (BAG 11. April 2006 - 9 AZR 610/05 - BAGE 118, 36).

d) Danach ist der einseitig vorbehaltene Abänderungsvorbehalt der Beklagten unwirksam.

Die Beklagte hat sich vorbehalten, sämtliche Bestandteile der ASO 1995 einseitig abändern zu können. Damit sind nahezu alle Bedingungen des Arbeitsverhältnisses von einer möglichen Änderung betroffen, sowohl solche, die sich auf die Vergütung auswirken, als auch solche, die dies nicht unmittelbar tun, wie beispielsweise der Zeugnisanspruch. Betroffen ist auch die Urlaubsdauer, die sich nach der ASO 2005 um einen Tag jährlich verringert hat. Auch die Möglichkeit, die Zuschläge für Arbeit an Feiertagen, des Nachts, im Bereitschaftsdienst, im Schichtdienst uä. abzuändern, hat gerade bei einem Betrieb wie dem der Beklagten, in der rund um die Uhr gearbeitet werden muss, ganz besondere Bedeutung und wirkt sich unmittelbar auf die Vergütung aus.

aa) Weder der Arbeitsvertrag noch die ASO 1995 nennen einen triftigen Grund für die möglichen Änderungen oder beschreiben ihn. Es kann daher gar nicht beurteilt werden, ob eine Veränderung als Instrument der Anpassung notwendig sein kann.

bb) Aus der Präambel der ASO 1995 geht kein triftiger Grund für eine Abänderung hervor. Wenn die Arbeits- und Sozialordnung 1995 der "Gleichbehandlung aller Mitarbeiter" dienen soll, wird nicht einmal die Richtung deutlich, in der Änderungen möglich sein sollten. Sollte damit die Absenkung eines Vergütungsniveaus gemeint sein, wäre dies nicht hinzunehmen, denn auch im Falle der Überprüfung der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung ist es dem Arbeitgeber verwehrt, unter Berufung auf den Gleichbehandlungsgrundsatz eine (höhere) Vergütung dem Lohn der übrigen Arbeitnehmer anzupassen (BAG 1. Juli 1999 - 2 AZR 826/98 - AP KSchG 1969 § 2 Nr. 53 = EzA KSchG § 2 Nr. 35) . Das Gleiche gilt für das "harmonische Zusammenleben innerhalb der Betriebsgemeinschaft". Auch die "Gewährleistung einer stetigen Leistungsbereitschaft", die wohl diejenige der Mitarbeiter meint, beschreibt keinen Veränderungsrahmen oder -grund, ebenso wenig wie die "optimale Aufgabenerfüllung der Klinik". Insbesondere kann daraus nicht geschlossen werden, dass bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten Verschlechterungen möglich sein sollen, da die optimale Aufgabenerfüllung der Klinik nicht gleichzeitig deren wirtschaftlichen Erfolg bedeuten muss. Im Gegenteil ist es sogar denkbar, dass die Klinik besonders unwirtschaftlich arbeitet, wenn sie ihre Aufgaben, nämlich die Versorgung der Patienten, optimal erfüllt.

e) Die Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten befreit nicht von der Notwendigkeit, Gründe für eine Abänderung vertraglicher Bedingungen zu nennen und diese ggf. inhaltlich zu überprüfen. Auch wenn grundsätzlich Bezugnahmen auf andere Regelwerke in Arbeitsverträgen möglich und zulässig sind und insbesondere dynamische Bezugnahmeklauseln einer üblichen Regelungstechnik im Arbeitsvertrag entsprechen und den Interessen beider Parteien dienen können (vgl. BAG 14. März 2007 - 5 AZR 630/06 - AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 45 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 18) sind sie dennoch nicht ohne Weiteres der Inhaltskontrolle entzogen. Es ist immer zu untersuchen, ob die Interessen beider Vertragspartner ange-

messen berücksichtigt werden. Soweit es sich dabei um Kollektivvereinbarungen handelt, wird dies wegen der Parität der Verhandlungspartner vermutet (BAG 24. September 2008 - 6 AZR 76/07 -). Keine Bedenken bestehen auch bei der Bezugnahme auf beamtenrechtliche Regelungen, insbesondere wenn es sich nur um einzelne Arbeitsbedingungen handelt (BAG 14. März 2007 - 5 AZR 630/06 - aaO). Auch hier besteht eine gewisse Richtigkeits- oder Gerechtigkeitsgewähr schon dadurch, dass der Gesetz- oder Verordnungsgeber als demokratische Institution Regelungen trifft, die die Interessen der betroffenen Beamten berücksichtigt.

Soweit sich die Beklagte darauf beruft, die Bezugnahme auch auf einseitig gesetzte Regelwerke sei in der Rechtsprechung als unproblematisch anerkannt worden, so betrafen diese Fälle Zeiträume, die vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes lagen und Versorgungsordnungen bzw. Unterstützungskassen der betrieblichen Altersversorgung, deren Voraussetzungen und Abänderbarkeiten durch das BetrAVG enge Grenzen gesetzt sind (BAG 22. Februar 2000 - 3 AZR 39/99 - AP BetrAVG § 1 Beamtenversorgung Nr. 13 = EzA BetrAVG § 1 Beamtenversorgung Nr. 3; 12. Oktober 2004 - 3 AZR 432/03 - EzA BetrAVG § 1 Unterstützungskasse Nr. 13). Auch aus dem Grundsatz, dass Bezugnahmen auf andere Regelwerke wie Dienst- oder Betriebsvereinbarungen im Zweifel als dynamisch auszulegen sind (vgl. BAG 23. September 1997 - 3 AZR 529/96 - AP BetrAVG § 1 Ablösung Nr. 23 = EzA BetrAVG § 1 Ablösung Nr. 14) geht nicht hervor, dass deshalb eine Angemessenheits- und Inhaltskontrolle unterbleiben durfte.

3. Der unwirksame Änderungsvorbehalt fällt ersatzlos weg.

a) Eine geltungserhaltende Reduktion kommt nicht in Betracht. Unwirksame Klauseln sind grundsätzlich nicht auf einen mit dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu vereinbarenden Regelungsgehalt zurückzuführen. § 306 BGB sieht eine solche Rechtsfolge nicht vor. Eine Aufrechterhaltung mit eingeschränktem Inhalt wäre auch nicht mit dem Zweck der §§ 305 ff. BGB vereinbar. Das Gesetz will auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis verwendeten Geschäftsbedingungen hinwirken. Der Vertragspartner des Klauselverwenders soll den Umfang seiner Rechte und Pflichten zuverlässig erfahren und diesen nicht erst in einem Prozess klären müssen. Wer die Möglichkeit nutzen kann, die ihm der Grundsatz der Vertragsfreiheit für die Aufstellung von allgemeinen Geschäftsbedingungen eröffnet, muss auch das vollständige Risiko einer Klauselunwirksamkeit tragen. Andernfalls liefen das Benachteiligungsverbot und das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 BGB weitgehend ins Leere (BAG 24. Oktober 2007 - 10 AZR 825/06 - mwN, AP BGB § 307 Nr. 32 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 26).

b) Die arbeitsvertraglich vereinbarte Bezugnahmeklausel iVm. der Jeweiligkeitsklausel der ASO 1995 kann auch nicht im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung so gestaltet werden, dass sie einer Inhaltskontrolle Stand hielte.

Allerdings ist der Arbeitsvertrag vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geschlossen worden. Es ist in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts anerkannt, dass in solchen Altfällen Vertragsklauseln, die nach den §§ 305 ff. BGB unwirksam sind, nicht stets ersatzlos wegfallen. Eine durch den Wegfall der unwirksamen Klausel entstandene Lücke ist im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen, wenn dispositives Gesetzesrecht für den betreffenden Regelungssachverhalt nicht zur Verfügung steht und ein ersatzloser Wegfall der unwirksamen Klausel unverhältnismäßig in die Privatautonomie eingreifen und keine angemessene, den typischen Interessen der Vertragspartner Rechnung tragende Lösung bieten würde (24. Oktober 2007 - 10 AZR 825/06 - AP BGB § 307 Nr. 32 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 26; vgl. 11. Oktober 2006 - 5 AZR 721/05 - AP BGB § 308 Nr. 6 = EzA BGB 2002 § 308 Nr. 6; 19. Dezember 2006 - 9 AZR 294/06 - AP BGB § 611 Sachbezüge Nr. 21 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 17). Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt nur dann in Frage, wenn sich das Festhalten am Vertrag ohne die unwirksame Klausel für den Verwender als unzumutbare Härte iSd. § 306 Abs. 3 BGB darstellen würde oder wenn eine verfassungskonforme, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrende Auslegung und Anwendung der unwirksamen Vertragsklausel eine ergänzende Vertragsauslegung deshalb gebieten, weil die §§ 307 ff. BGB hinsichtlich der Anforderungen an wirksame

Vertragsformulierungen für Altverträge auf eine echte Rückwirkung hinauslaufen (19. Dezember 2006 - 9 AZR 294/06 - aaO) .

c) Es spricht viel dafür, dass eine ergänzende Vertragsauslegung schon deshalb ausscheidet, weil, wie das Landesarbeitsgericht ausgeführt hat, die Beklagte nicht versucht hat, die unwirksame Bezugnahme Klausel mit den Mitteln des Vertragsrechts innerhalb der vom Gesetzgeber eingeräumten Übergangsfrist bis zum 1. Januar 2003 wirksam zu gestalten. Der Neunte Senat hat in der Entscheidung vom 19. Dezember 2006 (- 9 AZR 294/06 - AP BGB § 611 Sachbezüge Nr. 21 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 17) angenommen, dass durch die Einräumung der Übergangsfrist der Gesetzgeber dem Vertrauensschutz eines Klauselverwenders in die Wirksamkeit ihrer Vertragsklauseln genügt hat. Erst in einem solchen Fall könne eine ergänzende Vertragsauslegung in Frage kommen. Hätte die Beklagte der Klägerin ein Vertragsänderungsangebot unterbreitet, das die Klausel auf ein zumutbares Maß zurückgeführt hätte, hätte die Klägerin dieses Angebot redlicherweise annehmen müssen und der Vertrag wäre nunmehr ergänzend auszulegen. Der Senat hat diese Frage im Urteil vom 24. Oktober 2007 (- 10 AZR 825/06 - AP BGB § 307 Nr. 32 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 26) offengelassen und im Urteil vom 10. Dezember 2008 (- 10 AZR 1/08 -) ausgedrückt, dass viel für diese Auffassung des Neunten Senats spreche. Wenn untersucht wird, was die Parteien redlicherweise vereinbart hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit einer Klausel bekannt gewesen wäre, kann nicht außer Acht gelassen werden, was sie mittels der Instrumente des Vertragsrechts zulässigerweise unternommen haben, so lange sie die Möglichkeit hatten, die ihnen das Gesetz bot. Unternehmen sie keine Anstrengungen, unwirksame Klauseln zu ersetzen, kann nicht ohne Weiteres auf einen hypothetischen zeitlich zurückliegenden Willen zur Ergänzung geschlossen werden.

d) Die Frage kann auch in diesem Fall letztlich dahinstehen, denn es gibt keine Möglichkeit, den Vertrag und die Jeweiligkeitsklauseln so anzupassen, dass sie klar, verständlich, widerspruchsfrei, transparent und angemessen sind.

aa) Bei der ergänzenden Vertragsauslegung ist anders als bei der geltungserhaltenden Reduktion nicht nach dem "gerade noch Zulässigen" zu suchen. Es ist zu fragen, was die Parteien vereinbart hätten, wenn ihnen die gesetzlich angeordnete Unwirksamkeit der Abänderungsklausel bekannt gewesen wäre, wobei nicht die subjektive Vorstellung einer Vertragspartei maßgeblich ist, sondern was die Parteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartei vereinbart hätten (BAG 11. Oktober 2006 - 5 AZR 721/05 - AP BGB § 308 Nr. 6 = EzA BGB 2002 § 308 Nr. 6; 12. Januar 2005 - 5 AZR 364/04 - BAGE 113, 140) . Die Antwort auf diese Frage muss innerhalb des durch den Vertrag selbst gezogenen Rahmens gesucht werden und darf nicht in Widerspruch zu dem im Vertrag ausgesuchten Parteiwillen stehen (BAG 13. November 2002 - 4 AZR 393/01 - mwN, BAGE 103, 364) .

bb) Die Beklagte ist der Ansicht, die Wirksamkeit der einseitigen Abänderungsbefugnis könne allenfalls daran scheitern, dass keine Gründe für die Abänderungen der Sonderleistungen benannt sind. Sie meint daher, dass es genüge, den Vertrag so auszulegen, dass Abänderungen bei einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse zulässig seien.

Aber auch damit lässt sich die Klausel nicht aufrechterhalten. Auch dann würde die Klägerin nämlich immer noch unangemessen benachteiligt. Dabei kommt es nicht nur auf die nunmehr streitige Abänderung der Sonderleistung "Weihnachtsgeld" an, die - isoliert betrachtet - möglicherweise unter einen Widerrufsvorbehalt aus wirtschaftlichen Gründen hätte gestellt werden können, sondern auf die gesamte Reichweite der Abänderungsklausel, wie sie der Vertrag vorsieht (vgl. BGH 14. Mai 2003 - VIII ZR 308/02 - ZIP 2003, 1301 zum Zusammenwirken mehrerer Vertragsklauseln) . Es ist aber nicht interessengerecht, wenn bis auf die im Arbeitsvertrag geregelte Grundvergütungshöhe und die Arbeitszeit nahezu sämtliche weiteren Vertragsbedingungen im einseitigen Dispositionsrecht der Beklagten stehen sollen. Sogar hinsichtlich Grundvergütung und Arbeitszeit bestehen Bedenken daran, ob diese Klauseln überhaupt klar und verständlich blieben, wenn sie im Klammerzusatz jeweils auf Vorschriften der Arbeits- und Sozialordnung Bezug nehmen, die ja gerade gem. § 32 ASO 1995 jederzeit abänderbar sein sollen. Es besteht die Gefahr, dass die Arbeit-

nehmerin Rechte nicht in Anspruch nimmt, wenn sie einerseits auf den konkreten im Arbeitsvertrag formulierten Inhalt vertrauen darf, andererseits aber durch die Bezugnahme auf die jederzeit abänderbare ASO 1995 den Eindruck gewinnen könne, auch diese Vereinbarungen stünden unter einem Änderungsvorbehalt - wenn auch aus wirtschaftlichen Gründen.

Weiterhin erscheint es als unangemessen, wenn die für die Klägerin vergütungsmäßig relevanten Zuschlagsregelungen und die Dauer des Erholungsurlaubs sich aus wirtschaftlichen Gründen verschlechtern können. Dadurch verändert sich das vertragliche Synallagma. Auch wenn in der ASO 1995 teilweise gesetzliche Verpflichtungen der Beklagten wiedergegeben werden, wie zum Gesundheitsschutz und zur Unfallverhütung, kann doch der Eindruck entstehen, auch diese Verpflichtungen lägen im Belieben der Beklagten und könnten verschlechtert oder beseitigt werden. Wenn in § 9 der ASO 1995 besondere Pflichten der Arbeitnehmer formuliert werden, die ihr Aufenthaltsrecht in bestimmten Räumen und Bereichen, die Benutzung von Örtlichkeiten des Betriebs, die Behandlung von Privateigentum, die Nutzung der Arbeitszeit für Privatarbeiten, die Nutzung der Fernsprecher uä. betreffen, erscheint es unangemessen, solche Pflichten jederzeit verändern zu können, ohne hierüber eine Übereinkunft erzielt zu haben (vgl. BAG 9. Mai 2006 - 9 AZR 424/05 - BAGE 118, 184) .

Darauf, dass nach der Rechnung der Beklagten sämtliche vergütungsrelevanten Teile der abzuändernden Leistungen nicht das Maß von 25 % der Gesamtvergütung erreichen, kommt es nicht an (vgl. dazu BAG 11. Oktober 2006 - 5 AZR 721/05 - AP BGB § 308 Nr. 6 = EzA BGB 2002 § 308 Nr. 6). Auch die nicht unmittelbar vergütungsrelevanten Bestimmungen der ASO 1995 gestalten das Arbeitsverhältnis wesentlich. Wenn sie alle jederzeit einseitig verändert werden können, sobald die Beklagte wirtschaftliche Gründe hierfür geltend machen kann, weiß der betroffene Arbeitnehmer nicht, "was auf ihn zukommt". Die Variationsbreite der möglichen Änderungen ist groß und nicht nur finanziell zu messen.

In jedem Fall ist die Anpassungs- bzw. Abänderungsklausel zu weit gefasst. Eine Reduzierung der Anpassungsklausel in der Weise, dass sie nur die Sonderleistungen Weihnachtsgeld oder Jubiläumsgeld betreffen sollte, scheidet aus. Ließe man eine derartig weit gefasste einseitige Vertragsänderungsbefugnis der Beklagten zu, liefe auch die von den Parteien vorgesehene Schriftformklausel für Änderungen leer.

Es kommt daher auch nicht darauf an, dass mittlerweile von der Beklagten eine "Klinikprämie" gezahlt wird und dass mit anderen Arbeitnehmern Vertragsbedingungen im Wege einzelvertraglicher Gestaltungen getroffen worden sind. Wenn die Beklagte die Arbeitsvertragsbedingungen der Klägerin anpassen möchte, ist sie auf die üblichen arbeitsvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten zu verweisen, nämlich einvernehmliche Änderungen oder Änderungskündigung.