

Die Begründung ausdrücklich rechtsprechungsändernder Entschei- dungen des Bundesarbeitsgerichts

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades

doctor iuris (Dr. iur.)

vorgelegt dem Fakultätsrat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der

Friedrich-Schiller-Universität Jena

von Vera Hennig

geboren am 12.12.1983

in Erlenbach am Main

Gutachter:

- | | |
|---------------------------|-----------------------------------|
| 1. Gutachter (Referent) | Prof. Dr. Christian Fischer, Jena |
| 2. Gutachter (Koreferent) | Prof. Dr. Achim Seifert, Jena |
| 3. Prüfer | Prof. Dr. Heiner Alwart, Jena |

Tag der Disputation: 09.12.2013

Meinen Eltern

Kurzübersicht

§ 1 Einleitung

A. Ziele der Arbeit.....	1
B. Stand der Forschung.....	1
C. Untersuchungsgegenstand.....	1
D. Verlauf der Darstellung.....	2

§ 2 Vorüberlegungen

A. Der Begriff der Rechtsprechungsänderung.....	3
I. Allgemeine Definition	3
II. Gegenstandsspezifische Definitionen	3
III. Die Rechtsprechungsänderung i.S.d. vorliegenden Arbeit.....	5
B. Die Befugnis zur Rechtsprechungsänderung.....	6

§ 3 Analyse

A. Die Häufigkeit ausdrücklicher Rechtsprechungsänderungen beim Bundesarbeitsgericht.....	7
I. Vorhaben	7
II. Untersuchungsgegenstand.....	7
1. Konzentration auf ausdrückliche Rechtsprechungsänderungen.....	8
2. Konzentration auf das Bundesarbeitsgericht	8
3. Konzentration auf den Zeitraum von fünfzehn Jahren ab 1995.....	8
III. Methode	8
1. Recherche	8
2. Auswertung	10
IV. Ergebnisse	20
V. Diskussion.....	21
B. Inhaltliche Analyse der ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen.....	22
I. Die Rechtsprechungsänderung in den Entscheidungselementen.....	23
1. Rechtsprechungsänderung in Leitsätzen und Hinweisen des Senats	23
2. Rechtsprechungsänderung und Tatbestand	23
3. Rechtsprechungsänderung und Entscheidungsgründe.....	24
II. Die Rechtsprechungsänderung in den Entscheidungsgründen.....	24

1. Die Begründung der Rechtsprechungsänderung	25
a. Entscheidungsregel- und Auswahlbegründung	26
b. Änderungsbegründung.....	32
c. Zusammenfassung	44
2. Die Behandlung von Rückwirkung und Vertrauensschutz	46
a. Untersuchung der Vertrauensschutz behandelnden Entscheidungen.....	47
b. Untersuchung der Vertrauensschutz nicht behandelnden Entscheidungen	67
c. Zusammenfassung	90
3. Die Behandlung der Vorlagepflicht	92
a. Ausnahmen von der Pflicht zur Divergenzvorlage	93
b. Analyse der Entscheidungen des untersuchten Zeitraumes	95
c. Zusammenfassung	111
4. Ergebnis und Diskussion	113

§ 4 Begründungsempfehlung

A. Übersicht	117
B. Die einzelnen Prüfungsschritte	118
I. Änderungshinweis	118
1. Der Änderungshinweis in den Entscheidungsgründen.....	118
2. Der Änderungshinweis im Leitsatz oder im Hinweis des Senats.....	119
II. Begründung	121
1. Entscheidungsregelbegründung	121
2. Auswahlbegründung.....	122
3. Änderungsbegründung.....	123
III. Vertrauensschutz.....	124
1. Möglichkeit einer vertrauensschutzrelevanten Vertrauensbetätigung	124
2. Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes	124
3. Schutzwürdigkeit des Vertrauens.....	126
4. Umsetzungsmöglichkeiten	131
IV. Vorlagepflicht	131
1. Voraussetzungen	131
2. Ausnahmen.....	132
C. Zusammenfassung.....	132

§ 5 Thesen

A. Die Häufigkeit der Rechtsprechungsänderungen	134
B. Die Rechtsprechungsänderung in den Entscheidungsgründen	134
C. Darstellung einer Begründungsempfehlung	135

Anhänge

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung

A. Ziele der Arbeit.....	1
B. Stand der Forschung.....	1
D. Verlauf der Darstellung.....	2

§ 2 Vorüberlegungen

A. Der Begriff der Rechtsprechungsänderung.....	3
I. Allgemeine Definition.....	3
II. Gegenstandsspezifische Definitionen.....	3
III. Die Rechtsprechungsänderung i.S.d. vorliegenden Arbeit.....	5
B. Die Befugnis zur Rechtsprechungsänderung.....	6

§ 3 Analyse

A. Die Häufigkeit ausdrücklicher Rechtsprechungsänderungen beim Bundesarbeitsgericht.....	7
I. Vorhaben.....	7
II. Untersuchungsgegenstand.....	7
1. Konzentration auf ausdrückliche Rechtsprechungsänderungen.....	8
2. Konzentration auf das Bundesarbeitsgericht.....	8
3. Konzentration auf den Zeitraum von fünfzehn Jahren ab 1995.....	8
III. Methode.....	8
1. Recherche.....	8
a. Dokumentationsinhalte.....	9
b. Retrieval-System.....	9
c. Vorgehen.....	9
2. Auswertung.....	10
a. Allgemeines.....	10
b. Sonderfälle.....	12
aa. Widersprüchliche Einordnung innerhalb derselben Entscheidung.....	12
bb. Abweichungen von oder in <i>obiter dicta</i>	14
cc. Fortführung einer bereits geänderten Rechtsprechung.....	15
dd. Rechtsprechungsänderungen bei divergierender Rechtsprechung.....	16
ee. Rechtsprechungsänderungen im Divergenzverfahren.....	18

ff. Rechtsprechungsänderungen infolge einer Änderung der Gesetzeslage.....	18
gg. Rechtsprechungsänderungen aufgrund europarechtlicher Vorgaben.....	19
IV. Ergebnisse	20
V. Diskussion.....	21
B. Inhaltliche Analyse der ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen.....	22
I. Die Rechtsprechungsänderung in den Entscheidungselementen.....	23
1. Rechtsprechungsänderung in Leitsätzen und Hinweisen des Senats	23
2. Rechtsprechungsänderung und Tatbestand	23
3. Rechtsprechungsänderung und Entscheidungsgründe.....	24
II. Die Rechtsprechungsänderung in den Entscheidungsgründen.....	24
1. Die Begründung der Rechtsprechungsänderung	25
a. Entscheidungsregel- und Auswahlbegründung.....	26
aa. Quantitative Untersuchung	26
bb. Einfluss des Standortes des Änderungshinweises.....	28
cc. Die argumentative Untermauerung der neuen Entscheidungsregel.....	29
b. Änderungsbegründung.....	32
aa. Die „bessere“ und die „andere“ Erkenntnis des Rechts.....	33
(1) Die bessere Erkenntnis des Rechts	34
(2) Die andere Erkenntnis des Rechts.....	34
(3) Ergebnisse	35
(a) Fernwirkung einer geänderten Gesetzeslage	37
(b) Wandlung normrelevanter Tatsachen	38
(4) Diskussion.....	39
bb. Qualität der Gründe	40
(1) Erfordernis einer besonderen Qualität der Gründe.....	41
(2) Realisierung in der Praxis des Bundesarbeitsgerichts.....	42
(3) Diskussion.....	43
c. Zusammenfassung	44
2. Die Behandlung von Rückwirkung und Vertrauensschutz	46
a. Untersuchung der Vertrauensschutz behandelnden Entscheidungen.....	47
aa. Entscheidungsanalyse.....	48
(1) Rechtsprechungsänderungen i.S.d. statistischen Untersuchung.....	49
(a) BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95	49
(b) BAG, 23.01.2001 - 3 AZR 164/00.....	50
(c) BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05	51

(d) BAG, 22.04.2009 - 4 ABR 14/08	54
(e) BAG, 21.10.2009 - 4 AZR 396/08.....	54
(2) Ergänzende Rechtsprechungsänderungen	54
(a) BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05	54
(b) BAG, 24.03.2009 - 9 AZR 983/07.....	57
(c) BAG, 30.07.2008 – 10 AZR 606/07	58
(d) BAG, 18.03.2009 - 10 AZR 281/08.....	59
bb. Ergebnis.....	60
(1) Grundsätzliche Rückwirkung.....	60
(2) Keine Anwendung der Grundsätze zur Gesetzesrückwirkung	61
(3) Behandlung der Vertrauensschutzproblematik	62
(4) Abwägungskriterien	64
(5) Keine Bedeutung der Formel „erstrebt und erstritten“	66
(6) Zeitliche Grenzen für die Gewährung von Vertrauensschutz	66
b. Untersuchung der Vertrauensschutz nicht behandelnden Entscheidungen	67
aa. Rechtsprechungsänderungen ohne Vertrauensschutzrelevanz.....	67
(1) Keine belastenden Auswirkungen für die Parteien.....	67
(a) Weder Begründungs- noch Ergebnisrelevanz	68
(b) Keine Ergebnisrelevanz	68
(c) Keine nachteiligen Auswirkungen trotz Ergebnisrelevanz	69
(2) Unmöglichkeit vertrauensschutzrelevanter Vertrauensbetätigung	69
(a) Notwendigkeit einer vertrauensschutzrelevanten Vertrauensbetätigung	69
(aa) Die verschiedenen Äußerungsformen der Vertrauensbetätigung.....	70
(bb) Mögliche Anknüpfungspunkte für die Vertrauensschutzgewährung	71
(aaa) Die Einschätzung des Prozessrisikos.....	72
(bbb) Die Herbeiführung entscheidungsrelevanter Tatsachen	73
(b) Vertrauensschutz im Prozessrecht.....	74
(c) Fälle unmöglicher vertrauensschutzrelevanter Vertrauensbetätigung	75
(aa) Änderung von Zulässigkeitsvoraussetzungen	75
(bb) Änderungen bei Darlegungs- und Beweislastverteilung.....	76
(cc) Änderungen des revisionsrechtlichen Prüfungsumfangs	77
(dd) Änderungen einflussunabhängiger Tatbestandsvoraussetzungen	78
(aaa) Einflussunabhängige Kündigungsvoraussetzungen.....	78
(bbb) Einflussunabhängige Anspruchsvoraussetzungen	79
(ccc) Verjährungsfristen.....	80

(ddd) Änderungen bezüglich der Bewertung bestimmter Sachverhalte.....	81
(3) Änderung ohne Einfluss auf das Parteiverhalten.....	81
(4) Sonderfall: Änderungen hinsichtlich der Rechtsfolgenseite	82
(5) Ergebnis und Diskussion.....	83
bb. Rechtsprechungsänderungen mit möglicher Vertrauensschutzrelevanz	84
(1) Unwahrscheinlichkeit des Vorliegens einer Vertrauensbetätigung.....	84
(2) Unwahrscheinlichkeit der Entstehung schützenswerten Vertrauens.....	86
(3) Fehlende Darlegung der Vertrauensbetätigung	87
cc. Ergebnis.....	89
c. Zusammenfassung	90
3. Die Behandlung der Vorlagepflicht	92
a. Ausnahmen von der Pflicht zur Divergenzvorlage	93
aa. Gesetzlich normierte Ausnahmen	93
bb. Richterrechtliche Ausnahmen	94
b. Analyse der Entscheidungen des untersuchten Zeitraumes.....	95
aa. Durchführung des Divergenzverfahrens.....	96
bb. Entbehrlichkeit eines Divergenzverfahrens	97
(1) Eigendivergenz und Fremddivergenz bei Zuständigkeitswechsel.....	97
(2) Richterrechtliche Ausnahmen.....	97
cc. Entscheidungen ohne implizite oder explizite Erwähnung von Ausnahmen.....	99
(1) BAG, 23.08.1995 - 10 AZR 105/95.....	99
(2) BAG, 11.10.1995 - 10 AZR 985/94.....	100
(3) BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95.....	101
(4) BAG, 25.02.1998 - 2 AZR 226/97	102
(5) BAG, 17.09.1998 - 8 AZR 175/97.....	103
(a) Erste Rechtsprechungsänderung	104
(b) Zweite Rechtsprechungsänderung	104
(6) BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02.....	105
(a) Erste Rechtsprechungsänderung	105
(b) Zweite Rechtsprechungsänderung	106
(7) BAG, 28.04.2004 - 10 AZR 370/03.....	106
(8) BAG, 08.03.2006 - 10 AZR 349/05.....	107
(9) BAG, 28.06.2008 - 10 AZR 385/05.....	109
(10) BAG, 12.03.2008 - 4 AZR 93/07	110
c. Zusammenfassung	111

4. Ergebnis und Diskussion	113
§ 4 Begründungsempfehlung	
A. Übersicht	117
B. Die einzelnen Prüfungsschritte	118
I. Änderungshinweis	118
1. Der Änderungshinweis in den Entscheidungsgründen.....	118
2. Der Änderungshinweis im Leitsatz oder im Hinweis des Senats.....	119
a. Der Änderungshinweis im Leitsatz	120
b. Der Änderungshinweis im Hinweis des Senats	120
II. Begründung	121
1. Entscheidungsregelbegründung.....	121
2. Auswahlbegründung.....	122
3. Änderungsbegründung.....	123
III. Vertrauensschutz.....	124
1. Möglichkeit einer vertrauensschutzrelevanten Vertrauensbetätigung	124
2. Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes	124
a. Vertrauensgrundlage.....	124
b. Kenntnis der Vertrauensgrundlage	125
c. Vertrauensbetätigung.....	125
3. Schutzwürdigkeit des Vertrauens.....	126
a. Verfassungs- oder zivilrechtlicher Ansatz.....	126
b. Abwägungsgesichtspunkte.....	128
aa. Interesse der durch die Rechtsprechungsänderung belasteten Partei	129
bb. Interesse der von der Rechtsprechungsänderung begünstigten Partei.....	130
cc. Interesse der Allgemeinheit	130
4. Umsetzungsmöglichkeiten	131
IV. Vorlagepflicht	131
1. Voraussetzungen	131
2. Ausnahmen.....	132
C. Zusammenfassung.....	132
§ 5 Thesen	
A. Die Häufigkeit der Rechtsprechungsänderungen	134

B. Die Rechtsprechungsänderung in den Entscheidungsgründen	134
C. Darstellung einer Begründungsempfehlung	135

Anhänge

Anhang 1: Schriftverkehr der Verfasserin	144
Email Juris vom 06.04.2010	144
Email Juris vom 28.03.2011	145
Email Beck vom 12.04.2010	146
Schreiben des Bundesarbeitsgerichts vom 19.04.2011	147
Schreiben des Bundesarbeitsgerichts vom 15.07.2011	149
Anhang 2: Anzahl ausdrücklicher Rechtsprechungsänderungen	150
Anhang 3: Rechtsprechungsänderungen pro Senat und Jahr	151
Anhang 4: Alter der Ausgangsentscheidungen	152
Anhang 5: Übersicht über die ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen	153
Anhang 6: Verwendete Auslegungsmethoden.....	179
Anhang 7: Änderungen ohne Vertrauensschutzrelevanz.....	181
Anhang 7 a).....	181
Anhang 7 b)	182
Anhang 7 c).....	188
Anhang 7 d)	190
Anhang 7 e)	192
Anhang 7 f)	193
Anhang 7 g).....	194
Anhang 7 h)	197
Anhang 7 i).....	198
Anhang 7 j).....	199
Anhang 7 k).....	199
Anhang 7 l).....	200
Anhang 8: Änderungen mit möglicher Vertrauensschutzrelevanz	201
Anhang 8 a).....	201
Anhang 8 b)	208
Anhang 8 c) aa).....	211
Anhang 8 c) bb)	212
Ehrenwörtliche Erklärung.....	219

§ 1 Einleitung

A. Ziele der Arbeit

Die vorliegende Arbeit untersucht die Begründung rechtsprechungsändernder Entscheidungen und beinhaltet zwei Schwerpunkte. In einem ersten, deskriptiven Teil geht es um eine Untersuchung änderungsspezifischer Inhalte der Entscheidungsgründe ausdrücklich rechtsprechungsändernder Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts. Unter Berücksichtigung der dadurch gewonnenen Erkenntnisse wird im zweiten Teil eine Begründungsempfehlung für Rechtsprechungsänderungen gegeben.

B. Stand der Forschung

Rechtsprechungsänderungen waren in der Vergangenheit schon vielfach Gegenstand juristischer Betrachtungen. Es ging dabei in erster Linie um die Themen Rückwirkung und Vertrauensschutz¹, die Erarbeitung von Prognosemöglichkeiten² oder um methodologische Untersuchungen zu Erscheinungsformen und Strukturen von Rechtsprechungsänderungen³. Hierfür wurde teilweise auch eine große Anzahl von Rechtsprechungsänderungen inhaltlich ausgewertet.⁴

Soweit ersichtlich, steht eine Untersuchung der Begründung rechtsprechungsändernder Entscheidungen, das heißt ihres Aufbaus und ihrer Inhalte, allerdings noch aus. Und obwohl es im Bereich der Begründungslehre mittlerweile eine Vielzahl juristischer Veröffentlichungen gibt, ist bisher keine Begründungsempfehlung für Rechtsprechungsänderungen entwickelt worden. Diese Lücken zu schließen ist Anliegen der vorliegenden Arbeit.

C. Untersuchungsgegenstand

Die Begrenzung der Untersuchung auf ausdrücklich rechtsprechungsändernde Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts hat zwei Gründe. Sie konzentriert sich auf ausdrückliche Rechtsprechungsänderungen, weil gerade bei diesen vom Vorliegen änderungsspezifischer Begründungsmuster ausgegangen wurde. Das Bundesarbeitsgericht wurde aufgrund der Behauptung ausgewählt, es würde

¹ *Reinicke*, MdR 1956, 324; *Knittel*, Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1965; *Grunsky*, Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1970; *Haffke*, Das Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG bei Änderung der Rechtsprechung zum materiellen Recht, 1970; *Canaris*, SAE 1972, 22; *Ossenbühl*, DÖV 1972, 25, 33 f.; *Buchner*, Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, 1973, S. 175; *Wipprecht*, Die Änderung der Rechtsprechung mit Wirkung nur für künftige Fälle, 1973; *Arndt*, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974; *Viets*, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz, 1976; *Rüberg*, Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1977; *Olzen*, JZ 1985, 155; *Blomeyer*, Festschrift für Karl Molitor zum 60. Geburtstag, 1988, S. 41; *Robbers*, JZ 1988, 481; *Probst*, Die Änderung der Rechtsprechung, 1993, S. 438 ff; *Berdesinski*, Die rückwirkende Änderung der Rechtsprechung, 1994; *Medicus*, NJW 1995, 2577; *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996; *Lübbe*, Grenzen der Rückwirkung bei Rechtsprechungsänderungen, 1998; *Stüsser*, Rückwirkende Rechtsprechungsänderungen im Zivilrecht, 1998; *Hagen*, Festschrift für Karlmann Geiß, 2000, S. 97; *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 363 ff.

² *Keil*, Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen, 2007.

³ *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011; *Probst*, Die Änderung der Rechtsprechung, 1993.

⁴ *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011; für das schweizerische Recht *Probst*, Die Änderung der Rechtsprechung, 1993.

häufiger als andere Bundesgerichte ausdrückliche Rechtsprechungsänderungen vornehmen⁵ und einen freieren Umgang mit Normtext und Präjudizien pflegen.⁶ Damit sollten sich ausdrückliche Rechtsprechungsänderungen des Bundesarbeitsgerichts sehr gut für eine umfassende Untersuchung eignen.

D. Verlauf der Darstellung

Nach einigen Vorüberlegungen zum Thema (§ 2) wird zunächst eine Analyse ausdrücklicher bundesarbeitsgerichtlicher Rechtsprechungsänderungen erfolgen (§ 3). Sie besteht aus einer statistischen und inhaltlichen Untersuchung der ausdrücklich rechtsprechungsändernden Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts. Hierfür werden sämtliche ausdrückliche Rechtsprechungsänderungen des Bundesarbeitsgerichts über einen Zeitraum von fünfzehn Jahren ab dem 01.01.1995 ausgewertet. Anschließend wird eine Empfehlung zum Aufbau der Begründung rechtsprechungsändernder Entscheidungen vorgestellt (§ 4). Im letzten Abschnitt werden die Thesen der Arbeit noch einmal kurz zusammengefasst (§ 5).

⁵ *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 26.

⁶ *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 184, mit Verweis auf *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 1998, § 6 V. 2. (S. 80).

§ 2 Vorüberlegungen

A. Der Begriff der Rechtsprechungsänderung

Bevor auf das eigentliche Thema der Arbeit eingegangen wird, ist zu klären, was unter einer „Rechtsprechungsänderung“⁷ im Allgemeinen zu verstehen ist und wie der Begriff im Rahmen dieser Arbeit verstanden werden soll.

I. Allgemeine Definition

Eine ganz allgemeine Definition lässt sich bereits aus dem Begriff selbst herleiten. Mit „Rechtsprechung“ ist das Judikat als Resultat richterlicher Tätigkeit gemeint.⁸ Es muss sich um eine rechtskräftige Entscheidung handeln, um Beurteilungswechsel im Instanzenzug oder im Hauptsache- gegenüber dem Eilverfahren auszuschließen.⁹ Der Begriff „Änderung“ bezeichnet eine Abweichung von einem präjudizierenden Teil dieser Entscheidung. Präjudizierend können sämtliche generell-abstrakten Regeln, Bewertungs- und Auslegungsmaßstäbe sein.¹⁰ Eine Rechtsprechungsänderung liegt also vor, wenn ein Gericht von der Aussage eines rechtskräftigen präjudizierenden Judikats abweicht.¹¹ Soweit dürfte Einigkeit bestehen.

II. Gegenstandsspezifische Definitionen

Das konkrete Verständnis des Begriffs „Rechtsprechungsänderung“ ist jedoch immer davon abhängig, in welchem Zusammenhang und zu welchem Zweck er gebraucht wird.

§ 45 Abs. 2 ArbGG, der die Vorlage an den Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts regelt, bezieht sich beispielsweise nur auf Fälle, in denen ein Senat von der Rechtsprechung eines anderen Senats desselben Gerichts abweichen will. Spricht man in diesem Zusammenhang von Rechtsprechungsänderung, sind also nur derartige Abweichungen gemeint. § 71 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG, der die Divergenzrevision betrifft, erfasst nur die Fälle, in denen das Urteil des Landesarbeitsgerichts von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, von einer Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes, von einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts oder, solange eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts in der Rechtsfrage nicht ergangen ist, von einer Entscheidung einer anderen Kammer desselben Landesarbeitsgerichts oder eines anderen Landesarbeitsgerichts abweicht.

⁷ Teilweise wird auch der Begriff „Praxisänderung“ verwendet, vgl. beispielsweise *Arndt*, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974, S. 2 ff.; *Schneider*, MdR 1971, 705.

⁸ Vgl. *Pohl*, Rechtsprechungsänderung und Rückanknüpfung, 2005, S. 84.

⁹ *Scheffelt*, Die Rechtsprechungsänderung, 2001, S. 30; *Klappstein*, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft, 2009, S. 40; *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 20.

¹⁰ *Scheffelt*, Die Rechtsprechungsänderung, 2001, S. 30; *Keil*, Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen, 2007, S. 67; *Klappstein*, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft, 2009, S. 40.

¹¹ Ähnlich *Klappstein*, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft, 2009, S. 39 f.; *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 22.

Auch in der Literatur muss der Begriff „Rechtsprechungsänderung“ nicht immer alle Rechtsprechungsänderungen im allgemeinen Sinn erfassen. An die Ausfüllung des Begriffs werden aus verschiedenen Gründen unterschiedliche Anforderungen gestellt, entweder weil ein Autor ihn generell enger verstanden wissen will oder weil dies mit dem gewählten Untersuchungsgegenstand zusammenhängt.

Im Hinblick auf den Begriffsbestandteil „Rechtsprechung“ können beispielsweise unterschiedliche Auffassungen darüber herrschen, ob die Instanz des Gerichts der Ausgangsentscheidung von Bedeutung ist,¹² ob die Aussage, von der abgewichen werden soll, ausdrücklich getroffen sein muss oder auch implizit in den Entscheidungsgründen enthalten sein kann,¹³ ob es sich bei dem präjudizierenden Teil des Judikats um einen tragenden Teil der Entscheidung handeln muss oder ob die Abweichung von einem *obiter dictum* genügt¹⁴ und ob bei Abweichung von einer einzigen Entscheidung schon von einer Rechtsprechungsänderung gesprochen werden kann oder ob es einer gewissen Anzahl von Vorentscheidungen bedarf.¹⁵ Letztendlich hängen all diese Fragen damit zusammen, ob eine Entscheidung Grundlage schützenswerten Vertrauens sein kann.

Im Hinblick auf den Begriffsbestandteil „Änderung“ sind unterschiedliche Haltungen zu den Fragen möglich, was Gegenstand der Änderung sein kann, ob sowohl ausdrückliche als auch stillschweigende Änderungen erfasst sein sollen, ob von Bedeutung ist, ob die Änderung bewusst oder unbewusst erfolgt ist,¹⁶ ob nur erstmalige Abweichungen als Rechtsprechungsänderungen gelten sollen,¹⁷ ob die Änderung in einem *obiter dictum* erfolgen kann¹⁸ und ob die Instanz des Änderungsgerichts von Bedeutung ist.¹⁹

Dementsprechend gibt es in der Literatur verschiedene gegenstandsspezifische Definitionen. Nach *Viets* liegt eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung beispielsweise vor, „wenn von einem bisher geltenden Rechtssatz abgewichen wird. Hierbei muß dieser Rechtssatz zu den tragenden Gründen der [her]angezogenen konkreten Entscheidung gehören. Darüber hinaus können auch die vom Bundesarbeitsgericht geäußerten nicht tragenden Rechtsansichten unter Umständen zur Annahme einer Rechtsprechungswandels führen.“²⁰ Nach *Probst* ist das Vorliegen einer Änderung der Rechtsprechung zu bejahen, „wenn das Präjudiz und der neu zu entscheidende Fall aufgrund unterschiedlicher Begründungen zu einem unterschiedlichen Ergebnis gelangen, vorausgesetzt die Begründungen sind miteinander unvereinbar, oder wenn der neu zu entscheidende Fall aufgrund

¹² Vgl. *Arndt*, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974, S. 3; *Keil*, Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen, 2007, S. 72 f.; hierzu auch BAG, 18.11.2003 - 3 AZR 655/02 (nicht veröffentlicht), unter B. II. 2. a) aa) der Gründe.

¹³ Vgl. *Keil*, Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen, 2007, S. 75.

¹⁴ Vgl. *Arndt*, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974, S. 3 f.

¹⁵ Vgl. *Arndt*, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974, S. 3; *Lübbe*, Grenzen der Rückwirkung bei Rechtsprechungsänderungen, 1998, S. 44; für das Erfordernis einer ständigen Rechtsprechung wohl BAG, 26.08.2009 - 4 AZR 285/08 = AP Nr. 45 zu § 3 TVG, unter II. 3. c) dd) der Gründe.

¹⁶ Vgl. *Probst*, Die Änderung der Rechtsprechung, 1993, S. 243 ff.; *Keil*, Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen, 2007, S. 77, 84.

¹⁷ Vgl. *Klappstein*, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft, 2009, S. 40; *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 22.

¹⁸ *Arndt*, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974, S. 4.

¹⁹ Vgl. *Arndt*, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974, S. 3; *Keil*, Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen, 2007, S. 72 f.; *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 46.

²⁰ *Viets*, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz, 1976, S. 55.

einer vom Präjudiz abweichenden Begründung zum gleichen Ergebnis gelangt wie das Präjudiz, vorausgesetzt, die beiden Begründungen sind miteinander unvereinbar."²¹ Nach *Kähler* tritt eine Rechtsprechungsänderung auf, „wenn eine Gerichtsentscheidung von einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung zur selben Frage erstmalig abweicht“.²² Nach *Höpfner* liegt eine echte Rechtsprechungsänderung nur dann vor, „wenn ein letztinstanzliches Gericht seine bisherige Auslegung einer gesetzlichen Bestimmung oder seine Rechtsprechung im Lückenbereich ändert“, wobei es in beiden Fällen um die Änderung höchstrichterlicher Rechtsprechung gehen soll.²³ Im Rahmen der Arbeit *Keils* ist eine Rechtsprechungsänderung „eine autonome, bewusste und offene Abweichung des Bundesgerichtshofs von der bisherigen Handhabung einer konkreten Rechtsfrage in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei konstanter Gesetzeslage.“²⁴ Gemäß der Definition *Klappsteins*, welche sich sehr nahe an die Definition *Kählers* anlehnt, liegt eine Rechtsprechungsänderung vor, „wenn eine Gerichtsentscheidung von einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung zur selben Frage erstmalig abweicht.“²⁵

III. Die Rechtsprechungsänderung i.S.d. vorliegenden Arbeit

Auch dieser Arbeit liegt ein untersuchungsgegenstandsspezifisches Verständnis des Begriffs Rechtsprechungsänderung zugrunde. Wie sich aus der Themenstellung ergibt, wird sie sich nur mit ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen des Bundesarbeitsgerichts befassen. Damit ist sie auf Änderungen durch ein bestimmtes Bundesgericht beschränkt. Eine Beschränkung liegt auch insoweit vor, als nur bewusste, weil offengelegte Änderungen umfasst sind.

Ohne Bedeutung ist, ob die aufgegebene Ansicht in einer vereinzelt gebliebenen Ausgangsentscheidung vertreten wurde oder ständiger Rechtsprechung entsprach. Zum einen kann eine einzelne, gut begründete Entscheidung eines Bundesgerichts ebenso geeignet sein, die Praxis zu beeinflussen, wie eine ständige Rechtsprechung. Zum anderen ist ohnehin nicht klar, ab welcher Entscheidungszahl von einer ständigen Rechtsprechung gesprochen werden kann.²⁶ Dementsprechend bezeichnet auch das Bundesarbeitsgericht die Abweichung von einer vereinzelt ausgegangenen Entscheidung als „Aufgabe“ einer Entscheidung.²⁷

Irrelevant ist weiter, ob es sich bei dem präjudizierenden Teil des Judikats um einen tragenden Teil der Entscheidung oder um ein *obiter dictum* handelt oder ob die Änderung an sich in einem *obiter dictum* ergeht. Es kann vorkommen, dass tragende Auffassungen sehr kurz oder gar nicht begründet werden, Ansichten, die in *obiter dicta* geäußert werden, dagegen eine sehr ausführliche Behandlung erfahren. Zudem weist *Arndt* zutreffend darauf hin, dass die Frage, welche Ausführung die Entscheidung trägt, oft schwierig zu beantworten ist.²⁸

Hinsichtlich der weiteren Umschreibung des Begriffs Rechtsprechungsänderung i.S.d. vorliegenden Arbeit wird an dieser Stelle auf die Ausführungen in § 3 Gliederungspunkt A. III. 2. verwiesen.

²¹ *Probst*, Die Änderung der Rechtsprechung, 1993, S. 162 f.

²² *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 22.

²³ *Höpfner*, RdA 2006, 156, 157.

²⁴ *Keil*, Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen, 2007, S. 84.

²⁵ *Klappstein*, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft, 2009, S. 40.

²⁶ *Arndt*, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974, S. 3.

²⁷ Vgl. BAG, 19.11.2003 - 7 ABR 24/03 = AP Nr. 54 zu § 19 BetrVG 1972.

²⁸ *Arndt*, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974, S. 4.

B. Die Befugnis zur Rechtsprechungsänderung

Die Befugnis zur Rechtsprechungsänderung²⁹ ist ohnehin Prämisse der vorliegenden Arbeit. Daher ist vor Beginn der Untersuchung nur kurz darauf hinzuweisen, dass sich Literatur³⁰ und Rechtsprechung³¹ im Grunde einig sind, dass keine absolute Bindung der obersten Gerichte an die eigene Rechtsprechung besteht und Rechtsprechungsänderungen möglich sein müssen. Jede Entscheidung ist Ergebnis eines prinzipiell irrtumsanfälligen Erkenntnisprozesses, weshalb Korrekturen erlaubt sind.³² Bestätigt wird dies im prozessrechtlichen Bereich auch durch die Vorlage- und Revisionsvorschriften.³³ Nicht geklärt sind lediglich die Reichweite der Bindungswirkung und die Grenzen der Rechtsprechungsänderung. Da sich die Arbeit sich in erster Linie mit der Begründung rechtsprechungsändernder Entscheidungen befasst, wird zur Vertiefung dieser Thematik auf das spezielle Schrifttum hierzu verwiesen.³⁴

²⁹ Zur Vertiefung *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 8 ff.; *Lübbe*, Grenzen der Rückwirkung bei Rechtsprechungsänderungen, 1998, S. 37 ff. m.w.N.

³⁰ Beispielsweise *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 364 ff.; *Lunk*, Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2010, 2010, S. 689.

³¹ Ausdrücklich beispielsweise BVerfG, 11.11.1964 - 1 BvR 488/62, 1 BvR 562/63, 1 BvR 216/64 = BVerfGE 18, 224, unter IV. 6. der Gründe; BAG, 18.11.2003 - 3 AZR 655/02 (nicht vollständig veröffentlicht), unter B. II. 2. a) aa) der Gründe.

³² *Lunk*, Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2010, 2010, S. 689 mit Verweis auf BVerfG, 28.09.1992 - 1 BvR 496/87 = AP Nr. 15 zu Art 20 GG, unter II. 2. b) der Gründe; außerdem BAG, 07.03.1995 - 3 AZR 282/94 = AP Nr. 26 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung, unter B. IV. 2. c) der Gründe; BAG, 18.11.2003 - 3 AZR 655/02 (nicht vollständig veröffentlicht), unter B. II. 2. a) aa) der Gründe; BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. b) cc) (3) (a) (aa) der Gründe.

³³ Zuständigkeit des Plenums des BVerfG: § 16 Abs. 1 BVerfGG; Vorlagepflicht bei Abweichung eines Landesverfassungsgerichts von Vorgaben des BVerfG: Art 100 Abs. 3 GG; Zuständigkeit des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes: § 2 RSprEinhG; Zuständigkeit der Großen Senate: § 132 Abs. 2 GVG; § 11 Abs. 2 VwGO; § 41 Abs. 2 SGG; § 45 Abs. 2 ArbGG; § 11 Abs. 2 FGO; § 14 Abs. 1 Nr. 4 BRHG; Divergenzrevision: § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO; § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO; § 160 Abs. 2 Nr. 2 SGG; § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG; § 115 Abs. 2 S. 2 FGO; Divergenzberufung: § 511 Abs. 4 Nr. 1 ZPO; § 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO; § 144 Abs. 2 Nr. 2 SGG; § 64 Abs. 3 Nr. 3 ArbGG.

³⁴ *Pohl*, Rechtsprechungsänderung und Rückanknüpfung, 2005, S. 143 ff.

§ 3 Analyse

Im folgenden Abschnitt der Arbeit wird zunächst ein kurzer statistischer Vergleich ausdrücklicher Rechtsprechungsänderungen von Bundesarbeitsgericht, Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht erfolgen (A.). Anschließend wird die Begründungspraxis des Bundesarbeitsgerichts im Hinblick auf ausdrückliche Rechtsprechungsänderungen genauer untersucht (B.).

A. Die Häufigkeit ausdrücklicher Rechtsprechungsänderungen beim Bundesarbeitsgericht

I. Vorhaben

Anhand einer statistischen Untersuchung soll zunächst überprüft werden, ob in Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts häufiger offengelegte Rechtsprechungsänderungen zu finden sind als bei anderen Bundesgerichten.

Anzahl und Anteile ausdrücklicher Rechtsprechungsänderungen bei Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht im Zeitraum zwischen dem 01.01.1995 und dem 31.12.2001 wurden bereits von *Kähler* in seiner Dissertation von 2004 ermittelt,³⁵ so dass für diesen Zeitraum ein Vergleich mit den Ergebnissen für diese Gerichte möglich ist.

Aus der Zahl der ausdrücklichen Änderungen lässt sich angesichts der nicht erfassten stillschweigenden Änderungen zwar kein Rückschluss auf die generelle Beständigkeit der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung ziehen. Allerdings wird sich im Vergleich mit Bundesverwaltungsgericht, Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht zeigen, ob das Bundesarbeitsgericht ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen offener gegenübersteht oder es diesbezüglich keine Unterschiede gibt.

Darüber hinaus kann die statistische Untersuchung Ergebnisse zur Häufigkeit bestimmter Inhalte in den Entscheidungsgründen liefern, auf welche die anschließende inhaltliche Auswertung aufbauen kann. So kann beispielsweise festgestellt werden, wie viele ausdrücklich rechtsprechungsändernde Entscheidungen sich mit Fragen des Vertrauensschutzes auseinandersetzen oder wie häufig Vorlagen an den Großen Senat erfolgen.

II. Untersuchungsgegenstand

Untersuchungsgegenstand sind die ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen des Bundesarbeitsgerichts in einem Zeitraum von 15 Jahren, und zwar vom 01.01.1995 bis zum 31.12.2009. Wo immer ein direkter Vergleich mit den Ergebnissen von Bundesverfassungsgericht, Bundesgerichtshof und Bundesverwaltungsgericht erfolgt, wurden nur die Zahlen bis zum 31.12.2001 herangezogen, um die genaue Vergleichbarkeit zu gewährleisten.

³⁵ *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 1. Aufl. 2004, S. 95-154; Neuauflage *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 99-170.

1. Konzentration auf ausdrückliche Rechtsprechungsänderungen

Der Grund für die Konzentration auf ausdrückliche Rechtsprechungsänderungen ist, dass anhand von stillschweigenden Änderungen keine Aussagen darüber getroffen werden können, wie die Entscheidungsbegründungen gerade im Hinblick auf Rechtsprechungsänderungen aussehen. Stillschweigende Änderungen übergehen ja gerade entscheidende Probleme wie den grundsätzlich erhöhten Begründungsaufwand für eine neue Ansicht bei Vorliegen einer divergierenden Rechtsprechung, die Behandlung der Themen Rückwirkung und Vertrauensschutz oder das Problem der Notwendigkeit von Divergenzanfragen.

2. Konzentration auf das Bundesarbeitsgericht

Hintergrund für der Konzentration auf das Bundesarbeitsgericht sind Behauptungen, die Arbeitsgerichtsbarkeit würde mit Normtext und Präjudizien freier umgehen³⁶, es gäbe in der Arbeitsgerichtsbarkeit häufiger Rechtsprechungsänderungen als in anderen Rechtsgebieten³⁷ oder auch, das Bundesarbeitsgericht kündige Rechtsprechungsänderungen oft an³⁸. Sollten sich diese Aussagen nach ihrer Überprüfung als wahr erweisen, würde für die inhaltliche Untersuchung eine verhältnismäßig große Zahl ausdrücklich rechtsprechungsändernder Entscheidungen zur Verfügung stehen.

3. Konzentration auf den Zeitraum von fünfzehn Jahren ab 1995

Für die vorliegende Arbeit erfolgte eine Auswertung der ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen des Bundesarbeitsgerichts in dem Zeitraum vom 01.01.1995 bis zum 31.12.2009, da ein Zeitraum von fünfzehn Jahren repräsentative Ergebnisse gewährleisten sollte. Ein weiterer Grund für die Wahl des Zeitraums ab dem 01.01.1995 ist der, dass damit teilweise ein direkter Vergleich mit den Ergebnissen der Dissertation *Kählers* möglich ist, der einen Zeitraum von sieben Jahren ab dem 01.01.1995 ausgewertet hat.³⁹ Ausdrückliche Rechtsprechungsänderungen aus 2010 und 2011 wurden nicht aufgenommen, da Entscheidungen in die Datenbank von Juris, die zur Ermittlung der Änderungen durchsucht wurde, teilweise erst Monate nach ihrer Verkündung eingespeist werden.

III. Methode

1. Recherche

Die Ermittlung der ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen erfolgte ausschließlich über eine Recherche in der Datenbank von Juris. Seit 1990 sind hierin sämtliche Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts im Langtext erfasst.⁴⁰ Die Recherchemethode orientiert sich an der von *Kähler*, um die Vergleichbarkeit der Ergebnisse zu gewährleisten. Diese wird im Folgenden unter Punkt A. III. 2. näher beschrieben.

³⁶ *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 184, mit Verweis auf *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 1998, § 6 V.2. (S. 80).

³⁷ *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 26.

³⁸ *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 74.

³⁹ *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 99 ff.

⁴⁰ <http://www.juris.de/jportal/portal/t/1ozp/page/homerl.psm?cmsuri=/juris/de/produkte/juriselect/dokumentation.jsp> (zuletzt abgerufen am 12.03.2012).

a. Dokumentationsinhalte

Die Rechtsprechungsdatenbank von Juris enthält die von den Dokumentationsstellen des Bundesverfassungsgerichts und der fünf obersten Bundesgerichte sowie weiterer Dokumentationsstellen ausgewählten Entscheidungen. Außerdem gelangen durch die vollständige Auswertung von über 600 juristischen Fachzeitschriften auch Entscheidungen in die Datenbank, die nicht von den Gerichten oder Richtern an die Dokumentationsstellen weitergeleitet werden.⁴¹ Damit erfasst die Rechtsprechungsdatenbank alle veröffentlichten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts für den untersuchten Zeitraum. Ausdrücklich rechtsprechungsändernden Entscheidungen dürfte von Seiten des Gerichts stets ein solches Gewicht beigemessen werden, dass in derartigen Fällen immer mit einer Veröffentlichung zu rechnen ist⁴² oder derartige Entscheidungen wenigstens über die Auswertung juristischer Fachzeitschriften Eingang in die Datenbank finden. Daher ist davon auszugehen, dass nahezu sämtliche ausdrückliche Rechtsprechungsänderungen in der Datenbank enthalten sind.

b. Retrieval-System

Das Retrieval-System von Juris wurde zum 01.03.2004 umgestellt.⁴³ Bis 2004 bediente sich das System der Suche einer Vergleichswortliste.⁴⁴ Damit war eine Volltext- oder Phrasensuche nicht möglich.⁴⁵ Dies ist nun anders. Das aktuelle Retrieval-System arbeitet mit einem Nebeneinander von Volltextsuche und intellektueller Klassifizierung. Das bedeutet, dass einerseits der Wortlaut jeder Entscheidung nach Wörtern und Phrasen durchsucht werden kann, andererseits aber auch Merkmale zur Suche verwendet werden können, die im Dokument selbst nicht vorkommen, der Entscheidung jedoch als Klassifizierungsmerkmal beigelegt wurden.⁴⁶

c. Vorgehen

Das Vorgehen bei der Ermittlung der ausdrücklich rechtsprechungsändernden Entscheidungen orientierte sich am Vorgehen *Kählers* in seiner Arbeit. Die Recherche erfolgte aufgrund der Umstellung des Retrieval-Systems und der Möglichkeit der Volltextsuche bei Juris jedoch ausschließlich mithilfe dieser Rechtsprechungsdatenbank, da die Ergebnisse nun ebenso genau sind.

Zunächst wurde die Suche nach rechtsprechungsändernden Stichwörtern, wie sie beispielsweise in den Leit- und Orientierungssätzen der Entscheidungen sowie in der Einordnung von Juris zu finden sind,⁴⁷ sowie nach längeren, typisch rechtsprechungsändernden Formulierungen⁴⁸ durchgeführt. Anschließend wurden die auf diesem Weg gefundenen Entscheidungen daraufhin überprüft, ob es sich tatsächlich um Rechtsprechungsänderungen handelte oder ob die gefundene Formulierung in einem anderen Zusammenhang verwendet worden war.⁴⁹ Bei der Durchsicht der rechtsprechungsän-

⁴¹ <http://www.juris.de/jportal/nav/unternehmen/berjuris/ueberjuris.jsp> (zuletzt abgerufen am 12.03.2012).

⁴² Vgl. *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 101.

⁴³ E-Mail von Juris Team Customer Care vom 06.04.2010, 11:41 Uhr (Anhang 1).

⁴⁴ E-Mail von Juris Team Customer Care vom 06.04.2010, 11:41 Uhr (Anhang 1).

⁴⁵ E-Mail von Juris Team Customer Care vom 06.04.2010, 11:41 Uhr (Anhang 1); *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 106.

⁴⁶ <http://www.juris.de/jportal/portal/t/1ozp/page/homerl.psm1?cmsuri=/juris/de/produkte/juriselect/dokumentation.jsp> (zuletzt abgerufen am 12.03.2012).

⁴⁷ Beispielsweise „Rechtsprechungsänderung“, „Abänderung“, „Aufgabe“, „Abweichung“.

⁴⁸ Beispielsweise „nicht weiter fest(gehalten)“, „nicht länger fest(gehalten)“, „nicht mehr fest(gehalten)“.

⁴⁹ Vgl. *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 102.

dernden Passagen im Entscheidungstext fanden sich zum Teil wieder neue rechtsprechungsändernde Formulierungen, die noch nicht bei der vorherigen Suche verwendet worden waren. Diese bildeten die Grundlage für weitere Suchdurchgänge in der Rechtsprechungsdatenbank. Dieser Vorgang wurde wiederholt, bis keine neuen Rechtsprechungsänderungen und Formulierungen mehr zu finden waren.⁵⁰

2. Auswertung

Bei der Einordnung einer Entscheidung als Rechtsprechungsänderung i.S.d. quantitativen Untersuchung wurden ebenfalls die von *Kähler* entwickelten Kriterien verwendet.⁵¹ Auch hier liegt der Grund darin, dass die Vergleichbarkeit der statistischen Auswertungen von Bundesarbeitsgericht, Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht nur gegeben ist, wenn diese Kriterien identisch sind.

a. Allgemeines

Bevor näher auf die vorzufindenden Sonderfälle eingegangen wird, ist darauf hinzuweisen, dass für die Einstufung als Rechtsprechungsänderung immer das Verständnis des Gerichts von dem Verhältnis zur Ausgangsentscheidung maßgeblich war. Das bedeutet, dass als ausdrückliche Änderungen i.S.d. Untersuchung nur Änderungen galten, die nach der Einschätzung des entscheidenden Senats Rechtsprechungsänderungen darstellten.

Verwendete ein Senat beispielsweise die Floskel „soweit der Senat dies bisher anders gesehen hat, schließt er sich dieser Auffassung nicht an“, wurde die entsprechende Entscheidung als ausdrückliche Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung gewertet, auch wenn der Senat in der Ausgangsentscheidung eine eindeutige Festlegung vermieden und die Frage offengelassen hatte.⁵²

Umgekehrt wurde eine Entscheidung nicht als ausdrückliche Rechtsprechungsänderung gewertet, wenn sie nicht als solche bezeichnet worden war. Ein Beispiel hierfür bietet die Entscheidung zur Zulässigkeit von einfachen Differenzierungsklauseln vom 18.03.2009.⁵³ Hintergrund war, dass der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts im Jahr 1967 Differenzierungsklauseln in Tarifverträgen für rechtswidrig erklärt hatte.⁵⁴ Als nun der 4. Senat einer einfachen Differenzierungsklausel, durch die in einem Tarifvertrag die Mitgliedschaft in der tarifschließenden Gewerkschaft zum Tatbestandsmerk-

⁵⁰ Im Rahmen dieser Arbeit wurde Juris auf folgende Begriffe und Wendungen hin untersucht: „(Rechtsprechungs)Änderung“, „Abänderung“, „Aufgabe“, „Abweichung“, „Abgrenzung“, „Abkehr“, „Divergenz“, „Korrektur“, „Kehrtwende“, „Umorientierung“, „Berichtigung“, „Klarstellung“, „Präzisierung“, „Modifizierung“, „Erweiterung“, „Ergänzung“, „Weiterbildung“, „Fortbildung“, „Weiterentwicklung“, „Fortentwicklung“, „Einschränkung“, „(unter Aufgabe der) bisherige(n) Rechtsprechung“, „(unter Aufgabe der) frühere(n) Entscheidung“, „nicht weiter fest(gehalten)“, „nicht länger fest(gehalten)“, „nicht mehr fest(gehalten)“, „nicht fest(gehalten)“, „nicht aufrecht(erhalten)“, „gibt seine Rechtsprechung (auf)“, „gibt diese Rechtsprechung (auf)“, „aufgegeben“, „nicht gefolgt“, „nicht zu folgen“, „beigetreten werden“, „aufrecht erhalten“, „nicht fortgeführt“, „folgt der Senat nicht“, „soweit“, „zu entnehmen“, „entgegen“, „gegen BAG“, „so aber“, „unzutreffend“.

⁵¹ *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 99 ff.

⁵² Siehe beispielsweise die rechtsprechungsändernde Entscheidung vom 19.12.2006 - 9 AZR 294/06 = AP Nr. 21 zu § 611 BGB Sachbezüge, unter II. 3. b) der Gründe, sowie die Ausgangsentscheidung vom 05.09.2002 - 8 AZR 702/01 = AP Nr. 1 zu § 280 n.F. BGB, unter II. 3. der Gründe.

⁵³ BAG, 18.03.2009 - 4 AZR 64/08 = AP Nr. 41 zu § 3 TVG.

⁵⁴ BAG, 29.11.1967 - GS 1/67 = AP Nr. 13 zu Art 9 GG.

mal eines Anspruchs auf eine jährliche Sonderzahlung gemacht wurde, grundsätzlich tarifrechtliche und verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit bescheinigte, konnte dies durchaus als Rechtsprechungsänderung gewertet werden.⁵⁵ Anders sah dies jedoch der 4. Senat selbst. Es handelte sich seiner Aussage nach bei der zu treffenden Entscheidung nicht um eine Rechtsfrage, die der Große Senat in seiner Entscheidung vom 29.11.1967 beantwortet hatte.⁵⁶ Da der Senat also nicht von einer Abweichung ausging, wurde die Entscheidung auch nicht als solche gewertet.

Darüber hinaus genügte es nicht, wenn der Senat zwar bewusst eine Änderung vornahm, sie jedoch weder in den Leitsätzen noch in den Entscheidungsgründen ausdrücklich als solche bezeichnete. Aufgrund dieser klaren Grenzziehung fielen derartige Änderungen aus der Statistik heraus.

Als Rechtsprechungsänderungen i.S.d. statistischen Auswertung galten auch nicht Entscheidungen, in denen keine deutliche Distanzierung von der Ausgangsentscheidung erfolgte, Entscheidungen, die nur zurückliegende Änderungen erwähnten, oder Entscheidungen, in denen bloße Zweifel an der bisherigen Rechtsprechung geäußert wurden. Erfolgte eine Änderung in mehreren Parallelentscheidungen, wurde dies insgesamt nur als eine einzige Rechtsprechungsänderung erfasst.

Bei Vorliegen einer zweifelhaften Formulierung erfolgte jeweils eine genaue Einzelbetrachtung.⁵⁷ Dies betraf etwa Wendungen wie „Ergänzung“ oder „Klarstellung“.⁵⁸ Ein Beispiel für die Verwendung des Begriffs „Klarstellung“ bei einer Rechtsprechungsänderung ist eine Entscheidung des 4. Senats vom 21.10.2009.⁵⁹ Während der Senat in den Entscheidungsgründen zunächst geschrieben hatte, er halte an einem früheren Urteil nicht fest,⁶⁰ bezeichnete er die Ausführungen hierzu im nächsten Absatz als „Klarstellung“.⁶¹ Weitere derartige Entscheidungen sind die des 8. Senats vom 17.09.1998⁶² sowie des 9. Senats vom 20.07.2004⁶³ und vom 22.01.2002⁶⁴. Die Entscheidung vom 22.01.2002 wurde beispielsweise als Änderung eingestuft, weil gleichzeitig auf einen Zuständigkeitswechsel hingewiesen und damit ein Argument gegen die Notwendigkeit einer Divergenzanfrage gebracht wurde.⁶⁵

Eine genaue Einzelfallbetrachtung erfolgte auch bei Formulierungen wie „soweit der früheren Entscheidung etwas anderes entnommen werden kann, hält der erkennende Senat nicht daran fest“. Ein Beispiel für einen Grenzfall bietet die Entscheidung des 2. Senats zur Frage, ob eine außerordentliche Kündigung schon vor der rechtskräftigen bzw. unanfechtbareren Ersetzung der vom Betriebsrat verweigerten Zustimmung auszusprechen ist, wenn sich aus den Gründen der zugestellten Entscheidung ergibt, dass eine Divergenzrechtsbeschwerde offensichtlich unstatthaft bzw. aussichtslos ist.⁶⁶ Der Senat verneinte dies. Aus dem Wortlaut des Leitsatzes ergab sich jedoch nicht eindeutig, ob es sich um eine Änderung handeln sollte oder ob der Senat das Vorliegen einer Änderung letztlich offen ließ.

⁵⁵ So beispielsweise *Greiner/Suhre*, NJW 2010, 131.

⁵⁶ BAG, 18.03.2009 - 4 AZR 64/08 = AP Nr. 41 zu § 3 TVG, unter B. II. 4. d) bb) (1) der Gründe.

⁵⁷ Entsprechend *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 100.

⁵⁸ Vgl. *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 106.

⁵⁹ BAG, 21.10.2009 - 4 AZR 396/08 = AP Nr. 72 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

⁶⁰ BAG, 21.10.2009 - 4 AZR 396/08 = AP Nr. 72 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. c) bb) (2) der Gründe.

⁶¹ BAG, 21.10.2009 - 4 AZR 396/08 = AP Nr. 72 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. c) bb) (3) der Gründe.

⁶² BAG, 17.09.1998 - 8 AZR 175/97 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mankohaftung.

⁶³ BAG, 20.07.2004 - 9 AZR 369/03 = EzA § 1 AEntG Nr. 4, unter B. I. 5. b) aa) der Gründe.

⁶⁴ BAG, 22.01.2002 - 9 AZR 601/00 = AP Nr. 55 zu § 11 BUrlG, unter A. II. 2. c) der Gründe.

⁶⁵ BAG, 22.01.2002 - 9 AZR 601/00 = AP Nr. 55 zu § 11 BUrlG, unter A. II. 1. der Gründe.

⁶⁶ BAG, 09.07.1998 - 2 AZR 142/98 = AP Nr. 36 zu § 103 BetrVG 1972.

Da der Senat in den Entscheidungsgründen zunächst eine Abgrenzung zu den Ausgangsentscheidungen vornahm und darauf hinwies, dass sich aus diesen nichts Gegenteiliges ergebe,⁶⁷ wurde die Entscheidung nicht als ausdrückliche Rechtsprechungsänderung gewertet. Wurde dagegen in einer Entscheidung, deren Wortlaut nicht eindeutig war, die Notwendigkeit eines Divergenzverfahrens angesprochen, wurde diese Entscheidung als Rechtsprechungsänderung erfasst, weil diese Tatsache stark darauf hindeutete, dass das Gericht von einer tatsächlichen Abweichung ausging.⁶⁸

b. Sonderfälle

aa. Widersprüchliche Einordnung innerhalb derselben Entscheidung

In einigen Fällen kam es vor, dass im Leitsatz,⁶⁹ Orientierungssatz⁷⁰ oder Hinweis des Senats ausdrücklich auf eine Rechtsprechungsänderung hingewiesen wurde, die Entscheidungsgründe jedoch einen anderen Eindruck vermittelten.

So wurde beispielsweise trotz ausdrücklicher Aufgabe im Leitsatz oder Hinweis des Senats die Änderung in den Entscheidungsgründen offen gelassen,⁷¹ das Verhältnis zur Ausgangsentscheidung nur als Klarstellung⁷² oder Modifikation⁷³ bezeichnet, eine Abweichung von einer Ausgangsentscheidung gar nicht erst erwähnt⁷⁴ oder darauf hingewiesen, dass die Sachverhalte anders gelagert seien⁷⁵. Da in erster Linie das Verständnis des entscheidenden Senats über die Einordnung als ausdrückliche Rechtsprechungsänderung i.S.d. statistischen Untersuchung entscheiden sollte, war in einem solchen Fall maßgeblich, ob er selbst ausdrücklich auf die Änderung hingewiesen hatte.

Der Hinweis auf Rechtsprechungsänderungen ist sehr häufig auch in Orientierungssätzen zu finden, die der Entscheidung vorangestellt sind.⁷⁶ Während der Leitsatz direkt vom Entscheidungsorgan ge-

⁶⁷ Unter II. 2. b) der Gründe.

⁶⁸ So beispielsweise BAG, 27.10.2005 - 6 AZR 5/05 = AP Nr. 4 zu § 22 InsO.

⁶⁹ BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95 = AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG, 04.06.1997 - 2 AZR 526/96 = AP Nr. 137 zu § 626 BGB; BAG, 26.06.1997 - 2 AZR 494/96 = AP Nr. 86 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

⁷⁰ BAG, 10.02.2005 - 6 AZR 515/04 = NZA-RR 2006, 38-40 (Orientierungssatz der Dokumentationsstelle, zu finden bei Juris).

⁷¹ BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95 = AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation, unter II. 3. der Gründe; BAG, 28.04.2004 - 10 AZR 370/03 = AP Nr. 264 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau, unter II. 2. d) der Gründe.

⁷² BAG, 04.06.1997 - 2 AZR 526/96 = AP Nr. 137 zu § 626 BGB, unter II. 1. d) der Gründe.

⁷³ BAG, 26.06.1997 - 2 AZR 494/96 = AP Nr. 86 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, unter II. 2. b) der Gründe.

⁷⁴ BAG, 10.02.2005 - 6 AZR 515/04 = NZA-RR 2006, 38-40.

⁷⁵ BAG, 28.03.2007 - 10 AZR 707/05 = AP Nr. 10 zu § 1 TVG Tarifverträge: Arbeiterwohlfahrt, unter II. 2. e) der Gründe.

⁷⁶ Beispielsweise BAG, 11.04.2000 - 9 AZR 131/99 = AP Nr. 3 zu § 61 HGB (Orientierungssatz der Dokumentationsstelle); BAG, 11.07.2000 - 1 ABR 43/99 = AP Nr. 2 zu § 109 BetrVG 1972 (Orientierungssatz der Dokumentationsstelle); BAG, 15.11.2001 - 2 AZR 380/00 = AP Nr. 45 zu § 626 BGB Ausschlussfrist (Orientierungssatz der Dokumentationsstelle); BAG, 10.10.2002 - 2 AZR 240/01 = AP Nr. 45 zu § 9 KSchG 1969 (Orientierungssatz der Dokumentationsstelle); BAG, 19.11.2002 - 3 AZR 561/01 = AP Nr. 23 zu § 1 BetrAVG Berechnung (Orientierungssatz der Richterinnen und Richter des Bundesarbeitsgerichts); BAG, 27.10.2005 - 6 AZR 5/05 = AP Nr. 4 zu § 22 InsO (Orientierungssatz der Dokumentationsstelle); BAG, 13.03.2007 - 1 ABR 24/06 = AP Nr. 21 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit (Orientierungssatz der Dokumentationsstelle); BAG, 06.11.2007 - 1 AZR 826/06 = AP Nr. 35 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung (Orientierungssatz der Dokumentationsstelle); BAG, 06.11.2007 - 1 AZR 960/06 = AP Nr. 190 zu § 112 BetrVG 1972 (Orientierungssatz der Dokumentationsstelle); BAG, 07.05.2008

bildet wird, ist die Lage bei den Orientierungssätzen anders. Gewöhnlicherweise werden diese vom jeweiligen Publikationsorgan gebildet. Bei den Orientierungssätzen des Bundesarbeitsgerichts trifft dies nicht zu. Mit den Orientierungssätzen anderer Gerichte haben sie allerdings gemeinsam, dass sie nicht vom Entscheidungsorgan stammen.

Was die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts angeht, müssen zwei Arten von Orientierungssätzen unterschieden werden:

Die erste Art wird von der Dokumentationsstelle des Bundesarbeitsgerichts speziell für Juris gebildet. Dies geschieht in erster Linie in Fällen, in denen der Spruchkörper selbst keinen Leitsatz gebildet hat, in Ausnahmefällen aber auch zusätzlich zum Leitsatz.⁷⁷ Nach Aussage des Bundesarbeitsgerichts handelt es sich dabei um Kurztexpte, welche die wesentlichen, nicht vom Leitsatz erfassten Gesichtspunkte der dokumentierten Entscheidung wiedergeben.⁷⁸

Daneben sind seit einiger Zeit – ausschließlich bei Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts – sogenannte „Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des Bundesarbeitsgerichts“ zu finden.⁷⁹ Die Einführung dieser zusätzlichen Orientierungssätze ging auf die Initiative des Bundesarbeitsgerichts zurück.⁸⁰ Auch bei ihnen handelt es sich nicht um Äußerungen des entscheidenden Senats selbst. Sie dürfen allerdings nicht mit den von der Dokumentationsstelle beim Bundesarbeitsgericht für Juris verfassten Orientierungssätzen gleichgesetzt werden. Die „Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des Bundesarbeitsgerichts“ werden von Richterinnen und Richtern des Bundesarbeitsgerichts als Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft „Die Richterinnen und Richter des Bundesarbeitsgerichts“ erstellt.⁸¹ Von ihnen werden bestimmte, zur Veröffentlichung geeignete Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts ausgewählt, mit Orientierungssätzen versehen und an Verlage, Verbände, Behörden und Organisationen versandt. So sind diese nichtamtlichen Orientierungssätze beispielsweise seit Heft 9/2001 in der Arbeitsrechtlichen Praxis (AP) zu finden. Juris werden sie dagegen nicht zur Verfügung gestellt.⁸² Der Umfang dieser Art von Orientierungssätzen übersteigt meist den der Leitsätze, geht über den eigentlichen Entscheidungsinhalt hinaus und modifiziert diesen.⁸³ Sie werden kritisiert, da sie das Bundesarbeitsgericht einzusetzen scheint, „um endlich Antworten auf Fragen geben zu können, die ihm leider noch nicht gestellt wurden“.⁸⁴

Es ist darauf hinzuweisen, dass Entscheidungen neben den Orientierungssätzen auch Hinweise des Senats enthalten können. Diese finden sich auf der ersten Seite der zur Veröffentlichung bestimmten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts und enthalten in der Regel Hinweise auf Parallelentscheidungen, auf die Führungssache zu Parallelentscheidungen oder darauf, dass es sich um ein Urteil ohne Tatbestand und Gründe handelt,⁸⁵ aber auch Hinweise auf das Verhältnis zur bisherigen Recht-

- 7 AZR 90/07 = AP Nr. 145 zu § 37 BetrVG 1972 (Orientierungssatz der Dokumentationsstelle); BAG, 27.08.2008
- 4 AZR 470/07 = AP Nr. 38 zu §§ 22, 23 BAT-O (Orientierungssatz der Dokumentationsstelle).

⁷⁷ E-Mail von Juris Qualitätssicherung vom 28.03.2011, 16:09 Uhr (Anhang 1).

⁷⁸ Schreiben des BAG vom 19.04.2011 (Anhang 1).

⁷⁹ Hierauf weist C. Fischer in seiner Habilitationsschrift hin, vgl. Fischer, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 207.

⁸⁰ E-Mail von Beck vom 12.04.2011, 10:17 Uhr (Anhang 1).

⁸¹ Schreiben des BAG vom 19.04.2011 (Anhang 1).

⁸² Schreiben des BAG vom 19.04.2011 (Anhang 1).

⁸³ Fischer, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 207.

⁸⁴ Fischer, RdA 2003, 114, 115 (Fn. 8), Fischer, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 207.

⁸⁵ Schreiben des BAG vom 19.04.2011 (Anhang 1).

sprechung und auf Rechtsprechungsänderungen. Wie die Leitsätze sind auch die Hinweise des Senats dem Entscheidungsorgan selbst zuzuordnen.

Entscheidungen wurden folglich nur dann als ausdrückliche Rechtsprechungsänderungen gewertet, wenn bei Widersprüchen zu den Entscheidungsgründen entweder der Leitsatz ausdrücklich auf eine Änderung hinwies oder ein entsprechender Hinweis des Senats vorhanden war. Irrelevant war ein Widerspruch zu bloßen Orientierungssätzen, da diese nicht vom entscheidenden Senat selbst stammen.

bb. Abweichungen von oder in *obiter dicta*

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit kam es für die Einordnung als Rechtsprechungsänderung nicht darauf an, ob die Abweichung von einem *obiter dictum* erfolgte.⁸⁶ Eine Rechtsprechungspraxis wird nicht nur durch Rechtsauffassungen begründet, welche entscheidungserheblich sind.⁸⁷ Zum einen ist es ohnehin oft schwierig zu beantworten, ob es sich bei einer Äußerung um ein *obiter dictum* oder einen tragenden Teil der Entscheidungsbegründung handelt.⁸⁸ Zum anderen können sich klar und deutlich formulierte Rechtsansichten in *obiter dicta* auf Instanzgerichte und Rechtsverkehr ebenso auswirken wie tragende Teile einer Entscheidung.⁸⁹ Daher kommt es nur darauf an, ob ein Senat zu einer Rechtsfrage „klar und eindeutig“ Stellung genommen hat.⁹⁰ Ist dies der Fall, kann auch die Abweichung von einem *obiter dictum* eine Rechtsprechungsänderung darstellen.

Bei der ausdrücklichen Abweichung von *obiter dicta* wurde für die Einordnung als ausdrückliche Rechtsprechungsänderung entscheidend auf die Einschätzung des entscheidenden Senats abgestellt.⁹¹ War die Entscheidungsregel der Ausgangsentscheidung nicht als *obiter dictum* gekennzeichnet, wurde von einer Rechtsprechungsänderung ausgegangen. Bei einer Kennzeichnung als *obiter dictum* hing die Einordnung von der jeweiligen Formulierung ab. Bei einer deutlich gekennzeichneten Änderung wurde die Entscheidung als Änderung gewertet. Wurde lediglich erwähnt, dass der aktuellen Ansicht ein vorheriges *obiter dictum* widersprach, zählte die Entscheidung nicht als Änderung.⁹²

Als Rechtsprechungsänderung gewertet wurden auch Abweichungen, die in einem *obiter dictum* geäußert wurden.⁹³ Auch in diesen Fällen ist davon auszugehen, dass sich ein Gericht, das eine abweichende Auffassung klar und unmissverständlich äußert, die bisherige Rechtsprechung aufgeben und sie als Vertrauensgrundlage zerstören will. Als Rechtsprechungsänderungen gewertet wurden derartige Äußerungen allerdings nur dann, wenn den Entscheidungsgründen keine Hinweise darauf

⁸⁶ Zur Zulässigkeit von *obiter dicta* beispielsweise *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995, S. 196 m.w.N.; *Hanau*, NZA 1996, 841, 843.

⁸⁷ *Arndt*, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974, S. 4.

⁸⁸ *Arndt*, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974, S. 4 f.

⁸⁹ *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 104 mit Verweis auf die Bemerkung in BGH, 22.01.1997 - 3 StR 608/96 = NStZ 1997, 243-244, wonach das Landgericht der ersichtlich an einem *obiter dictum* des BGH ausgerichtetem Einlassung des Angeklagten gefolgt war.

⁹⁰ *Arndt*, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974, S. 4 f.

⁹¹ Vgl. auch hier *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 103 f.

⁹² Beispiele für ausdrückliche Aufgaben von *obiter dicta*: BAG, 11.04.2000 - 9 AZR 131/99 = AP Nr. 3 zu § 61 HGB; BAG, 11.07.2000 - 1 ABR 43/99 = AP Nr. 2 zu § 109 BetrVG 1972; BAG, 10.10.2002 - 2 AZR 240/01 = AP Nr. 45 zu § 9 KSchG 1969; BAG, 28.09.2005 - 10 AZR 593/04 = AP Nr. 279 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

⁹³ Beispiele für Rechtsprechungsänderungen in *obiter dicta*: BAG, 11.03.1999 - 2 AZR 461/98 = AP Nr. 12 zu § 17 KSchG 1969; BAG, 08.03.2000 - 7 ABR 11/98 = AP Nr. 132 zu § 37 BetrVG 1972; BAG, 13.05.2004 - 8 AZR 198/03 = AP Nr. 264 zu § 613a BGB.

zu entnehmen waren, dass die Änderung erst zu einem späteren Zeitpunkt Wirksamkeit entfalten sollte. Daher zählten bloße Ankündigungen von Rechtsprechungsänderungen selbst dann nicht als Rechtsprechungsänderungen i.S.d. Untersuchung, wenn sie detaillierte Angaben zu einer geänderten Rechtsauffassung enthielten.⁹⁴

cc. Fortführung einer bereits geänderten Rechtsprechung

Entscheidungen, die eine bereits erfolgte Rechtsprechungsänderung nur bestätigten, wurden nicht als Rechtsprechungsänderungen gewertet. Wurde die bestätigende Entscheidung allerdings nochmals ausdrücklich als Änderung bezeichnet, wurde auch sie als Änderung mitgezählt.

Ein Beispiel bietet eine Rechtsprechungsänderung im Zusammenhang mit der Frage, ob eine arbeitsvertragliche Abrede über die Anrechnung von Tariflohnerhöhungen auf eine übertarifliche Zulage den Arbeitgeber berechtigt, auch den Lohnausgleich für eine tarifliche Arbeitszeitverkürzung auf die Zulage anzurechnen. Dies wurde entgegen früherer Rechtsprechung verneint, wobei die Änderung bereits in einem *obiter dictum* in der Entscheidung des 1. Senats vom 07.02.1996 ergangen war.⁹⁵ Entscheidungserheblich wurde sie erst in der Entscheidung des 5. Senats vom 03.06.1998, in der der Senat noch einmal ausdrücklich auf die Rechtsprechungsänderung hinwies.⁹⁶

Ein weiteres Beispiel ist ein Urteil des 10. Senats vom 11.10.1995. Darin änderte dieser die frühere Rechtsprechung des damals zuständigen 6. Senat dahingehend, dass der Anspruch auf die betriebliche Sonderzahlung nach § 2 des Tarifvertrages über Sonderzahlungen in der niedersächsischen Metallindustrie vom 27.05.1992 (TV-Sonderzahlung) nicht von einer tatsächlichen Arbeitsleistung im Kalenderjahr oder einem entsprechenden Verdienst innerhalb der letzten drei vollständig abgerechneten Monate vor dem Auszahlungstag abhängig sein solle.⁹⁷ Die Entscheidung stellte objektiv nur die Wiederholung einer bereits erfolgten Rechtsprechungsänderung dar. Mit Urteil vom 05.08.1992 hatte der 10. Senat die gegenteilige Rechtsprechung des 5. und 6. Senats ausdrücklich aufgegeben.⁹⁸ Die Entscheidung vom 11.10.1995 wurde dennoch als Rechtsprechungsänderung i.S.d. statistischen Untersuchung gewertet. Dies geschah zum einen, weil die Entscheidung im Leitsatz noch einmal ausdrücklich als Änderung tituliert wurde und die Fassung desjenigen Tarifvertrags beurteilt wurde, der seinerzeit auch der Entscheidung des 6. Senats zugrunde gelegen hatte, zum anderen aber auch, weil der Senat weder im Leitsatz noch in den Entscheidungsgründen auf die Rechtsprechungsänderung in der Entscheidung vom 05.08.1992 Bezug genommen hatte.

Als ausdrückliche Rechtsprechungsänderung gewertet wurden des weiteren Entscheidungen, in denen die Senate nach eigenem Selbstverständnis die Rechtsprechung änderten, auch wenn diese Ansicht bereits vorher stillschweigend praktiziert worden war und unabhängig davon, wie lange die Ausgangsentscheidung zurücklag.⁹⁹

⁹⁴ Beispielsweise BAG, 14.12.2005 - 4 AZR 536/04 = AP Nr. 39 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

⁹⁵ BAG, 07.02.1996 - 1 AZR 657/95 = AP Nr. 85 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

⁹⁶ BAG, 03.06.1998 - 5 AZR 616/97 = AP Nr. 34 zu § 4 TVG Übertarifl. Lohn u. Tariflohnerhöhung.

⁹⁷ BAG, 11.10.1995 - 10 AZR 985/94 = AP Nr. 133 zu § 1 TVG Tarifverträge Metallindustrie.

⁹⁸ BAG, 05.08.1992 - 10 AZR 88/90 = AP Nr. 143 zu § 611 BGB Gratifikation.

⁹⁹ Beispielsweise BAG, 21.10.1997 - 9 AZR 255/96 = AP Nr. 5 zu § 1 TVG Tarifverträge Schuhindustrie, unter I. 2. a) der Gründe; BAG, 25.02.1998 - 7 ABR 11/97 = AP Nr. 8 zu § 8 BetrVG 1972, unter II. 1. der Gründe; BAG, 26.04.2006 - 5 AZR 403/05 = AP Nr. 188 zu § 4 TVG Ausschlussfristen.

dd. Rechtsprechungsänderungen bei divergierender Rechtsprechung

Bei Vorliegen divergierender Rechtsprechung war entscheidend, ob die Änderung unmittelbar auf eine entgegenstehende Entscheidung eines anderen Senats folgte.

Sie wurde nicht als Rechtsprechungsänderung gewertet, wenn sie auf eine Entscheidung des eigenen oder eines anderen Senats folgte, die bereits von der entgegenstehenden Entscheidung abwichen. In diesem Fall wurde sie als Bestätigung einer Änderung eingeordnet. Eine andauernde Divergenz zwischen verschiedenen Senaten unter Beibehaltung der jeweils eigenen Rechtsprechung wurde also als Reihe wechselnder Rechtsprechungsänderungen angesehen.¹⁰⁰

Ein Beispiel für derartige wechselnde Rechtsprechungsänderungen bieten die Entscheidungen zur Frage, ob die Zulassung der Revision in den Entscheidungsgründen wirksam ist. Ausgangspunkt war eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in der dieses die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, nach der die wirksame Zulassung eines Rechtsmittels durch das Gericht der Verkündung bedürfe und deren versehentliches Unterbleiben nicht mehr korrigiert werden könne, als einen Verstoß gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Gebot fairer Verfahrensgestaltung angesehen hatte.¹⁰¹

Damit war das Bundesarbeitsgericht zu einer Rechtsprechungsänderung gezwungen. Da das Bundesverfassungsgericht zwar festgestellt hatte, dass ein solcher Verfassungsverstoß durch verfassungskonforme Auslegung der einschlägigen Verfahrensvorschriften vermieden werden könne, aber nicht vorgegeben hatte, auf welchem Weg dies zu geschehen habe, entwickelte sich zu dieser Frage eine divergierende Rechtsprechung.

Die erste Entscheidung erging am 23.11.1994 durch den 4. Senat des Bundesarbeitsgerichts. Dieser entschied, dass an der Rechtsprechung, nach der die Zulassung der Revision zu ihrer Wirksamkeit der Verkündung im Urteil bedürfe, grundsätzlich festgehalten werde, die Revisionszulassung jedoch ausnahmsweise auch dann wirksam sei, wenn sie vom Gericht beschlossen, aber versehentlich nicht verkündet und dies in den Entscheidungsgründen zum Ausdruck gebracht worden sei.¹⁰² Dem schloss sich der 7. Senat in einer Entscheidung vom 26.04.1995 an.¹⁰³

Davon wich der 1. Senat am 31.10.1995 ausdrücklich ab. Die Divergenz war allerdings nicht entscheidungserheblich, weshalb keine Anrufung des Großen Senats erfolgte. Der 1. Senat urteilte, dass die Zulassung der Revision in den Entscheidungsgründen zwar unsachgemäß, aber dennoch wirksam sei, wobei es nicht darauf ankomme, ob die Verkündung nur versehentlich unterblieben sei.¹⁰⁴

Als der 4. Senat am 10.07.1996 wieder über die Frage zu entscheiden hatte, nahm er die gleiche Haltung wie im Jahr 1994 ein und hielt eine Zulassung der Revision in den Entscheidungsgründen nur für wirksam, wenn sie vom Gericht beschlossen worden, aber versehentlich nicht verkündet worden sei, wobei er ausdrücklich auf die nicht entscheidungserhebliche Divergenz zum Urteil des 1. Senats vom

¹⁰⁰ Vgl. die Abgrenzung von Rechtsprechungsänderung und Divergenz bei *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 23 f.

¹⁰¹ BVerfG, 15.01.1992 - 1 BvR 1140/86 = NZA 1992, 383 ff. sowie BVerfG, 15.01.1992 - 1 BvR 1184/86 = AP Nr. 16 zu § 64 ArbGG 1979.

¹⁰² BAG, 23.11.1994 - 4 AZR 528/92 = AP Nr. 27 zu § 72 ArbGG 1979 (Rechtsprechungsänderung).

¹⁰³ BAG, 26.04.1995 - 7 AZR 984/93 = AP Nr. 6 zu § 41 SGB VI (Bestätigung einer Rechtsprechungsänderung).

¹⁰⁴ BAG, 31.10.1995 - 1 AZR 372/95 = AP Nr. 29 zu § 72 ArbGG 1979 (Rechtsprechungsänderung).

31.10.1995 hinwies.¹⁰⁵ Diese erneute Rechtsprechungsänderung bestätigte der 4. Senat am 09.07.1997.¹⁰⁶

Eine endgültige Klärung der Frage erfolgte erst am 11.12.1998 durch den 6. Senat.¹⁰⁷ Hier wurde die Divergenz erstmalig entscheidungserheblich. Nachdem der 4. und 7. Senat auf Anfrage nach § 45 Abs. 3 ArbGG erklärt hatten, nicht an ihrer Rechtsprechung festzuhalten,¹⁰⁸ gab der 6. Senat deren Rechtsprechung auf und schloss sich der des 1. Senats an.¹⁰⁹

Ein weiteres Beispiel für die Behandlung der Entscheidungen bei divergierender Rechtsprechung ist die Rechtsprechung zur Grundrechtsgebundenheit der Tarifvertragsparteien.¹¹⁰ In einer Entscheidung vom 27.01.2004¹¹¹ schloss sich der 6. Senat der Auffassung des 7. Senats an,¹¹² welcher der Schutzpflichtfunktion der Grundrechte eine gewisse Bindung entnahm, und wendete sich damit sowohl gegen die Senate, die noch eine unmittelbare Bindung an die Grundrechte vertreten hatten¹¹³, als auch gegen den 4. Senat, welcher eine unmittelbare Bindung an den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG abgelehnt hatte und die Ansicht vertrat, dass die Tarifvertragsparteien wegen ihres insoweit vorrangigen Grundrechts der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG bis zur Grenze der Willkür frei wären, in eigener Selbstbestimmung den persönlichen Geltungsbereich ihrer Tarifregelungen festzulegen¹¹⁴.

Etwas anders beurteilt wurde die Lage bei Abweichungen von gerichtsfremder Rechtsprechung. Hier galt die Abweichung von einer Entscheidung eines fremden Gerichts bei gleichzeitiger Fortführung der eigenen Senatsrechtsprechung selbst dann nicht als Rechtsprechungsänderung, wenn sie direkt auf die gegenteilige Entscheidung des fremden Gerichts folgte, da es sich nach dem Selbstverständnis des Gerichts dann nicht um eine Rechtsprechungsänderung, sondern um die Fortführung der eigenen Rechtsprechung handelte.¹¹⁵ Als Beispiel hierfür kann die Entscheidung des 5. Senats vom 27.03.1996 angeführt werden, in welcher er betonte, dass eine Paraphe als Unterschrift unter bestimmende Schriftsätze nicht ausreiche, was beispielsweise auch bei der Übermittlung eines Schriftsatzes per

¹⁰⁵ BAG, 10.07.1996 - 4 AZR 139/95 = AP Nr. 29 zu §§ 22, 23 BAT Sozialarbeiter (Rechtsprechungsänderung).

¹⁰⁶ BAG, 09.07.1997 - 4 AZR 780/95 = AP Nr. 39 zu §§ 22, 23 BAT Sozialarbeiter (Bestätigung einer Rechtsprechungsänderung).

¹⁰⁷ BAG, 11.12.1998 - 6 AZB 48/97 = AP Nr. 30 zu § 64 ArbGG 1979 (Rechtsprechungsänderung).

¹⁰⁸ Anfragebeschluss: BAG, 19.06.1998 - 6 AZB 48/97 (A) = AP Nr. 26 zu § 64 ArbGG 1979; Beschlüsse des 4. und 7. Senats: BAG, 30.09.1998 - 4 AS 36/98 (nicht veröffentlicht); BAG, 29.10.1998 - 7 AS 37/98 (nicht veröffentlicht).

¹⁰⁹ BAG, 11.12.1998 - 6 AZB 48/97 = AP Nr. 30 zu § 64 ArbGG 1979 (Rechtsprechungsänderung).

¹¹⁰ Als Rechtsprechungsänderung wurde gewertet BAG, 27.05.2004 - 6 AZR 129/03 = AP Nr. 5 zu § 1 TVG Gleichbehandlung.

¹¹¹ BAG, 27.05.2004 - 6 AZR 129/03 = AP Nr. 5 zu § 1 TVG Gleichbehandlung.

¹¹² BAG, 25.02.1998 - 7 AZR 641/96 = AP Nr. 11 zu § 1 TVG Tarifverträge: Luftfahrt; BAG, 31.07.2002 - 7 AZR 140/01 = AP Nr. 14 zu § 1 TVG Tarifverträge: Luftfahrt.

¹¹³ BAG, 28.03.1996 - 6 AZR 501/95 = AP Nr. 49 zu § 2 BeschFG 1985; BAG, 18.06.1997 - 5 AZR 259/96 = AP Nr. 2 zu § 3d BAT; BAG, 26.01.1999 - 3 AZR 381/97 = AP Nr. 48 zu § 1 BetrAVG Zusatzversorgungskassen; BAG, 04.04.2000 - 3 AZR 729/98 = AP Nr. 2 zu § 1 TVG Gleichbehandlung.

¹¹⁴ BAG, 30.08.2000 - 4 AZR 563/99 = AP Nr. 25 zu § 4 TVG Geltungsbereich; ebenso BAG, 29.08.2001 - 4 AZR 352/00 = AP Nr. 291 zu Art 3 GG; BAG, 29.11.2001 - 4 AZR 762/00 = AP Nr. 296 zu Art 3 GG.

¹¹⁵ *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 100.

Telefax gelte,¹¹⁶ und sich damit gegen die vom BFH geäußerten Bedenken in einer Entscheidung vom 29.11.1995 wandte.¹¹⁷

ee. Rechtsprechungsänderungen im Divergenzverfahren

Fraglich ist weiter, wie mit Rechtsprechungsänderungen zu verfahren ist, die im Verlauf eines Divergenzverfahrens nach § 45 Abs. 2 ArbGG ergehen. Zum einen ist zu klären, welchem Senat die Rechtsprechungsänderung zuzurechnen ist, wenn der Senat der Ausgangsentscheidung auf Anfrage erklärt, nicht an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalten zu wollen. Das könnte der anfragende, aber auch der angefragte Senat sein. Zum anderen muss geklärt werden, ob bei einer Änderung der bisherigen Rechtsprechung unter Beteiligung des Großen Senats bereits dessen Entscheidung als Rechtsprechungsänderung gelten soll oder erst die sich diesem anschließende Umsetzungsentscheidung des vorlegenden Senats.

Hinsichtlich der ersten Konstellation begründet *Keil*, warum die Änderung durch den anfragenden Senat erfolgt. Er führt aus, der angefragte und seine bisherige Rechtsprechung aufgebende Senat stütze insgesamt nur die Entscheidung des anfragenden Senats. Zudem sei auch der Wortlaut des § 132 Abs. 3 S. 1 GVG, welcher dem des § 45 Abs. 3 S. 1 ArbGG entspricht (Anm. d. Verf.), dahin zu interpretieren, dass die erfolgte Rechtsprechungsänderung dem anfragenden Senat zuzurechnen sei. Immerhin gehe die Vorschrift davon aus, dass von der Ansicht des angefragten Senats „abgewichen werden soll“, nicht dass jener seine Auffassung revidiere.¹¹⁸

Was die zweite Konstellation angeht, erläutert *Keil*, dass dem Senat, der die Entscheidung des Großen Senats umsetze, mit der „Änderungsautonomie“ ein maßgeblicher Aspekt für das Vorliegen einer Rechtsprechungsänderung fehle. Die Bindungswirkung des § 138 Abs. 1 S. 3 GVG, welcher die des § 45 Abs. 7 ArbGG entspricht [Anm. d. Verf.], gehe darüber noch hinaus. Bei der Entscheidung in der Sache könne von der Auslegung des Großen Senats nicht mehr abgegangen werden. Dies verdeutliche auch dessen Stellung als gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG. Da sich die Entscheidung des vorlegenden Senats im Rahmen der neuen Auslegung halten müsse, könne nur jene als Änderungsentscheidung über die Rechtsfrage gelten. Ändernder Spruchkörper sei in diesem Fall somit allein der Große Senat.¹¹⁹

ff. Rechtsprechungsänderungen infolge einer Änderung der Gesetzeslage

Nicht als Rechtsprechungsänderungen i.S.d. Statistik gewertet wurden auch Änderungen, welche nur der unmittelbaren Umsetzung geänderter oder neu eingeführter Gesetze dienten, wobei auch hier immer die eigene Einschätzung des Gerichts maßgeblich war.¹²⁰ Grund dafür ist, dass das Gericht in einem solchen Fall keinen autonomen Änderungsbeschluss fasst, sondern im Grunde nur eine Geset-

¹¹⁶ BAG, 27.03.1996 - 5 AZR 576/94 = AP Nr. 67 zu § 518 ZPO.

¹¹⁷ BFH, 29.11.1995 - X B 56/95 = BFHE 179, 233.

¹¹⁸ *Keil*, Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen, 2007, S. 206.

¹¹⁹ *Keil*, Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen, 2007, S. 206 f.

¹²⁰ Vgl. *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 100.

zesänderung nachvollzieht.¹²¹ Damit fiel eine ganze Reihe auf den ersten Blick ausdrücklicher Rechtsprechungsänderungen aus der Statistik heraus.¹²²

Etwas anderes gilt für Änderungen, die aufgrund von Fernwirkungen eines Gesetzeswandels ergehen. Diese wurden als Rechtsprechungsänderungen gewertet.¹²³ Eine Fernwirkung ist gegeben, wenn sich eine Rechtsprechungsänderung erst aus dem Zusammenspiel des Gesetzes mit der übrigen Rechtsordnung ergibt.¹²⁴ Der entscheidende Senat fasst in diesen Fällen den Änderungsbeschluss autonom. Im untersuchten Zeitraum bis 2009 beruhten lediglich drei Rechtsprechungsänderungen auf der Fernwirkung einer Gesetzesänderung bzw. Gesetzesneufassung.¹²⁵

gg. Rechtsprechungsänderungen aufgrund europarechtlicher Vorgaben
Unionsrecht hat gegenüber mitgliedstaatlichem Recht grundsätzlich Vorrang.¹²⁶

Den auf Gesetzesänderungen zurückgehenden Rechtsprechungsänderungen ähnlich zu beurteilen sind daher die Änderungen, die durch europarechtliche Vorgaben veranlasst sind. Es kommt ebenfalls darauf an, ob ein Senat des Bundesarbeitsgerichts eine europarechtliche Vorgabe direkt nachvollzieht oder ob ihm ein gewisser eigener Entscheidungsspielraum und damit Änderungsautonomie verbleibt.

Nicht als Rechtsprechungsänderungen i.S.d. statistischen Auswertung wurden daher Entscheidungen gewertet, die unmittelbar auf unmissverständliche oder durch den Europäischen Gerichtshof präzierte primärrechtliche Vorgaben zurückgingen.

Gleiches galt grundsätzlich auch bei Rechtsprechungsänderungen, die von einer Richtlinie, deren Umsetzungsfrist bereits abgelaufen ist, veranlasst worden waren, da das Gericht in einem solchen

¹²¹ Ähnlich scheint das BAG selbst zu differenzieren, vgl. beispielsweise BAG, 16.01.1996 - 3 AZR 767/94 = AP Nr. 222 zu Art 3 GG, unter C. IV. 1. der Gründe: „Der Senat unterscheidet zwischen der Änderung der Rechtsprechung und einer Änderung der objektiven Rechtslage durch neue Gesetze. Die Änderung der objektiven Rechtslage durch neue Gesetze kann nicht ohne weiteres gleichgesetzt werden mit einem Wandel der Rechtsauffassungen.“

¹²² Hierzu zählen beispielsweise BAG, 23.06.2004 - 7 AZR 636/03 = AP Nr. 12 zu § 14 TzBfG; BAG, 28.10.2004 - 8 AZR 492/03 = AP Nr. 29 zu § 66 ArbGG 1979; BAG, 31.05.2007 - 2 AZR 276/06 = AP Nr. 94 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; BAG, 28.06.2007 - 6 AZR 873/06 - AP Nr. 61 zu § 4 KSchG 1969; BAG, 18.03.2009 - 10 AZR 281/08 = AP Nr. 83 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; BAG, 14.01.2009 - 3 AZR 20/07 = AP Nr. 315 zu Art 3 GG.

¹²³ So auch *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 100.

¹²⁴ *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 84.

¹²⁵ BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 = AP Nr. 4 zu § 55 InsO; BAG, 10.02.2004 - 9 AZR 116/03 = AP Nr. 27 zu § 7 BUrIG Übertragung; BAG, 12.10.2004 - 3 AZR 571/03 = AP Nr. 2 zu § 3g BAT.

¹²⁶ Hierzu beispielsweise *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Aufl., Stand: Oktober 2011, Art. 1 AEUV, Rn. 72 ff.

Fall, jedenfalls soweit möglich,¹²⁷ die nationale Norm europarechtskonform auslegen bzw. fortbilden¹²⁸ und damit seine bisherige Rechtsprechung ändern muss.¹²⁹

Ist die Umsetzungsfrist der Richtlinie noch nicht verstrichen, soll das Gericht generell noch frei sein, seine Rechtsprechung den Wertungen der Richtlinie anzupassen, da sich der Umsetzungsauftrag in erster Linie an den Gesetzgeber richtet.¹³⁰ Daher wäre eine Rechtsprechungsänderung, die sich auf eine europäische Richtlinie beruft, deren Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen ist, als solche i.S.d. Statistik zu werten.¹³¹ Im untersuchten Zeitraum fand sich hierfür jedoch kein Beispiel.

IV. Ergebnisse

Bei den Ergebnissen ist zu allererst noch einmal darauf hinzuweisen, dass Grundlage für die direkten Vergleiche mit Bundesverfassungsgericht, Bundesverwaltungsgericht und Bundesgerichtshof immer nur die Rechtsprechungsänderungen in dem Zeitraum vom 01.01.1995 bis zum 31.12.2001 sind. Die Ergebnisse für den Zeitraum bis zum 31.12.2009 wurden jeweils zusätzlich angeführt. Desweiteren wurden bei den direkten Vergleichen immer die Kriterien *Kählers* verwendet. Das bedeutet beispielsweise, dass unmittelbare Umsetzungen geänderter Gesetze oder Änderungen aufgrund von Richtlinien mit abgelaufener Umsetzungsfrist nicht gewertet wurden.¹³²

Die Auswertung der ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen beim Bundesarbeitsgericht ergab im Zeitraum von 1995 bis 2001 eine Gesamtzahl von 53 Änderungen in 51 Entscheidungen, im Zeitraum von 1995 bis 2009 eine Gesamtzahl von 115 Änderungen in 112 Entscheidungen.¹³³ Der Grund dafür liegt darin, dass drei Entscheidungen jeweils zwei Rechtsprechungsänderungen enthalten.¹³⁴ Setzt man diese Zahlen einerseits ins Verhältnis zur Gesamtzahl der über Juris veröffentlichten Entscheidungen und andererseits ins Verhältnis zur Gesamtzahl aller durch Entscheidung erledigten Fälle, so ergibt sich folgende Übersicht:

¹²⁷ In den Fällen, in denen eine nationale Norm weder europarechtskonform ausgelegt noch fortgebildet werden kann, ist sie mit Gemeinschaftsrecht unvereinbar. Dies führt grundsätzlich zu ihrer Unanwendbarkeit. Eine nicht unmittelbar wirkende Richtlinie bewirkt allerdings keinen Anwendungsvorrang. Die nationale Norm muss trotz Europarechtswidrigkeit angewendet werden. Vgl. BAG, 28.06.2007 - 6 AZR 851/06 = AP Nr. 55 zu § 15 BAT, unter I. 2. a) ff) bbb) der Gründe; BAG, 18.02.2003 - 1 ABR 2/02 = AP Nr. 12 zu § 611 BGB Arbeitsbereitschaft, unter B. IV. 4. b) der Gründe; zur Prüfungs- und Verwerfungskompetenz nationaler Gerichte *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: Oktober 2011, Art. 20 Rn. 163 ff. m.w.N.

¹²⁸ *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, 2008, S. 17 (§ 1 Rn. 42); *Kahl*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 4 EUV Rn. 92, 93 m.w.N.

¹²⁹ Hierzu gehören beispielsweise BAG, 02.04.1996 - 1 ABR 47/95 = AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz; BAG, 06.02.2003 - 2 AZR 621/01 = AP Nr. 21 zu § 611a BGB; BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969; BAG, 06.04.2006 - 8 AZR 222/04 = AP Nr. 299 zu § 613a BGB; BAG, 24.03.2009 - 9 AZR 983/07 = AP Nr. 39 zu § 7 BUrlG.

¹³⁰ Hierzu *Keil*, Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen, 2007, S. 226 ff.

¹³¹ Vgl. auch *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 100.

¹³² Derartige Entscheidungen wurden allerdings teilweise in die inhaltliche Untersuchung der Entscheidungsgründung einbezogen, vgl. insbesondere § 3, B. II. 2. A. aa. (2).

¹³³ Vgl. Anhang 2; eine Aufgliederung nach Senaten findet sich in Anhang 3, eine Übersicht über das Alter der Ausgangsentscheidungen in Anhang 4.

¹³⁴ Dies waren BAG, 09.12.1997 - 1 AZR 319/97 = AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt; BAG, 17.09.1998 - 8 AZR 175/97 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mankohaftung; BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 = AP Nr. 4 zu § 55 InsO.

	Gesamtzahl der		absoluter (relativer) Anteil der ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen
1995-2001	über Juris veröffentlichten Entscheidungen	4603	53 (1,15%)
	durch Entscheidung erledigten Fälle	10494	53 (0,51%)
1995-2009	über Juris veröffentlichten Entscheidungen	9355	115 (1,23%)
	durch Entscheidung erledigten Fälle	23372	115 (0,49%)

Absoluter und relativer Anteil der ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen an den über Juris veröffentlichten Entscheidungen bzw. den durch Entscheidung erledigten Fälle in den Zeiträumen 1995-2001 und 1995-2009.¹³⁵

Der Anteil der Rechtsprechungsänderungen an der Gesamtzahl der über Juris veröffentlichten Entscheidungen betrug demnach von 1995 bis 2001 1,15% und von 1995 bis 2009 1,23%. Der Anteil an sämtlichen durch Entscheidung erledigten Fällen betrug für diese Zeiträume 0,51% bzw. 0,49%. Wie häufig sie im Vergleich zu ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen von Bundesverfassungsgericht, Bundesverwaltungsgericht und Bundesgerichtshof waren, zeigt der folgende Überblick:

Relativer Anteil der ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen an der Gesamtzahl der	BVerfG*	BVerwG*	BGH*	BAG
über Juris publizierten Entscheidungen	0,4 %	0,77 %	1,48 %	1,15 %
durch Entscheidung erledigten Fälle	0,02 %	0,19 %	0,28 %	0,51 %

Vergleich der relativen Anteile ausdrücklicher Rechtsprechungsänderungen bei BVerfG, BGH, BVerwG und BAG im Zeitraum 1995-2001¹³⁶

Vergleicht man allein den Anteil der ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen an der Gesamtzahl aller über Juris publizierten Entscheidungen, so liegt das Bundesarbeitsgericht mit 1,15% vor dem Bundesverfassungsgericht mit 0,4% und dem Bundesverwaltungsgericht mit 0,77%, allerdings deutlich hinter dem Bundesgerichtshof mit 1,48%. Ein anderes Ergebnis ergibt der Blick auf den Anteil der ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen an sämtlichen durch Entscheidung erledigten Fällen. Dieser Anteil beträgt für den Zeitraum 1995-2001 beim Bundesarbeitsgericht 0,51%, während er beim Bundesgerichtshof bei nur 0,28%, beim Bundesverfassungsgericht bei 0,02% und beim Bundesverwaltungsgericht bei 0,19% liegt.

V. Diskussion

Der geringe Anteil ausdrücklicher Rechtsprechungsänderungen sagt zwar nichts über die generelle Änderungsfreudigkeit des Bundesarbeitsgerichts aus, da Änderungen auch stillschweigend oder als Modifikationen, Klarstellungen oder Erweiterungen deklariert erfolgen können. Allerdings lässt sich

¹³⁵ Juris; Schreiben des BAG vom 15.07.2011 (Anhang 1); Anhang 2.

¹³⁶ Kähler, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 109 (Fn. 136).

festhalten, dass die Anteile ausdrücklicher Rechtsprechungsänderungen an den Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts sehr gering sind.¹³⁷

Der Anteil der ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen an der Gesamtzahl aller über Juris publizierten Entscheidungen lag im Untersuchungszeitraum beim Bundesarbeitsgericht mit 1,15% deutlich hinter dem Bundesgerichtshof mit 1,48%. Da die Datenbank alle veröffentlichten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts für den untersuchten Zeitraum erfasst,¹³⁸ zeigt dieses Ergebnis, dass die Behauptung, das Bundesarbeitsgericht ändere seine Rechtsprechung häufiger als andere Bundesgerichte,¹³⁹ jedenfalls für den Bereich ausdrücklicher Rechtsprechungsänderungen im Vergleich zum Bundesgerichtshof, bisher aus der Luft gegriffen war.

Bestätigen lässt sie sich diese Aussage nämlich erst bei einem Blick auf den Anteil der ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen an sämtlichen durch Entscheidung erledigten Fällen. Dieser Anteil betrug für den Zeitraum 1995-2001 beim Bundesarbeitsgericht 0,51% und beim Bundesgerichtshof nur 0,28%.

Fraglich ist, worauf dieser Unterschied beruhen könnte.

Die Behauptung, gerade im Arbeitsrecht müssten sich die Gerichte immer wieder den sich wandelnden technischen, sozialen oder wirtschaftlichen Umständen anpassen,¹⁴⁰ reicht als Erklärung für diese Zahl allein nicht aus. Grund dafür ist, dass in nur einem minimalen Teil der ausdrücklich rechtsprechungsändernden Entscheidungen die Rechtsprechungsänderung mit einem Wandel normrelevanter Tatsachen oder Anschauungen begründet wird.¹⁴¹

Eine Erklärung könnte sein, dass sich das Bundesarbeitsgericht aufgrund der Tatsache, dass ihm aufgrund der Zurückhaltung des Gesetzgebers im Bereich des Arbeitsrechts eine größere richterliche Freiheit zugestanden wird als anderen Bundesgerichten, eher zu Rechtsprechungsänderungen bekennt. Aufgrund dieses Selbstverständnisses könnte auch der Wechsel von Senatsbesetzungen häufiger zu ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen führen als dies bei anderen Gerichten der Fall ist.¹⁴²

B. Inhaltliche Analyse der ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen

Nachdem unter A. Aussagen zur Häufigkeit ausdrücklicher Rechtsprechungsänderungen beim Bundesarbeitsgericht getroffen werden konnten, erfolgt unter B. die Untersuchung der inhaltlichen Auseinandersetzung des Gerichts mit der Rechtsprechungsänderung innerhalb der Entscheidungsbeurteilung.

¹³⁷ Wie bei Bundesverfassungsgericht, Bundesverwaltungsgericht und Bundesgerichtshof stellen sie damit ein Ausnahmephänomen dar, hierzu *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 110.

¹³⁸ Siehe § 3, A. III. 1. a.

¹³⁹ *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 26.

¹⁴⁰ Beispielsweise *Hagen*, Festschrift für Karlmann Geiß, 2000, S. 97, 98 ff.

¹⁴¹ § 3, B. II. 1. b. aa. (3).

¹⁴² Zum Einfluss der Senatsbesetzungen und Personalwechsel auf Rechtsfortbildungen und Rechtsprechungsänderungen *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 185 m.w.N.

Hierfür werden sämtliche ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen im Zeitraum vom 01.01.1995 bis zum 31.12.2009 näher betrachtet. Auch in diesem Abschnitt der Arbeit können statistische Aussagen zu verschiedenen Phänomenen der Entscheidungsbegründung getroffen werden. Wo es sich anbietet, werden zusätzlich auch Rechtsprechungsänderungen aus 2010 und 2011 in die Untersuchung mit einbezogen sowie Änderungen, welche die engeren Kriterien, die unter A. III. 2. im Hinblick auf eine statistische Auswertung definiert wurden, nicht erfüllen.

I. Die Rechtsprechungsänderung in den Entscheidungselementen

Der Aufbau eines arbeitsgerichtlichen Urteils gliedert sich üblicherweise in Überschrift, Rubrum, Tenor, Tatbestand, Entscheidungsgründe und die Unterschriften der Richter, vgl. § 313 ZPO i.V.m. § 46 Abs. 2 ArbGG und § 315 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 46 Abs. 2 ArbGG. Zusätzlich werden der Entscheidung vom Senat oft „Leitsätze“ oder Hinweise des Senats vorangestellt. Auswirkungen hat eine Rechtsprechungsänderung hauptsächlich in den Entscheidungsgründen. Sie kann allerdings auch in Leitsätzen oder Hinweisen des Senats benannt werden und sich auf die Darstellung des Tatbestandes auswirken.

1. Rechtsprechungsänderung in Leitsätzen und Hinweisen des Senats

Der Hinweis auf eine Rechtsprechungsänderung ist oft in den vom entscheidenden Senat verfassten Leitsätzen und Hinweisen des Senats, aber auch in sogenannten Orientierungssätzen zu finden. Während die Orientierungssätze im Fall des Bundesarbeitsgerichts von der Dokumentationsstelle oder den Mitgliedern der bürgerlichen Gesellschaft „Die Richterinnen und Richter des Bundesarbeitsgerichts“ gebildet werden¹⁴³, stammen Leitsätze und Hinweise des Senats vom entscheidenden Senat selbst und können damit in gewisser Weise als Bestandteil der Entscheidung gesehen werden.¹⁴⁴ Diese kurzen Angaben zur Entscheidung sind von großer Bedeutung, da sie sich an die juristische Öffentlichkeit richten¹⁴⁵ und zu deren schneller Information dienen.

2. Rechtsprechungsänderung und Tatbestand

Im Tatbestand sollen die erhobenen Ansprüche und die dazu vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel unter Hervorhebung der gestellten Anträge ihrem wesentlichen Inhalt nach knapp dargestellt werden (§ 313 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 ZPO). Zugleich dient der Tatbestand der Beurkundung des Parteivorbringens (§ 314 ZPO).¹⁴⁶ Trotz der gedrängten Darstellung muss die Sachverhaltsdarstellung verständlich bleiben und den wesentlichen Kern des Rechtsstreits wiedergeben.¹⁴⁷ Adressaten sind die Parteien des Rechtsstreits, daneben allerdings auch die jeweilige Rechtsmittelinstanz sowie die juristische Öffentlichkeit.¹⁴⁸

¹⁴³ Schreiben des BAG vom 19.04.2011 (Anhang 1).

¹⁴⁴ Vgl. zu den vom Senat verfassten Leitsätzen *Hattenhauer*, Die Kritik des Zivilurteils, 1970, S. 144.

¹⁴⁵ Diese stellte *Hattenhauer* für die Leitsätze einer Entscheidung fest, vgl. *Hattenhauer*, Die Kritik des Zivilurteils, 1970, S. 145.

¹⁴⁶ *Hattenhauer*, Die Kritik des Zivilurteils, 1970, S. 57.

¹⁴⁷ *Musielak*, in: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 8. Aufl. 2011., § 313 Rn. 8, mit Verweis auf BAG, 20.08.2009 - 2 AZR 165/08 = AP Nr. 223 zu § 626 BGB.

¹⁴⁸ *Hattenhauer*, Die Kritik des Zivilurteils, 1970, S. 65 f.

Das Problem der Tatbestandsdarstellung liegt darin, dass allein der Richter aus dem Parteivorbringen die Fakten auswählt, die in den Tatbestand einfließen. Dies birgt einerseits die Gefahr, dass er Sachverhaltsdarstellungen der Parteien falsch versteht. Vor allem aber ist er aufgrund der hermeneutischen Natur des Entscheidungsfindungsprozesses¹⁴⁹, bei dem der Blick notwendigerweise immer wieder zwischen Sachverhalt und Norm hin und her wandert¹⁵⁰ und der durch das rechtliche Vorverständnis¹⁵¹ des Entscheidenden geprägt ist, bei der Erstellung und Niederschrift des Tatbestandes subjektiv beeinflusst. Wenn er eine bestimmte Entscheidungsregel anzuwenden gedenkt, sind meist nicht die Fakten, die für eine andere Entscheidungsregel wesentlich sind, in der Tatbestandsdarstellung enthalten. Die unterschiedlichen Auffassungen darüber, welche Fragen rechtlich relevant sind, wirken sich also auf Ermittlung und Darstellung des Tatbestandes aus, selbst wenn es sich um ein und denselben Fall handelt.¹⁵² Die daraus resultierende „Unvollständigkeit“ des Tatbestandes des Ausgangsfall hat dann möglicherweise zur Folge, dass im Rahmen einer neuen Entscheidung nicht festgestellt werden kann, ob es sich um einen gleichartigen Sachverhalt handelt oder nicht.

Hinzu kommt, dass rechtsprechungsändernde Revisionsgerichte selbst keine Tatsachenfeststellungen treffen und grundsätzlich an die Tatsachenfeststellungen der Instanzgerichte gebunden sind.¹⁵³ Das bedeutet, dass die im Tatbestand erwähnten Tatsachen durch die Richter der Instanzgerichte vorgefiltert sind, die ihrerseits andere Aspekte für entscheidungsrelevant gehalten haben. Auch aus diesem Grund lässt sich daher nicht immer mit Sicherheit sagen, ob es sich bei einer Abweichung von einer bisherigen Rechtsprechung tatsächlich um eine Rechtsprechungsänderung handelt oder nur eine anders gelagerte Fallgestaltung für die Abweichung ursächlich ist.

3. Rechtsprechungsänderung und Entscheidungsgründe

Das Hauptaugenmerk dieser Arbeit liegt auf der Rechtsprechungsänderung in den Entscheidungsgründen. Dieses Thema wird daher im Folgenden eingehender behandelt.

II. Die Rechtsprechungsänderung in den Entscheidungsgründen

Die Durchsicht der untersuchten Entscheidungen ergab, dass einer ausdrücklich rechtsprechungsändernden Entscheidung drei Inhalte eigentümlich sind:

Erstens muss die Rechtsprechungsänderung begründet werden. Teil dieser Begründung sind zum einen die Begründung der neu eingeführten Ansicht und zum anderen die Auseinandersetzung mit oder sogar die Widerlegung der bisherigen Auffassung. Außerdem gehört hierher die Darlegung der Gründe, die für die Änderung an sich ausschlaggebend gewesen sind.

Zweitens können die Themen Rückwirkung und Vertrauensschutz eine Rolle spielen.

¹⁴⁹ Hierzu *Larenz*, Festschrift für Ernst Rudolf Huber, 1973, S. 291 ff.

¹⁵⁰ *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. 1963, S. 14 f.

¹⁵¹ *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 43 ff.

¹⁵² Vgl. *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 197 f.

¹⁵³ Hierzu beispielsweise *Klose*, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 22. Ed., Stand: 01.12.2011, § 73 ArbGG Rn. 1.

Drittens ist bei Fremddivergenzen zu beachten, ob ein Divergenzverfahren gem. § 45 Abs. 2 und 3 ArbGG einzuleiten ist.

Dementsprechend wird der folgende Abschnitt in drei Unterpunkte aufgeteilt. Zunächst soll die Begründung der Rechtsprechungsänderung innerhalb der Entscheidungsgründe untersucht werden (1.). Anschließend wird sich die Arbeit mit der Frage befassen, wie das Bundesarbeitsgericht die Themen Rückwirkung und Vertrauensschutz behandelt (2.) und schließlich wird überprüft, ob sich die Senate in der gebotenen Weise mit der Vorlageproblematik auseinandersetzen, wobei sich dieser Teil auf die Divergenzvorlage beschränken wird (3.).

1. Die Begründung der Rechtsprechungsänderung

Eine Rechtsprechungsänderung soll nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich dann unbedenklich sein, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält.¹⁵⁴ Was jedoch sind die notwendigen Bestandteile einer solchen Begründung und wann ist diese hinreichend?

Gemäß Art. 97 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG ist der Richter dem Gesetz unterworfen. Allerdings ist der Gesetzeswortlaut oft nicht eindeutig und so können sich, je nach methodischem Vorgehen, Auswahl und Gewichtung der Argumente, verschiedene Auslegungsergebnisse ergeben. Darüber hinaus bleibt dem Richter in den Fällen, in denen das Gesetz für die Beurteilung eines Sachverhalts als alleiniger Maßstab versagt, oft nichts anderes übrig, als selbst Recht zu schöpfen.¹⁵⁵ Sowohl für das Vorgehen bei der reinen Gesetzesanwendung als auch bei der Rechtsschöpfung fehlen jedoch verbindliche Maßstäbe.

Da nach heutiger Überzeugung mehrere Entscheidungsergebnisse rechtlich vertretbar sein können,¹⁵⁶ hängt die Akzeptanz der Entscheidung entscheidend von ihrer Begründung ab. Bei rechtsprechungsändernden Entscheidungen ist die Begründung von noch größerem Interesse – zum einen, weil sich die Frage „*Warum so und nicht anders?*“¹⁵⁷ speziell i.S.v. „*Warum so und nicht wie bisher?*“ bei jeder ausdrücklichen Rechtsprechungsänderung stellt, und zum anderen, weil mit dem Vorliegen der bisherigen, anders lautenden Rechtsprechung meist auch Argumente gegen die neu eingeführte Entscheidungsregel im Raum stehen, die einen erhöhten Begründungsaufwand nach sich ziehen. Die Ausgangsentscheidungen enthalten in der Regel meist ebenso gut vertretbare Ansichten.

Betrachtet man die Frage „*Warum so und nicht wie bisher?*“ so ergeben sich daraus drei gedankliche Begründungsaspekte: (1) „*Warum so?*“, (2) „*Warum nicht anders?*“ und (3) „*Warum nicht wie bisher?*“. Die Beantwortung der ersten Frage erfordert die Darstellung der die neue Entscheidungsregel tragenden Gründe (*Entscheidungsregelbegründung*), die der zweiten Frage die Beschäftigung mit anderen entgegenstehenden Ansichten, im Bereich der Rechtsprechungsänderungen speziell mit der Argumentation der Ausgangsentscheidung (*Auswahlbegründung*), die der dritten Frage die Darstel-

¹⁵⁴ BVerfG 15.01.2009 - 2 BvR 2044/07 = BVerfGE 122, 248, unter B. III. 1. der Gründe.

¹⁵⁵ Diese Aufgabe des Richters wurde auch vom Bundesverfassungsgericht anerkannt, BVerfG, 14.02.1973 - 1 BvR 112/65 = BVerfGE 34, 269 (Soraya); hierzu *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 214 ff.

¹⁵⁶ Hierzu *Fischer*, ZfA 2002, 215 (225 ff.).

¹⁵⁷ Hierzu auch *Brink*, Über die richterliche Entscheidungsbegründung, 1999, S. 33 m.w.N.

lung eines Grundes für die Wahl der neuen Entscheidungsregel, also eines Motivs für die Rechtsprechungsänderung an sich (*Änderungsbegründung*).¹⁵⁸

a. Entscheidungsregel- und Auswahlbegründung

Entscheidungsregel- und Auswahlbegründung sind grundsätzlich Bestandteile jeder Entscheidungsbegründung, da eine Rechtsfrage meist auf verschiedene Arten beantwortet werden kann und es nicht eine einzige rechtlich richtige Lösung gibt.¹⁵⁹ Was ausdrückliche Rechtsprechungsänderungen angeht, wurde allerdings zu Beginn der Untersuchung erwartet, dass neu angewendete Entscheidungsregeln argumentativ überdurchschnittlich gut untermauert würden und dass sich ein Großteil der ausdrücklich rechtsprechungsändernden Entscheidungen mit den Argumenten der Ausgangsentscheidung auseinandersetzen würde. Immerhin ist es ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen eigen, dass mit der Benennung einer Ausgangsentscheidung zumindest teilweise gut begründete Gegenauffassungen im Raum stehen. Diese Annahmen sollen im Folgenden überprüft werden.

Dabei ist klarzustellen, dass sich die vorliegende Arbeit nicht damit befassen wird, ob in der Praxis die inhaltlichen Anforderungen, die an Entscheidungsregel- und Auswahlbegründung zu stellen sind, eingehalten werden. Grund dafür ist, dass über derartige inhaltliche Anforderungen keine Einigkeit besteht. Begriffe wie „Konsensfähigkeit“¹⁶⁰, „Argumentationssättigung“¹⁶¹, „inhaltliche Plausibilität“¹⁶² oder „zureichender Grund“¹⁶³ helfen nicht weiter. Die Qualität und Vollständigkeit von Begründungen ist ebenso wenig klassifizierbar wie messbar ist, ob sich der Senat der Änderungsentscheidung angemessen mit den Argumenten der bisherigen Auffassung auseinandergesetzt oder diese sogar widerlegt hat, da derartige Bewertungen immer sehr subjektiv sind. Es ist allerdings möglich, rein quantitativ zu untersuchen, welche rechtsprechungsändernden Entscheidungen überhaupt die neue Entscheidungsregel argumentativ untermauern und auf Argumente der Ausgangsentscheidung Bezug nehmen.

aa. Quantitative Untersuchung

Hierzu wurde wie folgt verfahren:

Zum einen wurden alle Rechtsprechungsänderungen daraufhin untersucht, ob die neue, geänderte Ansicht der Änderungsentscheidung in irgendeiner Weise argumentativ begründet war. War dies der Fall, wurde dies in der unten aufgeführten Tabelle, die der Veranschaulichung der Ergebnisse dienen soll, mit einem „+“, andernfalls mit einem „-“ markiert. Nicht als argumentative Begründung zählte der bloße Hinweis auf die Rechtsprechung anderer Gerichte oder Senate.¹⁶⁴ Zwar könnten derartige Hinweise als „Autoritätsargumente“¹⁶⁵ eingeordnet werden, in dieser Untersuchung kommt es je-

¹⁵⁸ Mit den inhaltlichen Anforderungen an einen (zureichenden) Grund wird sich diese Arbeit allerdings nicht befassen, siehe hierzu beispielsweise *Brüggemann*, Die richterliche Begründungspflicht, 1971, S. 166 f.

¹⁵⁹ Fn. 156.

¹⁶⁰ *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 21; *Gottwald*, ZJP 1985, 113, 119.

¹⁶¹ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 293.

¹⁶² *Eckhold-Schmidt*, Legitimation durch Begründung: eine erkenntniskritische Analyse der Drittwirkungskontroverse, 1974, S. 93.

¹⁶³ *Brüggemann*, Die richterliche Begründungspflicht, 1971, S. 58 ff.

¹⁶⁴ Vgl. BAG, 26.10.1995 - 2 AZR 743/94 = AP Nr. 8 zu § 79 BPersVG, unter II. 2. der Gründe.

¹⁶⁵ Hierzu *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 543.

doch grundsätzlich auf Sachargumente an. Als Argumentation wurde dagegen auch gewertet, wenn der Senat ausdrücklich auf die ausführliche und konkrete Argumentation in einer eigenen früheren Entscheidung verwies, da dies über ein bloßes Autoritätsargument hinausgeht.¹⁶⁶

Zum anderen wurde geprüft, ob in der Änderungsentscheidung direkt auf die Argumentation der Ausgangsentscheidung Bezug genommen wurde. Dabei kam es ebenso wenig darauf an, ob sämtliche Argumente aufgezählt wurden wie darauf, ob diese ganz oder teilweise widerlegt wurden. Hatte der Senat auf die Argumentation der Ausgangsentscheidung Bezug genommen, wurde dies in der Tabelle ebenfalls mit einem „+“, andernfalls mit einem „-“ dargestellt. War die Auffassung der Ausgangsentscheidung nicht begründet worden, konnte in der Änderungsentscheidung zwar kein Hinweis auf Argumente der Ausgangsentscheidung erfolgen, allerdings wäre es möglich gewesen, auf das Fehlen einer Begründung hinzuweisen. Daher wurden auch die Rechtsprechungsänderungen mit „+“ gewertet, in denen explizit darauf hingewiesen worden war, dass die Ausgangsentscheidung für die bisherige Ansicht keine Argumente angeführt hatte.¹⁶⁷ War kein Hinweis auf die fehlende Argumentation der Ausgangsentscheidung erfolgt, wurde dies mit einem „-“ bedacht.¹⁶⁸

Demnach gab es folgende Konstellationen: „+/+“, wenn die Änderungsentscheidung die neue Ansicht begründete und die Argumente der Ausgangsentscheidung benannte bzw. auf das Fehlen von Argumenten in der Ausgangsentscheidung hinwies; „+/-“, wenn die Änderungsentscheidung lediglich die geänderte Ansicht begründete und nicht direkt auf die Argumentation der Ausgangsentscheidung Bezug nahm oder auf das Fehlen einer Begründung hinwies; „-/-“, wenn die Rechtsprechung geändert wurde, ohne dass die neue Ansicht begründet wurde oder eine Auseinandersetzung mit den Argumenten der Ausgangsentscheidung erfolgte bzw. auf die fehlende Begründung der bisherigen Ansicht hingewiesen wurde.

Die Auswertung der 115 Rechtsprechungsänderungen ergab das folgende Bild:

„+/+“	„+/-“	„-/-“
57 (49,6%)	52 (45,2%)	6 (5,2%)

Übersicht über die Häufigkeit von Begründung der neuen Ansicht der Änderungsentscheidung und Auseinandersetzung mit der Begründung der Ansicht der Ausgangsentscheidung. Absolute und relative Anzahl.

In 49,6% der Fälle wurde die neue Ansicht begründet und erfolgte eine Benennung der Argumente der Ausgangsentscheidung bzw. wurde auf das Fehlen einer Argumentation hingewiesen. Teilweise geschah dies sehr ausführlich, teilweise aber auch sehr knapp. Die Begründung der neuen und die Bezugnahme auf Argumente der bisherigen Ansicht bestanden in einigen Fällen aus nur zwei bis drei

¹⁶⁶ BAG, 10.07.1996 - 4 AZR 139/95 = AP Nr. 29 zu §§ 22, 23 BAT Sozialarbeiter, unter A. der Gründe.

¹⁶⁷ Beispielsweise BAG, 12.07.1995 - 10 AZR 511/94 = AP Nr. 182 zu § 611 BGB Gratifikation, unter III. 1. der Gründe; BAG, 15.04.1999 - 7 AZR 437/97 = AP Nr. 1 zu § 13 AÜG, unter II. 2. b) der Gründe; etwas weniger deutlich auch BAG, 25.02.1998 - 10 AZR 482/97 (nicht veröffentlicht), unter II. 2. c) der Gründe.

¹⁶⁸ Beispielsweise in BAG, 14.09.2005 - 4 AZR 102/04 = AP Nr. 102 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer; BAG, 19.12.2006 - 9 AZR 294/06 = AP Nr. 21 zu § 611 BGB Sachbezüge; BAG, 06.11.2007 - 1 AZR 960/06 = AP Nr. 190 zu § 112 BetrVG 1972; BAG, 23.04.2009 - 6 AZR 516/08 = AP Nr. 161 zu § 102 BetrVG 1972.

Sätzen.¹⁶⁹ Dies sagt nichts über die Qualität der Entscheidungsgründe insgesamt aus – eine ausführliche Begründung kann schwach, eine kurze Argumentation überzeugend sein. Dem Ergebnis kann allerdings entnommen werden, dass in höchstens 49,6% der Fälle überhaupt eine Begründung der neuen Ansicht mit Bezugnahme auf die Argumentation der Ausgangsentscheidung erfolgte.

In 45,2% der Fälle wurde nur die eigene Ansicht begründet. Es kam vor, dass sich Änderungshinweis und Nennung der Ausgangsentscheidung nur in einer Klammer hinter der angewendeten Entscheidungsregel fanden.¹⁷⁰ Auch dieser Zahl kann keine Aussage über die Qualität der Entscheidungsgründung insgesamt entnommen werden. Fehlt etwa eine Aufzählung der Gegenargumente, bedeutet dies nicht unbedingt, dass eine mangelhafte Begründung vorliegt. In Fällen, in denen die Ausgangsentscheidung gar nicht begründet ist, überzeugt regelmäßig bereits die bloße Begründung der eigenen neuen Ansicht.¹⁷¹ Auch können starke Argumente, welche für eine neue Ansicht angeführt werden, geeignet sein, die Begründung der Ausgangsentscheidung zu widerlegen, wenn diese aufgezählt würden.¹⁷²

Allerdings wird dies erst nach der zusätzlichen Analyse der Entscheidungsgründe der Ausgangsentscheidung deutlich. Der Leser kann also allein anhand der Änderungsentscheidung nicht beurteilen, ob die Ausgangsentscheidung nicht vielleicht ebenso gute Argumente auf ihrer Seite hat. Wünschenswert wäre daher, wenn die Argumente der Ausgangsentscheidung wenigstens kurz angerissen beziehungsweise auf das Fehlen einer Begründung hingewiesen würde.

In 5,2% der Fälle verzichtet das Bundesarbeitsgericht nicht nur auf eine Auseinandersetzung mit der Ausgangsentscheidung, sondern begründet nicht einmal die eigene Ansicht,¹⁷³ wobei viermal die Argumentation durch eine Bezugnahme auf andere Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts¹⁷⁴ oder des Bundesverwaltungsgerichts¹⁷⁵ ersetzt wurde.

bb. Einfluss des Standortes des Änderungshinweises

Interessant zu wissen wäre, ob sich der Standort des Hinweises auf die Rechtsprechungsänderung auf den rechtsprechungsändernden Teil der Entscheidungsbegründung auswirkt. Der Hinweis kann nur in

¹⁶⁹ BAG, 09.12.1997 - 1 AZR 319/97 = AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt, unter III. 3. a) bb) (1) der Gründe; BAG, 14.08.2002 - 7 AZR 469/01 = AP Nr. 20 zu § 620 BGB Altersgrenze, unter I. der Gründe; BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 = AP Nr. 4 zu § 55 InsO, unter A. II. 2. a) bb) der Gründe; BAG, 29.04.2004 - 6 AZR 101/03 = AP Nr. 2 zu § 26 BAT, unter 4. b) cc) der Gründe.

¹⁷⁰ BAG, 11.03.1999 - 2 AZR 461/98 = AP Nr. 12 zu § 17 KSchG 1969, unter II. 4. b) der Gründe.

¹⁷¹ Beispielsweise in BAG, 17.10.1980 - 7 AZR 675/78 = AP Nr. 10 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG, 14.09.2005 - 4 AZR 102/04 = AP Nr. 102 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer.

¹⁷² Beispielsweise in BAG, 31.10.1995 - 1 AZR 372/95 = AP Nr. 29 zu § 72 ArbGG 1979; BAG, 08.05.1996 - 5 AZR 315/95 = AP Nr. 23 zu § 618 BGB; BAG, 22.01.1997 - 10 AZR 223/96 = AP Nr. 9 zu § 1 TVG Tarifverträge Maler; BAG, 04.06.1997 - 2 AZR 526/96 = AP Nr. 137 zu § 626 BGB; BAG, 29.04.1999 - 2 AZR 431/98 = AP Nr. 36 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG, 15.11.2001 - 2 AZR 380/00 = AP Nr. 45 zu § 626 BGB Ausschlussfrist; BAG, 17.04.2002 - 4 AZR 174/01 = AP Nr. 23 zu § 24 BAT.

¹⁷³ BAG, 26.10.1995 - 2 AZR 743/94 = AP Nr. 8 zu § 79 BPersVG; BAG, 25.02.1998 - 7 ABR 11/97 = AP Nr. 8 zu § 8 BetrVG 1972; BAG, 19.03.2002 - 9 AZR 109/01 = PflR 2002, 374; BAG, 03.04.2007 - 9 AZR 283/06 = AP Nr. 21 zu § 2 BAT SR 2I; BAG, 21.08.2007 - 3 AZR 269/06 = AP Nr. 60 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung; BAG, 09.12.2009 - 7 ABR 46/08 = AP Nr. 97 zu § 40 BetrVG 1972.

¹⁷⁴ BAG, 25.02.1998 - 7 ABR 11/97 = AP Nr. 8 zu § 8 BetrVG 1972, Rn. 13; BAG, 19.03.2002 - 9 AZR 109/01 = PflR 2002, 374, Rn. 35; BAG, 03.04.2007 - 9 AZR 283/06 = AP Nr. 21 zu § 2 BAT SR 2I, Rn. 52.

¹⁷⁵ BAG, 26.10.1995 - 2 AZR 743/94 = AP Nr. 8 zu § 79 BPersVG, Rn. 35, u.a. mit Verweis auf BVerwG, 26.08.1987 - 6 P 11.86 = BVerwGE 78, 72 und BVerwG, 23.02.1989 - 2 C 8.88 = BVerwGE 81, 288.

den Entscheidungsgründen zu finden sein. Oft macht ein Senat jedoch auch im Leitsatz oder mit einem Hinweis des Senats auf die Aufgabe einer bisherigen Rechtsprechung aufmerksam.

Man kann vermuten, dass Rechtsprechungsänderungen, auf die in einem Leitsatz oder einem Hinweis des Senats hingewiesen wird, eingehender begründet werden, als solche, in denen die Änderung lediglich in den Entscheidungsgründen erwähnt wird. Die bereits in Leitsatz oder Hinweis des Senats offengelegten Änderungen dürften im Allgemeinen größere Aufmerksamkeit erregen, so dass sich das Gericht in diesen Fällen einer genaueren Beobachtung aussetzt.

Von den 115 ausgewerteten Rechtsprechungsänderungen wurde die Änderung in 55 (47,8%) Fällen im Leitsatz markiert, in 10 (8,7%) Fällen erfolgte ein Hinweis des Senats, in 50 (43,5%) Fällen wurde lediglich in den Entscheidungsgründen auf die Änderung hingewiesen.¹⁷⁶ Vergleicht man die Anteile, welche „+/-“, „+/-“ und „-/-“ an der jeweiligen Gesamtzahl der Entscheidungen, in denen auf die Änderung im Leitsatz, im Hinweis des Senats oder nur in den Gründen hingewiesen wird, haben, so ergibt sich das folgende Bild:

	Leitsatz	Hinweis des Senats	Gründe
„+/-“	30 (54,5%)	5 (50,0%)	22 (44,0%)
„+/-“	23 (41,8%)	5 (50,0%)	24 (48,0%)
„-/-“	2 (3,6%)	0	4 (8,0%)
Summe	55 (100%)	10 (100%)	50 (100%)

Einfluss des Standortes des Änderungshinweises auf die Begründungsinhalte.

Festzustellen ist demnach, dass in nur 54,5% der Entscheidungen, in denen die Rechtsprechungsänderung im Leitsatz markiert wurde, auch direkt auf die Argumentation der Ausgangsentscheidung Bezug genommen wurde. Vergleicht man diese 54,5% mit den 44,0% bei Rechtsprechungsänderungen, auf die nur in den Entscheidungsgründen hingewiesen worden war, lässt sich allenfalls eine leichte Tendenz der ausführlicheren Begründung erkennen. Außergewöhnlich hoch ist die Differenz der Ergebnisse jedoch nicht. Erstaunlich ist, dass in 3,6% der Fälle sogar weder die neue Auffassung begründet noch direkt auf Argumente der Ausgangsentscheidung hingewiesen wurde. Diese Ergebnisse zeigen, dass die Begründung der Rechtsprechungsänderung, bezogen auf die Auseinandersetzung mit den Ausgangsentscheidungen, noch erheblich verbessert werden kann.

cc. Die argumentative Untermauerung der neuen Entscheidungsregel

Zu Beginn der Untersuchung wurde erwartet, dass die neu angewendete Entscheidungsregel argumentativ überdurchschnittlich gut untermauert würde. Wie die Entscheidungsanalyse ergab, wurde bei 109 von 115 Rechtsprechungsänderungen und damit in 94,8% der Fälle zumindest die neue Entscheidungsregel begründet. Diese Begründungen fielen allerdings weder ausführlicher aus als andere Entscheidungen noch waren sie methodisch sauberer. Sie variierten sehr stark in Ausführlichkeit und Art der verwendeten Argumentationsmuster.

¹⁷⁶ Vgl. Anhang 5.

Eine große Zahl der Begründungen beinhaltete klassische Auslegungsmethoden. Diese fanden sich in erster Linie im Rahmen der Auslegung¹⁷⁷ von Gesetzen und Tarifverträgen.

Unter den 115 Rechtsprechungsänderungen gab es allerdings nur zwei Entscheidungen, die Aussagen zum Verhältnis der Auslegungsmethoden enthielten.¹⁷⁸ Zur Auslegung eines Gesetzes äußerte sich der 2. Senat in der Entscheidung vom 26.09.1996 dahingehend, dass Gesetzesmaterialien nur dann zur Auslegung einer Norm heranzuziehen seien, wenn Gesetzeswortlaut und systematischer Zusammenhang keine sichere Auslegung erlaubten.¹⁷⁹ In der rechtsprechungsändernden Entscheidung vom 28.03.2007 nahm der 10. Senat zur Auslegung des normativen Teils eines Tarifvertrages Stellung.¹⁸⁰ Diese orientiere sich an von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts für die Auslegung von Gesetzen geltenden Regeln. Danach sei zunächst vom Tarifwortlaut auszugehen, wobei der maßgebliche Sinn der Erklärung zu erforschen sei, ohne am Buchstaben zu haften. Bei einem nicht eindeutigen Tarifwortlaut sei der wirkliche Wille der Tarifvertragsparteien mit zu berücksichtigen, soweit er in den tariflichen Normen seinen Niederschlag gefunden habe. Abzustellen sei stets auf den tariflichen Gesamtzusammenhang. Lasse dies zweifelsfreie Auslegungsergebnisse nicht zu, könnten die Gerichte für Arbeitssachen ohne Bindung an eine Reihenfolge weitere Kriterien wie die Entstehungsgeschichte des Tarifvertrages, gegebenenfalls auch die praktische Tarifübung ergänzend hinzuziehen. Auch die Praktikabilität denkbarer Auslegungsergebnisse sei zu berücksichtigen. Im Zweifel gebühre derjenigen Tarifauslegung der Vorzug, die zu einer vernünftigen, sachgerechten, zweckorientierten und praktisch brauchbaren Regelung führe.¹⁸¹

Allerdings fand sich diese postulierte Reihenfolge in den Entscheidungen meist nicht wieder. Feststellen ließ sich lediglich, dass grammatische, systematische, teleologische Erwägungen weitaus häufiger vorzufinden waren als historische, verfassungsrechtliche oder europarechtliche Überlegungen. Dies gilt sowohl für den Bereich der Gesetzesauslegung als auch für den Bereich der Tarifvertragsauslegung:

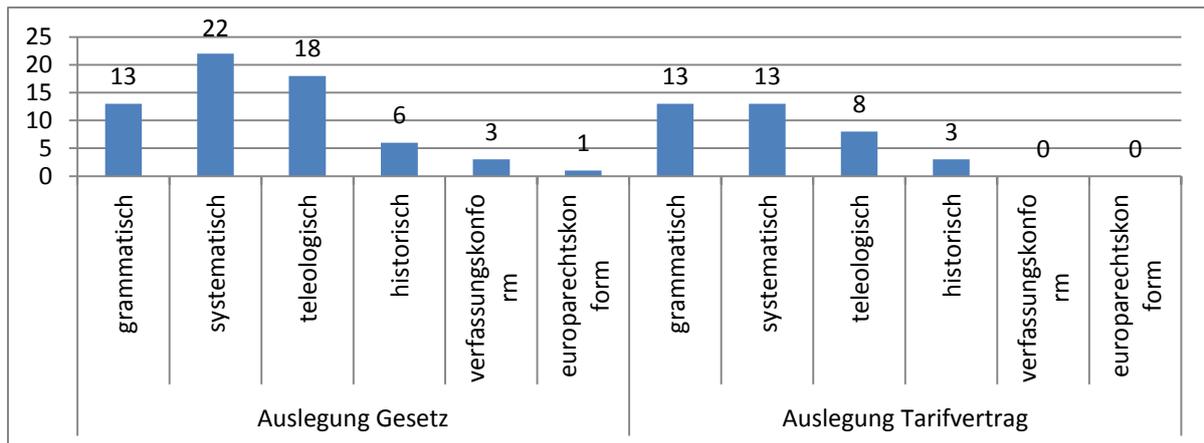
¹⁷⁷ Hier geht es um eine Auslegung im engeren Sinn. Zu unterscheiden ist diese von der Auslegung im weiteren Sinn, welche die Rechtsfindung als Ganzes erfasst, vgl. *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 123.

¹⁷⁸ BAG, 26.09.1996 - 2 AZR 661/95 = AP Nr. 2 zu § 11 ArbGG 1979; BAG, 28.03.2007 - 10 AZR 707/05 = AP Nr. 10 zu § 1 TVG Tarifverträge: Arbeiterwohlfahrt.

¹⁷⁹ BAG, 26.09.1996 - 2 AZR 661/95 = AP Nr. 2 zu § 11 ArbGG 1979, unter II. 4. der Gründe.

¹⁸⁰ BAG, 28.03.2007 - 10 AZR 707/05 = AP Nr. 10 zu § 1 TVG Tarifverträge: Arbeiterwohlfahrt, unter II. 2. e) aa) der Gründe.

¹⁸¹ BAG, 28.03.2007 - 10 AZR 707/05 = AP Nr. 10 zu § 1 TVG Tarifverträge: Arbeiterwohlfahrt, unter II. 2. e) aa) der Gründe.



Siehe hierzu auch Anhang 6.

Relativ häufig wurde auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückgegriffen. Argumentiert wurde mit den Begriffen Rechtssicherheit,¹⁸² Rechtsfrieden,¹⁸³ Prozessökonomie,¹⁸⁴ dem Beschleunigungsgrundsatz¹⁸⁵ und dem Grundsatz vergütungsrechtlicher Gleichbehandlung.¹⁸⁶ Verwendung fand auch der Rücksichtnemedanke.¹⁸⁷ Einmal wurde auf die „Natur der Sache“ zurückgegriffen.¹⁸⁸ In einigen Fällen wurde eine neue Auffassung mit Praktikabilitätsabwägungen untermauert.¹⁸⁹ Teilweise stellte eine solche Praktikabilitätsabwägung sogar das einzige Argument dar.¹⁹⁰

Interessant waren Begründungen von Rechtsprechungsänderungen, die unmittelbar europarechtliche Vorgaben umsetzen. Von der statistischen Auswertung waren diese allerdings ausgenommen.¹⁹¹

Hierzu gehört beispielsweise eine rechtsprechungsändernde Entscheidung des 1. Senats vom 02.04.1996, in der es um das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Bildschirmarbeit ging: Soweit der Senat in der Ausgangsentscheidung seine Auslegung der betreffenden Norm auf systemati-

¹⁸² BAG, 12.09.1996 - 5 AZR 104/95 = AP Nr. 122 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten, unter II. 3. d) der Gründe; BAG, 19.11.2003 - 7 ABR 24/03 = AP Nr. 54 zu § 19 BetrVG 1972, unter B. III. 3. b) der Gründe; BAG, 27.10.2005 - 6 AZR 5/05 = AP Nr. 4 zu § 22 InsO, unter B. 3. a) der Gründe.

¹⁸³ BAG, 21.06.2000 - 5 AZR 782/98 = AP Nr. 60 zu § 256 ZPO 1977, unter B. III. 2. e) bb) der Gründe.

¹⁸⁴ BAG, 21.06.2000 - 5 AZR 782/98 = AP Nr. 60 zu § 256 ZPO 1977, unter B. III. 2. e) bb) der Gründe; BAG, 27.04.2006 - 2 AZR 360/05 = AP Nr. 55 zu § 9 KSchG 1969, unter B. II. 1. der Gründe.

¹⁸⁵ BAG, 27.04.2006 - 2 AZR 360/05 = AP Nr. 55 zu § 9 KSchG 1969, unter B. II. 1. der Gründe.

¹⁸⁶ BAG, 14.09.2005 - 4 AZR 102/04 = AP Nr. 102 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer, unter I. 2. b) bb) der Gründe.

¹⁸⁷ BAG, 08.03.2000 - 7 ABR 11/98 = AP Nr. 132 zu § 37 BetrVG 1972, unter B. 3. der Gründe.

¹⁸⁸ BAG, 27.04.2006 - 2 AZR 360/05 = AP Nr. 55 zu § 9 KSchG 1969, unter B. II. 2. d) der Gründe.

¹⁸⁹ BAG, 31.10.1995 - 1 AZR 372/95 = AP Nr. 29 zu § 72 ArbGG 1979, unter A. II. 3. a) der Gründe; BAG, 12.09.1996 - 5 AZR 104/95 = AP Nr. 122 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten, unter II. 3. d) der Gründe; BAG, 13.07.2005 - 5 AZR 389/04 = AP Nr. 25 zu § 3 EntgeltFG, unter I. 5. der Gründe; BAG, 28.03.2007 - 10 AZR 707/05 = AP Nr. 10 zu § 1 TVG Tarifverträge: Arbeiterwohlfahrt, unter II. 2. e) bb) (8) der Gründe; BAG, 27.08.2008 - 4 AZR 470/07 = AP Nr. 38 zu §§ 22, 23 BAT-O, unter I. 7. c. (bb) (2) der Gründe.

¹⁹⁰ BAG, 13.07.2005 - 5 AZR 389/04 = AP Nr. 25 zu § 3 EntgeltFG, unter I. 5. der Gründe; BAG, 27.08.2008 - 4 AZR 470/07 = AP Nr. 38 zu §§ 22, 23 BAT-O, unter I. 7. c. (bb) (2) der Gründe.

¹⁹¹ Vgl. § 3, A. III. 2. b. gg.

sche Erwägungen gestützt habe, hätten diese kein so großes Gewicht, dass sie eine andere Auslegung völlig ausschließen würden.¹⁹²

Ein ähnliches Argumentationsmuster findet sich in der rechtsprechungsändernden Entscheidung des 2. Senats zur Massenentlassungsanzeige, die über eine richtlinienkonforme Auslegung des § 17 Abs. 1 S. 1 KSchG Vorgaben der Junk-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs umsetzte.¹⁹³ Der Senat argumentierte, angesichts des Wortlauts des § 17 Abs. 1 S. 1 KSchG sei eine richtlinienkonforme Auslegung nicht von vornherein auszuschließen. Gleiches gelte für die Gesetzssystematik, da der Gesetzgeber nicht durchgehend trennscharf zwischen dem Begriff der Kündigung und dem der Entlassung unterschieden habe. Auch aus der Regelung des § 18 KSchG ergebe sich kein zwingendes entgegenstehendes systematisches Argument. Schließlich stehe auch der Sinn und Zweck der §§ 17 ff. KSchG einer richtlinienkonformen Auslegung nicht entgegen.¹⁹⁴

In beiden Beispielen wurde also nur geprüft, ob die für die bisherige Ansicht angewendeten Auslegungsmethoden dem europarechtlich vorgegebenen Ergebnis zwangsläufig entgegenstehen würden oder nicht auch die neue Auffassung stützen könnten. In der Entscheidung zur Massenentlassungsanzeige wird dies ganz besonders deutlich, da sich die Änderung auf die gleichen Methoden stützt, die in der Ausgangsentscheidung angewendet wurden. Die Rechtsprechung, wonach „Entlassung“ i.S.d. §§ 17, 18 KSchG nicht schon die Kündigung, sondern erst die mit ihr beabsichtigte tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei, wurde wie die Änderungsentscheidung mit Wortlaut, Gesetzssystematik und Zweck der Regelung begründet.¹⁹⁵

Offene rechtsprechungsändernde Rechtsfortbildungen¹⁹⁶ waren im Rahmen der 115 untersuchten Rechtsprechungsänderungen nicht zu finden. Umgekehrt fand sich eine Vielzahl von Entscheidungen, in denen frühere rechtsfortbildende Äußerungen oder Entscheidungsregeln mit der Rechtsprechungsänderung wieder eingeschränkt oder zurückgenommen wurden.¹⁹⁷

b. Änderungs begründung

Entscheidungsregel- und Auswahlbegründung liefern also die Gründe, welche die neue Entscheidungsregel tragen („*Warum so?*“), bzw. die Gründe, welche die neue gegenüber einer anderen Entscheidungsregel vorzugswürdig erscheinen lassen („*Warum nicht anders?*“). Während sie in jeder gerichtlichen Entscheidung eine Rolle spielen können, tritt bei Rechtsprechungsänderungen die Än-

¹⁹² BAG, 02.04.1996 - 1 ABR 47/95 = AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz, unter B. II. 2. b) bb) (1) der Gründe.

¹⁹³ Vgl. BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969.

¹⁹⁴ BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969, unter B. II. 2. a) cc) (3) der Gründe.

¹⁹⁵ BAG, 13.04.2000 - 2 AZR 215/99 = AP Nr. 13 zu § 17 KSchG 1969, unter B. III. 1. a) der Gründe.

¹⁹⁶ Zu den Rechtsfortbildungsbegriffen *Fischer*, *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht*, 2007, S. 96 ff.

¹⁹⁷ Beispielsweise BAG, 21.06.1995 - 2 ABR 28/94 = AP Nr. 36 zu § 15 KSchG 1969; BAG, 11.10.1995 - 10 AZR 985/94 = AP Nr. 133 zu § 1 TVG Tarifverträge Metallindustrie; BAG, 25.04.1996 - 2 AZR 609/95 = AP Nr. 78 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG, 13.06.1996 - 2 AZR 483/95 = AP Nr. 33 zu § 1 KSchG 1969; BAG, 25.02.1998 - 7 ABR 11/97 = AP Nr. 8 zu § 8 BetrVG 1972; BAG, 03.12.1998 - 2 AZR 754/97 = AP Nr. 49 zu § 123 BGB; BAG, 15.04.1999 - 7 AZR 437/97 = AP Nr. 1 zu § 13 AÜG; BAG, 17.04.2002 - 4 AZR 174/01 = AP Nr. 23 zu § 24 BAT; BAG, 10.10.2002 - 2 AZR 240/01 = AP Nr. 45 zu § 9 KSchG 1969; BAG, 19.11.2003 - 7 ABR 24/03 = AP Nr. 54 zu § 19 BetrVG 1972; BAG, 13.05.2004 - 8 AZR 198/03 = AP Nr. 264 zu § 613a BGB; BAG, 09.11.2006 - 2 AZR 812/05 = AP Nr. 87 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

derungsbegründung hinzu. Die Änderungsbegründung beantwortet die Frage nach dem „*Warum nicht wie bisher?*“. Es geht also um die Gründe, die für die Vornahme der Rechtsprechungsänderung ursächlich sind.¹⁹⁸

In der Literatur finden sich bereits etliche Aufzählungen von derartigen Gründen.¹⁹⁹ So benennt beispielsweise *Probst* in seiner umfangreichen Dissertation „Die Änderung der Rechtsprechung“ als Gründe für eine Rechtsprechungsänderung den Irrtum im Präjudiz beziehungsweise die Unkenntnis des Präjudizes, die Kritik durch Lehre und Schrifttum, das Vorliegen abweichender Judikate, das Erfordernis der Anpassung der Rechtsprechung an verkannte oder veränderte tatsächliche Verhältnisse oder an künftig zu erwartende tatsächliche Veränderungen, die Anpassung an veränderte Werthaltungen, Rechtsprechungsänderungen infolge oder Vorwegnahme einer Gesetzesrevision, Änderungen aufgrund der Unzulänglichkeiten der bisherigen Rechtsprechung, ergebnisbezogene Änderungen aus Billigkeitsgründen, Änderungen aufgrund neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse, aufgrund einer notwendigen Anpassung an die Erfordernisse der Europäischen Menschenrechtskonvention nach Maßgabe ihrer Interpretation durch die Konventionsorgane, Änderungen als Folge einer vorhergehenden Rechtsprechungsänderung sowie Änderungen aufgrund einer besseren Erkenntnis des Rechts.²⁰⁰ Bei *Amberg* finden sich das Verstreichen von Zeit, Änderungen des rechtlichen Hintergrundes, etwa durch Gesetzesänderungen, der Bedeutungs- oder Funktionswandel von Rechtsnormen, Änderungen der wirtschaftlichen und sozialen Umstände, der gesellschaftlichen Wertvorstellungen und des Rechtsbewusstseins, neue wissenschaftliche Erkenntnisse, Vorgaben durch Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs oder die Erkenntnis von Fehlern und Irrtümern.²⁰¹

aa. Die „bessere“ und die „andere“ Erkenntnis des Rechts

All diese Gründe können letztlich den beiden Kategorien der „besseren“ und des „anderen“ Erkenntnis des Rechts zugeordnet werden. Die Begriffe der „besseren“ und „anderen“ Erkenntnis des Rechts sowie deren Definitionen sind der Arbeit von *Kähler* entnommen²⁰², wenngleich der Begriff der „besseren Erkenntnis“ oder des „besseren Verständnisses“ des Rechts schon früher verwendet wurde²⁰³ und ähnliche Einteilungen auch bei anderen Autoren zu finden sind²⁰⁴.

¹⁹⁸ Die Änderungsbegründung stellt daher im Grunde einen besonderen Bestandteil der Auswahlbegründung gesehen dar.

¹⁹⁹ *Dubs*, Praxisänderungen, 1949, S. 138 ff; *Arndt*, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974, S. 5; *Viets*, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz, 1976, S. 28, 170 ff; *Probst*, Die Änderung der Rechtsprechung, 1993, S. 253 ff; *Lübbe*, Grenzen der Rückwirkung bei Rechtsprechungsänderungen, 1998, S. 48 ff; *Amberg*, Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung, 1998, S. 357 ff; *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 80 ff.

²⁰⁰ *Probst*, Die Änderung der Rechtsprechung, 1993, S. 253 ff.

²⁰¹ *Amberg*, Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung, 1998, S. 360.

²⁰² *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 80 ff.

²⁰³ Beispielsweise von *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 178; *Viets*, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz, 1976, S. 28, 170 ff; *Probst*, Die Änderung der Rechtsprechung, 1993, S. 253 ff; *Lübbe*, Grenzen der Rückwirkung bei Rechtsprechungsänderungen, 1998, S. 37.

²⁰⁴ So unterscheidet *Dubs* schon 1949 die bessere Erkenntnis der *ratio legis*, das praktische Ungenügen der bisherigen Entscheidungsnorm, die Veränderung in nichtjuristischen Grundlagen der Rechtsprechung sowie Änderungen der Rechtsanschauung, vgl. *Dubs*, Praxisänderungen, 1949, S. 138 ff. Dabei können die ersten beiden Gründe der „besseren Erkenntnis“ des Rechts, die beiden letzten der „anderen Erkenntnis des Rechts“ zugeordnet werden. Ähnlich differenziert *Viets*, der als Gründe für Rechtsprechungsänderungen die bessere Erkenntnis der *ratio legis* und Rechtsprechungsänderungen infolge der sich im ständigen Wandeln befindlichen

(1) Die bessere Erkenntnis des Rechts

Im Fall der besseren Erkenntnis des Rechts beruht die Rechtsprechungsänderung darauf, dass das Gericht die Ausgangsentscheidung für fehlerhaft oder schlechter vertretbar hält und diese aus Gründen aufgibt, die heute wie im Zeitpunkt der Ausgangsentscheidung gelten beziehungsweise gegolten haben.²⁰⁵

Hierunter fallen nach *Kähler* die bessere Erkenntnis der gesetzgeberischen Entscheidung, das Motiv der Vermeidung von Nachteilen der bisherigen Rechtsprechung, rechtsethisch begründete Änderungen, neue Erkenntnisse in Natur- und Sozialwissenschaften sowie die Auswirkung der Fernwirkung einer Rechtsprechungsänderung.²⁰⁶

In den Fällen der besseren Erkenntnis der gesetzgeberischen Entscheidung erkennt das rechtsprechungsändernde Gericht, dass eine Vorschrift schon ursprünglich etwas anderes verlangte, als bisher angenommen wurde.

Ausschlaggebend für Rechtsprechungsänderungen, die von der Vermeidung von Nachteilen der bisherigen Rechtsprechung motiviert oder rechtsethisch begründet sind, sind Folgenbetrachtungen, die in den Ausgangsentscheidungen außer Betracht gelassen wurden, damals jedoch schon hätten angestellt werden müssen.

In Fällen, in denen Erkenntnisse aus Natur- oder Sozialwissenschaften für die Auslegung einer Norm bedeutend sind, überholen neue wissenschaftliche Erkenntnisse die bisherigen und veranlassen so eine Rechtsprechungsänderung. Dem Gericht der Ausgangsentscheidung lagen diese Erkenntnisse noch nicht vor, so dass Entscheidung auf einer objektiv fehlerhaften Basis erging, der Sachverhalt richtigerweise jedoch bereits von Anfang an anders zu beurteilen gewesen wäre.

(2) Die andere Erkenntnis des Rechts

Eine Rechtsprechungsänderung aufgrund anderer Erkenntnis des Rechts erfolgt nicht deshalb, weil die Ausgangsentscheidung für falsch oder schlechter vertretbar gehalten wird, sondern weil sich entscheidungserhebliche Umstände seit der Ausgangsentscheidung verändert haben. Das bedeutet, dass die Ausgangsentscheidung, gemessen am damaligen Zeitpunkt, zwar auch nach heutiger Sicht korrekt ist, heute allerdings nicht mehr so ergehen könnte.²⁰⁷

Hierunter fallen nach *Kähler* etwa Rechtsprechungsänderungen, die auf die Änderung von Gesetzen, den Wandel normrelevanter Tatsachen, den Wandel normrelevanter Anschauungen oder eine neuere Rechtsprechung eines anderen Gerichts zurückgehen.²⁰⁸

Bei einer Gesetzesänderung folgt das Gericht neuen Vorgaben des Gesetzgebers, die zum Zeitpunkt der Ausgangsentscheidung nicht gegolten haben. Die Ausgangsentscheidung wird also nicht für feh-

gesamsgesellschaftlichen Verhältnisse benennt, vgl. *Viets*, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz, 1976, S. 169 f. Die zweite Möglichkeit erfasst allerdings nur einen kleinen Teil der Fälle einer anderen Erkenntnis des Rechts.

²⁰⁵ Vgl. *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 83.

²⁰⁶ *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 88 ff.

²⁰⁷ *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 82.

²⁰⁸ So *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 83 ff., 122.

lerhaft gehalten, die Rechtsprechungsänderung geht vielmehr lediglich auf die geänderte Gesetzeslage zurück.²⁰⁹

Ähnliches gilt, wenn sich seit dem Zeitpunkt der Ausgangsentscheidung Tatsachen (beispielsweise durch technische Weiterentwicklungen) geändert haben, die für die Anwendung einer Norm relevant sind. Auch in einem solchen Fall ist die Ausgangsentscheidung nicht fehlerhaft, sondern würde heute – die damaligen Tatsachen zugrunde gelegt – genauso ergehen. Auf den ersten Blick scheint dieser Fallgruppe die der besseren Erkenntnis des Rechts aufgrund neuer Erkenntnisse in Natur- und Sozialwissenschaften ähnlich zu sein. Bei genauerem Hinsehen erweist sich dies jedoch als falsch. Während sich im Fall des Wandels normrelevanter Tatsachen die Tatsachen an sich geändert haben, sind sie im Fall der besseren Erkenntnis des Rechts aufgrund neuer Erkenntnisse in Natur- und Sozialwissenschaften gleich geblieben und konnten nur wissenschaftlich genauer beschrieben werden.

Verweist das Gericht zur Begründung der Rechtsprechungsänderung ausdrücklich darauf, dass sich seit der Ausgangsentscheidung Anschauungen gewandelt haben, die für die Beurteilung bzw. Ausfüllung einer Norm entscheidend sind, handelt es sich ebenfalls um einen Fall der anderen Erkenntnis des Rechts. Diese Fallgruppe ist nicht mit der der Rechtsprechungsänderung aufgrund einer besseren Erkenntnis der gesetzgeberischen Entscheidung zu verwechseln. Der Unterschied besteht darin, dass bei der Änderung aufgrund des Wandels normrelevanter Anschauungen ausdrücklich auf diesen Wandel hingewiesen wird und die Ausgangsentscheidung damit nicht als fehlerhaft gelten soll. Bei der Änderung aufgrund einer besseren Erkenntnis der gesetzgeberischen Entscheidung wird gerade nicht mit einem Anschauungswandel argumentiert.

Außerdem fallen unter die Kategorie der anderen Erkenntnis des Rechts auch Rechtsprechungsänderungen, die infolge einer neueren Rechtsprechung eines anderen Senats oder Gerichts ergehen. Kähler weist zwar zu Recht darauf hin, dass die Änderung in diesen Fällen letztlich häufig indirekt auf eine bessere Erkenntnis des Rechts zurückgehe, weil die angeführte neuere Rechtsprechung ihrerseits auf situationsunabhängige Gründe verweise. Allerdings sei der maßgebliche Gesichtspunkt in der Einordnung der, dass eine solche Entscheidung nach dem Verständnis der Fachgerichte zu einer anderen Entscheidungsgrundlage führe.²¹⁰ Es ändern sich also die normrelevanten Tatsachen, da die Einheit der Rechtsprechung als zusätzliches Argument in den Vordergrund tritt.

(3) Ergebnisse

Eine reine Analyse der Entscheidungsgründe bringt es mit sich, dass die Rechtsprechungsänderungen nur auf solche Gründe hin untersucht werden konnten, die in den Entscheidungsgründen genannt oder wenigstens angedeutet waren und welche die Entscheidung untermauern sollten.²¹¹ Nicht in die Untersuchung mit einbezogen werden konnten Überlegungen, die einzelne Richter persönlich zur Änderung motivierten, ohne dass diese offengelegt worden wären. Die folgende Analyse führt also

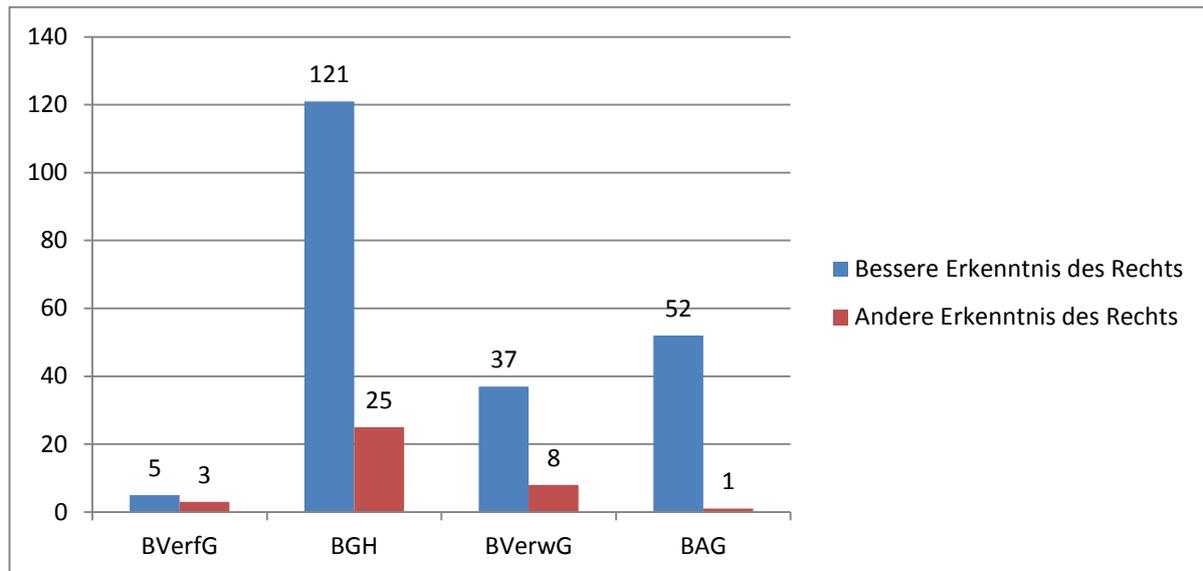
²⁰⁹ Es geht an dieser Stelle um Änderungen, die zwar auf die Änderung von Gesetzen zurückgehen, bei denen das Gericht jedoch noch einen gewissen Spielraum hinsichtlich des „ob“ einer Rechtsprechungsänderung hat. Direkte Umsetzungen von Gesetzesänderungen ohne verbleibenden Spielraum wurden nicht in die Untersuchung mit einbezogen, hierzu § 3, A. III. 2. b. ff.

²¹⁰ Kähler, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 122 f.

²¹¹ Kähler spricht diesbezüglich von *normativen* Gründen, vgl. Kähler, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 81.

nur die objektiv in den Entscheidungsgründen enthaltenen Gründe für die jeweilige Rechtsprechungsänderung auf.

Das interessanteste Ergebnis nach Auswertung dieser Gründe ist, dass die Anzahl der Rechtsprechungsänderungen, die als auf einer anderen Erkenntnis des Rechts beruhend dargestellt wurden, erheblich geringer war als zu Beginn der Untersuchungen erwartet. Betrachtet man nur den Zeitraum vom 01.01.1995 bis zum 31.12.2001 ergibt der direkte Vergleich mit Bundesverfassungsgericht, Bundesverwaltungsgericht und Bundesgerichtshof folgendes Bild:



Absoluter und relativer Anteil der Gründe für Rechtsprechungsänderungen bei BVerfG, BVerwG, BGH und BAG im Zeitraum 1995-2001²¹²

Damit entspricht der Anteil der Rechtsprechungsänderungen aufgrund anderer Erkenntnis des Rechts an der Gesamtzahl der ausdrücklich rechtsprechungsändernden Entscheidungen im Zeitraum vom 01.01.1995 bis zum 31.12.2001 beim Bundesverfassungsgericht 37,5%, beim Bundesgerichtshof 17,1%, beim Bundesverwaltungsgericht 17,8% und beim Bundesarbeitsgericht 1,9%.

Bei Anwendung der gleichen Untersuchungskriterien beruhen selbst in dem kompletten Untersuchungszeitraum bis zum 31.12.2009 nur sieben Rechtsprechungsänderungen auf einer anderen Erkenntnis des Rechts, was bei einer Gesamtzahl von 115 Änderungen 6,1% entspricht.²¹³ Von diesen

²¹² Kähler, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 124; Anhang 5.

²¹³ Es handelt sich um BAG, 21.06.2000 - 5 AZR 782/98 = AP Nr. 60 zu § 256 ZPO 1977; BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 = AP Nr. 4 zu § 55 InsO; BAG, 10.02.2004 - 9 AZR 116/03 = AP Nr. 27 zu § 7 BUrlG Übertragung; BAG, 12.10.2004 - 3 AZR 571/03 = AP Nr. 2 zu § 3g BAT; BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG, 22.04.2009 - 4 ABR 14/08 = AP Nr. 38 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung; BAG, 21.10.2009 - 4 AZR 396/08 = AP Nr. 72 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

sieben Rechtsprechungsänderungen im gesamten Zeitraum beruhen drei auf der Fernwirkung einer Gesetzesänderung²¹⁴ und vier auf der Wandelung normrelevanter Tatsachen²¹⁵.

Aufgrund der geringen Anzahl der Rechtsprechungsänderung aufgrund einer anderen Erkenntnis des Rechts werden diese kurz dargestellt:

(a) Fernwirkung einer geänderten Gesetzeslage

Auf einer anderen Erkenntnis des Rechts wegen Fernwirkung einer Gesetzesneufassung beruhte eine der beiden Rechtsprechungsänderungen in der Entscheidung des 9. Senats zur Urlaubsabgeltung in der Insolvenz vom 25.03.2005.²¹⁶ Nach früherer Rechtsprechung waren Urlaubsabgeltungsansprüche nur dann Masseverbindlichkeiten, wenn die Zeit nach Eröffnung des Konkursverfahrens ausgereicht hätte, den Freizeitanspruch zu erfüllen. Der Anspruch auf Urlaubsabgeltung war dabei grundsätzlich den letzten Tagen der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zuzuordnen.²¹⁷ Der Senat gab diese Ansicht auf und stellte fest, dass es für die Einordnung als Masseverbindlichkeit unerheblich sei, ob die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgereicht hätte, den Urlaubsanspruch durch Freistellung von der Arbeitspflicht zu erfüllen. Der nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu erfüllende Urlaubsabgeltungsanspruch gehöre stets zu den Masseverbindlichkeiten i.S.d. § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO.²¹⁸ Die bisherige Ansicht könne unter Geltung der Insolvenzordnung nicht fortgeführt werden, da die Argumente der Harmonisierung von Arbeitsrecht und Insolvenzgeldanspruch nicht mehr tragen würden.²¹⁹ Nach § 184 Abs. 1 Nr. 1 SGB III stehe dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Insolvenzgeld für Ansprüche auf Arbeitsentgelt, die er wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder für die Zeit nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses habe, nunmehr nicht zu. Bei dem Anspruch auf Urlaubsabgeltung handele es sich aber um einen Anspruch, der dem Arbeitnehmer wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zustehe. Auch die Bevorrechtigung von Arbeitsentgeltansprüchen nach § 59 Abs. 1 Nr. 3 KO sei entfallen.²²⁰

Auch die Rechtsprechungsänderung des 9. Senats vom 10.02.2004 beruhte zumindest teilweise auf der Fernwirkung einer Gesetzesänderung.²²¹ Nach früherer Rechtsprechung des 5. Senats beschränkte sich der Verfall von Urlaubsabgeltung aufgrund einer Tarifvorschrift, die § 7 Abs. 4 S. 2 BUrlG entsprach, auf den Urlaub des laufenden Kalenderjahres und erstreckte sich nicht auf den aus dem Vorjahr übertragenen Urlaub.²²² Daran hielt der 9. Senat nicht fest. Bestimme eine Tarifvorschrift, der Arbeitnehmer verwerke den übergesetzlichen Urlaubsanspruch, wenn er das Arbeitsverhältnis unbegründet ohne Einhaltung der Kündigungsfrist auflöse, werde hiervon grundsätzlich auch der übertragene Urlaub erfasst. Maßgeblich sei der Wille der Tarifvertragsparteien, sofern er im Wortlaut der

²¹⁴ BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 = AP Nr. 4 zu § 55 InsO; BAG, 10.02.2004 - 9 AZR 116/03 = AP Nr. 27 zu § 7 BUrlG Übertragung; BAG, 12.10.2004 - 3 AZR 571/03 = AP Nr. 2 zu § 3g BAT.

²¹⁵ BAG, 21.06.2000 - 5 AZR 782/98 = AP Nr. 60 zu § 256 ZPO 1977; BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG, 22.04.2009 - 4 ABR 14/08 = AP Nr. 38 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung; BAG, 21.10.2009 - 4 AZR 396/08 = AP Nr. 72 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

²¹⁶ BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 = AP Nr. 4 zu § 55 InsO.

²¹⁷ BAG, 21.05.1980 - 5 AZR 441/78 = AP Nr. 10 zu § 59 KO.

²¹⁸ BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 = AP Nr. 4 zu § 55 InsO, unter II. 2. der Gründe.

²¹⁹ BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 = AP Nr. 4 zu § 55 InsO, unter II. 2. a) aa) der Gründe.

²²⁰ BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 = AP Nr. 4 zu § 55 InsO, unter A. II. 2 a) aa) der Gründe.

²²¹ BAG, 10.02.2004 - 9 AZR 116/03 = AP Nr. 27 zu § 7 BUrlG Übertragung.

²²² BAG, 18.09.1969 - 5 AZR 547/68 = AP Nr. 6 zu § 7 BUrlG Abgeltung; BAG, 04.06.1970 - 5 AZR 451/69 = AP Nr. 7 zu § 7 BUrlG Abgeltung.

tariflichen Regelung Ausdruck finde. Das gelte insbesondere seitdem mit der ersatzlosen Aufhebung des § 7 Abs. 4 S. 2 BUrlG eine gesetzliche Verwirkung als „Vorbild“ für vergleichbare Tarifregelungen fehle.²²³

Entgegen seiner früheren Rechtsprechung²²⁴ entschied der 3. Senat am 12.10.2004, dass eine Auslegung des § 3 Buchst. g BAT ergebe, dass nicht nur befristet, sondern auch unbefristet beschäftigte Lektoren vom Geltungsbereich des BAT ausgenommen seien.²²⁵ Der Ausgangsentscheidung zufolge waren von der Zusatzversorgung nur die in wirksamen Arbeitsverhältnissen beschäftigten Lektoren ausgenommen. Der Senat war zu diesem Zeitpunkt davon ausgegangen, dass die Legaldefinition des § 57b Abs. 3 HRG a.F. auch für den in § 3 Buchst. g BAT verwandten Begriff des Lektors maßgebend sei.²²⁶ Diese Bestimmung war jedoch durch das Vierte Gesetz zur Änderung des Hochschulrahmengesetzes vom 20.08.1998²²⁷ ersatzlos gestrichen worden. Daher legte der Senat § 3 Buchst. g BAT nun nach den allgemeinen Regeln aus. Dementsprechend sollten nach neuer Ansicht sowohl befristete als auch unbefristete Lektoren vom Geltungsbereich des BAT ausgenommen sein. Die Rechtsprechungsänderung beruhte also indirekt auf der Streichung des § 57b Abs. 3 HRG a.F.

(b) Wandlung normrelevanter Tatsachen

Entgegen einer Ansicht des 3. Senats aus dem Jahr 1974²²⁸ entschied der 5. Senat am 21.06.2000, dass sich das Feststellungsinteresse für eine Klage, mit der das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses in einem bereits abgeschlossenen Zeitraum festgestellt werden solle, nicht mit der Erklärung eines Sozialversicherungsträgers begründen lasse, er werde das Ergebnis der arbeitsgerichtlichen Entscheidung bei der Prüfung der sozialrechtlichen Versicherungspflicht übernehmen.²²⁹ Der Senat wies darauf hin, dass bezüglich dieser Frage eine uneinheitliche Rechtsprechung bestehe und er selbst bereits in einem Urteil vom 23.04.1997 Bedenken daran geäußert habe, ob der Rechtsprechung des 3. Senats uneingeschränkt zu folgen sei. Der 3. Senat habe seinerzeit das Feststellungsinteresse nur unter der Voraussetzung bejaht, dass die betreffende Praxis „funktioniere“. Davon könne jedenfalls mittlerweile nicht mehr ausgegangen werden, da das BSG arbeitsgerichtliche Urteile für das sozialrechtliche Leistungsrecht nicht als bindend erachte, weil die Sozialverwaltung den wahren Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen habe und sich die Arbeitsvertragsparteien nicht auf Kosten der Bundesanstalt für Arbeit einigen können sollten.²³⁰

Die Rechtsprechungsänderung zur Gleichstellungsabrede vom 18.04.2007²³¹ stützte sich nach den Angaben des Senats im ändernden Urteil hauptsächlich auf eine auch in der Kritik der weit überwiegenden Auffassung der Literatur immer wieder angemahnte „Rückbesinnung“ auf allgemeine Grundsätze der Vertragsauslegung.²³² Auf den ersten Blick scheint die Änderung damit nur auf einer besse-

²²³ BAG, 10.02.2004 - 9 AZR 116/03 = AP Nr. 27 zu § 7 BUrlG Übertragung, unter III. 4. a) der Gründe.

²²⁴ BAG, 26.01.1999 - 3 AZR 381/97 = AP Nr. 48 zu § 1 BetrAVG Zusatzversorgungskassen.

²²⁵ BAG, 12.10.2004 - 3 AZR 571/03 = AP Nr. 2 zu § 3g BAT.

²²⁶ BAG, 26.01.1999 - 3 AZR 381/97 = AP Nr. 48 zu § 1 BetrAVG Zusatzversorgungskassen.

²²⁷ BGBl. I S. 2190, 2196.

²²⁸ BAG, 10.05.1974 - 3 AZR 523/73 = AP Nr. 48 zu § 256 ZPO.

²²⁹ BAG, 21.06.2000 - 5 AZR 782/98 = AP Nr. 60 zu § 256 ZPO 1977.

²³⁰ BAG, 21.06.2000 - 5 AZR 782/98 = AP Nr. 60 zu § 256 ZPO 1977, unter B. III. 2. e) cc) der Gründe.

²³¹ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

²³² BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. b) cc) (3) (b) (aa) der Gründe.

ren Erkenntnis des Rechts zu beruhen. Als Hintergrund für diese Rückbesinnung nannte der Senat in der die Rechtsprechungsänderung ankündigenden Entscheidung jedoch die Tatsache, dass die für die Rechtfertigung der Auslegungsregel angenommenen Rahmenbedingungen teilweise weggefallen seien. Es könne nicht mehr im Sinne einer typisierenden Betrachtung davon ausgegangen werden, dass einem den Arbeitsvertragsinhalt vorgebenden Arbeitgeber die mögliche Bedeutung einer dynamischen Bezugnahme bei zukünftigen Änderungen hinsichtlich der Tarifgebundenheit, sei es durch Austritt des vertragsschließenden Arbeitgebers aus dem Arbeitgeberverband, sei es durch Übergang von Betrieb und Arbeitsverhältnissen auf einen nicht tarifgebundenen Arbeitgeber, nicht bewusst gewesen sei.²³³ Es handelt sich dabei um eine andere Erkenntnis des Rechts aufgrund gewandelter normrelevanter Tatsachen. Aufgrund der engen Verknüpfung von Ankündigungs- und Änderungsentscheidung wurde die Rechtsprechungsänderung daher als eine gewertet, die auf einer anderen Erkenntnis des Rechts beruhte. Es handelt sich aber um einen Grenzfall, da bei bloßer Heranziehung der Änderungsentscheidung von einer besseren Erkenntnis des Rechts auszugehen gewesen wäre.

Ebenfalls als Änderungen aufgrund anderer Erkenntnis des Rechts wurden daher die beiden Rechtsprechungsänderungen klassifiziert, die infolge der Entscheidung vom 18.04.2007 ergingen.²³⁴

(4) Diskussion

Wie die Untersuchung ergab, waren im gesamten Untersuchungszeitraum nur sieben von 115 Rechtsprechungsänderungen durch eine andere Erkenntnis des Rechts veranlasst. Dabei wird nochmals darauf hingewiesen, dass diejenigen Rechtsprechungsänderungen von der statistischen Auswertung ausgenommen wurden, welche sich in der unmittelbaren Umsetzung von Gesetzesänderungen oder europarechtlicher Vorgaben erschöpften.²³⁵ Von diesen sieben Rechtsprechungsänderungen beruhten drei auf der Fernwirkung einer geänderten Gesetzeslage²³⁶ und vier auf der Wandelung normrelevanter Tatsachen,²³⁷ wobei die Einordnung bei drei davon nur unter Einbeziehung der die Änderung ankündigenden Entscheidung möglich war. Der weit überwiegende Teil der ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen ging also auf eine bessere Erkenntnis des Rechts zurück.

Was bereits die Untersuchung der Gründe für Rechtsprechungsänderungen bei Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht ergab,²³⁸ bestätigt sich also auch für das Bundesarbeitsgericht. Die immer wieder zu findende Behauptung, durch Rechtsprechungsänderun-

²³³ So zu lesen in der die Rechtsprechungsänderung ankündigenden Entscheidung BAG, 04.12.2005 - 4 AZR 536/04 = AP Nr. 39 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter I. 2. c) (1) der Gründe.

²³⁴ BAG, 22.04.2009 - 4 ABR 14/08 = AP Nr. 38 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung; BAG, 21.10.2009 - 4 AZR 396/08 = AP Nr. 72 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

²³⁵ Vgl. § 3, A. III. 2. b. ff. und gg. sowie *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 100.

²³⁶ BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 = AP Nr. 4 zu § 55 InsO; BAG, 10.02.2004 - 9 AZR 116/03 = AP Nr. 27 zu § 7 BUrlG Übertragung; BAG, 12.10.2004 - 3 AZR 571/03 = AP Nr. 2 zu § 3g BAT.

²³⁷ BAG, 21.06.2000 - 5 AZR 782/98 = AP Nr. 60 zu § 256 ZPO 1977; BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG, 22.04.2009 - 4 ABR 14/08 = AP Nr. 38 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung; BAG, 21.10.2009 - 4 AZR 396/08 = AP Nr. 72 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

²³⁸ *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 122 ff.

gen würde das Recht vor allem an gewandelte rechtliche, technische, soziale oder wirtschaftliche Umstände²³⁹ angepasst²⁴⁰, ist damit im Bereich der ausdrücklichen Änderungen widerlegt.

Interessant ist darüber hinaus, dass der Anteil der Rechtsprechungsänderungen, die auf einer anderen Erkenntnis des Rechts beruhen, beim Bundesarbeitsgericht sogar noch geringer war als bei Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht. Gerade im Bereich des Arbeitsrechts wird auf die Notwendigkeit der Anpassung des Rechts an gewandelte Umstände hingewiesen.²⁴¹ Umso erstaunlicher ist, dass ausdrückliche Rechtsprechungsänderungen aufgrund anderer Erkenntnis des Rechts so selten sind.

Dies mag damit zusammenhängen, dass Änderungen technischer, sozialer oder wirtschaftlicher Umstände eher Rechtsfortbildungen in Form neuer Grundsatzentscheidungen nach sich ziehen und von dem Gericht nicht als Rechtsprechungsänderungen angesehen werden.

Der mögliche Einwand, dieses Ergebnis könnte durch ein unterschiedliches Klassifikationsverständnis und eine unterschiedliche Anwendung der Kategorien der anderen bzw. besseren Erkenntnis des Rechts im Vergleich zu *Kählers* Arbeit zustande gekommen sein, greift jedenfalls nicht.

Nach einer Überprüfung aller 154 von Kähler aufgeführten ausdrücklich rechtsprechungsändernden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, im Rahmen derer die Bearbeiterin nach Lesen der jeweiligen Entscheidung eine eigene Zuordnung zu den Kategorien vornahm, stellte sich heraus, dass nur bei zwei Entscheidungen eine andere Einordnung erfolgt wäre. Diese beiden Rechtsprechungsänderungen wurden von Kähler als Änderungen aufgrund anderer Erkenntnis des Rechts und von der Verfasserin als Änderungen aufgrund besserer Erkenntnis eingeordnet. Da es sich insoweit nicht um Grenzfälle handelt, liegt möglicherweise nur ein Tippfehler bei der Einordnung der jeweiligen Entscheidungen im Anhang vor.²⁴²

Bei der Überprüfung wurde zwar deutlich, dass die bei Kähler genannten Fallgruppen der „anderen“ bzw. „besseren“ Erkenntnis nicht abschließend sind und jede mögliche Fallgestaltung abdecken.²⁴³ Eine Zuordnung der Entscheidungen war anhand der Definitionen von „anderer“ bzw. „besserer“ Erkenntnis des Rechts jedoch immer möglich.

bb. Qualität der Gründe

Neben der Art der Gründe für eine Rechtsprechungsänderung soll geklärt werden, ob das Bundesarbeitsgericht für eine Rechtsprechungsänderung besondere Anforderungen an die Qualität von Änderungsgründen stellt. In den Gerichtsentscheidungen der obersten Bundesgerichte wird dies immer

²³⁹ Im Sinn von „Tatsachen“.

²⁴⁰ Beispielsweise *Hagen*, Festschrift für Karlmann Geiß, 2000, S. 97, 98 ff.

²⁴¹ Beispielsweise *Hagen*, Festschrift für Karlmann Geiß, 2000, S. 97, 98 ff.

²⁴² Es handelt sich um BGH, 26.02.1996 - II ZR 77/95 = NJW 1996, 1756 und BGH, 01.12.1999 - I ZR 130/96 = NJW 2000, 2504.

²⁴³ Wenn es nach einer Rechtsprechungsänderung entgegen der früheren Ansicht keinen gesicherten medizinischen Erfahrungssatz darüber gibt, dass ohne Rücksicht auf psychodiagnostische Beurteilungskriterien allein wegen einer bestimmten Blutalkoholkonzentration zur Tatzeit in aller Regel vom Vorliegen einer alkoholbedingt erheblich verminderten Steuerungsfähigkeit auszugehen ist, ohne dass für diese Änderung neue medizinische Erkenntnisse ausschlaggebend waren (vgl. BGH, 29.04.1997 - 1 StR 511/95 = NJW 1997, 2460), liegt beispielsweise die Änderung einer Tatsachenbewertung aufgrund besserer Erkenntnis des Rechts vor, die unmittelbar keiner der bisher genannten Fallgruppen zugeordnet werden kann.

wieder gefordert. So ist von der Notwendigkeit des Vorliegens „schwerwiegender sachlicher“²⁴⁴, „schwerwiegender“²⁴⁵ oder „deutlich überwiegender oder sogar schlechthin zwingender Gründe“²⁴⁶ die Rede.²⁴⁷ Es ist zu lesen, eine Rechtsprechungsänderung solle nicht erfolgen, wenn sowohl für die eine wie auch für die andere Rechtsansicht gute Gründe sprächen.²⁴⁸ Es liege im Interesse der Rechtssicherheit, eine langjährige, ständige Rechtsprechung nicht aufzugeben, wenn die hiergegen vorgebrachten Einwände keine ausreichende Überzeugungskraft aufwiesen.²⁴⁹ In der Literatur finden sich mit Hinweis auf den hohen Stellenwert der Rechtssicherheit gleichfalls derartige Forderungen.²⁵⁰

(1) Erfordernis einer besonderen Qualität der Gründe

Das Bundesarbeitsgericht scheint ebenfalls eine besondere Qualität der Gründe zu verlangen. Diesbezüglich hat es bereits verschiedene Formulierungen verwendet:

So soll ein oberstes Bundesgericht nicht von seiner bisherigen Rechtsauffassung abweichen, wenn sowohl für die eine wie auch für die andere Rechtsansicht gute Gründe sprechen.²⁵¹ Diese vom Bundesarbeitsgericht selbst als ständige Rechtsprechung bezeichnete²⁵² Formel findet sich in einigen Entscheidungen auch in abgeschwächter Form dahingehend wieder, dass bei Vorliegen gleich guter Gründe *möglichst* nicht von einer bisherigen Rechtsprechung abgewichen werden soll²⁵³ oder dass für die Änderung einer höchstrichterlichen Rechtsprechung kein *zwingender* Anlass besteht, wenn für die eine wie für die andere Ansicht gute Gründe sprechen²⁵⁴. Andererseits verlangt das Bundesarbeitsgericht in einer anderen Entscheidung, im Anschluss an den Bundesgerichtshof, sogar das Vorliegen deutlich überwiegender oder sogar zwingender Gründe.²⁵⁵

Damit ist gezeigt, dass es zwar einige Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts gibt, in denen eine bestimmte Qualität von Gründen für eine Rechtsprechungsänderung verlangt wird. Falsch ist jedoch die Aussage, es sei in der Rechtsprechung anerkannt, dass Rechtsprechungsänderungen nur bei deut-

²⁴⁴ BFH, 13.11.1963 - GrS 1/63 S = BFHE 78, 315; BFH, 15.07.1968 - GrS 2/67 = BFHE 93, 75.

²⁴⁵ BSG, 29.10.1975 - 12 RJ 290/72 = BSGE 40, 292; BSG, 30.01.1985 - 1 RJ 2/84 = BSGE 58, 27.

²⁴⁶ BGH, 04.10.1982 - GSZ 1/82 = BGHZ 85, 64, 66; BGH, 25.03.1983 - V ZR 268/81 = BGHZ 87, 150; BGH, 24.11.1994 - GSZ 1/94 = BGHZ (GS) 128, 85; BGH, 12.10.2000 - III ZR 242/98 = BGHZ 145, 316.

²⁴⁷ Hierzu auch *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 11.

²⁴⁸ BAG, 15.02.1962 - 2 AZR 322/60 = AP Nr. 35 zu § 1 ArbKrankhG; BAG, 17.10.1963 - 1 ABR 1/63 = AP Nr. 13 zu § 76 BetrVG; BAG, 23.02.1967 - 5 AZR 234/66 = AP Nr. 57 zu § 611 BGB Gratifikation; BSG, 29.10.1975 - 12 RJ 290/72 = BSGE 40, 292.

²⁴⁹ BSG, 21.07.1977 - GS 1/76, GS 2/76 = BSGE 44, 151.

²⁵⁰ *Bakker*, Grenzen der Richtermacht, 1994, S. 161; *Lübbe*, Grenzen der Rückwirkung bei Rechtsprechungsänderungen, 1998, S. 37; a.A. *Amberg*, Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung, 1998, S. 357.

²⁵¹ BAG, 15.2.1962 - 2 AZR 322/60 = AP Nr. 35 zu § 1 ArbKrankhG, Leitsatz; BAG, 17.10.1963 - 1 ABR 1/63 = AP Nr. 13 zu § 76 BetrVG, Leitsatz; BAG, 23.02.1967 - 5 AZR 234/66 = AP Nr. 57 zu § 611 BGB Gratifikation, Leitsatz; BAG vom 02.09.1975 - 1 ABR 50/74 = AP Nr. 22 zu § 76 BetrVG, unter III. 4. der Gründe; BAG, 07.09.1983 - 7 AZR 233/82 (nicht veröffentlicht), in den Entscheidungsgründen; BAG, 20.01.1984 - 7 AZR 143/82 (nicht veröffentlicht), unter III. 2. der Gründe; BAG vom 12.02.1985 - 1 ABR 3/83 = AP Nr. 1 zu Art 1 Nato-Truppenstatut, unter B. II. 4. der Gründe; in Rechtfertigung einer früheren Rechtsprechungsänderung auch BAG 08.03.1984 - 6 AZR 600/82 = AP Nr. 14 zu § 3 BUrlG Rechtsmißbrauch, unter II. 6. der Gründe.

²⁵² Beispielsweise in BAG, 07.09.1983 - 7 AZR 233/82 (nicht veröffentlicht), in den Entscheidungsgründen.

²⁵³ BAG, 14.12.1983 - 7 AZR 583/80 (nicht veröffentlicht), unter II. 2. d) cc) der Gründe.

²⁵⁴ BAG, 13.02.1985 - 7 AZR 551/82 (nicht veröffentlicht), unter 3. der Gründe.

²⁵⁵ BAG, 29.03.1984 - 2 AZR 429/83 (A), 2 AZR 429/83 = AP Nr. 31 zu § 102 BetrVG 1972, unter III. 4. a) und b) der Gründe. Dies scheint allerdings die einzige Entscheidung zu sein.

lich überwiegenden oder schlechthin zwingenden Gründen zulässig seien.²⁵⁶ Dafür unterscheiden sich schon allein die Forderungen bezüglich der Qualität der Gründe zu stark.

(2) Realisierung in der Praxis des Bundesarbeitsgerichts

Eine weitere Frage ist, inwieweit die Forderungen nach einer besonderen Qualität von Gründen in der Praxis des Bundesarbeitsgerichts umgesetzt werden. Von *Kähler* wurde bereits nachgewiesen, dass die obersten Gerichte die „Besondere-Gründe-Formel“ nicht bei der Vornahme von Rechtsprechungsänderungen, sondern in erster Linie bei deren Ablehnung anwenden.²⁵⁷ Auch die „Gleich-gute-Gründe-Formel“ wurde innerhalb des von ihm untersuchten Zeitraums von 1995-2001 nicht verwendet, um eine Rechtsprechungsänderung abzulehnen.²⁵⁸

Die vorliegende Untersuchung hat diese Ergebnisse für die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts insoweit bestätigt, als die beiden Formeln bei der Vornahme von Rechtsprechungsänderungen im Untersuchungszeitraum kein einziges Mal Erwähnung fanden. Zwischen 1995 und 2009 wurde niemals auf das Erfordernis zwingender Gründe verwiesen oder darauf hingewiesen, dass beim Vorliegen gleich guter Gründe von einer Änderung Abstand zu nehmen sei. Allerdings wurden die Formulierungen im untersuchten Zeitraum auch nicht für die Ablehnung einer Rechtsprechungsänderung verwendet, wie dies beim Bundesgerichtshof wohl häufiger der Fall war.²⁵⁹ Auch im Zeitraum vor 1995 enthalten nur wenige Entscheidungen die „Gleich-gute-Gründe-Formel“ oder die „Zwingende-Gründe-Formel“.²⁶⁰

Eine Benennung irgendeiner Qualität der Gründe für eine Rechtsprechungsänderung erfolgte nur in einzelnen Entscheidungen zwischen 1995 und 2009. Ausreichend waren danach „überzeugende“ Gründe,²⁶¹ „bessere“ Gründe²⁶² und ein durch die Rechtsprechungsänderung erzielt „vertretbares“ Ergebnis.²⁶³ In zwei weiteren Entscheidungen wurde die Rechtsprechungsänderung mit der Begründung gerechtfertigt, der Senat halte ein Ergebnis „für richtiger“²⁶⁴ oder die Rechtsprechungsänderung sei „rechtlich geboten“²⁶⁵. Ein anderes Mal hieß es, der Wortlaut einer Norm lasse beide Auslegungen zu, spreche „allerdings mehr gegen als für den Kläger.“²⁶⁶ Ansonsten wurde eine besondere Qualität der Gründe nicht erwähnt.

²⁵⁶ So beispielsweise *Rüthers/Bakker*, ZfA 1992, 199, 304, mit Hinweis auf die Entscheidung des Großen Senats des BGH vom 04.10.1982 - GSZ 1/82 = BGHZ 85, 64.

²⁵⁷ Er spricht diesbezüglich von der „asymmetrischen Verwendung der Besonderen-Gründe-Formel“, vgl. *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 145 ff.

²⁵⁸ *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 156.

²⁵⁹ Vgl. die Nachweise bei *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 147 (Fn. 246).

²⁶⁰ „Gleich-gute-Gründe-Formel“: BAG, 02.09.1975 - 1 ABR 50/74 = AP Nr. 22 zu § 76 BetrVG, unter III. 4. der Gründe; „Zwingende-Gründe-Formel“: BAG, 29.03.1984 - 2 AZR 429/83 (A), 2 AZR 429/83 = AP Nr. 31 zu § 102 BetrVG 1972, unter III. 4. b) der Gründe – in dieser Entscheidung wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die für eine Rechtsprechungsänderung erforderlichen zwingenden Gründe vorgelegen und der Senat die Änderung nicht ohne deren Vorliegen vorgenommen hätte.

²⁶¹ BAG, 19.11.2002 - 3 AZR 561/01 = AP Nr. 23 zu § 1 BetrVG Berechnung, unter I. der Gründe.

²⁶² BAG, 03.12.1998 - 2 AZR 754/97 = AP Nr. 49 zu § 123 BGB.

²⁶³ BAG, 29.04.1999 - 2 AZR 431/98 = AP Nr. 36 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit, unter II. 3. b) der Gründe.

²⁶⁴ BAG, 29.04.1999 - 2 AZR 431/98 = AP Nr. 36 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit, unter II. 3. b) der Gründe.

²⁶⁵ BAG, 23.01.2001 - 3 AZR 164/00 = AP Nr. 16 zu § 1 BetrVG Berechnung, unter II. 2. der Gründe.

²⁶⁶ BAG, 19.11.2002 - 3 AZR 561/01 = AP Nr. 23 zu § 1 BetrVG Berechnung, unter I. 1. der Gründe.

In einer rechtsprechungsändernden Entscheidung vom 07.02.2007 erklärte der 5. Senat, dass er sich der Ansicht der Ausgangsentscheidung, auch unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums des Berufungsgerichts, nicht anschließen könne.²⁶⁷ Dies erstaunt, da die Ausgangsentscheidung von ihm selbst stammte und er die Ansicht damals offenbar als vertretbar angesehen hatte. Eine Erklärung, warum dies nun nicht mehr der Fall war, lieferte er nicht. Auch diese Rechtsprechungsänderung beweist also, dass sich das Bundesarbeitsgericht in der Praxis nicht an dem Erfordernis bestimmter Gründe orientiert.

Ebenfalls gegen das Erfordernis besonderer Gründe spricht eine Aussage des 4. Senats in einer Entscheidung vom 18.04.2007.²⁶⁸ Danach sei ein Gericht verpflichtet, seine Rechtsprechung kritisch zu überprüfen. Gewinne es eine bessere Erkenntnis, müsse es diese bei nächster Gelegenheit umsetzen und dürfe das Recht nicht der Partei, der es nunmehr zu gewähren sei, mit der Begründung versagen, dass ihr Gegner auf die jetzt als unrichtig erkannte frühere Rechtsprechung vertraut habe.²⁶⁹

(3) Diskussion

Interessant ist die Tatsache, dass das Bundesarbeitsgericht sowohl bei der Formulierung von Anforderungen an die Qualität der Gründe für Rechtsprechungsänderungen als auch bei der Vornahme von Rechtsprechungsänderungen von eigenen Judikaten, aber auch von der Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen, nach der für eine Rechtsprechungsänderung „deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe“ erforderlich sind,²⁷⁰ abweicht. Teilweise werden die von der Rechtsprechung entwickelten Formeln in späteren Urteilen wieder abgeschwächt. Oft wird aber auch keine besondere Qualität von Änderungsgründen verlangt.

Es fragt sich, ob nicht bei jeder dieser Abweichungen ein Divergenzverfahren einzuleiten gewesen wäre. Diese Frage wurde bisher, soweit ersichtlich, nirgends thematisiert. Zu denken wäre bezüglich der Abweichung von anderen Senaten des Bundesarbeitsgerichts an das Verfahren nach § 45 Abs. 2 und 3 ArbGG und bezüglich der Abweichung vom Bundesgerichtshof möglicherweise sogar an das Verfahren vor dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes nach § 2 Abs. 1 und 2 RSprEinhG. Immerhin kann eine Divergenz auch im Zusammenhang mit ungeschriebenen Rechtsregeln auftreten²⁷¹ wie den durch die Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen für die Vornahme einer Rechtsprechungsänderung.

Allerdings können derartige Divergenzverfahren ohnehin ohne Probleme umgangen werden. Zum einen liegt die Einschätzung, ob „gute“ oder sogar „schlechthin zwingende Gründe“ vorliegen, bei dem rechtsprechungsändernden Senat. Eine Konkretisierung, was hierunter genau zu verstehen ist, ist kaum möglich. Auch gibt es keinerlei Aussagen dazu, um welche Arten von Gründen, beispielsweise nur *rechtliche*²⁷², es sich handeln muss.²⁷³ Zum anderen zieht eine Verletzung von Vorlagepflichten

²⁶⁷ BAG, 07.02.2007 - 5 AZR 422/06 = AP Nr. 12 zu § 615 BGB Böswilligkeit, unter II. 2. der Gründe.

²⁶⁸ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

²⁶⁹ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. b) cc) (3) (a) (aa) und (bb) der Gründe.

²⁷⁰ BGH (GS), 04.10.1982 - GSZ 1/82 = BGHZ 85, 64.

²⁷¹ *Poeche*, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 22. Ed., Stand: 01.12.2011, § 45 ArbGG Rn. 4.

²⁷² So *Bydlinski*, JZ 1985, 149, 154.

²⁷³ Zu Recht kritisiert von *Bydlinski*, JZ 1985, 149, 154.

nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ohnehin nur bei Willkür Konsequenzen nach sich.²⁷⁴

c. Zusammenfassung

Die anfängliche Annahme, dass sich der überwiegende Anteil ausdrücklicher Rechtsprechungsänderungen mit der Gegenauffassung der Ausgangsentscheidung in irgendeiner Form inhaltlich auseinandersetzen würde, konnte im Rahmen dieser Untersuchung nicht bestätigt werden. Die Behauptung, dass Rechtsprechungsänderungen „regelmäßig mit eingehender Begründung“²⁷⁵ einhergehen, erweist sich als falsch.

Insgesamt wurde in nur 49,6% der Fälle die neue Ansicht begründet und zugleich die Argumente der Ausgangsentscheidung benannt bzw. auf deren Fehlen hingewiesen. In 5,2% der Fälle erfolgte keine sachliche Begründung der Rechtsprechungsänderung.²⁷⁶ Dies mag möglicherweise noch hinnehmbar sein, wenn die Änderung im konkreten Fall nicht entscheidungserheblich ist. Allerdings war dies nur bei einer der sechs Rechtsprechungsänderungen der Fall.²⁷⁷

Findet sich der Änderungshinweis im Leitsatz oder im Hinweis des Senats, deutet sich eine leichte Tendenz zur ausführlicheren Begründung an. Diese ist jedoch nicht so groß, wie anfangs erwartet wurde. Selbst bei zwei Rechtsprechungsänderungen, in denen die Änderung im Leitsatz benannt war, wurde die eigene Entscheidungsregel nicht begründet.²⁷⁸

Eine methodische Untersuchung der Begründung ausdrücklicher Rechtsprechungsänderungen ergab ebenfalls keine Besonderheiten, weshalb die Darstellung dieser Ergebnisse sehr kurz gehalten wurde. Ausführlichkeit und Art der verwendeten Argumentationsmuster variierten stark. Eine Betrachtung der Auslegungsmethoden des klassischen Methodenkanons ergab, dass grammatische, systematische und teleologische Auslegung dominierten. Eine Reihenfolge wurde nicht eingehalten. Es wurde mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen argumentiert. Häufig fanden sich Praktikabilitätsabwägungen.²⁷⁹

Rechtsprechungsänderungen werden also – entgegen den Erwartungen zu Beginn der Untersuchung – weder ausführlicher noch methodisch besser begründet als andere Entscheidungen. Dies enttäuscht angesichts des höheren Rechtfertigungsbedarfs solcher Entscheidungen.

Interessanter war in diesem Zusammenhang der Blick auf die aus der Statistik genommenen Rechtsprechungsänderungen, die europarechtliche Vorgaben unmittelbar umsetzten. Diese begründeten oft rein ergebnisorientiert.²⁸⁰ Teilweise wurden zur Untermauerung der neuen Ansicht die gleichen

²⁷⁴ Grundlegend BVerfG, 26.02.1954 - 1 BvR 537/53 = BVerfGE 3, 359, unter III. 1. b) der Gründe; weitere Nachweise bei *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, 11. Aufl. 2011, § 101 Rn. 11; kritisch zum Willkürmaßstab *Rüthers/Bakker*, ZfA 1992, 199, 216 ff.

²⁷⁵ Diese Behauptung stellt *Dubs* 1949 für das Schweizer Recht auf, vgl. *Dubs*, Praxisänderungen, 1949, S. 5.

²⁷⁶ § 3, B. II. 1. a. aa.

²⁷⁷ BAG, 19.03.2002 - 9 AZR 109/01 = PfIR 2002, 374; BAG, 03.04.2007 - 9 AZR 283/06 = AP Nr. 21 zu § 2 BAT SR 21.

²⁷⁸ § 3, B. II. 1. a. bb.

²⁷⁹ § 3, B. II. 1. a. cc.

²⁸⁰ § 3, B. II. 1. a. cc.

Auslegungsmethoden angewendet, die zur Begründung der Ausgangsansicht herangezogen worden waren.²⁸¹

Bemerkenswert ist, dass keine Rechtsprechungsänderung im Untersuchungszeitraum eine offene Rechtsfortbildung enthielt, es demgegenüber jedoch eine Vielzahl von Entscheidungen gab, in denen frühere rechtsfortbildende Äußerungen oder Entscheidungsregeln wieder eingeschränkt oder zurückgenommen wurden. Dies kann damit zusammenhängen, dass eine Rechtsfortbildung eher in Form einer neuen Grundsatzentscheidung als in Form einer Rechtsprechungsänderung ergeht. Wird eine Rechtsfortbildung zurückgenommen, wird diese Rücknahme dagegen möglicherweise gern als eine Art Rückbesinnung auf das Gesetz dargestellt.²⁸²

Die Untersuchung der Gründe für Rechtsprechungsänderungen ergab, dass die Anzahl der Rechtsprechungsänderungen, die auf einer anderen Erkenntnis des Rechts beruhten erheblich geringer war als die Anzahl derer, die auf eine bessere Erkenntnis des Rechts zurückgingen. Der Anteil der Rechtsprechungsänderungen aufgrund einer anderen Erkenntnis war zudem beim Bundesarbeitsgericht geringer als bei Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht.²⁸³ Im Bereich des Arbeitsrechts wird zwar immer wieder auf die Notwendigkeit der Anpassung des Rechts an gewandelte Umstände hingewiesen.²⁸⁴ Allerdings mögen Änderungen technischer, sozialer oder wirtschaftlicher Umstände ebenfalls eher Rechtsfortbildungen in Form neuer Grundsatzentscheidungen oder Weiterentwicklungen nach sich ziehen.²⁸⁵

Was die Qualität der Gründe angeht, weicht das Bundesarbeitsgericht sowohl bei der Formulierung von Anforderungen an die Qualität der Gründe für Rechtsprechungsänderungen als auch bei der tatsächlichen Vornahme von Rechtsprechungsänderungen von eigenen Judikaten wie von dem Großen Senat für Zivilsachen ab. Die Formel der „deutlich überwiegenden oder sogar schlechthin zwingenden Gründe“²⁸⁶ wurde in späteren Entscheidungen abgeschwächt, bei der Vornahme von Rechtsprechungsänderungen meist jedoch gar nicht erst erwähnt.²⁸⁷

Diesbezügliche Verfassungsbeschwerden wegen Verletzung des Verfahrens nach § 45 Abs. 2 und 3 ArbGG oder nach § 2 Abs. 1 und 2 RSprEinhG wurden, soweit ersichtlich, nie angesprochen. Grund hierfür dürfte sein, dass derartige Divergenzverfahren ohnehin ohne Probleme umgangen werden können, da die Einschätzung, ob „gute“ oder sogar „schlechthin zwingende Gründe“ vorliegen bei dem rechtsprechungsändernden Senat liegt. Außerdem zieht eine Verletzung von Vorlagepflichten nur bei Willkür Konsequenzen nach sich.²⁸⁸

²⁸¹ Hierzu § 3, B. II. 1. a. cc., vgl. insbesondere auch BAG, 13.04.2000 - 2 AZR 215/99 = AP Nr. 13 zu § 17 KSchG 1969, unter B. III. 1. a) der Gründe.

²⁸² § 3, B. II. 1. a. cc.

²⁸³ § 3, B. II. 1. b. aa. (3).

²⁸⁴ Beispielsweise *Hagen*, Festschrift für Karlmann Geiß, 2000, S. 97, 98 ff.

²⁸⁵ § 3, B. II. 1. b. aa. (4).

²⁸⁶ BGH (GS), 04.10.1982 - GSZ 1/82 = BGHZ 85, 64.

²⁸⁷ § 3, B. II. 1. b. bb.

²⁸⁸ Grundlegend BVerfG, 26.02.1954 - 1 BvR 537/53 = BVerfGE 3, 359, unter III. 1. b) der Gründe; weitere Nachweise bei *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, 11. Aufl. 2011, § 101 Rn. 11; kritisch zum Willkürmaßstab *Rüthers/Bakker*, ZfA 1992, 199, 216 ff.

2. Die Behandlung von Rückwirkung und Vertrauensschutz

Bei einer Rechtsprechungsänderung wendet ein Gericht im Zeitpunkt der Entscheidung eine andere Entscheidungsregel an als die, die es noch im Zeitpunkt des zu beurteilenden Geschehens angewendet hätte.²⁸⁹ In einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob eine Rechtsprechungsänderung nur für die Zukunft oder auch rückwirkend gilt, nur den Anlassfall oder sämtliche Altfälle erfassen soll. Hierbei handelt es sich um die Frage nach der Rückwirkung einer Rechtsprechungsänderung.

Eng damit verknüpft ist das Problem des Vertrauensschutzes. Eine Entscheidung wirkt grundsätzlich nur *inter partes* im konkreten Rechtsstreit.²⁹⁰ Sie stellt keine abstrakten Rechtssätze auf, womit die jeweilige Entscheidungsregel unter dem Vorbehalt der jederzeitigen Abänderung zu stehen scheint. Allerdings orientieren sich die Gerichte in der Praxis sehr stark an der bisherigen Rechtsprechung, indem sie einmal hergeleitete Entscheidungsregeln und Begründungen, oft wörtlich²⁹¹, übernehmen. Aus diesem Grund sind Rechtsanwälte und Beamte zur Vermeidung von Schadensersatzforderungen verpflichtet, ihr Vorgehen an der höchstrichterlichen Rechtsprechung auszurichten.²⁹² Gerichtlich entwickelte Entscheidungsregeln haben damit durchaus große Auswirkungen auf den Rechtsverkehr. Dementsprechend kann eine Entscheidung auch Vertrauen auf ihren Fortbestand erzeugen und dadurch zur Grundlage von Dispositionen werden.²⁹³ So kommt es beispielsweise vor, dass ein Bürger auf die Vorgaben einer Gerichtsentscheidung vertrauend einen Vertrag entsprechend gestaltet. Dieses Vertrauen wird enttäuscht, wenn das Gericht mit einem Mal anders als bisher entscheidet, den Vertrag in dieser Form für unwirksam erklärt und die neue Entscheidungsregel rückwirkend auf den Anlassfall anwendet. Hierbei handelt es sich um die Frage nach der Gewährung von Vertrauensschutz.

Demzufolge ist bei Rechtsprechungsänderungen zunächst zu überlegen, ob sie Rückwirkung entfalten sollen und, wenn dies bejaht wird, ob und wie ein eventuell bestehendes Vertrauen in die bisherige Rechtsprechung zu schützen ist. Beide Fragen sind eng miteinander verwoben und werden daher oft zusammen abgehandelt.

Dabei können heute nach Aussage *Herdegens* aus verfassungsrechtlicher Sicht wenigstens zwei Einsichten als gesichert gelten: „(1.) Der grundgesetzliche Vertrauensschutz als Element des verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) und der Grundrechte (insbesondere aus Art. 14 GG) greift auch gegenüber einer legitime Erwartungen in die Rechtslage enttäuschenden Judikatur. (2.) Der Vertrauensschutz bei Rechtsprechungsänderungen kann nicht einfach den für die zulässige Rückwirkung von Gesetzen folgenden Grundsätzen folgen, sondern verlangt eine differenzierte Betrachtungsweise.“²⁹⁴ Ansonsten gibt es noch viele Unklarheiten und Fragen.

²⁸⁹ *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 6; *Höpfner*, RdA 2006, 156, 157.

²⁹⁰ *Gottwald*, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 3, 3. Aufl. 2008, § 325 GVG Rn. 1.

²⁹¹ Vgl. etwa BAG, 21.09.2006 - 2 AZR 284/06 (nicht veröffentlicht); BAG, 01.02.2007 - 2 AZR 15/06 (nicht veröffentlicht); BAG, 12.07.2007 - 2 AZR 619/05 = AP Nr. 33 zu § 17 KSchG 1969.

²⁹² Hierzu *Viets*, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz, 1976, S. 4; *Lübbe*, Grenzen der Rückwirkung bei Rechtsprechungsänderungen, 1998, S. 12; *Klappstein*, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft, 2009, S. 261 m.w.N.

²⁹³ So auch *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 363 f; *Keil*, Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen, 2007, S. 240 f.

²⁹⁴ *Herdegen*, WM 2009, 2202, 2204 m.w.N.

Zu Rückwirkung und Vertrauensschutz im Zusammenhang mit Rechtsprechungsänderungen gibt es bereits eine Fülle von Literatur.²⁹⁵ Ziel der Arbeit ist es jedoch nicht, zu diesen Themen einen weiteren Beitrag ausschließlich theoretischer Natur zu liefern. Vielmehr soll untersucht werden, in welchem Umfang und in welcher Weise sich das Bundesarbeitsgericht in der Praxis mit Vertrauensschutz und Rückwirkung befasst. Hierfür wurden sämtliche ausdrücklich rechtsprechungsändernden Entscheidungen vom 01.01.1995 bis zum 31.12.2009 ausgewertet.

Im Folgenden werden die Entscheidungen, in denen das Thema Vertrauensschutz behandelt wurde, im Hinblick auf ihre rechtsprechungsändernden Inhalte kurz zusammengefasst. Zudem wird untersucht, auf welche Weise sie sich mit den Themen Rückwirkung und Vertrauensschutz auseinandersetzen. Ergänzend werden hierbei Entscheidungen betrachtet, welche aus der Statistik herausgenommen wurden, weil sie unmittelbar Gesetzesänderungen oder zwingende europarechtliche Vorgaben umsetzten (a).

Anschließend wird der Blick auf den Großteil der Entscheidungen gerichtet, in denen die Themen Rückwirkung und Vertrauensschutz nicht angesprochen wurden (b.). Hier wird zunächst der Frage nachgegangen, ob überhaupt alle rechtsprechungsändernden Entscheidungen eine Beschäftigung mit dem Thema erfordern, d.h. vertrauensschutzrelevant sind. Bisher steht eine Befassung mit der Frage, wann eine Rechtsprechungsänderung Vertrauensschutzrelevanz besitzt, noch aus. Hierzu soll Vorarbeit geleistet werden, indem der Versuch unternommen wird, die vorgefundenen Fälle fehlender Vertrauensschutzrelevanz in einer Art Fallgruppenbildung zusammenzufassen (b.aa.). Nach Durchsicht der übrigen Fälle (b.bb.) soll schließlich beurteilt werden, ob sich das Bundesarbeitsgericht insgesamt in angemessener Weise mit der Thematik befasst oder ob Verbesserungen nötig sind (b.cc.).

a. Untersuchung der Vertrauensschutz behandelnden Entscheidungen

Zu Beginn der Untersuchung wurde erwartet, dass gerade bei offengelegten Rechtsprechungsänderungen die Themen Rückwirkung und Vertrauensschutz häufig angesprochen würden. Vermutet wurde außerdem, dass den Themen Rückwirkung und Vertrauensschutz gerade im Arbeitsrecht eine besondere Bedeutung zukomme, welche sich auch in der Häufigkeit der Behandlung dieser Themen widerspiegeln – einerseits, weil die vertraglichen Beziehungen im Arbeitsrecht regelmäßig auf länge-

²⁹⁵ *Reinicke*, MDR 1956, 324; *Knittel*, Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1965; *Grunsky*, Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1970; *Haffke*, Das Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG bei Änderung der Rechtsprechung zum materiellen Recht, 1970; *Ossenbühl*, DÖV 1972, 25, 33 f.; *Buchner*, Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, 1973, S. 175; *Arndt*, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974; *Viets*, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz, 1976; *Rüberg*, Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1977; *Olzen*, JZ 1985, 155; *Blomeyer*, Festschrift für Karl Molitor zum 60. Geburtstag, 1988, S. 41; *Robbers*, JZ 1988, 481; *Berdesinski*, Die rückwirkende Änderung der Rechtsprechung, 1994; *Medicus*, NJW 1995, 2577; *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996; *Lübbe*, Grenzen der Rückwirkung bei Rechtsprechungsänderungen, 1998; *Stüsser*, Rückwirkende Rechtsprechungsänderungen im Zivilrecht, 1998; *Vonkilch*, Das intertemporale Privatrecht, 1999, S. 311 ff; *Hagen*, Festschrift für Karlmann Geiß, 2000, S. 97; *Scheffelt*, Die Rechtsprechungsänderung, 2001; *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 363 ff; *Pohl*, Rechtsprechungsänderung und Rückanknüpfung, 2005; *Keil*, Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen, 2007, S. 239 ff; *Herdegen*, WM 2009, 2202; *Lunk*, Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2010, 2010, S. 689.

re Dauer angelegt und daher für Rechtsprechungsänderungen anfällig sein sollen;²⁹⁶ andererseits, weil das Richterrecht im Arbeitsrecht aufgrund der Zurückhaltung des Gesetzgebers eine besonders große Rolle spielen soll²⁹⁷. Diese Erwartungen haben sich jedoch nicht bestätigt. Die Auswertung aller ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen des Bundesarbeitsgerichts im untersuchten Zeitraum ergab, dass Rückwirkung und Vertrauensschutz nur sehr selten in den Entscheidungsgründen behandelt wurden. Insgesamt wurde die Problematik bei nur fünf²⁹⁸ der 115 Rechtsprechungsänderungen und damit in 4,3% der Fälle angesprochen.²⁹⁹

aa. Entscheidungsanalyse

Aufgrund der geringen Zahl von das Thema Vertrauensschutz behandelnden Rechtsprechungsänderungen i.S.d. statistischen Auswertung³⁰⁰ werden im Folgenden auch einige weitere Rechtsprechungsänderungen dargestellt, die sich mit dem Thema befassen. Es handelt sich dabei um Änderungen, die unmittelbar nationale geänderte Gesetze umsetzen³⁰¹ oder die Richtlinien, deren Umsetzungsfrist bereits abgelaufen war, nach entsprechenden Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs anwenden³⁰².

²⁹⁶ Höpfner, RdA 2006, 156, 157, mit Verweis auf *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 18.

²⁹⁷ Höpfner, RdA 2006, 156, 157.

²⁹⁸ Es handelt sich um die Entscheidungen BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95 = AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG, 23.01.2001 - 3 AZR 164/00 = AP Nr. 16 zu § 1 BetrAVG Berechnung; BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG, 22.04.2009 - 4 ABR 14/08 = AP Nr. 38 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung; BAG, 21.10.2009 - 4 AZR 396/08 = AP Nr. 72 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

²⁹⁹ An dieser Stelle sei auf eine Entscheidung hingewiesen, in der das Thema Vertrauensschutz zur Sprache kam, und die dennoch nicht unter Punkt a. behandelt wurde. Es handelt sich um das Urteil des 10. Senats vom 11.10.1995 - 10 AZR 985/94 = AP Nr. 133 zu § 1 TVG Tarifverträge Metallindustrie. Darin änderte der Senat die frühere Rechtsprechung des damals zuständigen 6. Senats dahin, dass der Anspruch auf die betriebliche Sonderzahlung nach § 2 des Tarifvertrages über Sonderzahlungen in der niedersächsischen Metallindustrie vom 27.05.1992 (TV-Sonderzahlung) nicht von einer tatsächlichen Arbeitsleistung im Kalenderjahr oder einem entsprechenden Verdienst innerhalb der letzten drei vollständig abgerechneten Monate vor dem Auszahlungstag abhängig sein solle. In dieser Entscheidung wurde die Frage nach berechtigterweise bestehendem Vertrauen in die bisherige Rechtsprechung angesprochen. Es ging allerdings nicht um die Frage der Gewährung von Vertrauensschutz zugunsten des von der Rechtsprechungsänderung belasteten beklagten Arbeitgebers, sondern darum, ob die Tarifvertragsparteien angesichts der Fragwürdigkeit der Beibehaltung der bisherigen Rechtsprechung bei Abschluss des Tarifvertrages vom 27.05.1992 nicht eine explizite Regelung zum Thema Sonderzahlung bei andauernder Arbeitsunfähigkeit hätten treffen müssen. Es handelt sich also nicht um die Frage nach dem berechtigten Vertrauen der von der Rechtsprechungsänderung belasteten Partei.

³⁰⁰ BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95 = AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG, 23.01.2001 - 3 AZR 164/00 = AP Nr. 16 zu § 1 BetrAVG Berechnung; BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG, 22.04.2009 - 4 ABR 14/08 = AP Nr. 38 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung; BAG, 21.10.2009 - 4 AZR 396/08 = AP Nr. 72 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

³⁰¹ BAG, 30.07.2008 - 10 AZR 606/07 = AP Nr. 274 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG, 18.03.2009, Az. 10 AZR 281/08 = AP Nr. 83 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

³⁰² BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969; BAG, 24.03.2009 - 9 AZR 983/07 = AP Nr. 39 zu § 7 BUrlG.

(1) Rechtsprechungsänderungen i.S.d. statistischen Untersuchung

(a) BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95

Die erste ausdrücklich rechtsprechungsändernde Entscheidung i.S.d. statistischen Untersuchung, in der sich das Gericht mit dem Thema Vertrauensschutz auseinandersetzte, ist eine Entscheidung des 10. Senats vom 05.06.1996, in der es um Freiwilligkeitsvorbehalte für Gratifikationen ging.³⁰³ In diesem Fall bestand eine Gratifikationszusage mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt des Inhalts, dass Ansprüche für die Zukunft auch aus wiederholten Zahlungen nicht hergeleitet werden könnten. Nachdem der klagende Arbeitnehmer jahrelang ein 13. Monatsgehalt erhalten hatte, welches laut Arbeitsvertrag als Gratifikation i.S.d. Freiwilligkeitsvorbehaltes galt, kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristgemäß zum 31.12.1993. Am 30.09.1993 wurde über das Vermögen der Firma das Konkursverfahren eröffnet und der Beklagte zum Konkursverwalter bestellt. Dieser zahlte kein 13. Monatsgehalt mehr aus. Der Kläger klagte auf Zahlung des entsprechenden Betrags und machte unter Berufung auf die Entscheidung des 5. Senats vom 26.06.1975³⁰⁴ geltend, er habe im Vertrauen auf die Zahlung seine Arbeitsleistung im Jahre 1993 erbracht und schon entsprechend disponiert.³⁰⁵ In der in Bezug genommenen Entscheidung hatte der 5. Senat unter Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung entschieden, dass ein Freiwilligkeitsvorbehalt in Gratifikationszusagen im Allgemeinen nur für die Zukunft wirke und Rechtsansprüche des Arbeitnehmers nur für spätere Jahre ausschließe.

Im Leitsatz der Änderungsentscheidung formulierte der 10. Senat die Entscheidungsregel dahingehend, dass eine Gratifikationszusage, welche einen Freiwilligkeitsvorbehalt des Inhalts enthalte, dass Ansprüche für die Zukunft auch aus wiederholten Zahlungen nicht hergeleitet werden könnten, nicht nur Ansprüche für die Zukunft, sondern auch für den laufenden Bezugszeitraum ausschließe und bezeichnete dies ausdrücklich als „Aufgabe“ der Entscheidung des 5. Senats.³⁰⁶

Interessanterweise unterscheiden sich die Entscheidungsgründe von der klaren Aussage des Leitsatzes. In den Gründen wies der Senat zunächst darauf hin, dass die vom Kläger angeführte Entscheidung des 5. Senats der eigenen Entscheidungsregel nicht entgegenstehe, da darin keine klare Aussage darüber getroffen worden sei, ob bei einer solchen Formulierung ein Gratifikationsanspruch für das laufende Jahr begründet sei oder nicht.³⁰⁷ Soweit die Entscheidung allerdings dahin zu verstehen sein solle, dass trotz des Freiwilligkeitsvorbehaltes für das laufende Jahr stets ein Anspruch entstehe, solange der Arbeitgeber nicht rechtzeitig zu erkennen gebe, dass er von dem Freiwilligkeitsvorbehalt Gebrauch mache, werde daran nicht festgehalten.³⁰⁸ Der Senat weist also auf die unklare Rechtslage hin und lässt eine Rechtsprechungsänderung in den Gründen letztendlich offen.

Möglicherweise wurde aus diesem Grund nur sehr knapp auf das Thema Vertrauensschutz eingegangen. Der Senat bemerkte hierzu lediglich, dass, gerade weil im Arbeitsvertrag das 13. Gehalt als freiwillige Gratifikation ausgewiesen und ausdrücklich erklärt worden sei, dass aus deren Zahlung kein Anspruch hergeleitet werden könne, nicht darauf vertraut werden konnte, dass auch im Jahre 1993

³⁰³ BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95 = AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation, unter II. 2. der Gründe.

³⁰⁴ BAG, 26.06.1975 - 5 AZR 412/74 = AP Nr. 86 zu § 611 BGB Gratifikation.

³⁰⁵ BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95 = AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation, unter II. 2. der Gründe.

³⁰⁶ BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95 = AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation, Leitsatz.

³⁰⁷ BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95 = AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation, unter II. 3. der Gründe.

³⁰⁸ BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95 = AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation, unter II. 3 der Gründe.

ein 13. Gehalt gezahlt werde.³⁰⁹ Dies ist allerdings kein Argument gegen möglicherweise entstandenes und betätigtes Vertrauen, da es ja gerade um die Tatsache ging, dass die verwendete Formulierung in der Ausgangsentscheidung anders ausgelegt worden sein könnte. Überzeugender wäre möglicherweise gewesen, auf die hinsichtlich der Gratifikation für das laufende Kalenderjahr unklare Aussage der Ausgangsentscheidung zu verweisen und diese deshalb als geeignete Vertrauensgrundlage abzulehnen.

(b) BAG, 23.01.2001 - 3 AZR 164/00

In einer Entscheidung vom 23.01.2001 änderte der 3. Senat seine Rechtsprechung zur Berechnung der vorgezogenen Betriebsrente nach vorzeitigem Ausscheiden des Arbeitnehmers, wobei er diese Änderung bereits zuvor erwogen hatte.³¹⁰ Nach bisheriger Rechtsprechung³¹¹ war der Betriebsrentenanspruch eines vorzeitig ausgeschiedenen Arbeitnehmers, den dieser nach § 6 BetrAVG vorgezogen in Anspruch nahm, grundsätzlich zweifach zeiträtierlich zu kürzen. Zunächst war die Betriebsrente zu ermitteln, die dem Arbeitnehmer zugestanden hätte, wenn er bis zum vorgezogenen Versorgungsfall betriebstreu geblieben wäre, indem die bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres erreichbare Vollrente entweder in entsprechender Anwendung des § 2 Abs. 1 BetrAVG auf den Zeitpunkt der vorgezogenen Inanspruchnahme gekürzt wurde oder, bei entsprechender betrieblicher Regelung, die bis zum Erreichen der vorgezogenen Altersgrenze erdienten „Rentenbausteine“ berücksichtigt wurden. Die so ermittelte Betriebsrente bei Erreichen des besonderen Versorgungsfalles nach § 6 BetrAVG war dann noch einmal im Verhältnis der tatsächlich erreichten zu der bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres erreichbaren Betriebsrente zu kürzen. Damit wurde die fehlende Dienstzeit zwischen der vorgezogenen Inanspruchnahme und der festen Altersgrenze zweifach anspruchsmindernd berücksichtigt. Die Beklagte hatte sich bei ihrer Rentenberechnung an eben diese Berechnungsweise gehalten,³¹² wengleich aus Tatbestand und Gründen nicht klar wurde, ob sie sich auch ausdrücklich auf diese Rechtsprechung berufen und die Gewährung von Vertrauensschutz verlangt hatte.

Der Senat entschloss sich, seine Rechtsprechung zur Berechnung des Betriebsrentenanspruchs eines vorzeitig mit einer unverfallbaren Anwartschaft ausgeschiedenen Arbeitnehmers bei vorgezogener Inanspruchnahme nach § 6 BetrAVG zu „modifizieren“ und änderte sie dahingehend, dass die fehlende Betriebstreue zwischen dem vorgezogenen Ruhestand und der in der Versorgungsordnung festgelegten festen Altersgrenze grundsätzlich nicht zweifach mindernd berücksichtigt werden dürfe.³¹³ Ausgangspunkt für die neue Anspruchsberechnung sei die bis zum Erreichen der festen Altersgrenze erreichbare Vollrente. Diese sei im Hinblick auf das vorzeitige Ausscheiden wegen der deshalb fehlenden Betriebstreue nach § 2 BetrAVG zu kürzen, falls die Versorgungsordnung keine für den Arbeitnehmer günstigere Berechnungsweise vorsehe. Der so ermittelte Besitzstand zum Zeitpunkt des vorzeitigen Ausscheidens könne dann ein zweites Mal wegen des früheren und längeren Bezuges der Altersrente gekürzt werden. Soweit die Versorgungsordnung dies vorsehe, könne ein versicherungsmathematischer Abschlag vorgenommen werden. Fehle eine solche Bestimmung, könne die Kürzung zwar stattdessen in der Weise erfolgen, dass die fehlende Betriebstreue zwischen vorgezogener In-

³⁰⁹ BAG, 26.06.1975 - 5 AZR 412/74 = AP Nr. 86 zu § 611 BGB Gratifikation, unter II. 2. der Gründe.

³¹⁰ BAG, 21.03.2000 - 3 AZR 93/99 = AP Nr. 25 zu § 6 BetrAVG, Leitsatz.

³¹¹ BAG, 13.03.1990 - 3 AZR 338/89 = AP Nr. 17 zu § 6 BetrAVG; BAG, 12.03.1991 - 3 AZR 102/90 = AP Nr. 9 zu § 1 BetrAVG.

³¹² BAG, 23.01.2001 - 3 AZR 164/00 = AP Nr. 16 zu § 1 BetrAVG Berechnung, unter II. 1. der Gründe.

³¹³ BAG, 23.01.2001 - 3 AZR 164/00 = AP Nr. 16 zu § 1 BetrAVG Berechnung, unter II. 2. b) cc) der Gründe.

anspruchnahme und fester Altersgrenze zusätzlich mindernd berücksichtigt werde. Diese Kürzung³¹⁴ sei dann allerdings als „unechter versicherungsmathematischer Abschlag“ anzusehen.³¹⁵

Zur Frage des Vertrauensschutzes nahm der Senat wie folgt Stellung: Die Rechtsprechungsänderung wirke sich nicht auf Versorgungszusagen aus, die keinen versicherungsmathematischen Abschlag zum Ausgleich der längeren Rentenlaufzeit und der entstehenden Zinsverluste vorsähen. Bei derartigen Versorgungszusagen werde die Höhe der vorgezogenen Betriebsrente eines vorzeitig mit einer unverfallbaren Anwartschaft Ausgeschiedenen wie bisher grundsätzlich durch doppelte zeiträtlerliche Kürzung ermittelt. Dabei sei allerdings die zusätzliche mindernde Berücksichtigung der fehlenden Betriebstreue zwischen dem Zeitpunkt der vorgezogenen Inanspruchnahme und dem Erreichen der festen Altersgrenze nicht als Teil der zeiträtlerlichen Berechnung entsprechend § 2 Abs. 1 BetrAVG, sondern als Ersatz für den fehlenden versicherungsmathematischen Abschlag anzusehen (sog. „untechnischer versicherungsmathematischer Abschlag“). Aufgrund dessen würde damit zugleich auch dem Vertrauensschutz gerecht.³¹⁶ Im Grunde wies der Senat damit also nur auf die fehlende Ergebnisrelevanz dieser Fälle hin und musste aus diesem Grund nicht weiter auf die Frage nach der Gewährung von Vertrauensschutz eingehen.

Zur Frage, ob Vertrauensschutz bei Entscheidungserheblichkeit zu gewähren ist, nahm der 3. Senat erst in einer Entscheidung vom 18.04.2007 Stellung.³¹⁷ Grundsätzlich komme nur ganz ausnahmsweise überhaupt ein schützenswertes Vertrauen auf den Fortbestand einer bestimmten Rechtsprechung in Betracht. Gehe es um eine auch zurückliegende Sachverhalte betreffende Rechtsprechungsänderung, sei anhand der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit zu prüfen, ob insoweit Vertrauensschutz geboten sei; dabei spiele insbesondere der Umfang der wirtschaftlichen Zusatzbelastung durch die neue Rechtsprechung eine entscheidende Rolle.³¹⁸ Die Beklagte habe allerdings schon nicht mit der gebotenen Bestimmtheit dargelegt, welche wesentlichen, ihr Vermögen betreffenden Dispositionen sie auf Grund der früheren Rechtsprechung getroffen habe und anders getroffen hätte, wenn sie die aktuelle Rechtsprechung gekannt hätte. Sie habe nicht einmal der Größenordnung nach vorgetragen, welche wirtschaftlichen Auswirkungen die neue Rechtsprechung für sie habe. Daher könne kein Vertrauensschutz gewährt werden.³¹⁹ Das Bundesarbeitsgericht verlangte in diesem Fall also eine ausdrückliche Berufung auf Vertrauensschutz sowie eine konkrete Darlegung von dessen Voraussetzungen.

(c) BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05

Ein weiteres Beispiel für die Behandlung des Themas Vertrauensschutz bildet die Entscheidung des 4. Senats zur Gleichstellungsabrede vom 18.04.2007.³²⁰ Bei ihr handelt es sich auch um die einzige Rechtsprechungsänderung im untersuchten Zeitraum, die auf eine ausdrückliche Änderungsankündigung hin erging.³²¹ In der Entscheidung wurde die frühere Rechtsprechung aufgegeben, nach der die

³¹⁴ Welche dann grundsätzlich der Berechnungsweise der alten Rechtsprechung entspricht.

³¹⁵ BAG, 23.01.2001 - 3 AZR 164/00 = AP Nr. 16 zu § 1 BetrAVG Berechnung, Leitsatz.

³¹⁶ BAG, 23.01.2001 - 3 AZR 164/00 = AP Nr. 16 zu § 1 BetrAVG Berechnung, unter II. 2. b) cc) der Gründe.

³¹⁷ BAG, 23.03.2004 - 3 AZR 279/03 = AP Nr. 28 zu § 1 BetrAVG Berechnung, unter V. der Gründe.

³¹⁸ BAG, 23.03.2004 - 3 AZR 279/03 = AP Nr. 28 zu § 1 BetrAVG Berechnung, unter V. 1. der Gründe, mit Verweis auf BVerfG, 19.05.1999 - 1 BvR 263/98 – NZA 1999, 815-816.

³¹⁹ BAG, 23.03.2004 - 3 AZR 279/03 = AP Nr. 28 zu § 1 BetrAVG Berechnung, unter V. 2. der Gründe.

³²⁰ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

³²¹ Ankündigung am 14.12.2005 - 4 AZR 536/04 = AP Nr. 39 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

Bezugnahme in einem von einem tarifgebundenen Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsvertrag auf die für das Arbeitsverhältnis einschlägigen Tarifverträge in der jeweiligen Fassung grundsätzlich als Gleichstellungsabrede auszulegen war.³²² Stattdessen stelle eine einzelvertraglich vereinbarte dynamische Bezugnahme auf einen bestimmten Tarifvertrag jedenfalls dann, wenn eine Tarifgebundenheit des Arbeitgebers an den im Arbeitsvertrag genannten Tarifvertrag nicht in einer für den Arbeitnehmer erkennbaren Weise zur auflösenden Bedingung der Vereinbarung gemacht worden sei, eine konstitutive Verweisklausel dar, die weder durch einen Verbandsaustritt des Arbeitgebers noch durch einen sonstigen Wegfall seiner Tarifgebundenheit berührt werden könne.³²³

Da viele Arbeitsverträge im Vertrauen auf den Bestand der bisherigen Rechtsprechung noch dementsprechend lauteten und sich auch der Beklagte der Änderungsentscheidung auf die bisherige Senatsrechtsprechung berief,³²⁴ entschloss sich der 4. Senat Vertrauensschutz zu gewähren und als Stichtag hierfür den 31.12.2001 festzulegen.³²⁵ Auch setzt er sich mit der an der die Änderung ankündigenden Entscheidung geübten Kritik auseinander, dass der Vertrauensschutz nicht bis zur Veröffentlichung der beabsichtigten Rechtsprechungsänderung gewährt wurde.³²⁶

Zunächst wies der Senat darauf hin, dass die Entscheidung, ob Vertrauensschutz zu gewähren sei, von der Abwägung der beiderseitigen Interessen abhängt.³²⁷ Höchstrichterliche Rechtsprechung sei kein Gesetzesrecht, die Urteile oberster Bundesgerichte änderten die Rechtslage nicht, sondern stellten diese lediglich auf Grund eines „prinzipiell irrumsanfälligen“³²⁸ Erkenntnisprozesses fest. Wenn die höchstrichterliche Rechtsprechung sich daher unter einer gegebenen Rechtslage ändere, sei die neue Rechtsprechung grundsätzlich auch auf Fallkonstellationen anzuwenden, in denen die für die Beurteilung des Rechtsstreits maßgeblichen Tatsachen zu einer Zeit gesetzt worden seien, in der die Änderung der Rechtsprechung noch nicht stattgefunden habe und auch noch nicht angekündigt gewesen sei. Durch das Abweichen von einer früher vertretenen Ansicht verstoße der Richter nicht gegen Art. 20 Abs. 3 GG. Im Gegenteil sei ein Gericht stets verpflichtet, seine Rechtsprechung kritisch zu überprüfen. Gewinne es eine bessere Erkenntnis, müsse es sie bei nächster Gelegenheit umsetzen und dürfe das Recht nicht der Partei, der es nunmehr zu gewähren sei, mit der Begründung versagen, dass ihr Gegner auf die jetzt als unrichtig erkannte frühere Rechtsprechung vertraut habe. Daher gelte grundsätzlich, dass auch bei der Änderung einer Auslegungsregel für allgemein verwendete Vertragsklauseln das Risiko der Rechtsprechungsänderung zunächst allein den Verwender der Klausel treffe.³²⁹ Der Senat ging also ausdrücklich von der Rückwirkung einer Rechtsprechungsänderung aus.

³²² BAG, 25.09.2002 - 4 AZR 294/01 = AP Nr. 26 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG, 27.11.2002 - 4 AZR 663/01 = AP Nr. 18 zu § 611 BGB Rotes Kreuz; BAG, 01.12.2004 - 4 AZR 50/04 = AP Nr. 34 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; st. Rspr.

³²³ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

³²⁴ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Tatbestand.

³²⁵ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. b) cc) der Gründe.

³²⁶ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter C. I. 2. b) cc) (2) und (3) der Gründe.

³²⁷ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. b) cc) (3) (a) der Gründe.

³²⁸ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. b) cc) (3) (a) (aa) der Gründe.

³²⁹ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. b) cc) (3) (a) (aa) und (bb) der Gründe.

Er fuhr fort, eine Einschränkung der Rückwirkung sei jedoch geboten, wenn und soweit die von der Rückwirkung nachteilig betroffene Partei auf die Weiterführung der bisherigen Rechtsprechung vertrauen durfte und die Anwendung der geänderten Auffassung wegen ihrer Rechtsfolgen im Streitfall oder der Wirkung auf andere vergleichbar gelagerte Rechtsbeziehungen auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Prozessgegners eine unzumutbare Härte bedeuten würde. Bei der somit erforderlichen Abwägung sei zu beachten, dass die materielle Gerechtigkeit einen dem Grundsatz der Rechtssicherheit mindestens ebenbürtigen Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips verkörpere.³³⁰

Da zivilrechtliche Lösungswege im vorliegenden Fall ausschieden,³³¹ nahm der Senat eine typisierte Abwägung der Parteiinteressen vor³³² und entschied sich anschließend für die Festlegung eines Stichtags für die Gewährung von Vertrauensschutz.³³³ Als Abwägungskriterium wies er zwar auf die jahrelange Rechtsprechung hin,³³⁴ merkte gleichzeitig jedoch an, dass die Auslegungsregel der Gleichstellungsabrede immer auch umstritten gewesen sei, so dass aufgrund der Kritik in der Literatur und der Nichtbefolgung der früheren Ansicht des Bundesarbeitsgerichts durch die Instanzrechtsprechung generell immer mit einer Rechtsprechungsänderung zu rechnen gewesen sei.³³⁵ Mit dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform zum 01.01.2002 sei dann ein Einschnitt, ein „Paradigmenwechsel“, vorgenommen worden, der zu einer Änderung der Risikoverteilung hinsichtlich der Folgen der Rechtsprechungsänderung geführt habe. Dieser Zeitpunkt sei zwar nicht für die nun vollzogene Rechtsprechungsänderung als solche entscheidend, markiere aber die zeitliche Grenze, die auch und gerade im Arbeitsrecht bei der Festlegung von Vertrauensschutz zu einer neuen Gewichtung der beiderseitigen berechtigten Interessen führen müsse.³³⁶ Aus den Darlegungen zum Vertrauensschutz und seiner zeitlichen Festlegung ergebe sich, dass Arbeitgeber, die Verweisklauseln der streitigen Art ab dem 01.01.2002 vereinbart hätten, sich nicht auf Vertrauensschutz berufen könnten, weil mit dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform die „Warnzeichen“ bei der weiteren Verwendung der Klauseln in der bisherigen Form so deutlich gewesen seien, dass es für einen Arbeitgeber keine unzumutbare Härte mehr darstelle, wenn er an dem Wortlaut der von ihm eingeführten Vertragsklausel festgehalten werde.³³⁷ An dem Stichtag 01.01.2002 für die Gewährung von Vertrauensschutz hielt der Senat trotz der zwischenzeitlich geäußerten Kritik der Literatur fest.³³⁸

³³⁰ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. b) cc) (3) (a) (cc) der Gründe.

³³¹ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. b) cc) (3) (a) (dd) der Gründe.

³³² BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. b) cc) (3) (b) (bb) der Gründe.

³³³ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. b) cc) (3) (b) der Gründe.

³³⁴ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. b) cc) (3) (b) (cc) der Gründe.

³³⁵ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. b) cc) (3) (b) (dd) der Gründe.

³³⁶ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. b) cc) (3) (b) (ee) der Gründe.

³³⁷ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. b) cc) (4) der Gründe.

³³⁸ BAG, 22.10.2008 - 4 AZR 793/07 = AP Nr. 67 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter I. 3. c) der Gründe, u.a. mit Verweis auf *Clemenz*, NZA 2007, 769, 773; *Olbertz*, BB 2007, 2737, 2740; *Simon/Weninger*, BB 2007, 2127, 2128; *Spielberger*, NZA 2007, 1086, 1089; *Höpfner*, NZA 2008, 91, 93; *Schiefer*, SAE 2008, 22, 26.

(d) BAG, 22.04.2009 - 4 ABR 14/08

Im Anschluss an die rechtsprechungsändernde Entscheidung zur Gleichstellungsabrede vom 18.04.2007 entschied der Senat mit Beschluss vom 22.04.2009, dass eine arbeitsvertragliche Verweisklausel, die auf einen konkret benannten Tarifvertrag in der jeweils geltenden Fassung Bezug nehme, auch bei Verbandswechsel des Arbeitgebers nicht dahin korrigierend ausgelegt werden könne, dass darin eine Verweisung auf den jeweils für den Betrieb geltenden und von derselben Gewerkschaft abgeschlossenen Tarifvertrag zu sehen sei.³³⁹ Während das Berufungsgericht entgegen der neuen Senatsrechtsprechung des 4. Senats des Bundesarbeitsgerichts Vertrauen in die vormalige Rechtsprechung bis einschließlich 14.12.2005, also dem Tag, an dem der Senat seine Rechtsprechungsänderung angekündigt hatte, hatte schützen wollen, hielt der 4. Senat am 31.12.2001 als Stichtag fest.³⁴⁰ Er setzte sich jedoch nicht mehr mit Gegenargumenten auseinander, sondern verwies lediglich auf die Ausführungen in den Urteilen vom 18.04.2007³⁴¹ und vom 22.10.2008³⁴².

(e) BAG, 21.10.2009 - 4 AZR 396/08

Auf die gleiche Argumentation verweist die Entscheidung des 4. Senats vom 21.10.2009 zur Frage, ob auch die Bezugnahme auf einen „ortsfremden“ Tarifvertrag im Arbeitsvertrag im Anschluss an die geänderte Rechtsprechung zu Gleichstellungsabrede anders zu bewerten sei,³⁴³ da diese als Folge der eben besprochenen Rechtsprechungsänderung zur Gleichstellungsabrede vom 18.04.2007 erging.

(2) Ergänzende Rechtsprechungsänderungen

Bei den folgenden Entscheidungen handelt es sich um Umsetzungen von Richtlinien, deren Umsetzungsfrist abgelaufen war, um Änderungen nach Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs, um die Umsetzung unionsrechtlichen Primärrechts nach Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs oder um die unmittelbare Umsetzung nationaler Gesetzesänderungen.

(a) BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05

Das Urteil zur Massenentlassungsanzeige vom 23.03.2006³⁴⁴ enthielt eine Rechtsprechungsänderung, die der Auslegung der Artikel 2 bis 4 der Richtlinie 98/59³⁴⁵ zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen (MERL), deren Umsetzungsfrist bereits abgelaufen war, durch den Europäischen Gerichtshof folgte. Entgegen seiner früheren Rechtsprechung und unter Berücksichtigung der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache „Junk“³⁴⁶, nahm der 2. Senat nun an, dass unter dem Begriff „Entlassung“ i.S.d. § 17 Abs. 1 KSchG nicht mehr der Zeitpunkt der tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern der Ausspruch der

³³⁹ BAG, 22.04.2009 - 4 ABR 14/08 = AP Nr. 38 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung.

³⁴⁰ BAG, 22.04.2009 - 4 ABR 14/08 = AP Nr. 38 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung, unter B. III. 2. c) der Gründe.

³⁴¹ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

³⁴² BAG, 22.10.2008 - 4 AZR 793/07 = AP Nr. 67 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

³⁴³ BAG, 21.10.2009 - 4 AZR 396/08 = AP Nr. 72 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. c) bb) (3) der Gründe.

³⁴⁴ BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969.

³⁴⁵ ABl. L 225 vom 12.8.1998, S. 16-21.

³⁴⁶ EuGH, 27.01.2005 - C-188/03 = Slg. 2005, I-885-992 (Junk).

Kündigung zu verstehen sei. Der Europäische Gerichtshof hatte in der Sache „Junk“ entschieden, dass die Artikel 2 bis 4 MERL dahin auszulegen seien, dass die Kündigungserklärung des Arbeitgebers das Ereignis sei, das als Entlassung gelte.

Damit stand die Frage im Raum, ob eine nach Ausspruch der Kündigung erfolgte Anzeige nunmehr zu Lasten des beklagten Arbeitgebers zur Unwirksamkeit der Kündigung führen müsse. Der 2. Senat ließ die Frage im konkreten Rechtsstreit offen, da er diese Rechtsfolge im zu entscheidenden Fall aufgrund von Vertrauensschutzüberlegungen ausschloss.

Laut Tatbestand hatte sich der Beklagte zur Begründung seines Klageabweisungsantrags darauf berufen, entsprechend der bisherigen Rechtsprechung und der Praxis der Agentur für Arbeit, nach welchen die Anzeige nicht schon vor dem Ausspruch der Kündigung, sondern erst vor der tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu erstatten sei, gehandelt zu haben.³⁴⁷ Dementsprechend heißt es in den Entscheidungsgründen, eine nach Ausspruch der Kündigung erstattete Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit führe jedenfalls dann nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung, wenn sich der Arbeitgeber berechtigterweise auf den auch bei einer Änderung der Rechtsprechung zu beachtenden Vertrauensschutz berufen könne.³⁴⁸

Die Begründung für die Gewährung von Vertrauensschutz erfolgte folgendermaßen: Zunächst wurde darauf hingewiesen, dass die Gerichte als Teil der Staatsgewalt an das Rechtsstaatsprinzip gebunden seien und daher bei Änderung ihrer Rechtsprechung den Grundsatz des Vertrauensschutzes beachten müssten, der unter anderem Schutz vor Rückwirkung bedeute. Zwar erzeugten höchstrichterliche Entscheidungen keine dem Gesetzesrecht vergleichbaren Rechtsbindungen, sondern stellten lediglich die Rechtslage in einem konkreten Fall fest. Gleichwohl könne und dürfe ein Bürger auf die durch die höchstrichterliche Rechtsprechung konkretisierte Rechtslage und deren Bestand vertrauen, da er nicht unterscheiden müsse und könne, ob sich die Rechtslage direkt aus der Norm erschließe oder sich aus den Konkretisierungen der Rechtsprechung ergebe.³⁴⁹ Eine Änderung höchstrichterlicher Rechtsprechung wirke zwar grundsätzlich zurück, eine über § 242 BGB hinausgehende Einschränkung der Rückwirkung höchstrichterlicher Rechtsprechung sei jedoch geboten, wenn die von der Rückwirkung betroffene Partei auf die Fortgeltung der bisherigen Rechtsprechung vertrauen durfte und die Anwendung der geänderten Auffassung wegen ihrer Rechtsfolgen im Streitfall oder der Wirkung auf andere vergleichbare Rechtsbeziehungen auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Prozessgegners eine unzumutbare Härte bedeuten würde.³⁵⁰

Nach der Darstellung der zu berücksichtigenden Aspekte bei der Prüfung des Vertrauensschutzes führte der Senat die Umstände auf, die für die Gewährung von Vertrauensschutz sprachen. Er wies zunächst darauf hin, dass eine ständige Rechtsprechung bestanden habe. Bei Ausspruch der Kündigung am 30.07.2004 sei eine Rechtsprechungsänderung des Bundesarbeitsgerichts im Zuge der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und einer richtlinienkonformen Auslegung der nationalen gesetzlichen Regelungen nicht zu erwarten gewesen. Dies gelte umso mehr, als sich der Senat in einer Entscheidung vom 18.09.2003 inhaltlich eingehend mit der MERL auseinandergesetzt und eine richtlinienkonforme Auslegung der §§ 17 ff. KSchG dahingehend, dass der Begriff „Entlassung“ als „Kündigung“ i.S.d. nachfolgend ergangenen Entscheidung des Europäischen Gerichtshof vom

³⁴⁷ BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969, Tatbestand.

³⁴⁸ BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969, Leitsatz 2 und unter B. II. 3. der Gründe.

³⁴⁹ BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969, unter B. II. 3. a) der Gründe.

³⁵⁰ BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969, unter B. II. 3. a) der Gründe.

27.01.2005,³⁵¹ als unmöglich abgelehnt habe.³⁵² Auch die herrschende Auffassung in Literatur und instanzgerichtlicher Rechtsprechung habe sich dieser Auffassung angeschlossen. Hinzu komme, dass die Agentur für Arbeit ihre Verwaltungspraxis entsprechend gestaltet und eingerichtet habe. Vor „Junk“ sei keine derartige Tendenz des Europäischen Gerichtshofs erkennbar gewesen. Der Vorlagebeschluss des Arbeitsgerichts Berlin vom 30.04.2003 an den Europäischen Gerichtshof sowie die Thesen von *Hinrichs* in ihrer im Jahr 2001 erschienenen Dissertation „Kündigungsschutz und Arbeitnehmerbeteiligung bei Massenentlassung“ hätten das Vertrauen in die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht relevant erschüttern können, ebenso wenig wie die Schlussanträge des Generalanwalts *Tizzano* vom 30.09.2004. Nach Betrachtung und Abwägung dieser Aspekte sei im Hinblick auf das Vertrauen der Schuldnerin bzw. des Beklagten einerseits und unter Berücksichtigung der Interessen des Klägers andererseits eine unzumutbare Härte anzuerkennen und Vertrauensschutz zu gewähren.³⁵³

Der 6. und 8. Senat schlossen sich dieser Rechtsprechungsänderung an.³⁵⁴ Zur zeitlichen Grenze des Vertrauensschutzes äußerte sich der 6. Senat in zwei Entscheidungen vom 13.07.2006 etwas eingehender:

In der Entscheidung, in der es um eine Kündigung vom 24.09.2003 ging,³⁵⁵ stellte der 6. Senat fest, das Vertrauen in die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Auslegung des § 17 Abs. 1 S. 1 KSchG könne frühestens mit der Bekanntgabe der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 27.01.2005 entfallen sein.³⁵⁶ Es könne dahingestellt bleiben, wann dieser Vorlagebeschluss allgemein bekannt geworden sei. Jedenfalls brauche sich der Insolvenzverwalter durch die Entscheidung eines einzelnen Arbeitsgerichts und vereinzelter Literaturstimmen nicht in seinem Vertrauen auf die Maßgeblichkeit der gefestigten ständigen Rechtsprechung und Verwaltungspraxis irritieren zu lassen. Dies gelte umso mehr, als der 2. Senat noch in der Entscheidung vom 18.09.2003 differenziert zu der Thematik Stellung genommen habe.³⁵⁷

In der Entscheidung, die eine Kündigung vom 30.03.2005 betraf,³⁵⁸ präzisierte der 6. Senat diese Ausführungen noch: Das schutzwürdige Vertrauen könne nicht schon mit Bekanntwerden der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 27.01.2005 entfallen sein, da der 2. Senat am 18.09.2003³⁵⁹ noch dezidiert die Auffassung vertreten habe, § 17 KSchG könne nicht richtlinienkonform ausgelegt werden. Allerdings lasse auch nicht erst das Urteil des 2. Senats vom 23.03.2006 das schutzwürdige Vertrauen entfallen. Denn auch die Einschätzung der Rechtsfolgen der „Junk“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs durch die für die Anwendung und Ausführung der §§ 17 ff. KSchG zuständige Arbeitsverwaltung, insbesondere durch die Bundesagentur für Arbeit als oberste Behörde, sei für die Frage schutzwürdigen Vertrauens bedeutsam. Verlautbare diese ihre der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts widersprechende und mit der des Europäischen Gerichtshofs übereinstimmende

³⁵¹ EuGH, 27.01.2005 - C-188/03 = Slg. 2005, I-885-992 (Junk).

³⁵² BAG, 18.09.2003 - 2 AZR 79/02 = AP Nr. 14 zu § 17 KSchG 1969.

³⁵³ BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969, unter B. II. 3. b) aa) bis dd) der Gründe.

³⁵⁴ BAG, 13.07.2006 - 6 AZR 198/06 = AP Nr. 22 zu § 17 KSchG 1969; BAG, 13.07.2006 - 6 AZR 25/06 (nicht veröffentlicht); BAG, 22.03.2007 - 6 AZR 499/05 = NZA 2007, 1101; BAG, 26.07.2007 - 8 AZR 769/06 = AP Nr. 324 zu § 613a BGB.

³⁵⁵ BAG, 13.07.2006 - 6 AZR 25/06 (nicht veröffentlicht).

³⁵⁶ BAG, 13.07.2006 - 6 AZR 25/06 (nicht veröffentlicht), unter II. 2. c) bb) (3) der Gründe.

³⁵⁷ BAG, 13.07.2006 - 6 AZR 25/06 (nicht veröffentlicht), unter II. 2. c) bb) (3) der Gründe.

³⁵⁸ BAG, 13.07.2006 - 6 AZR 198/06 = AP Nr. 22 zu § 17 KSchG 1969.

³⁵⁹ BAG, 18.09.2003 - 2 AZR 79/02 = AP Nr. 14 zu § 17 KSchG 1969.

Einschätzung der Rechtslage in einer solchen Form, dass von einem Arbeitgeber bzw. seinem mit gehöriger Sorgfalt beratenden Anwalt die Kenntnis dieser Einschätzung erwartet werden müsse, sei das Vertrauen in den Fortbestand der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht mehr schutzwürdig. Schon die Handlungsempfehlung mit Weisungscharakter der Bundesagentur oder die Pressemitteilung 012 der Bundesagentur für Arbeit vom 21.02.2005 könnten insoweit ausreichend für die Zerstörung schützenswerten Vertrauens sein, falls sie in der (Fach-)Presse derart veröffentlicht würden, dass von einem Arbeitgeber oder seinem mit gehöriger Sorgfalt beratenden Anwalt die Kenntnisnahme erwartet werden müsse. Dies sei jedoch vom Berufungsgericht zu klären.³⁶⁰

(b) BAG, 24.03.2009 - 9 AZR 983/07

Auch in der aufsehenerregenden rechtsprechungsändernden Entscheidung zur Urlaubsabgeltung bei Arbeitsunfähigkeit vom 24.03.2009³⁶¹ passte der 9. Senat seine bisherige Rechtsprechung einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs an, in welcher eine Richtlinie mit bereits abgelaufener Umsetzungsfrist präzisiert worden war. Im Anschluss an die Schultz-Hoff-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs³⁶² urteilte er zu Lasten des beklagten Arbeitgebers, dass der Anspruch des Arbeitnehmers auf Abgeltung gesetzlichen Voll- oder Teilurlaubs nicht erlösche, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres oder des Übertragungszeitraums arbeitsunfähig erkrankt sei.

Der Grundsatz des Vertrauensschutzes verlange nicht, die vor der Verkündung der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Sache Schultz-Hoff vom 20.01.2009 und schon vor den Schlussanträgen der Generalanwältin *Trstenjak* vom 24.01.2008 am 17.01.2007 rechtshängig und mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 01.02.2007 fällig gewordenen Urlaubsabgeltungsansprüche der Klägerin zu verneinen.³⁶³

Zunächst wurde darauf hingewiesen, dass der Europäische Gerichtshof selbst davon abgesehen habe, die Rückwirkung seiner Entscheidung auszuschließen.³⁶⁴ Dieser Äußerung ist ebenfalls zu entnehmen, dass das Bundesarbeitsgericht von der grundsätzlichen Rückwirkung einer Rechtsprechungsänderung ausgeht.

Anschließend ging der Senat darauf ein, dass die Gerichte als Teil der Staatsgewalt an das Rechtsstaatsprinzip gebunden seien und daher den Grundsatz des Vertrauensschutzes zu beachten hätten. Wieder wurde ausgeführt, dass höchstrichterliche Entscheidungen zwar keine dem Gesetzesrecht vergleichbaren Rechtsbindungen erzeugten, sondern lediglich die Rechtslage im konkreten Fall feststellten.³⁶⁵ Allerdings dürfe der Bürger dennoch auf die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung festgestellte Rechtslage vertrauen, wenn sich eine Änderung der Rechtsprechung nicht im Rahmen der vorhersehbaren Entwicklung halte. Die mit der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung verbundene Änderung der Senatsrechtsprechung überschreite den Rahmen einer für den Beklagten vorhersehbaren Entwicklung nicht, da das Vorabentscheidungsersuchen des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 02.08.2006 der Schlusspunkt einer seit 1989 an der Senatsrechtsprechung geübten Kritik

³⁶⁰ BAG, 13.07.2006 - 6 AZR 198/06 = AP Nr. 22 zu § 17 KSchG 1969, unter II. 2. c) dd) der Gründe.

³⁶¹ BAG, 24.03.2009 - 9 AZR 983/07 = AP Nr. 39 zu § 7 BUrlG, unter B. III. 3. a) ii) der Gründe.

³⁶² EuGH, 20.01.2009 - C-350/06 und C-520/06 = Slg. 2009, I-179-262 (Schultz-Hoff).

³⁶³ BAG, 24.03.2009 - 9 AZR 983/07 = AP Nr. 39 zu § 7 BUrlG, unter B. III. 3. a) ii) der Gründe.

³⁶⁴ BAG, 24.03.2009 - 9 AZR 983/07 = AP Nr. 39 zu § 7 BUrlG, unter B. III. 3. a) ii) (1) der Gründe.

³⁶⁵ Diese Aussage überrascht angesichts der Tatsache, dass eine ausdrückliche Rechtsfortbildung vorgenommen wurde.

gewesen sei und seit diesem Ersuchen kein schützenswertes Vertrauen mehr bestehen können.³⁶⁶

(c) BAG, 30.07.2008 – 10 AZR 606/07

Die arbeitsvertragliche Zusage der Auszahlung einer Weihnachtsgratifikation mit dem Hinweis, diese stelle eine freiwillige, stets widerrufliche Leistung des Arbeitgebers dar, qualifizierte der 10. Senat in einer Entscheidung vom 30.07.2008 als Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 307 BGB.³⁶⁷

Der Arbeitgeber könne zwar – außer bei laufendem Arbeitsentgelt – grundsätzlich einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf eine in Aussicht gestellte Sonderzahlung ausschließen und sich die Entscheidung vorbehalten, ob und in welcher Höhe er künftig Sonderzahlungen gewährt. Daran habe der Senat auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 01.01.2002 festgehalten, mit dem die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGBG aufgegeben wurde. Er habe angenommen, der Arbeitgeber sei auf Grund eines klaren und verständlichen Freiwilligkeitsvorbehalts in einem Formulararbeitsvertrag, der einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf eine Sonderzahlung eindeutig ausschließe, grundsätzlich in seiner Entscheidung frei, ob und unter welchen Voraussetzungen er zum laufenden Arbeitsentgelt eine zusätzliche Leistung gewähre. Wenn ein Freiwilligkeitsvorbehalt in einem vorformulierten Arbeitsvertrag allerdings nicht nur so verstanden werden solle, dass sich der Arbeitgeber „freiwillig“ zur Erbringung der Leistung verpflichte, ohne dazu durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Gesetz gezwungen zu sein, sondern er darüber hinaus das Entstehen eines Rechtsanspruchs des Zuwendungsempfängers auf zukünftige Zahlungen verhindern solle, müsse er klar und verständlich i.S.v. § 307 Abs.1 S. 2 BGB sein und dürfe nicht in Widerspruch zu anderen Vereinbarungen der Arbeitsvertragsparteien stehen.³⁶⁸

Diesem Erfordernis halte die arbeitsvertragliche Bestimmung „Die Angestellte erhält Weihnachtsgratifikation in Höhe des Bruttogehaltes. Ein Rechtsanspruch auf eine Weihnachtsgratifikation besteht nicht. Wird eine solche gewährt, stellt sie eine freiwillige, stets widerrufbare Leistung des Arbeitgebers dar“ nicht stand. Soweit der Senat eine ähnliche Formulierung als Freiwilligkeitsvorbehalt ausgelegt habe, der einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf künftige Leistungen ausschließe, sei diese Klausel unter anderem noch nicht am Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB zu messen gewesen.³⁶⁹ Entsprechende Klauseln seien widersprüchlich und damit nicht klar und verständlich i.S.d. in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verankerten Transparenzgebots.³⁷⁰

Allerdings hätten die Parteien den Arbeitsvertrag am 01.03.1996 und damit vor dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes abgeschlossen. Der Arbeitsvertrag sei damit im Vertrauen auf die damals geltende Gesetzeslage und die nicht den Bindungen des AGB-Rechts unterworfenen Rechtsprechung formuliert worden. In der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sei auch anerkannt, dass bei Altfällen Vertragsklauseln, die nach den §§ 305 ff. BGB unwirksam sind, nicht stets ersatzlos wegfielen. Eine durch den Wegfall der unwirksamen Klausel entstandene Lücke sei im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen, wenn dispositives Gesetzesrecht für den betreffenden Regelungssachverhalt nicht zur Verfügung stehe und ein ersatzloser Wegfall der unwirksamen

³⁶⁶ BAG, 24.03.2009 - 9 AZR 983/07 = AP Nr. 39 zu § 7 BUrlG, unter B. III. 3. a) ii) (2) der Gründe.

³⁶⁷ BAG, 30.07.2008 - 10 AZR 606/07 = AP Nr. 274 zu § 611 BGB Gratifikation.

³⁶⁸ BAG, 30.07.2008 - 10 AZR 606/07 = AP Nr. 274 zu § 611 BGB Gratifikation, unter A. I und II. der Gründe.

³⁶⁹ BAG, 30.07.2008 - 10 AZR 606/07 = AP Nr. 274 zu § 611 BGB Gratifikation, unter A. II. 1. der Gründe.

³⁷⁰ BAG, 30.07.2008 - 10 AZR 606/07 = AP Nr. 274 zu § 611 BGB Gratifikation, unter A. II. 2. der Gründe.

Klausel unverhältnismäßig in die Privatautonomie eingreifen und keine angemessene, den typischen Interessen der Vertragspartner Rechnung tragende Lösung bieten würde.³⁷¹ Ein solcher „Altfall“ liege jedoch nicht vor. Die Parteien hätten ihren Arbeitsvertrag zuletzt am 22.01.2003 geändert, als sie das Grundgehalt der Klägerin auf 2.000,00 Euro brutto erhöht und im Übrigen vereinbart hätten, dass alle anderen Vereinbarungen aus dem Anstellungsvertrag unberührt bleiben sollten. Damit hätten die Parteien trotz der geänderten Gesetzeslage auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 01.01.2002, mit dem die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGBG aufgegeben wurde, ausdrücklich an den am 01.03.1996 getroffenen Abreden festgehalten. Dies hindere die Annahme eines „Altalles“ und eine Rechtsfolgenkorrektur unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes.³⁷²

(d) BAG, 18.03.2009 - 10 AZR 281/08

Als eine unmittelbar eine Gesetzesänderung umsetzende Entscheidung ist auch die Beendigung der gegenläufigen betrieblichen Übung durch den 10. Senat vom 18.03.2009 einzustufen,³⁷³ da es insoweit ausschließlich auf die in den Entscheidungsgründen dargelegte Einschätzung des entscheidenden Senats ankommt.³⁷⁴

Nach der früheren Rechtsprechung des 10. Senats konnte eine betriebliche Übung durch gegenläufige betriebliche Übung beendet werden.³⁷⁵ Zunächst entsprachen deren Voraussetzungen denen der betrieblichen Übung. Zwei Jahre später verschärfte der Senat die Anforderungen an die gegenläufige betriebliche Übung und verlangte, der Arbeitgeber müsse nicht nur deutlich machen, dass er künftig unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit leisten wolle, sondern darüber hinaus seinen Arbeitnehmern unmissverständlich erklären, dass die bisherige betriebliche Übung einer vorbehaltlosen Zahlung beendet werden und durch eine Leistung ersetzt werden solle, auf die in Zukunft kein Rechtsanspruch mehr bestehe.³⁷⁶

Die gegenläufige betriebliche Übung war im arbeitsrechtlichen Schrifttum überwiegend auf Ablehnung gestoßen.³⁷⁷ Diese Kritik veranlasste den Senat wohl, seine Rechtsprechung zu ändern.³⁷⁸ Der Senat widersprach der bisherigen Rechtsprechung allerdings nicht, sondern stützte seine Rechtsprechungsänderung ausschließlich auf das Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 01.01.2002³⁷⁹ und das, obwohl der 9. Senat noch ein knappes Jahr zuvor trotz Schuldrechtsreform auf die Möglichkeit der gegenläufigen betrieblichen Übung hingewiesen hatte.³⁸⁰

Der 10. Senat führte aus, dass bei der Reform die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGBG aufgegeben worden sei und die AGB-Kontrolle gemäß § 310 Abs. 4 S. 2 BGB unter Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten nun auch auf Arbeitsverträge Anwendung finde. Die Erklä-

³⁷¹ BAG, 30.07.2008 - 10 AZR 606/07 = AP Nr. 274 zu § 611 BGB Gratifikation, unter A. II. 4. b) der Gründe.

³⁷² BAG, 30.07.2008 - 10 AZR 606/07 = AP Nr. 274 zu § 611 BGB Gratifikation, unter A. II. 4. c) der Gründe.

³⁷³ BAG, 18.03.2009 - 10 AZR 281/08 = AP Nr. 83 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

³⁷⁴ Vgl. § 3, A. III. 2. a.

³⁷⁵ Seit BAG, 26.03.1997 - 10 AZR 612/96 = AP Nr. 50 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

³⁷⁶ BAG, 04.05.1999 - 10 AZR 290/98 = AP Nr. 55 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, Leitsatz.

³⁷⁷ Vgl. nur *Franzen*, SAE 1997, 342; *Kettler*, NJW 1998, 435; *Speiger*, NZA 1998, 510; *Goertz*, AuR 1999, 463; *Thüsing*, NZA 2005, 718; *Waltermann*, RdA 2006, 257, 268 f.

³⁷⁸ So auch *Ulrici*, jurisPR-ArbR 26/2009 Anm. 3 2009.

³⁷⁹ BAG, 18.03.2009 - 10 AZR 281/08 = AP Nr. 83 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, unter II. 3. der Gründe.

³⁸⁰ BAG, 20.05.2008 - 9 AZR 382/07 = AP Nr. 35 zu § 307 BGB, unter A. II. 3. b) bb) (2) der Gründe.

rung des Arbeitgebers, dass die bisherige betriebliche Übung einer vorbehaltlosen Gratifikationszahlung beendet werden und durch eine Leistung ersetzt werden solle, auf die in Zukunft kein Rechtsanspruch mehr bestehe, sei zwar noch immer als Änderungsangebot zu verstehen, stelle jedoch eine Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB dar, die mit dem Klauselverbot für fingierte Erklärungen in § 308 Nr. 5 BGB nicht zu vereinbaren sei.³⁸¹ Die Rechtsprechungsänderung sollte nach dem 10. Senat also als eine verstanden werden, die direkt auf einer Gesetzesneufassung beruhte.³⁸² Eine Beschäftigung mit den Argumenten der bisherigen Rechtsprechung zur betrieblichen Übung fand im Rahmen der Entscheidung dementsprechend nicht statt.

Zum Thema Vertrauensschutz äußerte der Senat sich wie folgt: Der Kläger sei bereits seit dem 01.08.1971 bei der Beklagten beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis der Parteien sei damit viele Jahre vor dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes begründet und der Arbeitsvertrag im Vertrauen auf die damals geltende Gesetzeslage und die nicht den Bindungen des AGB-Rechts unterworfenen Rechtsprechung abgeschlossen worden. Bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses hätte für die Parteien deshalb keine Veranlassung bestanden, Vereinbarungen zu treffen, die einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB standhalten und den nach § 308 Nr. 5 BGB an fingierte Erklärungen zu stellenden Anforderungen genügen würden. Dies bewirke jedoch nicht, dass sich die Beklagte mit Erfolg auf die bisherige Rechtsprechung zur gegenläufigen betrieblichen Übung berufen könne und deshalb nicht zur Zahlung des vom Kläger beanspruchten Weihnachtsgeldes verpflichtet sei.³⁸³ Grund dafür sei, dass auch bei Zugrundelegung der von der Rechtsprechung aufgestellten Erfordernisse an eine gegenläufige betriebliche Übung keine gegenläufige betriebliche Übung entstanden sei, da die Voraussetzungen hierfür nicht erfüllt seien.³⁸⁴ Der Senat wies damit auf die fehlende Ergebnisrelevanz der Rechtsprechungsänderung hin.

bb. Ergebnis

(1) Grundsätzliche Rückwirkung

Festzuhalten ist, dass bezüglich der Frage der Rückwirkung in allen Fällen des Untersuchungszeitraums von der grundsätzlichen Rückwirkung rechtsprechungsändernder Entscheidungen ausgegangen wurde.³⁸⁵ Vertrauensschutzüberlegungen wurden nur herangezogen, um Ausnahmen von diesem Grundsatz zu begründen, nicht aber, um die Möglichkeit der Rückwirkung generell infrage zu stellen.

³⁸¹ BAG, 18.03.2009 - 10 AZR 281/08 = AP Nr. 83 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, unter II. 3. d) der Gründe.

³⁸² Dies scheint nur der Vorwand gewesen zu sein, die in den letzten Jahren ohnehin als zweifelhaft empfundene und durch vorherige Urteile bereits abgeschwächte Rechtsprechung aufzugeben. Ein derartiges Änderungsangebot unterfällt dem § 308 Nr. 5 BGB überhaupt nicht, so auch *Ulrici*, jurisPR-ArbR 26/2009 Anm. 3 2009; *Roeder*, NZA 2009, 883, 885; *Boemke*, JuS 2009, 1061, 1062.

³⁸³ BAG, 18.03.2009 - 10 AZR 281/08 = AP Nr. 83 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, unter II. 3. e) der Gründe.

³⁸⁴ BAG, 18.03.2009 - 10 AZR 281/08 = AP Nr. 83 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, unter II. 3. e) aa) und bb) der Gründe.

³⁸⁵ Ganz besonders deutlich BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969, unter B. II. 3. a) der Gründe, sowie BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. b) cc) (3) (a) (cc) der Gründe; auch BAG, 24.09.1996 - 3 AZR 698/95 (nicht veröffentlicht), unter C. I. 1. c) der Gründe: „Neue Rechtserkenntnisse sind – abgesehen von dem auf Ausnahmefälle beschränkten Vertrauensschutz – uneingeschränkt bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigen.“

(2) Keine Anwendung der Grundsätze zur Gesetzesrückwirkung

Im Gegensatz zu früheren Entscheidungen³⁸⁶ übertrug das Bundesarbeitsgericht in keiner der näher untersuchten Entscheidungen des Untersuchungszeitraums die vom Bundesverfassungsgericht zur Gesetzesrückwirkung entwickelten Grundsätze der echten und unechten Rückwirkung auf Rechtsprechungsänderungen.³⁸⁷

In nur einer der rechtsprechungsändernden Entscheidung i.S.d. statistischen Auswertung wurde der Begriff „echte Rückwirkung“ verwendet. Dabei handelt es sich um die Entscheidung zur Massenentlassungsanzeige. Der 2. Senat bemerkte dort einleitend, es liefe in den Fällen, in denen ein Gestaltungsrecht bereits ausgeübt worden ist, auf eine unzulässige echte Rückwirkung hinaus, wenn eine Rechtsprechungsänderung voll durchschlüge, weshalb nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts eine Rechtsprechungsänderung regelmäßig nicht dazu führen dürfe, einer Partei rückwirkend Handlungspflichten aufzuerlegen, die sie nachträglich nicht mehr erfüllen könne. Allerdings heißt es gleich im nächsten Satz, dass die Änderung einer auch lange geltenden höchstrichterlichen Rechtsprechung zurückwirke, soweit dem nicht der Grundsatz von Treu und Glauben entgegenstehe.³⁸⁸ Die Rückwirkung einer Rechtsprechungsänderung müsse eine Einschränkung erfahren, wenn und soweit die von der Rückwirkung nachteilig betroffene Partei auf die Fortgeltung der bisherigen Rechtsprechung vertrauen durfte und die Anwendung der geänderten Auffassung wegen ihrer Rechtsfolgen im Streitfall oder der Wirkung auf andere vergleichbare Rechtsbeziehungen auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Prozessgegners eine unzumutbare Härte bedeuten würde.³⁸⁹ Der Begriff „echte Rückwirkung“ wurde also nur zur Beschreibung eines dem Gedanken des Vertrauensschutzes widersprechenden Ergebnisses verwendet. Eine ausdrückliche Übertragung der Grundsätze zur Gesetzesrückwirkung erfolgte nicht.

Auch eine ergänzende Suche in der Juris-Datenbank nach der Verwendung der Begriffe „echte“ beziehungsweise „unechte Rückwirkung“ ergab, dass diese im Zusammenhang mit der Gewährung von Vertrauensschutz bei Rechtsprechungsänderungen oder -fortbildungen kaum Verwendung fanden.

In erster Linie fanden sich die Begriffe in den Entscheidungen, die sich der Rechtsprechungsänderung zur Massenentlassungsanzeige anschlossen, wobei die Begründung wortgetreu übernommen wurde.³⁹⁰ Des weiteren wurden die Begriffe in Entscheidungen verwendet, die infolge des Inkrafttretens des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes bestimmte vertragliche Abreden für unwirksam hielten, allerdings bei „Altfällen“ dem Vertrauensschutz durch ergänzende Vertragsauslegung Rechnung trugen, da die Anforderungen an die Vertragsformulierung ansonsten auf eine echte Rückwirkung hin-

³⁸⁶ Beispielsweise BAG, 20.11.1990 - 3 AZR 573/89 = AP Nr. 14 zu § 1 BetrAVG Ablösung, worin der Senat darauf hinwies, dass die rückwirkende Anwendung der neuen Entscheidungsregel im vorliegenden Fall zu einer unechten Rückwirkung führen würde, die dem Vertrauensschutz nicht hinreichend Rechnung trage; dazu auch *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 44.

³⁸⁷ Anders die Ergebnisse von *Viets*, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz, 1976, S. 88, nach denen vor 1976 zunächst zivilrechtliche Lösungsmöglichkeiten im Vordergrund gestanden hätten und das BAG nach und nach zu einer sinngemäßen Anwendung der Grundsätze für die rückwirkende Gesetzesänderung übergegangen sei.

³⁸⁸ BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969, unter B. II. 3. a) der Gründe.

³⁸⁹ BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969, unter B. II. 3. der Gründe; so auch BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

³⁹⁰ Etwa BAG, 21.09.2006 - 2 AZR 284/06 (nicht veröffentlicht); BAG, 01.02.2007 - 2 AZR 15/06 (nicht veröffentlicht); BAG, 12.07.2007 - 2 AZR 619/05 = AP Nr. 33 zu § 17 KSchG 1969.

auslaufen würden.³⁹¹ Diese Entscheidungen ergingen also in unmittelbarer Umsetzung einer Gesetzesneufassung, weshalb möglicherweise eine Anlehnung an die vom Bundesverfassungsgericht zur Gesetzesrückwirkung entwickelten Grundsätze nahelag. Ansonsten wurde der Begriff „unechte Rückwirkung“ lediglich in einer Entscheidung vom 17.11.2005 genannt, in welcher offen gelassen wurde, ob infolge eines Urteils eines fremden Senats die eigene Rechtsprechung zu ändern bzw. fortzubilden wäre oder nicht.³⁹² Grund dafür war, dass in diesem Fall nach Ansicht des Senats ohnehin der Vertrauensschutzgedanke griff. Er führte aus, bei der Übertragung des neuen Rechtsgedankens auf „Altfälle“ würde es sich um einen Fall unechter Rückwirkung handeln, welche im konkreten Fall unzulässig sei.³⁹³

Statt der Übertragung der vom Bundesverfassungsgericht zur Rückwirkung von Gesetzesänderungen entwickelten Kriterien wurde dem Vertrauensschutzerfordernis auf andere Weise Rechnung getragen.

(3) Behandlung der Vertrauensschutzproblematik

In einigen Entscheidungen wurde das Thema Vertrauensschutz zwar kurz angesprochen, aus unterschiedlichen Gründen jedoch nicht weiter vertieft:

Einmal wurde bereits die Möglichkeit der Entstehung von Vertrauen in Zweifel gezogen. Dies war der Fall, als der 10. Senat im Rahmen der Entscheidung bezüglich der Freiwilligkeitsvorbehalte für Gratifikationen die Gewährung von Vertrauensschutz mit dem wenig überzeugenden Argument ablehnte, dass der Einwand des Klägers, er habe im Vertrauen auf die Zahlung des 13. Gehaltes seine Arbeitsleistung im Jahre 1993 erbracht und schon entsprechend disponiert, fehlgehe, weil im Arbeitsvertrag das 13. Gehalt ja gerade als freiwillige Gratifikation ausgewiesen und ausdrücklich erklärt werde, dass aus deren Zahlung kein Anspruch hergeleitet werden könne.³⁹⁴ Dies könnte man wohl am ehesten mit dem Schlagwort beschreiben, dass das Vertrauen, aus Sicht des Senats, „offensichtlich“ nicht hatte entstehen können. In zwei anderen Entscheidungen musste die Frage nach dem Vertrauensschutz aufgrund fehlender Ergebnisrelevanz für die konkrete Änderungsentscheidung nicht vertieft werden.³⁹⁵

Etwas anders ging der 10. Senat in einer Entscheidung vom 30.07.2008 mit dem Thema Vertrauensschutz um.³⁹⁶ Diese gehört zu der Reihe von Entscheidungen, die infolge der Schuldrechtsreform Vertrauensschutzüberlegungen aufwarfen, als eine Reihe vertraglicher Vereinbarungen erstmals auf Grundlage des Transparenzgebots der § 307 ff. BGB für unzulässig gehalten wurden. An sich hätte dies meist den ersatzlosen Wegfall der entsprechenden Klauseln zur Folge gehabt. Hier wurde dem

³⁹¹ BAG, 12.01.2005 - 5 AZR 364/04 = AP Nr. 1 zu § 308 BGB, unter B. II. 1. Der Gründe; BAG, 11.10.2006 - 5 AZR 721/05 = AP Nr. 6 zu § 308 BGB, unter I. der Gründe; BAG, 19.12.2006 - 9 AZR 294/06 = AP Nr. 21 zu § 611 BGB Sachbezüge, unter II. 2. i) der Gründe; BAG, 11.02.2009 - 10 AZR 222/08 = NZA 2009, 428-432, unter II. 3. b) der Gründe; BAG, 24.02.2010 - 4 AZR 691/08 = AP Nr. 75 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter I. 3. c) bb) (1) (a) der Gründe; BAG, 20.04.2011 - 5 AZR 191/10 = NZA 2011, 796-797, unter II. 1. der Gründe.

³⁹² BAG, 17.11.2005 - 6 AZR 107/05 = AP Nr. 19 zu § 113 InsO.

³⁹³ BAG, 17.11.2005 - 6 AZR 107/05 = AP Nr. 19 zu § 113 InsO, unter 2. c) bb) ccc) (2) der Gründe.

³⁹⁴ BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95 = AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation.

³⁹⁵ So in BAG, 23.01.2001 - 3 AZR 164/00 = AP Nr. 16 zu § 1 BetrAVG Berechnung, unter II. 2. b) cc) der Gründe; BAG, 18.03.2009, Az. 10 AZR 281/08 = AP Nr. 83 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, unter II. 3. e) aa) und bb) der Gründe.

³⁹⁶ BAG, 30.07.2008 - 10 AZR 606/07 = AP Nr. 274 zu § 611 BGB Gratifikation.

Vertrauensschutz in der Weise Rechnung getragen, dass das Bundesarbeitsgericht dem schutzwürdigen Interesse einer Partei in etlichen Fällen über eine ergänzende Vertragsauslegung gerecht zu werden versuchte.³⁹⁷

Bei den übrigen Entscheidungen wurde eine verfassungsrechtlich gefärbte Interessenabwägung vorgenommen,³⁹⁸ in einem einzigen Fall ausdrücklich im Rahmen von § 242 BGB,³⁹⁹ ansonsten ohne Hinweis auf eine einfachgesetzliche Norm, um die Schutzwürdigkeit von Vertrauen beurteilen zu können. Die Möglichkeit einer zivilrechtlichen Lösung wurde im untersuchten Zeitraum ab 1995 in nur einer einzigen Entscheidung angesprochen.⁴⁰⁰ Es handelte sich dabei um eine Entscheidung zur Auslegung von Bezugnahmeklauseln, die bisher als Gleichstellungsabrede gegolten hatten. Nachdem die infrage kommenden zivilrechtlichen Lösungsmöglichkeiten überdacht und abgelehnt worden waren, griff der 4. Senat ebenfalls auf eine Interessenabwägung zurück.

Es gab kein System, nach welchem bei der Interessenabwägung verfahren wurde. Diesbezügliche Äußerungen waren sehr allgemein gehalten. Im Anschluss an den Bundesgerichtshof war immer wieder zu lesen, eine (über § 242 BGB hinausgehende) Einschränkung der Rückwirkung höchstrichterlicher Rechtsprechung sei geboten, wenn und soweit die von der Rückwirkung nachteilig betroffene Partei auf die Weiterführung der bisherigen Rechtsprechung vertrauen durfte und die Anwendung der geänderten Auffassung wegen ihrer Rechtsfolgen im Streitfall oder der Wirkung auf andere vergleichbar gelagerte Rechtsbeziehungen auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Prozessgegners eine „unzumutbare Härte“ bedeuten würde.⁴⁰¹ Ob die Gewährung von Vertrauensschutz geboten sei, sei anhand der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit zu prüfen, wobei insbesondere der Umfang der wirtschaftlichen Zusatzbelastung durch die neue Rechtsprechung eine entscheidende Rolle spiele.⁴⁰² Zudem gewinne der sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebende Vertrauensschutz umso größere Bedeutung, je mehr die Rechtsprechung sich der Rechtssetzung nähere, etwa im Bereich der Rechtsfortbildung.⁴⁰³

³⁹⁷ Ausführlicher und kritisch hierzu *Lunk*, Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2010, 2010, S. 689, 692 ff.

³⁹⁸ BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969; BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG, 24.03.2009 - 9 AZR 983/07 = AP Nr. 39 zu § 7 BUrlG; BAG, 22.04.2009 - 4 ABR 14/08 = AP Nr. 38 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung; BAG, 21.10.2009 - 4 AZR 396/08 = AP Nr. 72 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

³⁹⁹ BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969, unter B. II. 3. a) der Gründe.

⁴⁰⁰ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. b) cc) (3) (a) (dd) der Gründe.

⁴⁰¹ BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969, unter B. II. 3. a) der Gründe; BAG, 13.07.2006 - 6 AZR 25/06 (nicht veröffentlicht), unter II. 2. c) bb) (4) der Gründe; BAG, 13.07.2006 - 6 AZR 198/06 = AP Nr. 22 zu § 17 KSchG 1969, unter II. 2. c) bb) der Gründe; BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. b) cc) (3) (a) (cc) der Gründe.

⁴⁰² BAG, 23.03.2004 - 3 AZR 279/03 = AP Nr. 28 zu § 1 BetrAVG Berechnung, unter V. 1. der Gründe, mit Verweis auf BVerfG, 19.05.1999 - 1 BvR 263/98 - NZA 1999, 815-816; ähnlich auch BAG, 07.03.1995 - 3 AZR 282/94 = AP Nr. 26 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung, unter B. IV. 2. e) cc) der Gründe.

⁴⁰³ BAG, 16.01.1996 - 3 AZR 767/94 = AP Nr. 222 zu Art 3 GG, unter C. IV. 1. der Gründe; ähnlich BAG, 24.09.1996 - 3 AZR 698/95 (nicht veröffentlicht), unter C. I. 2. b) aa) der Gründe.

(4) Abwägungskriterien

Die bei der Abwägung angewendeten Kriterien glichen den vom Bundesverfassungsgericht zur Abwägung in Fällen unechter Rückwirkung entwickelten Kriterien.⁴⁰⁴

In der Entscheidung zur Auslegung von Bezugnahmeklauseln wies der 4. Senat zwar auf die jahrelange Rechtsprechung hin,⁴⁰⁵ bemerkte andererseits jedoch, dass die Auslegungsregel der Gleichstellungsabrede immer umstritten gewesen wäre. Aufgrund der Kritik in der Literatur und der Nichtbefolgung der früheren Ansicht des Bundesarbeitsgerichts durch die Instanzrechtsprechung sei daher immer mit einer Rechtsprechungsänderung zu rechnen gewesen.⁴⁰⁶

In der Entscheidung zur Massenentlassungsanzeige, die im Anschluss an die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache „Junk“ erging und in der Vertrauensschutz gewährt wurde, betonte der 2. Senat die Konstanz der bisherigen Rechtsprechung, die Zustimmung seitens der Literatur und die an der bisherigen Rechtsprechung orientierte Praxis der Arbeitsverwaltung. Der Vorlagebeschluss des Arbeitsgerichts Berlin vom 30.04.2003, eine kritische Dissertation zu dem Thema sowie die Schlussanträge des Generalanwalts sollten demgegenüber unbeachtlich sein.⁴⁰⁷

In der Entscheidung zur Urlaubsabgeltung bei Arbeitsunfähigkeit, die der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache „Schultz-Hoff“ folgte, benutzte der 9. Senat zwar nicht den Begriff „Abwägung“, sondern prüfte, ob sich die Änderung im konkreten Fall auch im Rahmen der vorhersehbaren Entwicklung gehalten habe. Damit argumentiert er allerdings auch mit einem bekannten Abwägungskriterium, nämlich der Vorhersehbarkeit der Rechtsprechungsänderung. Im Unterschied zum Urteil des 2. Senats zur Massenentlassungsanzeige führte er aus, dass der Vorlagebeschluss des LAG Düsseldorf eine „Zäsur der Rechtsentwicklung“ darstelle, welche das Vertrauen des Arbeitgebers in die bisherige Rechtsprechung zu zerstören geeignet gewesen war.⁴⁰⁸

Für die Gewährung von Vertrauensschutz wurde also die Konstanz der bisherigen Rechtsprechung angeführt sowie die Zustimmung, die diese in Literatur und Praxis erfahren hatte.⁴⁰⁹ Gegen die Gewährung von Vertrauensschutz wurde auf die Umstrittenheit der bisherigen Rechtsprechung, beispielsweise aufgrund von Kritik in Literatur und Instanzrechtsprechung, hingewiesen, insbesondere auch auf Vorlagebeschlüsse an den Europäischen Gerichtshof. An dieser Stelle ist hervorzuheben, dass auch in Entscheidungen, die das Thema Vertrauensschutz nicht behandelten, oft darauf hingewiesen wurde, dass es sich bei der aufgegebenen Entscheidung um eine „vereinzelt gebliebene“ Aus-

⁴⁰⁴ Diese lauten: (1) Der Bürger musste mit der Rechtsprechungsänderung rechnen, (2) Das bisher geltende Recht war unklar, (3) eine für nichtig erkannte Norm wurde durch eine wirksame ersetzt, (4) Überragende Interessen der Allgemeinheit schließen eine Rücksichtnahme auf Belange des einzelnen aus, (5) Es entsteht allenfalls ein Bagatellschaden für die von der Rechtsprechungsänderung belastete Partei, vgl. *Knödler/Daubner*, BB 1992, 1861, 1863.

⁴⁰⁵ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. b) cc) (3) (b) (cc) der Gründe.

⁴⁰⁶ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. b) cc) (3) (b) (dd) der Gründe.

⁴⁰⁷ BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969, unter B. II. 3. der Gründe.

⁴⁰⁸ BAG, 24.03.2009 - 9 AZR 983/07 = AP Nr. 39 zu § 7 BUrlG, unter B. III. 3. a) ii) der Gründe.

⁴⁰⁹ Wie ein ergänzender Blick in andere Entscheidungen zeigt, scheint eine einzelne höchstgerichtliche Entscheidung nicht geeignet, *schützenswertes* Vertrauen entstehen zu lassen, vgl. BAG, 29.08.2007 - 4 AZR 765/06 = ArbuR 2008, 181, unter A. II. 2. b) cc) (2) der Gründe; BAG, 07.07.2010 - 4 AZR 549/08 = AP Nr. 140 zu Art 9 GG, unter II. 5. der Gründe.

gangsentscheidung gehandelt habe.⁴¹⁰ Möglicherweise stehen dahinter ebenfalls Vertrauensschutzüberlegungen.

Das Vorabentscheidungsersuchen kann für die Schutzwürdigkeit von Vertrauen ebenfalls von Bedeutung sein. Wie die oben genannten Rechtsprechungsänderungen nach „Junk“ und „Schultz-Hoff“ gezeigt haben, sollte das Vorabentscheidungsersuchen einmal geeignet gewesen sein, Vertrauen in die bisherige Rechtsprechung zu erschüttern und einmal nicht.⁴¹¹ Aus diesem Grund stießen die Vertrauensschutzerwägungen im Urteil vom 24.03.2009 auf scharfe Kritik im Schrifttum.⁴¹² Die zeitliche Anknüpfung an das Bekanntwerden des Vorabentscheidungsersuchens würde der Vorgehensweise des 2., 6. und 8. Senats in der Folge der „Junk-Entscheidung“ des Europäischen Gerichtshofs zur Massenentlassungsanzeige nach § 17 Abs. 1 KSchG widersprechen.

Dieser Widerspruch erweist sich jedoch nach Betrachtung der unterschiedlichen Sachverhaltskonstellationen nur als scheinbar.

Nachdem in Instanzrechtsprechung und Literatur bereits auf die unterschiedlichen Sachverhaltskonstellationen, die den Entscheidungen nach Junk bzw. Schultz-Hoff zugrunde lagen, hingewiesen worden war,⁴¹³ führte der 9. Senat des Bundesarbeitsgerichts am 23.03.2010 ebenfalls aus, dass sich diese Unterschiede auf die Schutzbedürftigkeit des Vertrauens der Arbeitgeberseite auswirken würden.⁴¹⁴

In der auf „Junk“ zurückgehenden Rechtsprechungsänderung habe sich der 2. Senat nach dem Vorabentscheidungsersuchen des Arbeitsgerichts Berlin vom 30.04.2003⁴¹⁵ und nicht sehr lange vor der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 27.01.2005⁴¹⁶ im Einzelnen dezidiert mit den Fragen der Massenentlassungsrichtlinie auseinandergesetzt und eine richtlinienkonforme Auslegung von § 17 Abs. 1 S. 1 KSchG verneint.⁴¹⁷ Dementsprechend habe der 2. Senat bei der Rezeption der Junk-Vorabentscheidung vor allem darauf abgestellt, dass er selbst noch nach der Vorlage vom 30.04.2003 mit Urteil vom 18.09.2003 einen Vertrauenstatbestand geschaffen habe.⁴¹⁸

Was die Rechtsprechungsänderung zur Urlaubsabgeltung bei Arbeitsunfähigkeit angehe, spreche demgegenüber für die Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Beklagten nur, dass der Senat über das Ende der Umsetzungsfrist für die ursprüngliche Arbeitszeitrichtlinie hinaus an einer seit über 14 Jahren bestehenden Rechtsprechung zum Verfall von Urlaubsabgeltungsansprüchen bei Arbeitsunfähigkeit festgehalten habe.⁴¹⁹ Der Neunte Senat habe sich in diesem Zusammenhang jedoch noch nie mit Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie befasst, so dass eine vertrauensbildende Auseinandersetzung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts mit dem Unionsrecht fehle und es sich um eine grund-

⁴¹⁰ Beispielsweise BAG, 12.03.2008 - 4 AZR 93/07 = AP Nr. 35 zu §§ 22, 23 BAT-O, unter II. 2. c) cc) der Gründe.

⁴¹¹ BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969; BAG, 24.03.2009 - 9 AZR 983/07 = AP Nr. 39 zu § 7 BUrlG.

⁴¹² Literaturnachweise bei BAG, 23.03.2010 - 9 AZR 128/09 = AP Nr. 3 zu § 125 SGB IX, unter A. II. 3. b) dd) (3) der Gründe.

⁴¹³ LAG Düsseldorf, 02.02.2009 - 12 Sa 486/06 = NZA-RR 2009, 242-249, unter B. V. 3. der Gründe; *Lunk*, Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2010, 2010, S. 689, 700.

⁴¹⁴ BAG, 23.03.2010 - 9 AZR 128/09 = AP Nr. 3 zu § 125 SGB IX, unter A. II. 3. b) dd) (4) (c) der Gründe.

⁴¹⁵ ArbG Berlin, 30.04.2003 - 36 Ca 19726/02 = ZIP 2003, 1265-1269.

⁴¹⁶ EuGH, 27.01.2005 - C-188/03 = Slg. 2005, I-885-992 (Junk).

⁴¹⁷ BAG, 18.09.2003 - 2 AZR 79/02 = AP Nr. 14 zu § 17 KSchG 1969.

⁴¹⁸ BAG, 23.03.2010 - 9 AZR 128/09 = AP Nr. 3 zu § 125 SGB IX, unter A. II. 3. b) dd) (4) (c) (bb) der Gründe.

⁴¹⁹ BAG, 23.03.2010 - 9 AZR 128/09 = AP Nr. 3 zu § 125 SGB IX, unter A. II. 3. b) dd) (4) der Gründe.

sätzlich neue Fragestellung handele. Darüber hinaus hätten Arbeitgeber vor der Vorabentscheidung Schultz-Hoff vom 20.01.2009⁴²⁰ ihr Vertrauen auf die Fortdauer der nationalen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Verfall von Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüchen bei Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Übertragungszeitraums nicht aktiv betätigen können, da es ihrem Einfluss entzogen gewesen sei, ob ein Arbeitnehmer bis zum Ende des Übertragungszeitraums arbeitsunfähig bleiben würde.⁴²¹

Demnach steht der Gewährung von Vertrauensschutz ein Vorabentscheidungsersuchen dann nicht entgegen, wenn eine eindeutige unmissverständlich Aussage des Bundesarbeitsgerichts zu der Frage vorliegt und inzwischen keine Indizien aufgetreten sind, die dieses Vertrauen erschüttern könnten.

(5) Keine Bedeutung der Formel „erstrebt und erstritten“

Kein einziges Mal fand im untersuchten Zeitraum die Formel Verwendung, eine Rechtsprechungsänderung müsse dem Kläger bereits im laufenden Verfahren zugutekommen, wenn er sie „erstrebt und erstritten“ habe, welche das Bundesarbeitsgericht in einigen Entscheidungen der 70er Jahre verwendet hatte.⁴²² Im Gegenteil: in der einzigen Entscheidung des untersuchten Zeitraums, in der Vertrauensschutz gewährt wurde, geschah dies, obwohl der Gegner die Änderung erstritten hatte.⁴²³ In allen übrigen Fällen wurde, so sich das Thema nicht schon wegen fehlender Ergebnisrelevanz erledigt hatte⁴²⁴ oder bereits die Möglichkeit der Entstehung von Vertrauen abgelehnt worden war⁴²⁵, kein Vertrauensschutz gewährt und die neue Entscheidungsregel direkt auf den Anlassfall angewendet, ohne dass es hierfür von Bedeutung war, ob die Änderung erstrebt und erstritten worden war.⁴²⁶

(6) Zeitliche Grenzen für die Gewährung von Vertrauensschutz

Was die zeitliche Grenze angeht, bis zu der Vertrauensschutz zu gewähren sein sollte, wurde auf verschiedene Stichtage verwiesen.⁴²⁷ Mit Übergangsfristen oder materiellen Übergangsregelungen wurde in den ausgewerteten Entscheidungen im untersuchten Zeitraum nicht gearbeitet.

⁴²⁰ EuGH, 20.01.2009 - C-350/06 und C-520/06 = Slg. 2009, I-179-262 (Schultz-Hoff).

⁴²¹ BAG, 23.03.2010 - 9 AZR 128/09 = AP Nr. 3 zu § 125 SGB IX, unter A. II. 3. b) dd) (4) (c) (cc) der Gründe.

⁴²² Vgl. BAG, 21.04.1971 - GS 1/68 = AP Nr. 43 zu Art 9 GG Arbeitskampf; BAG, 16.07.1971 - 3 AZR 384/70 = AP Nr. 25 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel; BAG, 10.03.1972 - 3 AZR 278/71 = AP Nr. 156 zu § 242 BGB Ruhegehalt; BAG, 20.04.1972 - 3 AZR 337/71 = AP Nr. 12 zu § 75b HGB.

⁴²³ BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969.

⁴²⁴ BAG, 23.01.2001 - 3 AZR 164/00 = AP Nr. 16 zu § 1 BetrAVG Berechnung.

⁴²⁵ BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95 = AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation.

⁴²⁶ BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95 = AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG, 22.04.2009 - 4 ABR 14/08 = AP Nr. 38 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung; BAG, 21.10.2009 - 4 AZR 396/08 = AP Nr. 72 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

⁴²⁷ Hinsichtlich der Rechtsprechungsänderung in der Entscheidung vom 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969, wurde die Stichtagsregelung erst angesprochen in der Entscheidung vom 13.07.2006 - 6 AZR 198/06 = AP Nr. 22 zu § 17 KSchG 1969 (Stichtag: Änderung der Praxis der Arbeitsverwaltung, möglicherweise Veröffentlichung einer Handlungsanweisung der Bundesagentur in der Fachpresse); BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag (Stichtag: 31.12.2001); BAG, 24.03.2009 - 9 AZR 983/07 = AP Nr. 39 zu § 7 BUrlG (Stichtag: 31.12.2001); BAG, 22.04.2009 - 4 ABR 14/08 = AP Nr. 38 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung (Stichtag: 31.12.2001); BAG, 21.10.2009 - 4 AZR 396/08 = AP Nr. 72 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag (Stichtag: 31.12.2001).

b. Untersuchung der Vertrauensschutz nicht behandelnden Entscheidungen

Auf den ersten Blick ist die Zahl der Entscheidungen, die das Thema Vertrauensschutz ansprechen, mit fünf und damit 4,3 % sehr gering. Wie der folgende Abschnitt verdeutlichen wird, spielt Vertrauensschutz jedoch längst nicht bei allen rechtsprechungsändernden Entscheidungen eine Rolle, auch wenn dieser Eindruck bisweilen entstehen kann.⁴²⁸ Im Folgenden werden zunächst die Fälle rechtsprechungsändernder Entscheidungen ohne Vertrauensrelevanz dargestellt (aa.). Die Frage, wann eine Rechtsprechungsänderung Vertrauensschutzrelevanz besitzt und wann nicht, wurde in der Literatur bisher allenfalls einzelfallbezogen behandelt.⁴²⁹ Der sich daran anschließende Abschnitt beschäftigt sich daher mit den übrigen Entscheidungen, die das Thema nicht ansprachen, und versucht, Gründe hierfür zu ermitteln (bb.).

aa. Rechtsprechungsänderungen ohne Vertrauensschutzrelevanz

Um die Fälle, in denen Rechtsprechungsänderungen keine Vertrauensschutzrelevanz besitzen, fassen zu können, wurden sämtliche ausdrücklich rechtsprechungsändernden Entscheidungen im Untersuchungszeitraum, die das Thema Vertrauensschutz nicht ansprachen, im Hinblick darauf untersucht, ob sich die Frage nach der Gewährung von Vertrauensschutz überhaupt sinnvollerweise stellen konnte. Es erfolgte eine Einteilung in Fallgruppen,⁴³⁰ von denen jede kurz beschrieben und anhand einzelner Beispiele verdeutlicht wurde. Sämtliche für die jeweilige Fallgruppe beispielhaften Entscheidungen wurden der Übersichtlichkeit halber in Anhang 7 dargestellt. Auf die genaue Fundstelle wurde im Einzelnen verwiesen.

(1) Keine belastenden Auswirkungen für die Parteien

Wirkt sich eine Rechtsprechungsänderung im konkreten Fall auf keine der Parteien nachteilig aus, besitzt sie keine Vertrauensschutzrelevanz. Dies ist zum einen der Fall, wenn die Änderung in einem *obiter dictum* enthalten ist. Die Änderung ist dann weder begründungs- noch ergebnisrelevant,⁴³¹ da sie weder Teil der die Entscheidung tragenden Regeln ist noch Einfluss auf das Entscheidungsergebnis hat (a). Daneben gibt es Änderungen, welche zwar die die Entscheidungen tragenden Rechtsansichten betreffen, sich allerdings nicht auf das Ergebnis der Entscheidung auswirken. Sie sind zwar begründungs-, nicht aber ergebnisrelevant, da sie keinen Einfluss auf den Tenor einer Entscheidung haben (b). Außerdem kann es Fälle geben, in denen eine Rechtsprechungsänderung zwar sowohl begründungs-, als auch ergebnisrelevant ist und dennoch keine nachteiligen Auswirkungen auf die Parteien hat (c).

⁴²⁸ Vgl. *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 346.

⁴²⁹ Beispielsweise weist *Kähler* auf die fehlende Vertrauensschutzrelevanz bei nicht ergebnisrelevanten Rechtsprechungen hin, vgl. *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 355. *Burmeister* erwähnt, dass der Beklagte eines Prozesses bei plötzlicher Zulässigkeit der bis zur Rechtsprechungsänderung unzulässigen Klage mangels schutzwürdiger Disposition keinen Vertrauensschutz gewährt bekommen könne, *Burmeister*, Vertrauensschutz im Prozeßrecht, 1979, S. 43; auch *Arndt*, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974, S. 111 ff.

⁴³⁰ Dabei ist darauf hinzuweisen, dass das Thema Vertrauensschutz in den jeweiligen Entscheidungen oft auch aus anderen Gründen keine Rolle spielte. Die Darstellung der Sachverhalte verdeutlicht jedoch die Fälle fehlender Vertrauensschutzrelevanz.

⁴³¹ Ähnliche, wenngleich in Einzelheiten unterschiedliche Terminologie *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 59 ff.

(a) Weder Begründungs- noch Ergebnisrelevanz

Eine Rechtsprechungsänderung kann nicht vertrauensschutzrelevant sein, wenn sie nicht begründungserheblich ist und damit auch keine Ergebnisrelevanz besitzt, mit anderen Worten in einem *obiter dictum* ergeht.

Ein Beispiel hierfür ist eine Entscheidung des 8. Senats vom 17.09.1998 zu den Voraussetzungen einer Mankoabrede.⁴³² Danach müsse ein Arbeitnehmer bei einer Mankoabrede immer die Chance erhalten, durch Aufmerksamkeit einen Überschuss zu erzielen. Außerdem dürfe die Haftung aufgrund besonderer vertraglicher Abrede die Summe der gezahlten Mankogelder nicht übersteigen. Mankoabreden, die diese Voraussetzungen nicht einhielten, seien entgegen anders lautender bisheriger Entscheidungen unzulässig.⁴³³ Um ein *obiter dictum* handelt es sich, weil im vorliegenden Fall kein Mankogeld vereinbart worden war.⁴³⁴ Die Rechtsprechungsänderung konnte sich daher nicht auf den Fall auswirken.

Im untersuchten Zeitraum fanden sich insgesamt vier Rechtsprechungsänderungen ohne Begründungs- und Ergebnisrelevanz,⁴³⁵ vgl. Anhang 7 a).

(b) Keine Ergebnisrelevanz

Daneben gibt es Änderungen, die zwar Teil der die Entscheidung tragenden Regeln sind, allerdings keine Ergebnisrelevanz besitzen, da sich keine Auswirkungen auf den Tenor der Entscheidung haben wie etwa die Rechtsprechungsänderung des 6. Senats vom 19.02.1998.⁴³⁶

Nach dieser Entscheidung soll einem gekündigten Arbeitnehmer die Abfindung nach § 2 Abs. 1a TV soziale Absicherung entgegen früherer Rechtsprechung grundsätzlich auch dann zustehen, wenn eine Kündigung wegen mangelnden Bedarfs erst nach Außerkrafttreten dieser Bestimmung erfolgt. Allerdings wurde die Klage trotz der Änderung zugunsten des auf Abfindung klagenden Arbeitnehmers abgewiesen, da einer der Ausschlussstatbestände des § 2 Abs. 5 TV soziale Absicherung vorlag.

Im untersuchten Zeitraum fanden sich insgesamt 21 Entscheidungen, bei denen sich die Änderung nicht auf den Tenor auswirkte,⁴³⁷ vgl. Anhang 7 b).

⁴³² BAG, 17.09.1998 - 8 AZR 175/97 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mankohaftung (2. Rechtsprechungsänderung), unter B. IV. 2. der Gründe.

⁴³³ BAG, 17.09.1998 - 8 AZR 175/97 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mankohaftung (2. Rechtsprechungsänderung), unter B. IV. 2. der Gründe.

⁴³⁴ *Obiter dictum* auch nach *Herbert*, JA 1999, 448, 451.

⁴³⁵ BAG, 17.09.1998 - 8 AZR 175/97 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mankohaftung (2. Rechtsprechungsänderung); BAG, 11.03.1999 - 2 AZR 461/98 = AP Nr. 12 zu § 17 KSchG 1969; BAG, 08.03.2000 - 7 ABR 11/98 = AP Nr. 132 zu § 37 BetrVG 1972; BAG, 13.05.2004 - 8 AZR 198/03 = AP Nr. 264 zu § 613a BGB.

⁴³⁶ BAG, 19.02.1998 - 6 AZR 367/96 = AP Nr. 25 zu § 4 TVG Rationalisierungsschutz, unter II. der Gründe.

⁴³⁷ BAG, 15.03.1995 - 7 AZR 643/94 = AP Nr. 105 zu § 37 BetrVG 1972; BAG, 31.10.1995 - 1 AZR 372/95 = AP Nr. 29 zu § 72 ArbGG 1979; BAG, 10.07.1996 - 4 AZR 139/95 = AP Nr. 29 zu §§ 22, 23 BAT Sozialarbeiter; BAG, 07.02.1996 - 1 AZR 657/95 = AP Nr. 85 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG, 08.05.1996 - 5 AZR 315/95 = AP Nr. 23 zu § 618 BGB; BAG, 12.09.1996 - 5 AZR 104/95 = AP Nr. 122 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten; BAG, 09.12.1997 - 1 AZR 319/97 = AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt (1. Rechtsprechungsänderung); BAG, 09.12.1997 - 1 AZR 319/97 = AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt (2. Rechtsprechungsänderung); BAG, 19.02.1998 - 6 AZR 367/96 = AP Nr. 25 zu § 4 TVG Rationalisierungsschutz; BAG, 26.05.1999 - 5 AZR 664/98 = AP Nr. 10 zu § 35 GmbHG; BAG, 11.07.2000 - 1 ABR 43/99 = AP Nr. 2 zu § 109 BetrVG 1972; BAG, 19.03.2002 - 9 AZR 109/01 = PflR 2002, 374; BAG, 19.02.2003 - 4 AZR 158/02 = ZTR 2003, 511; BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02

(c) Keine nachteiligen Auswirkungen trotz Ergebnisrelevanz

Neben Fällen fehlender Ergebnisrelevanz gibt es Rechtsprechungsänderungen, die zwar den Tenor einer Entscheidung beeinflussen, allerdings keine Auswirkung auf den eigentlichen Ausgang des Rechtsstreits haben.

So entschied der 7. Senat am 19.11.2003⁴³⁸ entgegen der früheren Auffassung des 1. Senats⁴³⁹, dass sich aus einer Gesamtwürdigung einzelner Verstöße gegen Wahlvorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes und der Wahlordnung, die jeder für sich genommen nicht zur Nichtigkeit der Wahl führten, nicht die Nichtigkeit der Betriebsratswahl insgesamt ergeben könne. Die Rechtsprechungsänderung hatte damit zur Folge, dass die Betriebsratswahl im konkreten Fall anfechtbar und nicht nichtig war. Der Tenor lautete entsprechend der neuen Ansicht: „Die Betriebsratswahl [...] wird für unwirksam erklärt.“ Dies hatte insofern keine Auswirkung auf die Begründetheit der Klage, als die Betriebsratswahl im einen wie im anderen Fall unwirksam gewesen wäre.

Im untersuchten Zeitraum fanden sich für diese Fallgruppe vier Beispiele,⁴⁴⁰ vgl. Anhang 7 c).

(2) Unmöglichkeit vertrauensschutzrelevanter Vertrauensbetätigung

Neben der Gruppe nicht ergebnisrelevanter Rechtsprechungsänderungen gibt es Fälle, in denen eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung denotwendig unmöglich ist. Was unter dem Begriff der vertrauensschutzrelevanten Vertrauensbetätigung zu verstehen ist, muss im Folgenden zunächst einmal erläutert werden.

(a) Notwendigkeit einer vertrauensschutzrelevanten Vertrauensbetätigung

Wenn *Stüsser* behauptet, es müsse der Vorstellung entgegengetreten werden, dass sich Rechtsprechungsänderungen im Zivilrecht nur ausnahmsweise zu Lasten des Vertrauenden auswirkten, da es eher der Regelfall sei, dass sich eine Rechtsprechungsänderung zu Lasten desjenigen auswirke, der auf die bisherige Rechtsprechung vertraut habe,⁴⁴¹ mag dies möglicherweise sogar stimmen. Allerdings bedeutet dies nicht, dass das Thema Vertrauensschutz in diesen Fällen auch immer relevant wird. Vertrauen ist nicht allein deshalb zu schützen, „weil es besteht“.⁴⁴²

Den Beispielen, die *Stüsser* benennt,⁴⁴³ ist allen gemeinsam, dass im Vertrauen auf die bisherige Rechtsprechung bestimmte Dispositionen vorgenommen werden. Auch *Burmeister* weist darauf hin, dass die rechtsprechungsändernden Entscheidungen, die in den 1960er und 1970er Jahren eine gro-

= AP Nr. 4 zu § 55 InsO (1. Rechtsprechungsänderung); BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 = AP Nr. 4 zu § 55 InsO (2. Rechtsprechungsänderung); BAG, 27.05.2004 - 6 AZR 129/03 = AP Nr. 5 zu § 1 TVG Gleichbehandlung; BAG, 20.07.2004 - 9 AZR 369/03 = EzA § 1 AEntG Nr. 4; BAG, 19.12.2006 - 9 AZR 294/06 = AP Nr. 21 zu § 611 BGB Sachbezüge; BAG, 03.04.2007 - 9 AZR 283/06 = AP Nr. 21 zu § 2 BAT SR 2I; BAG, 06.11.2007 - 1 AZR 960/06 = AP Nr. 190 zu § 112 BetrVG 1972; BAG, 22.04.2009 - 4 AZR 100/08 = AP Nr. 371 zu § 613a BGB.

⁴³⁸ BAG, 19.11.2003 - 7 ABR 24/03 = AP Nr. 54 zu § 19 BetrVG 1972.

⁴³⁹ BAG, 27.04.1976 - 1 AZR 482/75 = AP Nr. 4 zu § 19 BetrVG 1972.

⁴⁴⁰ BAG, 27.06.2002 - 2 ABR 22/01, AP Nr. 47 zu § 103 BetrVG 1972; BAG, 14.08.2002 - 7 AZR 469/01 = AP Nr. 20 zu § 620 BGB Altersgrenze; BAG, 19.11.2003 - 7 ABR 24/03 = AP Nr. 54 zu § 19 BetrVG 1972; BAG, 27.04.2006 - 2 AZR 360/05 = AP Nr. 55 zu § 9 KSchG 1969.

⁴⁴¹ *Stüsser*, Rückwirkende Rechtsprechungsänderungen im Zivilrecht, 1998, S. 149.

⁴⁴² So *Buchner*, Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, 1973, S. 175, 181.

⁴⁴³ *Stüsser*, Rückwirkende Rechtsprechungsänderungen im Zivilrecht, 1998, S. 149 ff.

ße Zahl von Monographien zum Thema „Grenzen rückwirkender Rechtsprechungsänderung“ auslösten, auf der besonderen Sachverhaltskonstellation beruhen, dass sich der Betroffene darauf berufen konnte, er habe seine Dispositionen unter der Geltung und in Kenntnis der für ihn günstigeren höchstrichterlichen Rechtsauffassung getroffen und die Rechtsprechungsänderung damit für ihn einen nachträglichen unvorhersehbaren Entzug der Dispositionsgrundlagen bedeute, auf deren Bestand er habe vertrauen dürfen.⁴⁴⁴

Auch bei den das Thema Vertrauensschutz ansprechenden, ausdrücklich rechtsprechungsändernden Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts im Untersuchungszeitraum handelt es sich nur um solche, in denen Vertrauensdispositionen möglich oder sogar erfolgt waren.

Das Bundesarbeitsgericht führte selbst bereits ausdrücklich aus: „Können Personen im Privatverkehrsverkehr hinsichtlich solcher Rechtsfragen, die der Gesetzgeber nicht eindeutig geregelt hat, sich auf eine jahrzehntelange und gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung, auf sog. Richterrecht, berufen und erweist sich diese Rechtsprechung im Nachhinein als unzutreffend, so stellt sich die weitere Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang diejenigen zu schützen sind, *die im Vertrauen auf die Geltung der Rechtsprechung in der Vergangenheit Rechtshandlungen und wirtschaftliche Dispositionen getroffen haben, die gemessen an der neuen Erkenntnis, rechtsfehlerhaft und damit unwirksam sind.*“⁴⁴⁵

Rechtsprechungsänderungen können aus Sicht des Bundesarbeitsgerichts also nur dann Vertrauensschutzrelevanz besitzen, wenn in der entsprechenden Konstellation eine für den Prozessverlust ursächliche Vertrauensbetätigung zumindest vorstellbar ist. Damit wäre die Gewährung von Vertrauensschutz von vornherein nicht näher zu thematisieren, wenn eine solche Vertrauensbetätigung denotwendig unmöglich wäre.

(aa) Die verschiedenen Äußerungsformen der Vertrauensbetätigung

Die Vertrauensbetätigung einer Partei kann sich auf vielfältige Weise äußern. Zunächst einmal ist die Gewährung von Vertrauensschutz nicht auf Vermögensdispositionen beschränkt.⁴⁴⁶ Die Vertrauensdisposition kann beispielsweise auch in dem Einsatz von Zeit oder Arbeitskraft bestehen.⁴⁴⁷ Es reicht jede Tätigkeit aus, die eine rechtliche Veränderung bewirkt,⁴⁴⁸ sei sie tatsächlicher oder rechtlicher Art.⁴⁴⁹ Eine Vertrauensbetätigung kann sogar in einem Unterlassen bestehen.⁴⁵⁰ Es fragt sich jedoch, ob jede Vertrauensbetätigung Anknüpfungspunkt für die Gewährung von Vertrauensschutz i.S.d. Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sein kann.

⁴⁴⁴ *Burmeister*, Vertrauensschutz im Prozeßrecht, 1979, S. 27.

⁴⁴⁵ BAG, 20.11.1990 - 3 AZR 573/89 = AP Nr. 14 zu § 1 BetrAVG Ablösung, unter B. II. 3. der Gründe. Hervorhebung der Verfasserin.

⁴⁴⁶ So u.a. *Mainka*, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1963, S. 33; *Oldiges*, Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts, 1970, S. 223 f; *Muckel*, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 99; a.A. *Wagner*, MDR 1960, 546, 547.

⁴⁴⁷ *Aschke*, Übergangsregelungen als verfassungsrechtliches Problem, 1987, S. 276; *Muckel*, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 97.

⁴⁴⁸ *Ossenbühl*, Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakt, 2. Aufl. 1965, S. 89.

⁴⁴⁹ *Weber-Dürler*, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983, S. 100; *Mainka*, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1963, S. 32.

⁴⁵⁰ *Weber-Dürler*, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983, S. 101; *Muckel*, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 97.

(bb) Mögliche Anknüpfungspunkte für die Vertrauensschutzgewährung

Eine Vertrauensbetätigung ist grundsätzlich auch bei jeder Rechtsprechungsänderung möglich, da die Vertrauensbetätigung der von der Rechtsprechungsänderung belasteten Partei zumindest immer darin gesehen werden kann, dass sie sich im Vertrauen auf die bisherige Rechtsprechung auf den Rechtsstreit einlässt, sei es dass sie Klage erhebt oder erwidert, einen Antrag stellt oder dem entgegentritt. Diese Art von Vertrauensbetätigung scheint jedoch nicht der Anknüpfungspunkt zu sein, der von der Rechtsprechung als *vertrauensschutzrelevant* erachtet wird.

Die Entscheidungen, in denen das Bundesarbeitsgericht Vertrauensschutz gewährt, haben gemeinsam, dass eine vom bloßen Eingehen des Rechtsstreits unabhängige Vertrauensbetätigung möglich ist oder tatsächlich vorliegt. Die prägnantesten Beispiele aus der Menge der im Rahmen dieser Arbeit analysierten Rechtsprechungsänderungen hierfür sind sicherlich die Gestaltung eines Arbeitsvertrags unter Beachtung der früheren Rechtsprechung zur Gleichstellungsabrede⁴⁵¹ oder die nach bisheriger Rechtsprechung ordnungsgemäße und nun verspätete Anzeige einer Massenentlassung durch den Arbeitgeber⁴⁵².

Es gibt also Fälle, in denen es nur eine einzige Vertrauensbetätigung gibt, nämlich das bloße Eingehen des Rechtsstreits, und Fälle, in denen zwei Vertrauensbetätigungen vorliegen, das Eingehen des Rechtsstreits sowie eine weitere Disposition.

Es stellt sich die Frage, ob diese unterschiedlichen Anknüpfungspunkte eine Differenzierung bei der Gewährung von Vertrauensschutz rechtfertigen können. Um diese zu beantworten, müssen die vom Anknüpfungspunkt abhängigen Folgen der Vertrauensbetätigung betrachtet werden.

Diese Folgen scheinen auf den ersten Blick die gleichen zu sein. Sowohl in den Fällen, in denen sich die Vertrauensbetätigung im Eingehen des Rechtsstreits erschöpft, als auch in den Fällen, in denen eine weitere Vertrauensbetätigung hinzukommt, kann die Vertrauensbetätigung zum Prozessverlust führen.

Das Unterliegen im Prozess hat verschiedene Auswirkungen auf den Unterlegenen: Zum einen müssen die Prozesskosten⁴⁵³ getragen werden, zum anderen die Folgen der geänderten Entscheidung „an sich“. In der Entscheidung zur Massenentlassungsanzeige bestehen die letztgenannten Folgen beispielsweise darin, dass Kündigungen unwirksam und Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen sind. In der Entscheidung zur Gleichstellungsabrede sind sie darin zu sehen, dass eine arbeitsvertragliche Klausel als dynamische Verweisungsklausel gilt und entsprechend dem dort in Bezug genommenen Tarifvertrag ein höheres Entgelt zu zahlen ist, als dies bei Einordnung als Gleichstellungsabrede der Fall gewesen wäre.

Betrachtet man nun die Vertrauensbetätigung, die im bloßen Eintritt in den Rechtsstreit besteht, erschöpfen sich deren unmittelbar belastende Folgen in der Verpflichtung zur Zahlung der Prozesskosten, da sich die Vertrauensbetätigung lediglich in einer fehlerhaften Einschätzung des Prozessrisikos äußert; ein Risiko, das ohnehin jede Partei eines Rechtsstreits zu tragen hat und das nicht nur von der materiellen Rechtslage abhängig ist.

⁴⁵¹ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

⁴⁵² BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969.

⁴⁵³ Hierzu gehören gerichtliche, außergerichtliche und sonstige Kosten, vgl. *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995, S. 451.

Demgegenüber können sich Vertrauensbetätigungen, die über das bloße Eingehen des Rechtsstreits hinausgehen, auf die Entstehung der entscheidungsrelevanten Umstände auswirken. Genauer gesagt, führt die Partei im Vertrauen auf die bisherige Rechtsprechung möglicherweise selbst die Tatsachen herbei, die den Prozessverlust nach sich ziehen. Partei und Gericht gehen von einer anderen Rechtslage aus, wobei die Fehlvorstellung der Partei auf der früheren Rechtsprechung beruht. Hierbei handelt sich gerade nicht mehr um einen Fall des allgemeinen Prozessrisikos.

Dieser Unterschied bei den Folgen der unterschiedlichen Vertrauensbetätigungen rechtfertigt eine Differenzierung bei der Gewährung von Vertrauensschutz.

(aaa) Die Einschätzung des Prozessrisikos

Auch bei einer Rechtsprechungsänderung erlegt das Bundesarbeitsgericht die Prozesskosten immer komplett derjenigen Partei auf, die den Prozess verliert. Im Fall der Gewährung von Vertrauensschutz ist das die Partei, die grundsätzlich von der Rechtsprechungsänderung profitiert hätte, nun jedoch aufgrund der Gewährung von Vertrauensschutz unterliegt. Im Fall der Versagung von Vertrauensschutz ist es die Partei, zu deren Lasten die Rechtsprechungsänderung ergeht.

In den Fällen, in denen sich die Vertrauensbetätigung im bloßen Eingehen des Rechtsstreits erschöpft und damit nur in der fehlerhaften Einschätzung des Prozessrisikos besteht, gewährt das Bundesarbeitsgericht keinerlei Vertrauensschutz. Hier unterliegt also immer diejenige Partei, die sich im Vertrauen auf die bisherige Rechtsprechung auf den Rechtsstreit eingelassen hat.

Die Frage nach der Auswirkung einer Rechtsprechungsänderung auf das Prozessrisiko wurde, soweit ersichtlich, bisher nur in einer einzigen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, einem Beschluss des Großen Senats, angesprochen.⁴⁵⁴ Diese Entscheidung betraf einen Fall, in dem der Kläger die Rechtsprechungsänderung „erstrebt und erstritten“ hatte. Der Große Senat befand, dass der Rechtsprechungsänderung jedenfalls in einer solchen Konstellation nicht die Rückwirkung versagt werden könne, da der Kläger, der dem Gericht erst die Gelegenheit zur Änderung seiner Auffassung gegeben habe, den Rechtsvorteil dieser Änderung erfahren müsse und es nicht sein könne, dass er die Kosten des Rechtsstreits zu tragen habe. Demgegenüber erstreckte sich das Prozessrisiko des Beklagten auch auf eine erstmals ausgesprochene Rechtsprechungsänderung.⁴⁵⁵

Eingehalten wurde diese Forderung in der Folgezeit allerdings nicht. Neue Entscheidungsregeln wurde auch auf die Anlassfälle angewendet, ohne es dass hierfür von Bedeutung war, ob die Änderung erstrebt und erstritten worden war.⁴⁵⁶

Die konkrete Frage, ob die Prozesskosten immer der von einer Rechtsprechungsänderung belasteten Partei aufzuerlegen sind oder möglicherweise anders zu verfahren ist, wurde vom Bundesarbeitsgericht nie thematisiert. In der Literatur wurde die Frage bisher ebenfalls kaum behandelt.⁴⁵⁷

⁴⁵⁴ BAG, 21.04.1971 - GS 1/68 = AP Nr. 43 zu Art 9 GG Arbeitskampf.

⁴⁵⁵ BAG, 21.04.1971 - GS 1/68 = AP Nr. 43 zu Art 9 GG Arbeitskampf, unter Teil II F. der Gründe; zustimmend *Hilger*, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S. 109, 117.

⁴⁵⁶ BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95 = AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG, 22.04.2009 - 4 ABR 14/08 = AP Nr. 38 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung; BAG, 21.10.2009 - 4 AZR 396/08 = AP Nr. 72 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; siehe hierzu bereits § 3 B. II. 2. a. bb. (5).

Die falsche Einschätzung des Prozessrisikos mag zwar nur ein Risiko sein, das jedem Eingehen eines Rechtsstreits innewohnt. Allerdings bildet die bisherige Rechtsprechung die Grundlage, die der entsprechenden Risikoprognose zugrundeliegt. Es besteht also ein Unterschied zwischen Fällen, in denen eine eindeutige und über mehrere Jahre bestätigte Rechtsprechung vorliegt, und Fällen, bei denen eine divergierende Rechtsprechung besteht oder die bisher noch nicht entschieden wurden und deren Ergebnis daher völlig offen ist. Davon abhängig, unterscheidet sich die Risikoprognose sehr stark.

Dem wird nicht gerecht, die Prozesskosten ausschließlich der Partei aufzulegen, zu deren Lasten eine Rechtsprechungsänderung ergeht und die aus diesem Grund den Prozess verliert. Eine Kostenquotelung aus Vertrauensschutzgesichtspunkten würde dagegen nicht der Tatsache Rechnung tragen, dass die Partei, zu deren Gunsten die Rechtsprechungsänderung erfolgt, nach neuer Auffassung des Gerichts das Recht auf ihrer Seite hat.

Die *de lege lata* bestehenden Möglichkeiten der Kostenverteilung werden den Fällen der Rechtsprechungsänderungen also nicht gerecht. Das gilt auch, wenn diese aus vertrauensschutzrechtlichen Gesichtspunkten modifiziert würden, da auch dann nur eine Kostenquotelung in Betracht käme. Das Bundesarbeitsgericht gewährt daher zu Recht keinen Vertrauensschutz, wenn sich die Vertrauensbetätigung in der Fehleinschätzung des Prozessrisikos erschöpft. Zwar besteht eine unbefriedigende Rechtslage, abhelfen könnte allerdings nur eine gesetzliche Regelung, beispielsweise dergestalt, dass die Prozesskosten der durch die Rechtsprechungsänderung oder die Gewährung von Vertrauensschutz nachteilig betroffenen Partei aus öffentlicher Hand bezahlt werden.⁴⁵⁸

(bbb) Die Herbeiführung entscheidungsrelevanter Tatsachen

Vertrauensschutz wird also nur gewährt, wenn sich die Vertrauensbetätigung nicht in der falschen Einschätzung des Prozessrisikos erschöpft, sondern darüber hinaus die zum Prozessverlust führenden Umstände herbeiführt. Diese Art der Vertrauensbetätigung wird im Folgenden als *vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung* bezeichnet.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf eine Besonderheit: Es gibt Fälle, in denen sich die Vertrauensbetätigung darin erschöpft, dass der Rechtsstreit *überhaupt* eingegangen wird, und Fälle, in denen die Vertrauensbetätigung gerade darin zu sehen ist, dass der Rechtsstreit in einer *ganz bestimmten und durch die Partei beeinflussbaren Art und Weise* eingegangen wird. Wenn eine Partei im Vertrauen auf eine frühere Rechtsprechung einen Rechtsstreit auf eine ganz bestimmte Art und Weise eingeht, schafft sie damit ebenfalls Umstände, die zum Prozessverlust führen, so dass dies über die bloß fehlerhafte Einschätzung des Prozessrisikos hinausgeht. Ein Beispiel hierfür sind Änderungen, die zu einer Verkürzung von Klage-, Berufungs- oder Revisionsfrist zu Lasten der Partei führen, die klagt, in Berufung geht oder Revision einlegt.

⁴⁵⁷ Bisher hat sich beispielsweise *Hergenröder* mit der Problematik befasst und Reformvorschläge erarbeitet, allerdings in erster Linie nicht im Zusammenhang mit Rechtsprechungsänderungen, sondern mit jeglichen Rechtsfortbildungen, vgl. *Hergenröder*, *Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung*, 1995, § 24, zu Rechtsprechungsänderungen insbes. S. 455 f.

⁴⁵⁸ Ähnlich *Grunsky*, *Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*, 1970, S. 23.

(b) Vertrauensschutz im Prozessrecht

Verschiedene Autoren haben darauf hingewiesen, dass das Bundesarbeitsgericht dem Gedanken des Vertrauensschutzes bei Rechtsprechungsänderungen im Prozessrecht ablehnend gegenübersteht.⁴⁵⁹

In der Prozessrechtslehre wird teilweise die Möglichkeit der jederzeitigen Änderbarkeit verfahrensrechtlicher Entscheidungsregeln durch Rechtsprechungsänderungen bejaht.⁴⁶⁰ Begründet wird dies damit, dass das Rückwirkungsverbot nur Rechtsfolgen materieller Art umfasse. Der von der Rechtsprechungsänderung Betroffene soll keinen endgültigen Nachteil hinnehmen müssen. Solche endgültigen Nachteile könnten durch Rechtsprechungsänderungen im Bereich des Prozessrechts allerdings nicht entstehen, weshalb Vertrauensschutz im Prozessrecht nicht zu gewähren sei.⁴⁶¹

Ein Blick auf das intertemporale Prozessrecht im Zusammenhang mit Gesetzesänderungen zeigt, dass in diesem Bereich die Gewährung von Vertrauensschutz nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Grundsätzlich ist es zwar so, dass in diesen Fällen das neue Recht auf schwebende Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren anzuwenden ist. Dies gilt allerdings nicht für Prozesshandlungen, die noch unter Geltung des alten Rechts ausgeführt worden sind.⁴⁶² Die Zulässigkeit einer Prozesshandlung soll sich nach dem zur Zeit ihrer Vornahme geltenden Recht beurteilen, sofern nicht das neue Gesetz etwas anderes vorschreibt.⁴⁶³ Entscheidend soll sein, ob die Parteien eines anhängigen Verfahrens bereits eine Rechtsposition erworben haben, auf deren Bestand sie nach rechtsstaatlichen Grundsätzen vertrauen durften.⁴⁶⁴ Die Tatsache, dass sich die Wirkungen einer Prozesshandlung grundsätzlich nach dem Zeitpunkt ihrer Vornahme zu richten haben, lässt sich auch auf die Wirkung von Unterlassungen übertragen. Schreibt die neue Rechtslage beispielsweise vor, dass das Fehlen der Berufungsbegründung innerhalb einer bestimmten Frist nach der Berufungseinlegung zum Verlust des Rechtsmittels führen soll, so kommt diese Wirkung früheren Unterlassungen nicht zu. Vielmehr soll die Frist, innerhalb der die nunmehr erforderliche Handlung vorzunehmen sei, erst mit dem Inkrafttreten der neuen rechtlichen Vorgabe zu laufen beginnen.⁴⁶⁵

Ähnliches muss bei Rechtsprechungsänderungen im Bereich des Prozessrechts gelten. Vertrauensschutz kann grundsätzlich eine Rolle spielen, wenn Prozesshandlungen in einer Weise ausgeführt oder unterlassen wurden, die der bisherigen Rechtsprechung und damit nach Auffassung der Partei auch der bisherigen Rechtslage entsprach.

Die Argumente derjenigen, welche die Möglichkeit der jederzeitigen Änderbarkeit verfahrensrechtlicher Entscheidungsregeln durch Rechtsprechungsänderungen bejahen, überzeugen ebenfalls nicht. Die Aussage, endgültige Nachteile könnten durch Rechtsprechungsänderungen im Bereich des Prozessrechts nicht entstehen, lässt sich nicht halten. Auch Rechtsprechungsänderungen, die prozess-

⁴⁵⁹ *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 76, und *Löwisch*, in: *Arnold* (Hrsg.), Die Arbeitsgerichtsbarkeit, 1994, S. 601, 615, mit Verweis auf BAG, 05.04.1984 - 6 AZR 70/83 = AP Nr. 13 zu § 78a BetrVG 1972, unter 6. der Gründe; BAG, 10.04.1984 - 1 ABR 73/82 = AP Nr. 3 zu § 81 ArbGG 1979, unter B. II. 1. der Gründe.

⁴⁶⁰ *Löwisch*, in: *Arnold* (Hrsg.), Die Arbeitsgerichtsbarkeit, 1994, S. 601, 615; a.A. *Burmeister*, Vertrauensschutz im Prozeßrecht, 1979, S. 50, der einen verfahrensrechtlichen Dispositionsschutz als allgemeinen Grundsatz des Prozessrechts anerkannt wissen will.

⁴⁶¹ *Löwisch*, in: *Arnold* (Hrsg.), Die Arbeitsgerichtsbarkeit, 1994, S. 601, 615 f.

⁴⁶² BGH, 28.02.1991 - III ZR 53/90 = BGHZ 114, 1, unter II. 1. b) aa) der Gründe m.w.N.; *Musielak*, in: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 8. Aufl. 2011., Einleitung Rn. 13.

⁴⁶³ *Musielak*, in: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 8. Aufl. 2011., Einleitung Rn. 13.

⁴⁶⁴ *Musielak*, in: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 8. Aufl. 2011., Einleitung Rn. 13.

⁴⁶⁵ *Sieg*, ZZZ 1952, 249, 259.

rechtliche Fragen betreffen, können die Durchsetzung eines materiellen Anspruchs dauerhaft verhindern.

Dies kann an einer Entscheidung des 7. Senats vom 16.01.2008 verdeutlicht werden. Danach sollte § 9 Abs. 5 ArbGG auf die Revisionsfrist bei der Zustellung eines Berufungsurteils mit fehlerhafter Rechtsmittelbelehrung nach Ablauf von fünf Monaten seit der Verkündung nach der durch das Gesetz zur Reform der Zivilprozessordnung vom 27.07.2001 mit Wirkung vom 01.01.2002 erfolgten Neufassung von § 74 Abs. 1 S. 2 ArbGG entgegen einer früher geäußerten Ansicht⁴⁶⁶ nicht mehr anwendbar sein.⁴⁶⁷ Zwar erfolgte die verspätete Revisionseinlegung im konkreten Fall nicht im Vertrauen auf die früher geäußerte Ansicht, da der Prozessbevollmächtigte selbst von einer Fristversäumung ausgegangen war und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt hatte. Eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung ist in einer derartigen Situation allerdings vorstellbar. Möglicherweise legt die von der Rechtsprechungsänderung belastete Partei die Berufung gerade im Vertrauen auf die bisherige Rechtsprechung zu einem nun verspäteten Zeitpunkt und damit in einer bestimmten Art und Weise ein.

Daher ist auch im Bereich prozessrechtlicher Rechtsprechungsänderungen entsprechend der oben angestellten Überlegungen zu verfahren. Vertrauensschutzrelevanz ist immer dann gegeben, wenn sich die Vertrauensbetätigung nicht darin erschöpft, dass eine Prozesshandlung *überhaupt* vorgenommen wird, sondern wenn dies in einer *ganz bestimmten und durch die Partei beeinflussbaren Art und Weise* geschieht.

(c) Fälle unmöglicher vertrauensschutzrelevanter Vertrauensbetätigung

Die Möglichkeit einer *vertrauensschutzrelevanten Vertrauensbetätigung* besteht bei Weitem nicht bei allen rechtsprechungsändernden Entscheidungen. Anhand der untersuchten Fälle können einige Konstellationen beschrieben werden, in denen eine solche Vertrauensbetätigung unmöglich ist. Diese sollen im Folgenden dargestellt werden, wobei kein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben wird. Der Übersichtlichkeit wegen wurde versucht, ähnliche Fälle zusammen zu beschreiben.

(aa) Änderung von Zulässigkeitsvoraussetzungen

Bewirkt eine Rechtsprechungsänderung, dass ein Rechtsstreit *zu Lasten des Beklagten* entgegen früherer Rechtsprechung mit einem Mal zulässig wird, kann auf seiner Seite unmöglich eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung erfolgt sein, da er in den Rechtsstreit hineingezogen wird und hierauf keine Einflussmöglichkeit hat.⁴⁶⁸ Er kann sich allenfalls im Vertrauen auf eine Klageabweisung auf den Rechtsstreit einlassen und damit das Prozessrisiko falsch einschätzen.

Ein Beispiel hierfür bietet die Rechtsprechungsänderung des 2. Senats vom 26.09.1996,⁴⁶⁹ nach der entgegen früherer Auffassung⁴⁷⁰ auch ein unter § 11 Abs. 3 ArbGG fallender Rechtsbeistand wirksam

⁴⁶⁶ BAG, 14.02.2007 - 7 ABR 26/06 = AP Nr. 13 zu § 54 BetrVG 1972.

⁴⁶⁷ BAG, 16.01.2008 - 7 AZR 1090/06 = FA 2008, 147 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe).

⁴⁶⁸ Ein ähnlicher Gedanke findet sich bei *Burmeister*, Vertrauensschutz im Prozeßrecht, 1979, S. 43: „Für den *Beklagten* eines Prozesses scheidet [...] ein Sachanspruch auf Behandlung einer erhobenen Klage als unzulässig mangels einer schutzwürdigen Disposition aus.“

⁴⁶⁹ BAG, 26.09.1996 - 2 AZR 661/95 = AP Nr. 2 zu § 11 ArbGG 1979.

⁴⁷⁰ BAG, 21.04.1988 - 8 AZR 394/86 = AP Nr. 10 zu § 11 ArbGG 1979 Prozessvertreter.

Klage zum Arbeitsgericht erheben könne, weil dessen Ausschluss gemäß § 11 Abs. 3 ArbGG nur das Auftreten in der mündlichen Verhandlung, nicht dagegen Prozesshandlungen außerhalb der mündlichen Verhandlung betreffe.

Eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung kann jedoch grundsätzlich auch in Fällen unmöglich sein, in denen der *Kläger* nachteilig von der Änderung einer Zulässigkeitsvoraussetzung betroffen ist. Eine Ausnahme bilden Entscheidungen, in denen die Änderung dazu führt, dass die gerichtliche Durchsetzbarkeit des materiellen Anspruchs an sich betroffen ist, also beispielsweise die Verkürzung von Fristen zur Klageerhebung oder zur Einlegung eines Rechtsmittels.⁴⁷¹ Erschöpft sich die Vertrauensbetätigung dagegen im bloßen Eingehen des Rechtsstreits aufgrund der fehlerhaften Einschätzung des Prozessrisikos ist diese meist nicht vertrauensschutzrelevant, da das Schicksal des materiellen Anspruchs in der Regel nicht endgültig betroffen ist.

Am 20.08.2003 entschied der 5. Senat, dass der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer KG nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nicht als Arbeitnehmer i.S.d. Arbeitsgerichtsgesetzes gelte, da er kraft Gesetzes zur Vertretung dieser Personengesamtheit berufen sei.⁴⁷² Damit war der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten entgegen der früheren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts⁴⁷³ nicht eröffnet. Der Geschäftsführer konnte die Unwirksamkeit der Kündigung daher nur auf diesem Weg nicht gerichtlich geltend machen.

Im untersuchten Zeitraum fanden sich insgesamt neun Rechtsprechungsänderungen im Zusammenhang mit der Änderung von Zulässigkeitsvoraussetzungen, in denen eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung unmöglich war,⁴⁷⁴ vgl. Anhang 7 d).

(bb) Änderungen bei Darlegungs- und Beweislastverteilung

Bei Rechtsprechungsänderungen zur Darlegungs- und Beweislastverteilung, sind vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigungen immer unmöglich.

Wenn die von der Rechtsprechungsänderung belastete Partei versucht, ihrer Darlegungs- und Beweislast entsprechend den früheren Vorgaben der Rechtsprechung nachzukommen, muss sie während des Prozesses aufgrund der richterlichen Hinweispflicht aus § 139 Abs. 2 ZPO die Möglichkeit

⁴⁷¹ vgl. § 3, B. II. 2. b. aa. (2) (b).

⁴⁷² BAG, 20.08.2003 - 5 AZB 79/02 = AP Nr. 58 zu § 5 ArbGG 1979.

⁴⁷³ BAG, 15.04.1982 - 2 AZR 1101/79 = AP Nr. 1 zu § 14 KSchG 1969, unter A. der Gründe: „Soweit das Berufungsgericht im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts (ARS 16, 528) angenommen hat, die sachliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für einen Rechtsstreit zwischen einer Kommanditgesellschaft und dem Geschäftsführer ihrer Komplementär-GmbH sei nicht bereits durch § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG ausgeschlossen, entspricht dies nunmehr auch der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.“; BAG, 13.07.1995 - 5 AZB 37/94 = AP Nr. 23 zu § 5 ArbGG 1979.

⁴⁷⁴ BAG, 13.06.1996 - 2 AZR 483/95 = AP Nr. 33 zu § 1 KSchG 1969; BAG, 26.09.1996 - 2 AZR 661/95 = AP Nr. 2 zu § 11 ArbGG 1979; BAG, 11.12.1998 - 6 AZB 48/97 = AP Nr. 30 zu § 64 ArbGG 1979; BAG, 07.11.2000 - 1 ABR 55/99 = AP Nr. 22 zu Art 56 ZA-Nato-Truppenstatut; BAG, 21.06.2000 - 5 AZR 782/98 = AP Nr. 60 zu § 256 ZPO 1977; BAG, 07.12.2000 - 2 AZR 459/99 = AP Nr. 23 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung (Diese Rechtsprechungsänderung zu Lasten des Klägers erging zwar nicht im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit der Klage, sondern der Begründetheit bei der Beurteilung der Frage, ob die Arbeitsgerichtsbarkeit das Luftfahrtbundesamt zur Verlängerung oder Erneuerung einer Fluglizenz verpflichten könne. Aus Gründen der Ähnlichkeit mit den Fragen zur Zulässigkeit einer Klage wird diese Entscheidung jedoch an dieser Stelle aufgeführt); BAG, 20.08.2003 - 5 AZB 79/02 = AP Nr. 58 zu § 5 ArbGG 1979; BAG, 13.03.2007 - 1 ABR 24/06 = AP Nr. 21 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit; BAG, 09.04.2008 - 4 AZR 104/07 = AP Nr. 43 zu § 1 TVG.

erhalten, ihr Vorgehen zu ändern, wenn sich das Gericht entschließt, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen.

Beruft sich die von der Änderung belastete Partei dennoch auf Vertrauensschutz, kann sie diesen nicht gewährt bekommen. Eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung kann niemals in dem Beweisantritt entsprechend bisheriger Rechtsprechung zu sehen sein, da hier sofort der Hinweis des Gerichts auf die geänderte Rechtsprechung erfolgen müsste und damit das Vertrauen in die frühere Rechtsprechung zerstört würde. Als weiterer Anknüpfungspunkt käme dann nur das bloße Eingehen des Rechtsstreits an sich in Betracht, welches ausschließlich die fehlerhafte Einschätzung des Prozessrisikos betrifft.

Ein Beispiel für eine derartige Sachverhaltskonstellation bietet eine Entscheidung vom 04.10.2003, mit welcher der 9. Senat seine Rechtsprechung bezüglich der Darlegungs- und Beweislast im Zusammenhang mit der Erteilung eines gut durchschnittlichen Arbeitszeugnisses zu Lasten des klagenden Arbeitnehmers änderte.⁴⁷⁵ Entgegen der früheren Rechtsprechung habe der Arbeitnehmer die Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, die eine bessere Schlussbeurteilung rechtfertigten, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Zeugnis eine gut durchschnittliche Gesamtleistung bescheinigt habe.⁴⁷⁶ Der Arbeitnehmer unterlag, weil er diesen Erfordernissen nicht gerecht wurde.

In den Fällen, in denen die von der Rechtsprechungsänderung benachteiligte Partei gar keine Einflussmöglichkeit hat, weil nur die Darlegungslast der anderen Partei modifiziert wird, ist ebenfalls keine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung denkbar.

Am 20.04.2004 nahm der 10. Senats eine Rechtsprechungsänderung zu Lasten des beklagten Betriebes vor, wonach eine klagende Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes in Fällen, in denen sie Auskunftsansprüche und für den Fall der nicht rechtzeitigen Erteilung Entschädigung geltend mache, entgegen einer früheren Entscheidung⁴⁷⁷ nicht mehr jede Einzelheit der behaupteten Tätigkeiten nach Zeit, Ort, Auftraggeber und verwendeten Arbeitsmitteln darlegen müsse.⁴⁷⁸ Die Rechtsprechungsänderung erging zu Lasten des beklagten Betriebes, der sich im Vertrauen auf die bisherige Rechtsprechung allenfalls auf den Rechtsstreit hätte einlassen können.

Im untersuchten Zeitraum fanden sich insgesamt fünf derartiger Rechtsprechungsänderungen,⁴⁷⁹ vgl. Anhang 7 e).

(cc) Änderungen des revisionsrechtlichen Prüfungsumfangs

Änderungen des revisionsrechtlichen Prüfungsumfangs können allenfalls Einfluss auf das „Ob“ der Revisionseinlegung haben. Damit beschränkt sich die Vertrauensbestätigung ebenfalls auf die fehlerhafte Einschätzung des Prozessrisikos.

⁴⁷⁵ BAG, 04.10.2003 - 9 AZR 12/03 = AP Nr. 28 zu § 630 BGB.

⁴⁷⁶ BAG, 04.10.2003 - 9 AZR 12/03 = AP Nr. 28 zu § 630 BGB.

⁴⁷⁷ BAG, 16.01.1991 - 4 AS 7/90 = AP Nr. 1 zu § 13 ArbGG 1979.

⁴⁷⁸ BAG, 20.04.2004 - 10 AZR 370/03 = AP Nr. 264 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

⁴⁷⁹ BAG, 17.09.1998 - 8 AZR 175/97 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mankohaftung (1. Rechtsprechungsänderung); BAG, 04.10.2003 - 9 AZR 12/03 = AP Nr. 28 zu § 630 BGB; BAG, 20.04.2004 - 10 AZR 370/03 = AP Nr. 264 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; BAG, 13.07.2005 - 5 AZR 389/04 = AP Nr. 25 zu § 3 EntgeltFG; BAG, 07.05.2008 - 7 AZR 90/07 = NZA-RR 2009, 195.

Ein Beispiel für einen solchen Fall bietet eine Rechtsprechungsänderung des 10. Senats vom 08.03.2006.⁴⁸⁰ Danach sollten Prozessvergleiche entgegen einer früheren Entscheidung⁴⁸¹ in der Regel nichttypische Erklärungen darstellen und damit revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbar sein.⁴⁸²

Im Untersuchungszeitraum fanden sich hierfür zwei Beispiele,⁴⁸³ vgl. Anhang 7 f).

(dd) Änderungen einflussunabhängiger Tatbestandsvoraussetzungen

Mit der Gruppe von Änderungen hinsichtlich einflussunabhängiger Tatbestandsvoraussetzungen einer Norm oder richterrechtlicher Vorgaben sind Fälle gemeint, in denen das Gericht eine Änderung bezüglich bestimmter Tatbestandsvoraussetzungen vornimmt, auf welche die von der Änderung belastete Partei keinen Einfluss hat.

(aaa) Einflussunabhängige Kündigungsvoraussetzungen

Ganz besonders häufig waren in diesem Zusammenhang Rechtsprechungsänderungen, die im Rahmen kündigungsrechtlicher Streitigkeiten zu Lasten gekündigter und dagegen klagender Arbeitnehmer ergingen und Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Kündigung betrafen, auf die der Arbeitnehmer keine Einflussmöglichkeit hatte. Die Vertrauensbetätigung konnte in diesen Fällen nur darin bestehen, dass der Rechtsstreit in falscher Abschätzung des Prozessrisikos eingegangen worden war.

Eines der besten Beispiele hierfür bietet eine Entscheidung des 2. Senats vom 21.06.1995.⁴⁸⁴ Der Senat entschied, dass für den Fall einer außerordentlichen betriebsbedingten Änderungskündigung im Rahmen der Prüfung des § 626 BGB im Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung nicht mehr auf die fiktive Kündigungsfrist abzustellen sei.⁴⁸⁵ Ein weiteres Beispiel ist eine Rechtsprechungsänderung des 2. Senats vom 25.02.1998, nach der die fehlerhafte Einleitung des Verfahrens zur Personalratsbeteiligung bei einer Kündigung entgegen der früheren Rechtsprechung nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führe, wenn der Personalrat den Fehler nicht gerügt, sondern zu der beabsichtigten Kündigung abschließend Stellung genommen habe.⁴⁸⁶ Ebenfalls an dieser Stelle zu nennen ist eine Rechtsprechungsänderung des 2. Senats vom 15.11.2001 zu Lasten eines außerordentlich gekündigten und dagegen klagenden schwerbehinderten Arbeitnehmers, wonach die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zu der außerordentlichen Kündigung vor Ablauf der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht mehr zur Folge haben sollte, dass der Arbeitgeber unverzüglich kündigen müsse, sondern dieser die Kündigungserklärungsfrist von zwei Wochen voll ausschöpfen könne.⁴⁸⁷ In diesem Fall hatte sich der Arbeitnehmer sogar ausdrücklich auf die frühere Entscheidungsregel berufen.⁴⁸⁸

⁴⁸⁰ BAG, 08.03.2006 - 10 AZR 349/05 = AP Nr. 79 zu § 74 HGB.

⁴⁸¹ BAG, 31.07.2002 - 10 AZR 513/01 = AP Nr. 74 zu § 74 HGB.

⁴⁸² BAG, 08.03.2006 - 10 AZR 349/05 = AP Nr. 79 zu § 74 HGB.

⁴⁸³ BAG, 08.03.2006 - 10 AZR 349/05 = AP Nr. 79 zu § 74 HGB; BAG, 28.06.2006 - 10 AZR 385/05 = AP Nr. 74 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

⁴⁸⁴ BAG, 21.06.1995 - 2 ABR 28/94 = AP Nr. 36 zu § 15 KSchG 1969.

⁴⁸⁵ BAG, 21.06.1995 - 2 ABR 28/94 = AP Nr. 36 zu § 15 KSchG 1969.

⁴⁸⁶ BAG, 25.02.1998 - 2 AZR 226/97 = AP Nr. 2 zu § 72a LPVG NW.

⁴⁸⁷ BAG, 15.11.2001 - 2 AZR 380/00 = AP Nr. 45 zu § 626 BGB Ausschlussfrist.

⁴⁸⁸ BAG, 15.11.2001 - 2 AZR 380/00 = AP Nr. 45 zu § 626 BGB Ausschlussfrist, unter B. II. 1. b) der Gründe.

Im untersuchten Zeitraum fanden sich insgesamt elf solcher Rechtsprechungsänderungen,⁴⁸⁹ vgl. Anhang 7 g).

(bbb) Einflussunabhängige Anspruchsvoraussetzungen

Zu der Gruppe von Änderungen hinsichtlich einflussunabhängiger Tatbestandsvoraussetzungen einer Norm oder richterrechtlicher Vorgaben gehören auch Rechtsprechungsänderungen, die zu Lasten einer Partei ergingen, die einen Anspruch geltend macht, jedoch von Anfang an keine Möglichkeit zur Beeinflussung der von der Änderung betroffenen Anspruchsvoraussetzung hatte.

Hierher gehört die Rechtsprechungsänderung des 6. Senats vom 27.05.2004 zu Lasten einer aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedenen und auf Abfindung klagenden Arbeitnehmerin. Nach der geänderten Ansicht falle der geltend gemachte Abfindungsanspruch der Arbeitnehmerin weg, wenn nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses rückwirkend eine Rente wegen Erwerbsunfähigkeit bewilligt werde und zwar entgegen früherer Rechtsprechung auch dann, wenn der Rentenanspruch schon im gekündigten Arbeitsverhältnis entstanden sei, da es vom Zufall abhängt, ob der Rentenbescheid im laufenden Arbeitsverhältnis oder erst danach zugehe.⁴⁹⁰ Ein weiteres, etwas anders gelagertes Beispiel liefert eine Entscheidung vom 06.11.2007, in welcher der 1. Senat die Zulässigkeit der Teilkündigung einer Betriebsvereinbarung zu beurteilen hatte.⁴⁹¹ Der Arbeitnehmer hatte von der Beklagten die Zahlung eines Fahrtkostenzuschusses verlangt. Er machte geltend, dieser Anspruch folge aus einer Betriebsvereinbarung von 1974 in der Fassung, die diese durch einen Nachtrag, u.a. zum Fahrtkostenzuschuss, vom 29.02.1980 erhalten habe. Diesen Nachtrag hatte die Beklagte jedoch zum 31.03.2005 gekündigt. Der Kläger hielt diese Teilkündigung für unzulässig.⁴⁹² Der 1. Senat entschied zu Lasten des klagenden Arbeitnehmers, dass eine Teilkündigung entgegen der früheren Rechtsprechung⁴⁹³ neben der Selbständigkeit des Regelungskomplexes nicht zusätzlich den erkennbaren Willen der Betriebsparteien voraussetze, ein rechtlich eigenständiges Schicksal der Regelungskomplexe zu ermöglichen. Vielmehr müssten umgekehrt die Betriebsparteien, welche die Teilkündigung von selbständigen Regelungen zu unterschiedlichen Angelegenheiten in einer Betriebsvereinbarung verhindern wollten, dies in der Betriebsvereinbarung deutlich zum Ausdruck bringen.⁴⁹⁴ In diesem Fall war dem Kläger eine Vertrauensbetätigung außer der des Eingehens des Rechtsstreits unmöglich, da er keinerlei Einfluss auf die Kündigung der Betriebsvereinbarung hatte. Es wäre der Beklagten sogar möglich gewesen, die komplette Betriebsvereinbarung zu kündigen.

⁴⁸⁹ BAG, 21.06.1995 - 2 ABR 28/94 = AP Nr. 36 zu § 15 KSchG 1969; BAG, 26.10.1995 - 2 AZR 743/94 = AP Nr. 8 zu § 79 BPersVG; BAG, 25.04.1996 - 2 AZR 609/95 = AP Nr. 78 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG, 05.02.1998 - 2 AZR 227/97 = AP Nr. 143 zu § 626 BGB; BAG, 25.02.1998 - 2 AZR 226/97 = AP Nr. 2 zu § 72a LPVG NW; BAG, 15.11.2001 - 2 AZR 380/00 = AP Nr. 45 zu § 626 BGB Ausschlussfrist; BAG, 13.05.2004 - 2 AZR 329/03 = AP Nr. 140 zu § 102 BetrVG 1972; BAG, 27.10.2005 - 6 AZR 5/05 = AP Nr. 4 zu § 22 InsO (Hinzukommt bei dieser Entscheidung, dass die entgegenstehende Auffassung nur in einem *obiter dictum* der Ausgangsentscheidung enthalten und zudem missverständlich war); BAG, 09.11.2006 - 2 AZR 812/05 = AP Nr. 87 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; BAG, 23.04.2009 - 6 AZR 516/08 = AP Nr. 161 zu § 102 BetrVG 1972; ähnlich auch BAG, 10.10.2002 - 2 AZR 240/01 = AP Nr. 45 zu § 9 KSchG 1969.

⁴⁹⁰ BAG, 27.05.2004 - 6 AZR 409/03 = AP Nr. 2 zu § 59 BAT-O.

⁴⁹¹ BAG, 06.11.2007 - 1 AZR 826/06 = AP Nr. 35 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung.

⁴⁹² BAG, 06.11.2007 - 1 AZR 826/06 = AP Nr. 35 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung, Tatbestand.

⁴⁹³ BAG, 17.04.1959 - 1 AZR 83/58 = AP Nr. 1 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip; BAG, 29.05.1964 - 1 AZR 281/63 = AP Nr. 24 zu § 59 BetrVG.

⁴⁹⁴ BAG, 06.11.2007 - 1 AZR 826/06 = AP Nr. 35 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung.

Im Untersuchungszeitraum fanden sich insgesamt fünf derartiger Rechtsprechungsänderungen,⁴⁹⁵ vgl. Anhang 7 h).

(ccc) Verjährungsfristen

Unmöglich ist eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung ferner bei einer Änderung der Verjährungsfristen *zu Lasten* des *beklagten Schuldners*. Der Beklagte kann sich in einem solchen Fall zwar im Prozess darauf berufen, dass der Anspruch des Klägers nach bisheriger Rechtsprechung verjährt wäre. Als vertrauensschutzrelevante Vertrauensdisposition kommt jedoch nur das Eingehen des Rechtsstreits im Vertrauen darauf, dass der Anspruch ohnehin verjährt ist, in Betracht. Hier wäre wiederum nur das Prozessrisiko betroffen, so dass eine solche Vertrauensbetätigung nicht vertrauensschutzrelevant ist.

Derartige Änderungen stellen im Grunde einen speziellen Fall der Änderungen von einflussunabhängigen Anspruchsvoraussetzungen dar.

Das einzige Beispiel aus dem Untersuchungszeitraum bietet die Rechtsprechungsänderung des 10. Senats vom 25.11.2009,⁴⁹⁶ vgl. Anhang 7 i).

Hier wurde die Verjährung von Beitragsansprüchen der Sozialkassen des Baugewerbes, welche mit dem Schluss der Jahre 2001 beziehungsweise 2002 fällig wurden, im Gegensatz zur früheren Ansicht des Senats⁴⁹⁷ nicht anhand der Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 6 EGBGB zum neuen Verjährungsrecht berechnet, sondern gemäß § 25 Abs. 4 VTV in der Fassung des Tarifvertrags vom 04.07.2002, in Kraft seit dem 01.09.2002. Die Rechtsprechungsänderung erfolgte deshalb zu Lasten des Beklagten, weil die Verjährungsfrist des VTV länger als die neue regelmäßige Verjährungsfrist des BGB war.⁴⁹⁸

Der umgekehrte Fall, in dem eine Verjährungsfrist zu Lasten des klagenden Gläubigers verkürzt wird, ist dagegen vertrauensschutzrelevant. Hier ist denkbar, dass der Gläubiger entsprechend der bisherigen Rechtsprechung auf eine längere Verjährungsfrist vertraut, dementsprechend erst später Klage erhebt und damit möglicherweise die Verjährungsfrist versäumt. Die Klageerhebung im Vertrauen auf die bisherige Rechtsprechung betrifft dann nicht nur das Prozessrisiko, sondern führt dazu, dass der materielle Anspruch nicht mehr durchsetzbar ist. Die Art und Weise, wie der Rechtsstreit eingegangen wird, führt die Umstände herbei, die zum Prozessverlust führen. Dies stellt eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung dar.

⁴⁹⁵ BAG, 06.12.1995 - 5 AZR 307/94 = AP Nr. 9 zu § 1 GesamthafenbetriebsG; BAG, 25.02.1998 - 10 AZR 482/97 (nicht veröffentlicht); BAG, 27.05.2004 - 6 AZR 409/03 = AP Nr. 2 zu § 59 BAT-O; BAG, 26.04.2006 - 5 AZR 403/05 = AP Nr. 188 zu § 4 TVG Ausschlussfristen; BAG, 06.11.2007 - 1 AZR 826/06 = AP Nr. 35 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung.

⁴⁹⁶ BAG, 25.11.2009 - 10 AZR 737/08 = AP Nr. 317 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

⁴⁹⁷ BAG, 28.05.2008 - 10 AZR 358/07 = AP Nr. 301 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; BAG 01.04.2009 - 10 AZR 134/08 (Entscheidungsgründe nicht veröffentlicht).

⁴⁹⁸ Für die mit dem Schluss des Jahres 2001 fällig gewordenen Ansprüche ist Ende der Verjährungsfrist nach dem VTV der 31.12.2005, nach Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB der 31.12.2004; für die mit dem Schluss des Jahres 2002 fälligen Ansprüche ist Ende der Verjährungsfrist nach dem VTV der 31.12.2006, nach Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB der 31.12.2005.

Dies kann anhand der Entscheidung des 9. Senats vom 11.04.2000 veranschaulicht werden.⁴⁹⁹ Darin ging es um die Frage, ob die kurze, dreimonatige Verjährungsfrist des § 61 Abs. 2 HGB unabhängig von der jeweiligen Anspruchsgrundlage für sämtliche Schadenersatz- und Herausgabeansprüche eines Dienstberechtigten gelten solle. In der Änderungsentscheidung entschied der 9. Senat, dass er, soweit der 3. Senat den Gerechtigkeitsgehalt des § 61 Abs. 2 HGB in einer früheren Entscheidung als „nicht sonderlich eindrucksvoll“ angesehen und deshalb dessen Anwendungsbereich eingeschränkt habe,⁵⁰⁰ diese Ansicht als nunmehr für dieses Rechtsgebiet zuständiger Fachsenat aufgabe.⁵⁰¹ Er wendete die Verjährungsfrist des § 62 Abs. 2 HGB an, was zum Nachteil der Klägerin dazu führte, dass der Anspruch verjährt und die Klage somit unbegründet war.

Es ist anzumerken, dass das Bundesarbeitsgericht bis zu diesem Zeitpunkt offengelassen hatte, ob die dreimonatige Verjährungsfrist des § 61 Abs. 2 HGB auch dann angewendet werden könne, wenn der Tatbestand des § 826 BGB erfüllt wäre.⁵⁰² Der Äußerung, der Gerechtigkeitsgehalt des § 61 Abs. 2 HGB sei „nicht sonderlich eindrucksvoll“, lässt keine klare Haltung zur Anwendbarkeit des § 61 Abs. 2 HGB in diesen Fällen erkennen. Schützenswert wäre ein möglicherweise betätigtes Vertrauen in diesem konkreten Fall also wohl nicht gewesen. Dennoch verdeutlicht die Entscheidung die Möglichkeit von Sachverhaltskonstellationen, in denen das Thema Vertrauensschutz relevant werden kann.

(ddd) Änderungen bezüglich der Bewertung bestimmter Sachverhalte

Im Verlauf der Entscheidungsanalyse stellte sich weiter heraus, dass es auch Rechtsprechungsänderungen im Bezug auf die Bewertung bestimmter Sachverhalte gibt, bei denen keine vertrauensschutzrelevanten Vertrauensbetätigungen möglich sind.

Unmöglich war eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung etwa in dem Fall, in dem entgegen bisheriger Rechtsprechung entschieden wurde, dass bei der Beurteilung einer krankheitsbedingten Kündigung allein auf den Kündigungszeitpunkt abzustellen sei und die spätere Entwicklung einer Krankheit nach Ausspruch der Kündigung nicht zur Bestätigung oder Korrektur der Prognose verwertet werden könne.⁵⁰³

Im untersuchten Zeitraum gab es hierfür insgesamt zwei Beispiele,⁵⁰⁴ vgl. Anhang 7 j).

(3) Änderung ohne Einfluss auf das Parteiverhalten

Neben Fällen fehlender Ergebnisrelevanz und Fällen unmöglicher vertrauensschutzrelevanter Vertrauensbetätigungen kann die Vertrauensschutzrelevanz einer rechtsprechungsändernden Entscheidung auch davon abhängen, ob die Änderung überhaupt Einfluss auf das Verhalten einer Partei haben kann. Hierzu gehören Fälle, in denen sich eine Partei nicht anders verhalten hätte, selbst wenn diese die Änderung hätte vorhersehen können. Hierfür fand sich im Untersuchungszeitraum nur ein Beispiel, vgl. Anhang 7 k):

⁴⁹⁹ BAG, 11.04.2000 - 9 AZR 131/99 = AP Nr. 3 zu § 61 HGB.

⁵⁰⁰ BAG, 16.01.1975 - 3 AZR 72/74 = AP Nr. 8 zu § 60 HGB.

⁵⁰¹ BAG, 11.04.2000 - 9 AZR 131/99 = AP Nr. 3 zu § 61 HGB.

⁵⁰² BAG, 28.01.1986 - 3 AZR 449/84 = AP Nr. 2 zu § 61 HGB.

⁵⁰³ BAG, 29.04.1999 - 2 AZR 431/98 = AP Nr. 36 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

⁵⁰⁴ BAG, 26.06.1997 - 2 AZR 494/96 = AP Nr. 86 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG, 29.04.1999 - 2 AZR 431/98 = AP Nr. 36 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

In einer Rechtsprechungsänderung des 1. Senats vom 11.07.2000 ging es um die Frage, ob § 103 BetrVG bei der Versetzung eines Betriebsratsmitglieds gegen dessen Willen analog anzuwenden sei. Der Senat entschied, dass die Vorinstanzen zu Recht die Erforderlichkeit einer Zustimmung nach § 103 BetrVG verneint hätten. § 103 BetrVG sei entgegen den „zur Diskussion gestellten Erwägungen“ der Ausgangsentscheidung nicht auf die Versetzung eines Betriebsratsmitglieds kraft Direktionsrechts analog anzuwenden.⁵⁰⁵ Die Rechtsprechungsänderung ging also allenfalls zu Lasten des Betriebsrats, der in diesem Verfahren Antragsgegner war. Doch unabhängig von der Tatsache, dass es sich bei den Aussagen der Ausgangsentscheidung nur um „zur Diskussion gestellte Erwägungen“⁵⁰⁶ handelte, was möglicherweise schon die Entstehung schützenswerten Vertrauens verhinderte, schied die Möglichkeit einer vertrauensschutzrelevanten Vertrauensbetätigung des Betriebsrats in dieser Fallkonstellation aus, da eine Zustimmungsverweigerung in jedem Fall erfolgt wäre.

Desweiteren sind in dieser Gruppe rechtsprechungsändernde Entscheidungen anzusiedeln, in denen die Ausgangsentscheidungen zeitlich nach der Handlung, die sonst als Vertrauensbetätigung zu sehen sein könnte, ergehen. Im Untersuchungszeitraum fand sich hierfür kein Beispiel, deshalb wird an dieser Stelle auf eine Entscheidung vom 07.07.2010 verwiesen.⁵⁰⁷ Dort ging es um die Frage, wie eine bestimmte Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag auszulegen sei. Die beklagte Arbeitnehmerin wollte diese im Sinne einer früheren Rechtsprechung verstanden wissen. Der Senat äußerte, es sei nicht ersichtlich, inwieweit die Beklagte bei Abschluss des Arbeitsvertrages am 12.03.2004 auf die erst später ergangene Ausgangsentscheidung vertraut haben wolle.⁵⁰⁸

(4) Sonderfall: Änderungen hinsichtlich der Rechtsfolgenseite

Die Vertrauensschutzrelevanz einer Rechtsprechungsänderung hängt auch davon ab, ob die Tatbestandsvoraussetzungen oder nur die Rechtsfolgen einer Norm betroffen sind.⁵⁰⁹ Wenn sich eine Partei auf eine richterliche Aussage zu bestimmten Tatbestandsvoraussetzungen und damit zur Frage, ob sie sich dem Grunde nach im Recht oder Unrecht befindet, verlässt, ist dies etwas anderes, als wenn eine Partei nur auf eine bestimmte Sanktionsregelung für rechtswidriges Verhalten vertraut.⁵¹⁰ In einem solchen Fall wird man ihr ein berechtigtes Vertrauensschutzinteresse absprechen müssen.⁵¹¹ Eine Ausnahme soll allenfalls im Bereich des Strafrechts im Hinblick auf die Intensität der in das Rechtsgut der Freiheit möglichen Eingriffe gelten.⁵¹² Für diese Fälle fanden sich im Untersuchungszeitraum zwei Beispiele, vgl. Anhang 7 I):

Kein berechtigtes Vertrauensschutzinteresse besteht also, wenn der Arbeitgeber im Anschluss an eine Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung anfight

⁵⁰⁵ BAG, 11.07.2000 - 1 ABR 39/99 = AP Nr. 44 zu § 103 BetrVG 1972, unter B. II. 2. b) aa) der Gründe.

⁵⁰⁶ BAG, 11.07.2000 - 1 ABR 39/99 = AP Nr. 44 zu § 103 BetrVG 1972, unter B. II. 2. b) aa) der Gründe.

⁵⁰⁷ BAG, 07.07.2010 - 4 AZR 549/08 = AP Nr. 140 zu Art 9 GG.

⁵⁰⁸ BAG, 07.07.2010 - 4 AZR 549/08 = AP Nr. 140 zu Art 9 GG, unter II. 5. der Gründe.

⁵⁰⁹ *Knittel*, Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1965, S. 57 ff.

⁵¹⁰ *Knittel*, Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1965, S. 58.

⁵¹¹ *Knittel*, Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1965, S. 57.

⁵¹² *Knittel*, Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1965, S. 58; a.A. aber beispielsweise *Arndt*, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974, S. 44 ff. m.w.N., der strafverschärfende Rechtsprechungsänderungen zurückwirken lassen will.

und die Entgeltfortzahlung verweigert und das Gericht, anders als bisher⁵¹³, keinen Grund mehr sieht, in einem solchen Fall von der Regelfolge rückwirkender Anfechtung abzuweichen.⁵¹⁴ Der von der Rechtsprechungsänderung belastete Arbeitnehmer kann sich kaum darauf berufen, er hätte die arglistige Täuschung im Hinblick darauf begangen, dass der Arbeitsvertrag im Fall der Anfechtung entsprechend der bisherigen Rechtsprechung als *ex nunc* nichtig behandelt werden würde.⁵¹⁵

Gleiches gilt bei einer Rechtsprechungsänderung zu Lasten des beklagten Arbeitgebers, wonach der Arbeitnehmer, anders als bisher, Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 S. 1 BGB nicht mehr nur aus dem sich aus dem Bruttobetrag ergebenden Nettobetrag, sondern aus der geschuldeten Bruttovergütung verlangen kann.⁵¹⁶

(5) Ergebnis und Diskussion

Da sich die Aufzählung der Beispiele fehlender Vertrauensschutzrelevanz aus der Durchsicht der ausdrücklich rechtsprechungsändernden Entscheidungen des Untersuchungszeitraums ergab, erhebt sie keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Sie beweist allerdings, dass es eine Vielzahl von Rechtsprechungsänderungen gibt, die keine Vertrauensschutzrelevanz besitzen.

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wiesen 67 von 115 Rechtsprechungsänderungen keine Vertrauensschutzrelevanz auf. Dies entspricht einem Anteil von 58,3%. Davon hatte die Rechtsprechungsänderung in 29 Fällen keine belastenden Auswirkungen auf die Parteien.⁵¹⁷ In 35 Fällen war

⁵¹³ BAG, 18.04.1968 - 2 AZR 145/67 = AP Nr. 32 zu § 63 HGB; BAG, 16.09.1982 - 2 AZR 228/80 = AP Nr. 24 zu § 123 BGB; BAG, 20.02.1986 - 2 AZR 244/85 = AP Nr. 31 zu § 123 BGB.

⁵¹⁴ BAG, 03.12.1998 - 2 AZR 754/97 = AP Nr. 49 zu § 123 BGB.

⁵¹⁵ BAG, 03.12.1998 - 2 AZR 754/97 = AP Nr. 49 zu § 123 BGB, unter II. 3. a) cc) der Gründe: „Wer den Abschluß des Arbeitsvertrages durch eine arglistige Täuschung erschlichen hat, kann nicht darauf vertrauen, daß das Arbeitsverhältnis auch für die Zeit, in der es nicht mehr praktiziert worden ist, bis zur Anfechtungserklärung des Arbeitgebers als rechtsbeständig behandelt wird. Würde man der Anfechtung auch in einem solchen Falle nur Wirkung für die Zukunft beilegen, so würde man dem Täuschenden damit zu einem unbilligen und durch nichts zu rechtfertigenden Vorteil verhelfen.“

⁵¹⁶ BAG, 07.03.2001 - GS 1/00 = AP Nr. 4 zu § 288 BGB.

⁵¹⁷ BAG, 15.03.1995 - 7 AZR 643/94 = AP Nr. 105 zu § 37 BetrVG 1972; BAG, 31.10.1995 - 1 AZR 372/95 = AP Nr. 29 zu § 72 ArbGG 1979; BAG, 10.07.1996 - 4 AZR 139/95 = AP Nr. 29 zu §§ 22, 23 BAT Sozialarbeiter; BAG, 07.02.1996 - 1 AZR 657/95 = AP Nr. 85 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG, 08.05.1996 - 5 AZR 315/95 = AP Nr. 23 zu § 618 BGB; BAG, 12.09.1996 - 5 AZR 104/95 = AP Nr. 122 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten; BAG, 09.12.1997 - 1 AZR 319/97 = AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt (1. Rechtsprechungsänderung); BAG, 09.12.1997 - 1 AZR 319/97 = AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt (2. Rechtsprechungsänderung); BAG, 19.02.1998 - 6 AZR 367/96 = AP Nr. 25 zu § 4 TVG Rationalisierungsschutz; BAG, 17.09.1998 - 8 AZR 175/97 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mankohaftung (2. Rechtsprechungsänderung); BAG, 11.03.1999 - 2 AZR 461/98 = AP Nr. 12 zu § 17 KSchG 1969; BAG, 26.05.1999 - 5 AZR 664/98 = AP Nr. 10 zu § 35 GmbHG; BAG, 08.03.2000 - 7 ABR 11/98 = AP Nr. 132 zu § 37 BetrVG 1972; BAG, 11.07.2000 - 1 ABR 43/99 = AP Nr. 2 zu § 109 BetrVG 1972; BAG, 19.03.2002 - 9 AZR 109/01 = PflR 2002, 374; BAG, 27.06.2002 - 2 ABR 22/01, AP Nr. 47 zu § 103 BetrVG 1972; BAG, 14.08.2002 - 7 AZR 469/01 = AP Nr. 20 zu § 620 BGB Altersgrenze; BAG, 19.02.2003 - 4 AZR 158/02 = ZTR 2003, 511; BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 = AP Nr. 4 zu § 55 InsO (1. Rechtsprechungsänderung); BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 = AP Nr. 4 zu § 55 InsO (2. Rechtsprechungsänderung); BAG, 19.11.2003 - 7 ABR 24/03 = AP Nr. 54 zu § 19 BetrVG 1972; BAG, 13.05.2004 - 8 AZR 198/03 = AP Nr. 264 zu § 613a BGB; BAG, 27.05.2004 - 6 AZR 129/03 = AP Nr. 5 zu § 1 TVG Gleichbehandlung; BAG, 20.07.2004 - 9 AZR 369/03 = EzA § 1 AEntG Nr. 4; BAG, 27.04.2006 - 2 AZR 360/05 = AP Nr. 55 zu § 9 KSchG 1969; BAG, 19.12.2006 - 9 AZR 294/06 = AP Nr. 21 zu § 611 BGB Sachbezüge; BAG, 03.04.2007 - 9 AZR 283/06 = AP Nr. 21 zu § 2 BAT SR 21; BAG, 06.11.2007 - 1 AZR 960/06 = AP Nr. 190 zu § 112 BetrVG 1972; BAG, 22.04.2009 - 4 AZR 100/08 = AP Nr. 371 zu § 613a BGB.

eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung unmöglich.⁵¹⁸ Einmal war die Änderung ohne Einfluss auf das Parteiverhalten.⁵¹⁹ Zweimal betraf die Änderung nur die Rechtsfolgende.⁵²⁰

Daher können allein aus der Tatsache, dass nur in fünf der ausdrücklich rechtsprechungsändernden Fälle im Untersuchungszeitraum Vertrauensschutzüberlegungen zu finden waren, keine Rückschlüsse darauf gezogen werden, ob das Bundesarbeitsgericht das Thema Vertrauensschutz in den Entscheidungsgründen in der erforderlichen Weise behandelt.

bb. Rechtsprechungsänderungen mit möglicher Vertrauensschutzrelevanz

Zur Beantwortung dieser Frage bedurfte es der zusätzlichen inhaltlichen Analyse der Rechtsprechungsänderungen, die das Thema Vertrauensschutz nicht ansprachen, obwohl das Vorliegen der Vertrauensschutzrelevanz zumindest nicht denknotwendig ausgeschlossen war.

(1) Unwahrscheinlichkeit des Vorliegens einer Vertrauensbetätigung

Bei Durchsicht dieser Entscheidungen fielen solche auf, in denen eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung zwar *theoretisch möglich*, allerdings *in höchstem Maße unwahrscheinlich* war.

Ein Beispiel hierfür liefert ein Urteil des 7. Senats vom 15.04.1999.⁵²¹ Die Parteien hatten darüber gestritten, ob zwischen ihnen ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bestehe. Hinzu kam die Frage, ob das Arbeitsverhältnis nicht auch nach den Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes aufgelöst worden sei. Der Arbeitgeber hatte geltend gemacht, dass das Arbeitsverhältnis zu ihm, selbst bei der vom Arbeitnehmer geltend gemachten Unwirksamkeit der Befristung, beendet sei, weil es

⁵¹⁸ BAG, 21.06.1995 - 2 ABR 28/94 = AP Nr. 36 zu § 15 KSchG 1969; BAG, 26.10.1995 - 2 AZR 743/94 = AP Nr. 8 zu § 79 BPersVG; BAG, 06.12.1995 - 5 AZR 307/94 = AP Nr. 9 zu § 1 GesamthafenbetriebsG; BAG, 25.04.1996 - 2 AZR 609/95 = AP Nr. 78 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG, 13.06.1996 - 2 AZR 483/95 = AP Nr. 33 zu § 1 KSchG 1969; BAG, 26.09.1996 - 2 AZR 661/95 = AP Nr. 2 zu § 11 ArbGG 1979; BAG, 26.06.1997 - 2 AZR 494/96 = AP Nr. 86 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG, 05.02.1998 - 2 AZR 227/97 = AP Nr. 143 zu § 626 BGB; BAG, 25.02.1998 - 2 AZR 226/97 = AP Nr. 2 zu § 72a LPVG NW; BAG, 25.02.1998 - 10 AZR 482/97 (nicht veröffentlicht); BAG, 17.09.1998 - 8 AZR 175/97 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mankohaftung (1. Rechtsprechungsänderung); BAG, 11.12.1998 - 6 AZB 48/97 = AP Nr. 30 zu § 64 ArbGG 1979; BAG, 29.04.1999 - 2 AZR 431/98 = AP Nr. 36 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG, 21.06.2000 - 5 AZR 782/98 = AP Nr. 60 zu § 256 ZPO 1977; BAG, 07.11.2000 - 1 ABR 55/99 = AP Nr. 22 zu Art 56 ZA-Nato-Truppenstatut; BAG, 07.12.2000 - 2 AZR 459/99 = AP Nr. 23 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung; BAG, 15.11.2001 - 2 AZR 380/00 = AP Nr. 45 zu § 626 BGB Ausschlussfrist; BAG, 10.10.2002 - 2 AZR 240/01 = AP Nr. 45 zu § 9 KSchG 1969; BAG, 20.08.2003 - 5 AZB 79/02 = AP Nr. 58 zu § 5 ArbGG 1979; BAG, 04.10.2003 - 9 AZR 12/03 = AP Nr. 28 zu § 630 BGB; BAG, 20.04.2004 - 10 AZR 370/03 = AP Nr. 264 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; BAG, 13.05.2004 - 2 AZR 329/03 = AP Nr. 140 zu § 102 BetrVG 1972; BAG, 27.05.2004 - 6 AZR 409/03 = AP Nr. 2 zu § 59 BAT-O; BAG, 13.07.2005 - 5 AZR 389/04 = AP Nr. 25 zu § 3 EntgeltFG; BAG, 27.10.2005 - 6 AZR 5/05 = AP Nr. 4 zu § 22 InsO; BAG, 08.03.2006 - 10 AZR 349/05 = AP Nr. 79 zu § 74 HGB; BAG, 26.04.2006 - 5 AZR 403/05 = AP Nr. 188 zu § 4 TVG Ausschlussfristen; BAG, 28.06.2006 - 10 AZR 385/05 = AP Nr. 74 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; BAG, 09.11.2006 - 2 AZR 812/05 = AP Nr. 87 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; BAG, 13.03.2007 - 1 ABR 24/06 = AP Nr. 21 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit; BAG, 06.11.2007 - 1 AZR 826/06 = AP Nr. 35 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung; BAG, 09.04.2008 - 4 AZR 104/07 = AP Nr. 43 zu § 1 TVG; BAG, 07.05.2008 - 7 AZR 90/07 = NZA-RR 2009, 195; BAG, 23.04.2009 - 6 AZR 516/08 = AP Nr. 161 zu § 102 BetrVG 1972; BAG, 25.11.2009 - 10 AZR 737/08 = AP Nr. 317 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

⁵¹⁹ BAG, 11.07.2000 - 1 ABR 39/99 = AP Nr. 44 zu § 103 BetrVG 1972.

⁵²⁰ BAG, 03.12.1998 - 2 AZR 754/97 = AP Nr. 49 zu § 123 BGB; BAG, 07.03.2001 - GS 1/00 = AP Nr. 4 zu § 288 BGB.

⁵²¹ BAG, 15.04.1999 - 7 AZR 437/97 = AP Nr. 1 zu § 13 AÜG.

nach den Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes auf einen neuen Arbeitnehmer übergegangen sei.

Entgegen einer früheren Entscheidung des 2. Senats⁵²² nahm der 7. Senat an, dass die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Entleiher bei einer nach § 1 Abs. 2 AÜG als Arbeitsvermittlung zu bewertenden nichtgewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nicht zur Beendigung des mit dem Verleiher begründeten Arbeitsverhältnisses führe. Zwar habe nach bisheriger Rechtsprechung vor Aufhebung des § 13 AÜG bei einer als unerlaubten Arbeitsvermittlung anzusehenden Überlassung nach § 1 Abs. 2 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Entleiher entstehen können, daraus lasse sich allerdings keine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Verleiher herleiten, da dies dem Schutzgedanken widerspreche, welcher der Rechtsprechung zur Anwendung des damaligen § 13 AÜG zugrunde liege.

In diesem Fall war eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung praktisch unmöglich. Diese hätte vorausgesetzt, dass der Arbeitgeber im Vertrauen auf die Ausgangsentscheidung den Arbeitnehmer einem anderen Arbeitgeber überlassen hätte, um sich auf diesem Weg von dem Arbeitsverhältnis zu lösen, obwohl er in erster Linie von einer wirksamen Befristung ausgegangen war.⁵²³

Hierher gehören auch Entscheidungen, in denen zu Lasten einer Partei an bestimmte Handlungen ein anderer Prüfungsmaßstab als bisher angelegt wird. Auch in solchen Fällen ist eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung praktisch unmöglich.

Beispielsweise entschied sich der 4. Senat in einer rechtsprechungsändernden Entscheidung vom 17.04.2002 bei der Frage, ab wann die vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit nach § 24 BAT unwirksam sei, dafür, eine „doppelte Billigkeitsprüfung“ statt wie bisher eine „Rechtsmissbrauchsprüfung“ vorzunehmen.⁵²⁴ Unabhängig davon, ob sich die Änderung im konkreten Fall auf das Ergebnis auswirkte, ist es mehr als unwahrscheinlich, dass sich der Arbeitgeber bei Übertragung der Tätigkeit der bisherigen Rechtsprechung bewusst war und seine Handlungen den Erfordernissen des damaligen Prüfungsmaßstabs angepasst hatte.⁵²⁵

Im untersuchten Zeitraum gab es überdies eine ganze Reihe von Entscheidungen, in denen eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung allenfalls im Abschluss oder in der Durchführung des Arbeitsvertrags im Hinblick auf einen, wenn überhaupt erst sehr viel später entstehenden und von weiteren unsicheren Voraussetzungen abhängigen und daher kaum vorhersehbaren, Anspruch zu sehen sein konnte.

Beispiele für derartige Entscheidungen, sind Rechtsprechungsänderungen, die Eingruppierungsfragen betrafen und zu Lasten der klagenden Arbeitnehmer ergingen.⁵²⁶

⁵²² BAG, 10.02.1977 - 2 ABR 80/76 = AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972.

⁵²³ Dass dem nicht so war, beweist im konkreten Fall auch, dass die Argumentation des Arbeitgebers nur hilfsweise erfolgte, da er von einer wirksamen Befristung des Arbeitsvertrages ausgegangen war.

⁵²⁴ BAG, 17.04.2002 - 4 AZR 174/01 = AP Nr. 23 zu § 24 BAT.

⁵²⁵ Der Unterschied zu Änderungen hinsichtlich des revisionsrechtlichen Prüfungsrahmens besteht darin, dass hier die vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung zumindest abstrakt in der ursprünglich zu beurteilenden Handlung zu sehen sein könnte.

⁵²⁶ Im untersuchten Zeitraum waren dies BAG, 13.06.1996 - 6 AZR 858/94 = AP Nr. 45 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer; BAG, 14.09.2005 - 4 AZR 102/04 = AP Nr. 102 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer; BAG, 28.09.2005 - 10 AZR 593/04 = AP Nr. 279 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

Klagt ein Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber, weil er der Ansicht ist, seine derzeitige Tätigkeit unterfalle entsprechend der bisherigen Rechtsprechung einer höheren Vergütungsgruppe, und wird diese Rechtsprechung mit einem Mal geändert, so kann die einzig vorstellbaren Vertrauensbetätigungen, außer der des Eingehens des Rechtsstreits, darin gesehen werden, dass im Vertrauen auf die bisherige Rechtsprechung der Arbeitsvertrag geschlossen oder erfüllt worden ist. Allerdings ist es praktisch undenkbar, dass Abschluss oder Erfüllung des Arbeitsvertrages im Vertrauen auf die bisherige Rechtsprechung mit dem Ziel abgeschlossen werden, irgendwann in eine bestimmte Vergütungsgruppe eingruppiert zu werden.

Noch deutlicher wird der Gedanke anhand der Rechtsprechungsänderung des 10. Senats vom 12.07.1995, wonach die Zeit der Beschäftigungsverbote während der Mutterschutzfristen nach den §§ 3 und 6 MuSchG, entgegen früherer Entscheidungen von 5. und 10. Senat⁵²⁷, nicht als Zeit einer tatsächlichen Arbeitsleistung anzusehen sei, wenn eine tarifliche Regelung den Anspruch auf eine Jahressonderzahlung davon abhängig mache, dass der Arbeitnehmer im Berechnungszeitraum mindestens 21 Tage tatsächlich gearbeitet habe.⁵²⁸ Die Änderung erging zu Lasten der auf die jährliche Sonderzahlung klagenden Arbeitnehmerin. Eine Vertrauensbetätigung ist praktisch undenkbar, da nicht davon auszugehen ist, dass die Klägerin den Arbeitsvertrag im Hinblick auf einen möglicherweise in dieser Konstellation bestehenden Anspruch auf Sonderzahlung geschlossen hatte.

Eine Übersicht über die im Rahmen der Entscheidungsanalyse gefundenen Beispiele findet sich in Anhang 8 a).

In derartigen Fällen kann von der widerlegbaren Vermutung ausgegangen werden, dass keine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung erfolgt ist. Dies könnte die Nichtbehandlung des Themas Vertrauensschutz rechtfertigen. Ob es auch tatsächlich Hintergrund dafür ist, dass sich das Bundesarbeitsgericht nicht damit befasst hat, bleibt jedoch unklar.

(2) Unwahrscheinlichkeit der Entstehung schützenswerten Vertrauens

Daneben fand sich im untersuchten Zeitraum eine Vielzahl rechtsprechungsändernder Entscheidungen, bei denen die Möglichkeit der Entstehung schützenswerten Vertrauens zweifelhaft war, weil eine unsichere Rechtslage vorlag.⁵²⁹ Eine unsichere Rechtslage kann beispielsweise bestehen, wenn die Aussage der Ausgangsentscheidung nicht eindeutig ist, ein Gesetz oder ein Tarifvertrag geändert wurde, eine divergierende Rechtsprechung besteht oder erhebliche Kritik seitens der Literatur an der bisherigen Rechtsprechung zu finden ist. Beispiele hierfür finden sich in Anhang 8 b).

Möglicherweise wurde eine fehlende Vertrauensgrundlage von den entscheidenden Senaten als so offensichtlich eingestuft, dass eine Behandlung des Themas Vertrauensschutz aus diesem Grund unterblieb. Aus den jeweiligen Entscheidungsgründen ergibt sich dies nicht. Das Bundesarbeitsge-

⁵²⁷ BAG, 13.10.1982 - 5 AZR 370/80 = AP Nr. 114 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG, 08.10.1986 - 5 AZR 582/85 = AP Nr. 7 zu § 8a MuSchG 1968; BAG, 12.05.1993 - 10 AZR 528/91 = AP Nr. 156 zu § 611 BGB Gratifikation.

⁵²⁸ BAG, 12.07.1995 - 10 AZR 511/94 = AP Nr. 182 zu § 611 BGB Gratifikation.

⁵²⁹ BAG, 04.06.1997 - 2 AZR 526/96 = AP Nr. 137 zu § 626 BGB; BAG, 25.02.1998 - 7 ABR 11/97 = AP Nr. 8 zu § 8 BetrVG 1972; BAG, 22.01.2002 - 9 AZR 601/00 = AP Nr. 55 zu § 11 BUrlG; BAG, 11.04.2000 - 9 AZR 131/99 = AP Nr. 3 zu § 61 HGB; BAG, 16.01.2008 - 7 AZR 1090/06 = FA 2008, 147; BAG, 15.02.2005 - 9 AZR 51/04 = AP Nr. 6 zu § 12a TVG, BAG, 12.03.2008 - 4 AZR 93/07 = AP Nr. 35 zu §§ 22, 23 BAT-O, BAG, 27.08.2008 - 4 AZR 470/07 = AP Nr. 38 zu §§ 22, 23 BAT-O.

richt betont indessen immer wieder, dass eine Partei keinen Nachteil durch eine Rechtsprechungsänderung erleiden darf, wenn sie sich auf eine bestimmte Rechtsprechung einstellen *durfte*.⁵³⁰

(3) Fehlende Darlegung der Vertrauensbetätigung

Daneben gab es aber auch Entscheidungen, bei denen die Entstehung schützenswerten Vertrauens ebenso wie eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung an sich vorstellbar war und das Thema Vertrauensschutz dennoch nicht angesprochen wurde.

Teilweise lässt sich dies anhand der einer Vertrauensbetätigung widersprechenden Argumentation der von der Rechtsprechungsänderung belasteten Partei erklären, vgl. auch Anhang 8 c) aa):

So widerspricht etwa in einer Entscheidung des 7. Senats vom 16.01.2008 die Argumentation der von der Rechtsprechungsänderung belasteten Partei der Annahme einer Vertrauensbetätigung. Der Senat entschied, dass § 9 Abs. 5 ArbGG auf die Revisionsfrist bei der Zustellung eines Berufungsurteils mit fehlerhafter Rechtsmittelbelehrung nach Ablauf von fünf Monaten seit der Verkündung nach der durch das Gesetz zur Reform der Zivilprozessordnung vom 27.07.2001 mit Wirkung vom 01.01.2002 erfolgten Neufassung von § 74 Abs. 1 S. 2 ArbGG nicht mehr anwendbar sei.⁵³¹ Damit setzte er sich in Widerspruch zu einer in einer nicht tragenden Begründung zur Einlegung der Rechtsbeschwerde im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren vertretenen abweichenden Auffassung vom 14.02.2007.⁵³² Die Revisionsfrist wurde im konkreten Fall um einen Tag versäumt.⁵³³

Die in einem *obiter dictum* genannte Auffassung der Ausgangsentscheidung war angesichts der anders lautenden Entscheidungen seit dem 28.10.2004 wohl schon nicht geeignet, schützenswertes Vertrauen zu begründen. Abgesehen davon berief sich der Prozessbevollmächtigte des Klägers aber auch nicht auf die elf Monate zuvor ergangene Entscheidung des Senats, sondern beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und machte zur Begründung geltend, dass die Versäumung der Revisionsfrist an seinem Verschulden gelegen habe,⁵³⁴ so dass die Fristversäumung offensichtlich nicht auf einer Vertrauensbetätigung beruhte.

Im Rahmen anderer Rechtsprechungsänderungen, stand die Argumentation der von der Änderung belasteten Partei einer vertrauensschutzrelevanten Vertrauensschutzbetätigung jedoch nicht entgegen. Damit bleibt fraglich, warum das Bundesarbeitsgericht Vertrauensschutz in diesen Fällen nicht ansprach.

Die Beispiele haben jedenfalls gemeinsam, dass aus Tatbestand und Entscheidungsgründen nicht hervorgeht, ob die von der Rechtsprechungsänderung belastete Partei eine konkrete Vertrauensbetätigung dargelegt oder Vertrauensschutz geltend gemacht hatte, vgl. Anhang 8 c) bb).

⁵³⁰ Beispielsweise BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969, unter B. II. 3. a) der Gründe; BAG, 24.03.2009 - 9 AZR 983/07 = AP Nr. 39 zu § 7 BUrlG, unter B. III. 3. a) ii) (2) (a) der Gründe.

⁵³¹ BAG, 16.01.2008 - 7 AZR 1090/06 = FA 2008, 147 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe).

⁵³² BAG, 14.02.2007 - 7 ABR 26/06 = AP Nr. 13 zu § 54 BetrVG 1972.

⁵³³ BAG, 16.01.2008 - 7 AZR 1090/06, unter I. der Gründe.

⁵³⁴ BAG, 16.01.2008 - 7 AZR 1090/06, Tatbestand.

Möglicherweise verlangt das Bundesarbeitsgericht von der durch die Änderung belasteten Partei jedoch, dass sie zumindest das Vorliegen einer konkreten Vertrauensbetätigung darlegt.⁵³⁵ Dementsprechend hatte die von der Rechtsprechungsänderung belastete Partei in den Fällen, in denen das Thema Vertrauensschutz angesprochen wurde, teilweise ausdrücklich auf das Vorliegen einer entgegenstehenden Rechtsprechung und die im Hinblick darauf erfolgte Vertrauensbetätigung aufmerksam gemacht.⁵³⁶

Allerdings fand sich im Untersuchungszeitraum auch eine Rechtsprechungsänderung, in der das Thema Vertrauensschutz behandelt wurde, obwohl Tatbestand und Gründe keinen ausdrücklichen Hinweis darauf enthielten, ob sich die Partei auf die Ausgangsrechtsprechung berufen hatte.⁵³⁷ Im Rahmen dieser Entscheidung wurde die Berechnungsmethode von Rentenansprüchen ausgeschiedener Arbeitnehmer bei vorgezogener Inanspruchnahme der Rente geändert. Das Bundesarbeitsgericht wies in den Gründen jedoch darauf hin, dass sich die Beklagte bei der Rentenberechnung innerhalb der Regeln gehalten habe, die der Senat in seiner bisherigen Rechtsprechung für einen Fall wie den des Klägers aufgestellt hatte,⁵³⁸ so dass das Vorliegen einer konkreten Vertrauensbetätigung mehr als wahrscheinlich war.

Anhand der Fälle, in denen Vertrauensschutz trotz möglicher Relevanz nicht angesprochen wurde, vgl. Anhang 8 c) bb), konnte kein Rückschluss darauf gezogen werden, ob eine Berufung auf die bisherige Rechtsprechung erforderlich sein soll. Aus der Tatsache, dass sich weder aus dem Tatbestand noch aus den Gründen ergab, ob die von der Rechtsprechungsänderung belastete Partei eine Vertrauensbetätigung dargelegt oder sogar Vertrauensschutz geltend gemacht hatte, kann nicht der Schluss gezogen werden, dass das rechtsprechungsändernde Gericht eine Berufung auf die Ausgangsentscheidung verlangt. Wenn nämlich eine derartige Handlung für die Vertrauensschutzgewährung nicht erforderlich sein soll, hat das rechtsprechungsändernde Gericht auch keinen Grund, die Tatsache, dass eine solche erfolgt ist, in den Tatbestand aufzunehmen.

Ein Hinweis darauf, dass das Bundesarbeitsgericht eine ausdrücklich Berufung auf die bisherige Rechtsprechung fordert, fand sich allerdings in einer Entscheidung des 3. Senats vom 23.03.2004.⁵³⁹ Diese ist eine Folgeentscheidung zur Rechtsprechungsänderung hinsichtlich der Berechnung der vorgezogenen Betriebsrente des vorzeitig ausgeschiedenen Arbeitnehmers.⁵⁴⁰ Der 3. Senat stellte fest, dass der Beklagten kein Vertrauensschutz gewährt werden könne, weil sie schon nicht mit der gebotenen Bestimmtheit dargelegt habe, welche wesentlichen, ihr Vermögen betreffenden Dispositionen sie auf Grund der früheren Rechtsprechung getroffen habe und anders getroffen hätte, wenn sie die aktuelle Rechtsprechung gekannt hätte.⁵⁴¹

Die letztgenannte Entscheidung zeigt, dass das Bundesarbeitsgericht für die Behandlung des Themas Vertrauensschutz seitens der von der Änderung belasteten Partei wenigstens die Darlegung einer

⁵³⁵ Immerhin besteht der Grundsatz, dass eine Partei im Rechtsstreit die für sie günstigen Tatsachen darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen hat.

⁵³⁶ Beispielsweise BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95 = AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation, unter II. 2. der Gründe; BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969, Tatbestand.

⁵³⁷ BAG, 23.01.2001 - 3 AZR 164/00 = AP Nr. 16 zu § 1 BetrAVG Berechnung.

⁵³⁸ BAG, 23.01.2001 - 3 AZR 164/00 = AP Nr. 16 zu § 1 BetrAVG Berechnung, unter II. 1. der Gründe

⁵³⁹ BAG, 23.03.2004 - 3 AZR 279/03 = AP Nr. 28 zu § 1 BetrAVG Berechnung.

⁵⁴⁰ Die Rechtsprechungsänderung war bereits in einer Entscheidung des 3. Senats vom 23.01.2001 - 3 AZR 164/00 = AP Nr. 16 zu § 1 BetrAVG Berechnung, erfolgt.

⁵⁴¹ BAG, 23.03.2004 - 3 AZR 279/03 = AP Nr. 28 zu § 1 BetrAVG Berechnung, unter V. 2. der Gründe.

Vertrauensbetätigung vorauszusetzen scheint, was dem Grundsatz der Darlegungslast entsprechen würde. Dementsprechend ist möglicherweise auch das Fehlen einer solchen Handlung in einigen Fällen der Grund dafür, dass Vertrauensschutz nicht angesprochen wird.

Da die Berufung auf die bisherige Rechtsprechung jedoch auch in einer rechtsprechungsändernde Entscheidung, in der Vertrauensschutz behandelt wurde, nicht im Tatbestand auftauchte,⁵⁴² kann hierzu keine sichere Aussage getroffen werden.

Festzustellen ist jedenfalls, dass das Bundesarbeitsgericht, sollte es zur Gewährung von Vertrauensschutz seitens der von der Rechtsprechungsänderung belasteten Partei die Darlegung einer Vertrauensbetätigung unter Nennung der Ausgangsentscheidung verlangen, diese Handlung nicht konsequent im Tatbestand feststellt.

cc. Ergebnis

Allein anhand der hohen Anzahl rechtsprechungsändernder Entscheidungen, innerhalb derer das Thema Vertrauensschutz keine Behandlung erfährt, kann keine Aussage darüber getroffen werden, ob sich das Bundesarbeitsgericht in der gebotenen Weise mit dem Thema auseinandersetzt. Dies beweisen die zahlreichen Fälle fehlender Vertrauensschutzrelevanz.

Wie die inhaltliche Analyse ergab, wiesen 67 von 115 Rechtsprechungsänderungen und damit 58,3% keine Vertrauensschutzrelevanz auf, weil sich die Änderung nicht zu Lasten einer Partei auswirkte, das Parteiverhalten auch bei Kenntnis der bevorstehenden Änderung nicht anders gewesen wäre, lediglich die Rechtsfolgenseite von der Änderung betroffen oder eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung unmöglich war.⁵⁴³ Vertrauensschutzrelevanz besitzt die Vertrauensbetätigung nämlich nur dann, wenn sie sich nicht nur in dem bloßen Eingehen des Rechtsstreits und damit in einer fehlerhaften Einschätzung des Prozessrisikos erschöpft.⁵⁴⁴

Was die Fälle angeht, in denen das Thema Vertrauensschutz nicht angesprochen wurde, ist zu sagen, dass anhand der Angaben in Tatbestand und Entscheidungsgründen nur vermutet werden konnte, weshalb dies der Fall gewesen war.⁵⁴⁵

Es gab eine Vielzahl von Fällen, in denen eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung derart unwahrscheinlich war, dass ohne anderweitige Ausführungen der von der Rechtsprechungsänderung belasteten Partei zu vermuten war, dass keine Vertrauensbetätigung stattgefunden hatte. Einige Entscheidungsgründe rechtsprechungsändernder Entscheidung enthielten auch Hinweise darauf, dass die Ausgangsentscheidung vermutlich keine geeignete Vertrauensgrundlage dargestellt hätte, beispielsweise weil es sich bei der Ausgangsentscheidung nur um eine vereinzelt geliebene Auffassung gehandelt habe.⁵⁴⁶

Nicht sicher beantwortet werden konnte die Frage, ob die Senate des Bundesarbeitsgerichts für die Gewährung von Vertrauensschutz verlangen, dass die von der Rechtsprechungsänderung belastete Partei eine Vertrauensbetätigung darlegt oder Vertrauensschutz geltend macht. Sollte das Bundes-

⁵⁴² BAG, 23.01.2001 - 3 AZR 164/00 = AP Nr. 16 zu § 1 BetrAVG Berechnung.

⁵⁴³ § 3, B. II. 2. b. aa.

⁵⁴⁴ § 3, B. II. 1. b. aa. (2) (a).

⁵⁴⁵ § 3, B. II. 1. b. bb.

⁵⁴⁶ BAG, 27.08.2008 - 4 AZR 470/07 = AP Nr. 38 zu §§ 22, 23 BAT-O.

arbeitsgericht dies für erforderlich halten, wird diese Tatsache jedenfalls nicht immer in der erforderlichen Weise im Tatbestand festgestellt.

c. Zusammenfassung

Die Analyse der das Thema Vertrauensschutz behandelnden ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen des Untersuchungszeitraums ergab, dass das Bundesarbeitsgericht von der grundsätzlichen Rückwirkung rechtsprechungsändernder Entscheidungen ausgeht.⁵⁴⁷ Vertrauensschutzüberlegungen wurden nur herangezogen, um Ausnahmen von diesem Grundsatz zu begründen. Da ohnehin nicht jede Rechtsprechungsänderung Vertrauensschutzprobleme beinhaltet, stehen dem auch keine Bedenken entgegen. *Klappstein* schreibt ganz richtig, dass nicht die Rückwirkung der Norm als solche das eigentliche Problem ist, sondern die belastende Auswirkung auf die Rechtssphäre des von der Regel Betroffenen.⁵⁴⁸

In keiner der untersuchten Entscheidungen wendete das Bundesarbeitsgericht die vom Bundesverfassungsgericht zur Gesetzesrückwirkung entwickelten Grundsätze der echten und unechten Rückwirkung an.⁵⁴⁹ Kein einziges Mal fand im untersuchten Zeitraum die Formel Verwendung, eine Rechtsprechungsänderung müsse dem Kläger bereits im laufenden Verfahren zugutekommen, wenn er sie „erstrebt und erstritten“ habe, welche das Bundesarbeitsgericht in einigen Entscheidungen der 1970er Jahre verwendet hatte.⁵⁵⁰ Bezüglich der zeitlichen Grenze, bis zu der Vertrauensschutz zu gewähren sein sollte, wurde auf verschiedene Stichtage verwiesen.⁵⁵¹ Mit Übergangsfristen oder materiellen Übergangsregelungen wurde bei den ausgewerteten Entscheidungen im untersuchten Zeitraum nicht gearbeitet.

Diejenigen Entscheidungen, die Vertrauensschutz nicht bereits zuvor aus anderen Gründen abgelehnt hatten, nahmen verfassungsrechtlich gefärbte Interessenabwägungen vor,⁵⁵² in einem Fall im Rahmen von § 242 BGB,⁵⁵³ ansonsten jedoch ohne Hinweis auf eine einfachgesetzliche Norm. Die

⁵⁴⁷ § 3, B. II. 2. a. bb. (1).

⁵⁴⁸ *Klappstein*, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft, 2009, S. 57.

⁵⁴⁹ § 3, B. II. 2. a. bb. (2); etwas anders die Ergebnisse von *Viets*, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz, 1976, S. 88, wonach vor 1976 zunächst zivilrechtliche Lösungsmöglichkeiten im Vordergrund gestanden hätten und das Bundesarbeitsgericht nach und nach zu einer sinngemäßen Anwendung der Grundsätze für die rückwirkende Gesetzesänderung übergegangen sei.

⁵⁵⁰ Vgl. BAG, 21.04.1971 - GS 1/68 = AP Nr. 43 zu Art 9 GG Arbeitskampf; BAG, 16.07.1971 - 3 AZR 384/70 = AP Nr. 25 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel; BAG, 10.03.1972 - 3 AZR 278/71 = AP Nr. 156 zu § 242 BGB Ruhegehalt; BAG, 20.04.1972 - 3 AZR 337/71 = AP Nr. 12 zu § 75b HGB.

⁵⁵¹ Bzgl. der Rechtsprechungsänderung in der Entscheidung vom 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969, wurde die Stichtagsregelung erst angesprochen in der Entscheidung vom 13.07.2006 - 6 AZR 198/06 = AP Nr. 22 zu § 17 KSchG 1969 (Stichtag: Änderung der Praxis der Arbeitsverwaltung, möglicherweise Veröffentlichung einer Handlungsanweisung der Bundesagentur in der Fachpresse); BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag (Stichtag: 31.12.2001); BAG, 24.03.2009 - 9 AZR 983/07 = AP Nr. 39 zu § 7 BUrlG (Stichtag: 31.12.2001); BAG, 22.04.2009 - 4 ABR 14/08 = AP Nr. 38 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung (Stichtag: 31.12.2001); BAG, 21.10.2009 - 4 AZR 396/08 = AP Nr. 72 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag (Stichtag: 31.12.2001).

⁵⁵² BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969; BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG, 24.03.2009 - 9 AZR 983/07 = AP Nr. 39 zu § 7 BUrlG; BAG, 22.04.2009 - 4 ABR 14/08 = AP Nr. 38 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung; BAG, 21.10.2009 - 4 AZR 396/08 = AP Nr. 72 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

⁵⁵³ BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 = AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969, unter B. II. 3. a) der Gründe.

verwendeten Abwägungskriterien glichen dabei den vom Bundesverfassungsgericht zur Abwägung in Fällen unechter Rückwirkung entwickelten Kriterien.⁵⁵⁴

Für die Gewährung von Vertrauensschutz wurden die Konstanz der bisherigen Rechtsprechung und die Zustimmung, die diese in Literatur und Praxis erfahren hatte, angeführt. Gegen die Gewährung von Vertrauensschutz sollte sprechen, wenn die Rechtsprechung bereits Kritik in Literatur und Instanzrechtsprechung erfahren hatte oder Vorlagebeschlüsse an den Europäischen Gerichtshof ergangen waren. Teilweise wurde in Entscheidungen, die das Thema Vertrauensschutz nicht behandelten, auch darauf hingewiesen, dass es sich bei der aufgegebenen Entscheidung um eine „vereinzelt gebliebene“ Ausgangsentscheidung gehandelt habe.⁵⁵⁵

Die Möglichkeit, die Vertrauensschutzproblematik auf zivilrechtlichem Weg zu lösen, wurde in nur einer einzigen Entscheidung angesprochen.⁵⁵⁶

Das zu Beginn der Untersuchung erwartete Ergebnis, dass gerade bei offengelegten Rechtsprechungsänderungen Rückwirkung und Vertrauensschutz häufig behandelt würden, konnte nicht bestätigt werden. Diese wurden in nur fünf⁵⁵⁷ der 115 Rechtsprechungsänderungen und damit in 4,3% der Fälle thematisiert.⁵⁵⁸

Wie die Analyse der Rechtsprechungsänderungen, die sich nicht mit dem Thema Vertrauensschutz auseinandersetzten, ergab, kann allein aus dieser Zahl jedoch nicht darauf geschlossen werden, dass sich das Bundesarbeitsgericht nicht in der erforderlichen Weise mit dem Thema beschäftigt. Immerhin gibt es eine ganze Reihe von Rechtsprechungsänderungen, die keine Vertrauensschutzrelevanz aufweisen. Im Untersuchungszeitraum war dies bei 58,3% der Rechtsprechungsänderungen der Fall.⁵⁵⁹

Hinsichtlich der übrigen Entscheidungen, in denen das Thema Vertrauensschutz nicht angesprochen wurde, ist festzustellen, dass es einige Fälle gab, in denen Tatbestand und Gründen zumindest Hinweise darauf entnommen werden konnten, weshalb keine Notwendigkeit bestanden haben könnte, Vertrauensschutz anzusprechen, sei es, dass das Vorliegen einer vertrauensschutzrelevanten Vertrauensbetätigung äußerst unwahrscheinlich war oder es Hinweise auf das Vorliegen von Tatsachen gab, die bei Abwägung die Schutzwürdigkeit des Vertrauens hätten entfallen lassen. Bedauerlich ist allerdings, dass den jeweiligen Tatbeständen hierzu nicht mehr Informationen zu entnehmen waren.⁵⁶⁰

Schließlich scheinen die Senate des Bundesarbeitsgerichts neben der bloßen Möglichkeit einer vertrauensschutzrelevanten Vertrauensbetätigung von der Rechtsprechungsänderung belasteten Partei

⁵⁵⁴ § 3, B. II. 2. a. bb (4).

⁵⁵⁵ Beispielsweise BAG, 12.03.2008 - 4 AZR 93/07 = AP Nr. 35 zu §§ 22, 23 BAT-O, unter II. 2. c) cc) der Gründe.

⁵⁵⁶ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. b) cc) (3) (a) (dd) der Gründe.

⁵⁵⁷ Es handelt sich um die Entscheidungen BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95 = AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG, 23.01.2001 - 3 AZR 164/00 = AP Nr. 16 zu § 1 BetrAVG Berechnung; BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG, 22.04.2009 - 4 ABR 14/08 = AP Nr. 38 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung; BAG, 21.10.2009 - 4 AZR 396/08 = AP Nr. 72 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

⁵⁵⁸ § 3, B. II. 2. a.

⁵⁵⁹ § 3, B. II. 2. b. aa. (5).

⁵⁶⁰ § 3, B. II. 2. b. bb.

mindestens die Darlegung einer konkreten Vertrauensbetätigung zu verlangen. Sicher festgestellt werden konnte dies jedoch nicht. Sollte das Bundesarbeitsgericht die Berufung auf die bisherige Rechtsprechung für erforderlich halten, wird diese Tatsache im Tatbestand jedenfalls nicht konsequent festgestellt.

3. Die Behandlung der Vorlagepflicht

Divergenz- und Grundsatzvorlage sind wichtige Instrumente, um Abweichungen innerhalb der Rechtsprechung der Obersten Bundesgerichte zu verhindern. Beide spielen im Bereich von Rechtsprechungsänderungen eine Rolle.

Die Divergenzvorlage kann als *lex specialis* zur Grundsatzvorlage angesehen werden⁵⁶¹ und ist gemäß § 45 Abs. 2 ArbGG durchzuführen, wenn ein Senat in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Senats oder des Großen Senats abweichen will. Bei der Abweichung von einem anderen Senat hat nach § 45 Abs. 3 S. 1 ArbGG zuvor eine Divergenzfrage an diesen zu erfolgen.⁵⁶² Mit ihr soll geklärt werden, ob der angefragte Senat an seiner Rechtsprechung festhalten will. Bleibt der angefragte Senat bei seiner Rechtsprechung, ist der Große Senat für die Entscheidung der Rechtsfrage zuständig. Er ist gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.⁵⁶³ Seine Entscheidung ist für den erkennenden Senat gemäß § 45 Abs. 7 S. 3 ArbGG bindend. Die Vorlage ist zwingend.⁵⁶⁴ Die Nichtbeachtung der Vorlagepflicht kann einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG darstellen,⁵⁶⁵ nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts allerdings nur bei Willkür⁵⁶⁶. Gibt der angefragte Senat dagegen seine Rechtsprechung auf, kann der erkennende Senat die Rechtsprechung selbst ändern.⁵⁶⁷

Die in § 45 Abs. 4 ArbGG normierte Grundsatzvorlage hat, ebenso wie die Divergenzvorlage, die Verwirklichung von Rechtssicherheit und Rechtseinheit zum Ziel. Gemäß § 45 Abs. 4 ArbGG kann der erkennende Senat dem Großen Senat eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung zur Entscheidung vorlegen, wenn dies nach seiner Auffassung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist. Was Rechtsprechungsänderungen angeht, kommt eine

⁵⁶¹ Bakker, Grenzen der Richtermacht, 1994, S. 133.

⁵⁶² Das Anfrageverfahren entstand zunächst durch Richterrecht und wurde erst mit dem zum 01.01.1992 in Kraft getretenen Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz vom 17.12.1990, BGBl. I, 2847, gesetzlich normiert, vgl. Bakker, Grenzen der Richtermacht, 1994, S. 23 f.

⁵⁶³ BVerfG, 11.05.1965 - 2 BvR 259/63 = BVerfGE 19, 38; BVerfGE, 16.06.1987 - 1 BvR 1113/86 = BVerfGE 76, 93, st. Rspr.

⁵⁶⁴ Rütters/Bakker, ZfA 1992, 199, 202; Prütting, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöße, Arbeitsgerichtsgesetz, 7. Aufl. 2009, § 45 Rn. 4; Poeche: in Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 22. Ed., Stand: 01.12.2011, § 45 ArbGG Rn. 6.

⁵⁶⁵ Ständige Rechtsprechung seit BVerfG, 26.02.1954 - 1 BvR 537/53 = BVerfGE 3, 359, unter III. 1. a) der Gründe; BVerfG, 29.06.1976 - 2 BvR 948/75 = BVerfGE 42, 237, unter B. I. 2. der Gründe m.w.N. Dies dürfte inzwischen auch einhellige Meinung in der Literatur sein, vgl. Prütting, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöße, Arbeitsgerichtsgesetz, 7. Aufl. 2009, § 45 Rn. 4 und 36 m.w.N.

⁵⁶⁶ Grundlegend BVerfG, 26.02.1954 - 1 BvR 537/53 = BVerfGE 3, 359, unter III. 1. b) der Gründe; weitere Nachweise bei Pieroth, in: Jarass/Pieroth, 11. Aufl. 2011, § 101 Rn. 11; kritisch zum Willkürmaßstab Rütters/Bakker, ZfA 1992, 199, 216 ff.

⁵⁶⁷ Bakker, Grenzen der Richtermacht, 1994, S. 42, weist auf das im Hinblick auf die Rechtsprechungseinheit bedeutsame Problem hin, dass der angefragte Senat nur seine frühere Rechtsprechung im Gegensatz zum Verfahren nach § 14 RSPrhG nur aufgeben, sich jedoch nicht ausdrücklich der vom anfragenden Senat vertretenen neuen Rechtsansicht anschließen muss, weshalb eine wirkliche Übereinstimmung des Rechtsauffassungen der Senate nicht nötig ist.

Grundsatzvorlage beispielsweise im Fall der Eigendivergenz oder bei fehlender doppelter Entscheidungsrelevanz in Betracht.⁵⁶⁸ Aufgrund des Wortlauts soll nach weit verbreiteter, allerdings umstrittener Auffassung keine Pflicht zur Vorlage bestehen.⁵⁶⁹ Doch selbst nach der Gegenauffassung, nach der auch die Bejahung der Grundsatzvorlage angesichts der Notwendigkeit der Bestimmbarkeit des gesetzlichen Richters als gebundene Entscheidung zwingend ist, soll dem entscheidenden Senat bei der Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs „grundsätzliche Bedeutung“ ein weiter Spielraum überlassen sein.⁵⁷⁰ Da Kriterien zur Ausfüllung des Begriffs „grundsätzliche Bedeutung“ nicht existieren,⁵⁷¹ kann auch diese Auffassung nicht dazu beitragen, die Problematik der Ermittlung des gesetzlichen Richters zu lösen.

Die vorliegende Arbeit möchte die Praxis des Bundesarbeitsgerichts bei der Handhabung der Vorlagepflichten überprüfen. Da aufgrund etlicher umstrittener Fragen die Einhaltung der Erfordernisse der Grundsatzvorlage⁵⁷² kaum überprüfbar ist, wird sie sich im Folgenden auf die Analyse der Behandlung der Divergenzvorlage konzentrieren.

a. Ausnahmen von der Pflicht zur Divergenzvorlage

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass eine Reihe von Ausnahmen von der Vorlagepflicht besteht. Einige sind inzwischen gesetzlich normiert.⁵⁷³ Daneben gibt es eine Vielzahl richterrechtlicher Ausnahmen. Zu klären ist, ob sich das Bundesarbeitsgericht in der Praxis an die gesetzlichen und von der Rechtsprechung entwickelten Vorgaben hält.

aa. Gesetzlich normierte Ausnahmen

Da sich die Abweichung, die eine Vorlagepflicht auslöst, auf die Entscheidung eines anderen Senats beziehen muss, ergibt sich, dass ein Senat immer von seiner eigenen Rechtsprechung abweichen kann, § 45 Abs. 2 ArbGG.⁵⁷⁴ Eine weitere Ausnahme folgt aus § 45 Abs. 3 S. 2 ArbGG. Danach tritt, wenn der Senat, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, wegen einer Änderung des Geschäftsverteilungsplanes mit der Rechtsfrage nicht mehr befasst werden kann, an seine Stelle der

⁵⁶⁸ Bakker, Grenzen der Richtermacht, 1994, S. 237 ff.; Prütting, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, Arbeitsgerichtsgesetz, 7. Aufl. 2009, § 45 Rn. 22.

⁵⁶⁹ Grunsky, Arbeitsgerichtsgesetz, 7. Aufl. 1995, § 45 Rn. 6; Kissel/Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz, 6. Aufl. 2010, § 132 Rn. 38; a.A. Bakker, Grenzen der Richtermacht, 1994, S. 224 f.; Prütting, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, Arbeitsgerichtsgesetz, 7. Aufl. 2009, § 45 Rn. 34; die Grundsatzvorlage gänzlich ablehnend Maetzel, MdR 1966, 453, 545.

⁵⁷⁰ Prütting, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, Arbeitsgerichtsgesetz, 7. Aufl. 2009, § 45 Rn. 34; ähnlich Zimmermann, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 3, 3. Aufl. 2008, § 132 GVG Rn. 22: „Da bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen dem erkennenden Senat kein Entschließungsermessen zusteht, sondern stets vorzulegen ist, müssen an die grundsätzlich Bedeutung hohe Anforderungen auch deshalb gestellt werden, um die eigenverantwortliche Spruchfähigkeit des erkennenden Senats nicht auszuhöhlen.“

⁵⁷¹ Kritisch hierzu beispielsweise Koch, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl. 2012, § 45 ArbGG Rn. 4.

⁵⁷² Zur Frage, ob und wann bei Rechtsprechungsänderungen im Bereich der Grundsatzvorlage eine Vorlagepflicht besteht, sei auf Bakker verwiesen, der bestimmte Fallgruppen rechtsprechungsändernder Entscheidungen benennt, bei denen grundsätzlich eine Vorlagepflicht bestehen soll, vgl. Bakker, Grenzen der Richtermacht, 1994, S. 230 ff., insbes. 237 ff.

⁵⁷³ § 45 Abs. 1 und 2 ArbGG.

⁵⁷⁴ Friedrich, in: Bader/Creutzfeldt/Friedrich, Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz, 5. Aufl. 2008, § 45 Rn. 3.

Senat, der nunmehr nach dem Geschäftsverteilungsplan für den Fall, in dem abweichend entschieden wurde, zuständig ist. Das bedeutet, dass eine Divergenzvorlage unzulässig ist, wenn ein Senat zwar von einer früheren Entscheidung eines fremden Senats abweichen will, er jedoch durch Änderung der Geschäftsverteilung für die zu entscheidende Rechtsfrage allein zuständig geworden ist.⁵⁷⁵

bb. Richterrechtliche Ausnahmen

Neben den gesetzlich normierten gibt es zahlreiche richterrechtliche Ausnahmen von der Vorlagepflicht, was von Seiten der Literatur teilweise stark kritisiert wird.⁵⁷⁶ Zu allererst verlangt das Bundesarbeitsgericht, dass die Abweichung deutlich oder eindeutig ist. Die bloße Möglichkeit einer Abweichung genügt nicht.⁵⁷⁷ Darüber hinaus soll die Vorlage nur zwingend sein, wenn sowohl die bisherige wie auch die neue Auffassung für die jeweilige Entscheidung tragend gewesen sind.⁵⁷⁸ Abweichungen von beiläufigen Äußerungen reichen daher zur Bejahung einer Vorlagepflicht nicht aus.⁵⁷⁹ Außerdem wird eine sogenannte doppelte Entscheidungserheblichkeit gefordert.⁵⁸⁰ Dies ergibt sich ebenfalls nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut des § 45 ArbGG. Doppelte Entscheidungserheblichkeit bedeutet, dass die neue Entscheidungsregel in der Änderungsentscheidung und die bisherige Entscheidungsregel in der Ausgangsentscheidung entscheidungserheblich gewesen sein muss.⁵⁸¹ Dementsprechend lösen nach Ansicht der Rechtsprechung Abweichungen von Hilfs- oder Alternativbegründungen keine Vorlagepflicht aus.⁵⁸² Eine Divergenzvorlage soll zudem nicht erforderlich sein, wenn eine frühere Entscheidung überholt ist. Dies ist der Fall, wenn im Zeitpunkt der rechtsprechungsändernden Entscheidung eine andere Gesetzeslage als im Ausgangsfall gilt,⁵⁸³ wenn über die vorzule-

⁵⁷⁵ Hierzu *Viets*, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz, 1976, S. 36 ff.; kritisch *Bakker*, Grenzen der Richtermacht, 1994, S. 18 ff.

⁵⁷⁶ Vgl. nur *Bakker*, Grenzen der Richtermacht, 1994, S. 37 ff., 173 ff; *Hanack*, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, 1995, S. 247 ff.

⁵⁷⁷ *Viets*, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz, 1976, S. 41 f., u.a. mit Verweis auf BAG, 16.12.1955 - 2 AZR 471/55 = AP Nr. 33 zu § 72 ArbGG 1953 mit Anm. Pohle.

⁵⁷⁸ *Prütting*, in: GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING/MÜLLER-GLÖGE, Arbeitsgerichtsgesetz, 7. Aufl. 2009, § 45 Rn. 22 f. BAG, 16.01.1991 - 4 AZR 341/90 = AP Nr. 95 zu § 1 TVG Tarifverträge Metallindustrie, unter III. der Gründe.

⁵⁸⁰ Zustimmend *Kuhlen*, JA 1986, 589, 594; *Bock*, Der Rechtsnormcharakter der Entscheidungen des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts, 1997, S. 155; *Kissel/Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz, 6. Aufl. 2010, § 132 Rn. 16 und 20; *Zimmermann*, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 3, 3. Aufl. 2008, § 132 GVG, § 132 GVG Rn. 8; *Prütting*, in: GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING/MÜLLER-GLÖGE, Arbeitsgerichtsgesetz, 7. Aufl. 2009, § 45 ArbGG Rn. 22, 23; differenzierend: *Grunsky*, Arbeitsgerichtsgesetz, 7. Aufl. 1995, § 45 Rn. 5; *Schroth*, JR 1990, 93, 98 f.; ablehnend: *Amberg*, Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung, 1998, S. 272 ff.; *Bakker*, Grenzen der Richtermacht, 1994, S. 189 ff; *Hanack*, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, 1995, S. 253 ff.

⁵⁸¹ Unbestritten ist die Notwendigkeit der Entscheidungserheblichkeit der neuen Rechtsauffassung in der Änderungsentscheidung. Umstritten ist dagegen die Notwendigkeit der Entscheidungserheblichkeit der geänderten Rechtsauffassung in der Ausgangsentscheidung. Dafür: BAG; 16.01.1991 - 4 AZR 341/90 = AP Nr. 95 zu § 1 TVG Tarifverträge Metallindustrie; *Poeche*, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 22. Ed., Stand: 01.12.2011, § 45 ArbGG Rn. 5; dagegen: *Hanack*, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, 1995, S. 247 ff; *Grunsky*, Arbeitsgerichtsgesetz, 7. Aufl. 1995, § 72 Rn. 37.

⁵⁸² BAG, 18.09.2002 - 1 ABR 54/01 = AP Nr. 7 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung, unter III. 3. der Gründe.

⁵⁸³ BGH, 30.09.1976 - StR 683/75 = BGHSt 27, 5, unter II. 2. b) der Gründe; BGH, 24.10.2001 - 1 StR 163/01 = NStZ 2002, 160, Entscheidungsgründe; zustimmend *Bock*, Der Rechtsnormcharakter der Entscheidungen des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts, 1997, S. 153; *Kissel/Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz, 6. Aufl. 2010, § 132 Rn. 21; *Prütting*, in: GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING/MÜLLER-GLÖGE, Arbeitsgerichtsgesetz, 7. Aufl. 2009, § 45 ArbGG Rn. 18.

gende Frage inzwischen vom Europäischen Gerichtshof oder vom Bundesverfassungsgericht entschieden wurde⁵⁸⁴, wenn der Ausgangssenat nicht mehr besteht⁵⁸⁵ oder wenn der Senat der Ausgangsentscheidung unzuständig war.⁵⁸⁶

b. Analyse der Entscheidungen des untersuchten Zeitraumes

Zwischen 1954 und 2010 ergingen insgesamt nur 28 Entscheidungen des Großen Senats,⁵⁸⁷ davon lediglich 6 infolge einer Divergenzvorlage⁵⁸⁸. An dieser Stelle kann hierzu auch auf die Untersuchung der Vorlagepraxis der Jahre 1954 bis 1993 von *Bakker* verwiesen werden.⁵⁸⁹ In dem im Rahmen dieser Arbeit eingehender untersuchten Zeitraum seit 1995 findet sich nur eine einzige Entscheidung des Großen Senats. Diese erging im Rahmen einer Divergenzvorlage.⁵⁹⁰

Es ist zunächst einmal darauf hinzuweisen, dass die geringe Zahl der Entscheidungen des Großen Senats im Bereich der Divergenzvorlage zum überwiegenden Teil nicht auf dem *horror pleni*⁵⁹¹ der Senate beruht, sondern schlicht Folge der Geschäftsverteilung ist, da die Zuteilung bestimmter Rechtsfragen an die einzelnen Senate über die Jahre recht konstant ist und bei Zuständigkeitswech-

⁵⁸⁴ Hierzu *Amberg*, Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung, 1998, S. 286 m.w.N.

⁵⁸⁵ BGH, 27.10.1964 - 1 StR 358/64 = NJW 1965, 52, 53; BGH, 02.04.1968 - 5 StR 153/6 = NJW 1968, 1246, 1246; a.A. *Kissel/Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz, 6. Aufl. 2010, § 132 Rn. 23.

⁵⁸⁶ BAG, 16.01.1991 - 4 AZR 341/90 = AP Nr. 95 zu § 1 TVG Tarifverträge Metallindustrie, unter III. der Gründe.

⁵⁸⁷ BAG, 28.01.1955 - GS 1/54 = AP Nr. 1 zu Art 9 GG Arbeitskampf; BAG, 16.03.1956 - GS 1/55 = AP Nr. 1 zu § 57 BetrVG; BAG, 26.04.1956 - GS 1/56 = AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG; BAG, 06.06.1956 - GS 2/56 = AP Nr. 16 zu § 69 ArbGG 1953; BAG, 28.11.1956 - GS 3/56 = AP Nr. 20 zu § 1 KSchG; BAG, 10.07.1957 - GS 1/57 = AP Nr. 5 zu § 64 ArbGG; BAG, 25.09.1957 - GS 4/56 = AP Nr. 4 zu §§ 898, 899 RVO; BAG, 18.04.1958 - GS 2/57 = AP Nr. 3 zu § 554a ZPO; BAG, 22.05.1958 - GS 1/58 = AP Nr. 61 zu § 72 ArbGG 1953; BAG, 17.12.1959 - GS 2/59 = AP Nr. 21 zu § 616 BGB; BAG, 18.12.1959 - GS 8/58 = AP Nr. 22 zu § 616 BGB; BAG, 12.10.1960 - GS 1/59 = AP Nr. 16 zu § 620 BGB befristeter Arbeitsvertrag; BAG, 10.11.1961 - GS 1/60 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers; BAG, 16.03.1962 - GS 1/61 = AP Nr. 19 zu § 1 HausarbTagsG Nordrhein-Westfalen; BAG, 29.11.1967 - GS 1/67 = AP Nr. 13 zu Art 9 GG; BAG, 21.04.1971 - GS 1/68 = AP Nr. 43 zu Art 9 GG Arbeitskampf; BAG, 19.03.1970 - GS 1/68 = AP Nr. 1 zu § 45 ArbGG 1953; BAG, 13.12.1978 - GS 1/77 = AP Nr. 6 zu § 112 BetrVG 1972; BAG, 24.08.1979 - GS 1/78 = AP Nr. 1 zu § 66 ArbGG 1979; BAG, 02.11.1983 - GS 1/82 = Nr. 1 zu § 45 ArbGG 1979; BAG, 27.02.1985 - GS 1/84 = AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; BAG, 16.09.1986 - GS 4/85 = AP Nr. 53 zu § 518 ZPO; BAG, 16.09.1986 - GS 1/82 = AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972; BAG, 07.11.1989 - GS 3/85 = AP Nr. 46 zu § 77 BetrVG 1972; BAG, 03.12.1991 - GS 1/90 = AP Nr. 52 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG, 03.12.1991 - GS 2/90 = AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG, 27.09.1994, GS 1/89 (A) = AP Nr. 103 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers; BAG, 07.03.2001 - GS 1/00 = AP Nr. 4 zu § 288 BGB. Nicht mitgezählt der Vorlagebeschluss an den Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 12.06.1992 - GS 1/89 = AP Nr. 102 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers, welcher der Entscheidung vom 27.09.1994, GS 1/89 (A) = AP Nr. 103 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers, vorausging

⁵⁸⁸ BAG, 18.04.1958 - GS 2/57 = AP Nr. 3 zu § 554a ZPO; BAG, 24.08.1979 - GS 1/78 = AP Nr. 1 zu § 66 ArbGG 1979; BAG, 16.09.1986 - GS 4/85 = AP Nr. 53 zu § 518 ZPO; BAG, 03.12.1991 - GS 2/90 = AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG, 27.09.1994, GS 1/89 (A) = AP Nr. 103 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers; BAG, 07.03.2001 - GS 1/00 = AP Nr. 4 zu § 288 BGB. Nicht mitgezählt der Vorlagebeschluss an den Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 12.06.1992 - GS 1/89 = AP Nr. 102 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers, welcher der Entscheidung vom 27.09.1994, GS 1/89 (A) = AP Nr. 103 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers, vorausging.

⁵⁸⁹ *Bakker*, Grenzen der Richtermacht, 1994, S. 73 ff.

⁵⁹⁰ BAG, 07.03.2001 - GS 1/00 = AP Nr. 4 zu § 288 BGB.

⁵⁹¹ Zu den möglichen Gründen hierfür beispielsweise *Offerhaus*, in: 75 Jahre Reichsfinanzhof - Bundesfinanzhof, 1994, S. 623 (632 ff.)

seln ebenfalls die Vorlagepflicht entfällt.⁵⁹² Daneben gibt es jedoch auch vielfältige Möglichkeiten, eine Divergenzvorlage zu vermeiden.⁵⁹³

Zu allererst ist es möglich, rechtsprechungsändernde Entscheidungen von vornherein nicht als solche einzuordnen. Entweder behauptet das Gericht, der Sachverhalt sei „verschieden“ oder „verschieden gelagert“, oder es leugnet die Identität der Rechtsfrage in Ausgangs- und Änderungsentscheidung.⁵⁹⁴ Oft wird eine Entscheidung nur als Konkretisierung, Fortentwicklung oder Erweiterung der bisherigen Rechtsprechung deklariert oder die Änderung erfolgt ohne jeglichen Hinweis auf den Zusammenhang mit der bisherigen Rechtsprechung und damit stillschweigend.

Von großer Bedeutung für die geringe Zahl der Entscheidungen sind daneben die zahlreichen richterrechtlichen Ausnahmen von der Vorlagepflicht.⁵⁹⁵

Im Rahmen dieser Arbeit ist von besonderem Interesse, ob die Vorlagepflicht wenigstens bei ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen die gebotene Beachtung in den Entscheidungsgründen findet. Unabhängig von der Bewertung der von der Rechtsprechung entwickelten Ausnahmen von der Vorlagepflicht soll untersucht werden, ob sich das Bundesarbeitsgericht an seine eigenen Vorgaben hält. Auch soll geklärt werden, inwieweit es Begründungen für nicht erfolgte Vorlagen liefert.⁵⁹⁶ Immerhin wurde in der Literatur schon verschiedentlich beobachtet, dass die Vorlagepflicht selbst in den Fällen, in denen eine Vorlage nach den Kriterien der Rechtsprechung erfolgen müsste, teilweise mit fadenscheinigen Argumenten umgangen oder gar nicht erst angesprochen wird.⁵⁹⁷

aa. Durchführung des Divergenzverfahrens

Im Rahmen von nur vier der 115 (3,5%) ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen wurde eine Divergenzfrage durchgeführt.⁵⁹⁸ Dreimal schloss sich der Senat der Ausgangsentscheidung dem

⁵⁹² So auch *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 166.

⁵⁹³ Nach Meinung von *Offerhaus* wird die Vorlagepflicht von den Senaten der obersten Gerichtshöfe in den meisten Fällen jedoch nicht „umgangen“. Stattdessen würden in legitimer Weise ein Wege gesucht und gefunden, den Großen Senat nicht anrufen zu müssen. Die Tatsache, dass die Großen Senate häufig wegen grundsätzlicher Bedeutung angerufen würden, also in Fällen, in denen keine Vorlagepflicht bestehe, zeige sogar, dass der *horror pleni* so schrecklich nicht sein könne, vgl. *Offerhaus*, in: 75 Jahre Reichsfinanzhof - Bundesfinanzhof, 1994, S. 623, 636.

⁵⁹⁴ Vgl. *Offerhaus*, in: 75 Jahre Reichsfinanzhof - Bundesfinanzhof, 1994, S. 623, 634 f.; *Hanack*, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, 1995, S. 177.

⁵⁹⁵ Kritisch zu den richterrechtlichen Ausnahmen von der Vorlagepflicht u.a. *Bakker*, Grenzen der Richtermacht, 1994, S. 37 ff., 173 ff.; *Hanack*, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, 1995, S. 247 ff.

⁵⁹⁶ *Bakker* weist darauf hin, dass die obersten Bundesgerichte nur selten eine Begründung für die Nichtvorlage abgeben, wobei sie sich auf den Tatbestand der Divergenzvorlage beschränken und inhaltlich den an die Begründung zu stellenden Anforderungen und dem Normzweck der Vorlagepflicht kaum gerecht werden, siehe *Bakker*, Grenzen der Richtermacht, 1994, S. 248 m.w.N.

⁵⁹⁷ Vgl. nur *Dütz*, NJW 1986, 1779, 1781; *Buchner*, BB 1989, 1334, 1336 (Fn. 8); *Hohenstatt/Schaude*, DB 1989, 1566, 1569 und 1571; *Rüthers*, DB 1990, 113, 116 ff.; *Rüthers/Bakker*, ZfA 1992, 199 ff.; *Bakker*, Grenzen der Richtermacht, 1994, S. 38 f., 78; *Sangmeister*, JuS 1999, 21; *Höpfner*, RdA 2006, 156, 157.

⁵⁹⁸ BAG, 26.09.1996 - 2 AZR 661/95 = AP Nr. 2 zu § 11 ArbGG 1979; BAG, 11.12.1998 - 6 AZB 48/97 = AP Nr. 30 zu § 64 ArbGG 1979; BAG, 07.03.2001 - GS 1/00 = AP Nr. 4 zu § 288 BGB; BAG, 20.08.2003 - 5 AZB 79/02 = AP Nr. 58 zu § 5 ArbGG 1979.

anfragenden Senat an, woraufhin dieser selbst die Rechtsprechungsänderung vornahm.⁵⁹⁹ Einmal kam es zu einer Rechtsprechungsänderung durch den Großen Senat.⁶⁰⁰

bb. Entbehrlichkeit eines Divergenzverfahrens

In 99 von 115 Fällen (86,1%) unterließ der entscheidende Senat eine Divergenzanfrage entsprechend den Vorgaben des § 45 Abs. 3 S. 1 und 2 ArbGG oder unter Hinweis auf richterrechtlich entwickelte Ausnahmen.⁶⁰¹ Das bedeutet nicht, dass in jeder Entscheidung explizit auf ein möglicherweise notwendiges Anfrageverfahren hingewiesen wurde.⁶⁰² Oft wurde das Erfordernis einer Divergenzanfrage auch implizit abgelehnt, beispielsweise bei Entscheidungen, bei denen die senatseigene Rechtsprechung geändert oder nur knapp auf einen erfolgten Zuständigkeitswechsel hingewiesen wurde. Bei derart eindeutigen Ausnahmen von der Vorlagepflicht ist dagegen auch nichts zu sagen. Etwas anderes gilt möglicherweise für das Greifen richterrechtlicher Ausnahmen, da hier das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen unter Umständen eingehenderer Erläuterungen bedarf.

(1) Eigendivergenz und Fremddivergenz bei Zuständigkeitswechsel

Im untersuchten Zeitraum wurde in 61 Fällen ausdrücklich nur von der eigenen Senatsrechtsprechung abgewichen.⁶⁰³ In 26 Fällen wurde senatsfremde Rechtsprechung aufgegeben, zugleich jedoch auf einen Zuständigkeitswechsel hingewiesen.⁶⁰⁴ Damit war schon in 75,7% aller untersuchten Rechtsprechungsänderungen eine Divergenzanfrage nach § 45 Abs. 2 beziehungsweise § 45 Abs. 3 S. 2 ArbGG entbehrlich.

(2) Richterrechtliche Ausnahmen

Bei weiteren zwölf Rechtsprechungsänderungen (10,4%) wurde von fremder Senatsrechtsprechung abgewichen und die Abweichung mit einer richterrechtlichen Ausnahme legitimiert. In sieben Fällen

⁵⁹⁹ BAG, 26.09.1996 - 2 AZR 661/95 = AP Nr. 2 zu § 11 ArbGG 1979; BAG, 11.12.1998 - 6 AZB 48/97 = AP Nr. 30 zu § 64 ArbGG 1979; BAG, 20.08.2003 - 5 AZB 79/02 = AP Nr. 58 zu § 5 ArbGG 1979.

⁶⁰⁰ BAG, 07.03.2001 - GS 1/00 = AP Nr. 4 zu § 288 BGB.

⁶⁰¹ Vgl. Anhang 5.

⁶⁰² Wie beispielsweise in BAG, 12.09.1996 - 5 AZR 104/95 = AP Nr. 122 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten, unter II. 4. der Gründe; BAG, 22.01.1997 - 10 AZR 223/96 = AP Nr. 9 zu § 1 TVG Tarifverträge Maler II. 2. e) der Gründe; BAG, 11.11.1997 - 3 AZR 210/96 = AP Nr. 4 zu § 1 TVG Tarifverträge: Gerüstbau, unter B. I. 2. der Gründe; BAG, 07.11.2000 - 1 ABR 55/99 = AP Nr. 22 zu Art 56 ZA-Nato-Truppenstatut, unter B. IV. 2. der Gründe; BAG, 20.08.2002 - 9 AZR 750/00 = AP Nr. 6 zu § 1 TVG Tarifverträge: Süßwarenindustrie, unter I. 4. c) cc) der Gründe; BAG, 26.04.2006 - 5 AZR 403/05 = AP Nr. 188 zu § 4 TVG Ausschlussfristen, unter II. 5. der Gründe; BAG, 26.04.2006 - 5 AZR 549/05 = AP Nr. 63 zu § 138 BGB, unter I. 2. c) der Gründe; BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. A) cc) (5) der Gründe.

⁶⁰³ Vgl. Anhang 5. Es ist darauf hinzuweisen, dass es bei der Einordnung nur darauf ankam, ob der Senat ausdrücklich nur von der eigenen Senatsrechtsprechung abgewichen war. Lag gleichzeitig eine Fremddivergenz vor, auf die nicht hingewiesen worden war, war dies nicht von Bedeutung, da es sich insoweit um eine stillschweigende Änderung handelte. Ein Beispiel hierfür bietet die Entscheidung des 4. Senats vom 29.08.2007 - 4 AZR 767/06 = AP Nr. 61 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag. In dieser Entscheidung wurde auch von einem Urteil des 10. Senats vom 26.01.1994 - 10 AZR 611/92 = AP Nr. 22 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz, abgewichen. Diese Abweichung wurde jedoch nicht erwähnt.

⁶⁰⁴ Vgl. Anhang 5.

erfolgte ein Hinweis darauf, dass die betreffende Frage in der Änderungsentscheidung⁶⁰⁵, in zwei darauf, dass die betreffende Frage in der Ausgangsentscheidung⁶⁰⁶ nicht entscheidungserheblich gewesen sei. Bei zwei Rechtsprechungsänderungen wurde sowohl die fehlende Entscheidungserheblichkeit in der Ausgangsentscheidung als auch ein zwischenzeitlich erfolgter Zuständigkeitswechsel benannt.⁶⁰⁷ In einer Entscheidung wurde auf eine zwischenzeitliche Änderung der Rechtslage hingewiesen, um die Nichtanrufung des Großen Senats zu rechtfertigen.⁶⁰⁸

Bei der letztgenannten Entscheidung handelt es sich um die Rechtsprechungsänderung des 4. Senats zur Auslegung von Bezugnahme Klauseln.⁶⁰⁹ Bereits nach Ankündigung dieser Rechtsprechungsänderung war in der Literatur auf die Notwendigkeit einer Vorlage an den Großen Senat hingewiesen worden.⁶¹⁰ In dem Urteil vom 18.04.2007,⁶¹¹ welches die angekündigte Änderung umsetzte, befasste sich der Senat zwar kurz mit dem Thema, hielt eine Anrufung des Großen Senats nach § 45 Abs. 2 ArbGG allerdings nicht für erforderlich, da die Rechtsprechungsänderung nur hinsichtlich der Auslegung von Verweisklauseln, die nach dem 31.12.2001 vereinbart worden seien, entscheidungserheblich sei. Bezüglich der Auslegung einer derartigen Klausel liege jedoch keine der jetzigen Rechtsprechung des Senats entgegenstehende Rechtsprechung eines anderen Senats oder des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vor.⁶¹² Diese Argumentation überzeugt zwar nicht und hat daher zu Recht Kritik erfahren, da die Änderung an sich gar nicht mit der Schulrechtsreform zusammenhängt.⁶¹³ Dennoch thematisiert der 4. Senat das Thema Vorlagepflicht an dieser Stelle und setzt sich, wenigstens auf den ersten Blick, entsprechend der richterrechtlichen Vorgaben, damit auseinander, weshalb die Entscheidung an dieser Stelle mit aufgeführt ist.

⁶⁰⁵ BAG, 31.10.1995 - 1 AZR 372/95 = AP Nr. 29 zu § 72 ArbGG 1979; BAG, 07.02.1996 - 1 AZR 657/95 = AP Nr. 85 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG, 10.07.1996 - 4 AZR 139/95 = AP Nr. 29 zu §§ 22, 23 BAT Sozialarbeiter; BAG, 12.09.1996 - 5 AZR 104/95 = AP Nr. 122 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten; BAG, 09.12.1997 - 1 AZR 319/97 = AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt (1. Rechtsprechungsänderung); BAG, 26.05.1999 - 5 AZR 664/98 = AP Nr. 10 zu § 35 GmbHG; BAG, 27.05.2004 - 6 AZR 129/03 = AP Nr. 5 zu § 1 TVG Gleichbehandlung.

⁶⁰⁶ BAG, 23.04.2009 - 6 AZR 516/08 = AP Nr. 161 zu § 102 BetrVG 1972; BAG, 15.12.2009 - 9 AZR 769/08 = AP Nr. 1 zu § 8 ASiG.

⁶⁰⁷ BAG, 28.09.2005 - 10 AZR 593/04 = AP Nr. 279 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; BAG, 27.10.2005 - 6 AZR 5/05 = AP Nr. 4 zu § 22 InsO.

⁶⁰⁸ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

⁶⁰⁹ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

⁶¹⁰ Meinel/Herms, DB 2006, 1429, 1432 f.

⁶¹¹ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

⁶¹² BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, unter B. II. 2. a) cc) (5) der Gründe.

⁶¹³ Ausschlaggebend für die Rechtsprechungsänderung war nicht die Änderung der Rechtslage zum 31.12.2001. Der Senat schrieb selbst: „Die Aufgabe der vom Senat früher angewandten und von einer verbreiteten Vertragspraxis zugrunde gelegten Auslegungsregel ist nicht unmittelbar auf eine Änderung der materiellen Rechtslage, wie sie etwa durch das Inkrafttreten der Schuldrechtsreform eingetreten ist, zurückzuführen. Wie dargelegt, stützt sie sich hauptsächlich auf eine auch in der Kritik der weit überwiegenden Auffassung der Literatur immer wieder angemahnte „Rückbesinnung“ auf allgemeine Grundsätze der Vertragsauslegung.“ Bei der Festlegung des Datums 31.12.2001 ging es vielmehr um die Bestimmung einer zeitlichen Grenze für die Gewährung von Vertrauensschutz. Dies hat nichts mit der geänderten Entscheidungsregel an sich zu tun. Es war also offen, ob die anderen Senate des BAG sich der Änderung angeschlossen oder anders entschieden hätten. Es handelt sich um eine Verletzung der Vorlagepflicht. Kritisch zur Argumentation des 4. Senats auch Höpfner, NZA 2008, 91, 94; Höpfner, NZA 2009, 420, 422 f.

cc. Entscheidungen ohne implizite oder explizite Erwähnung von Ausnahmen

Überraschend ist, dass in zwölf Fällen von senatsfremder Rechtsprechung abgewichen wurde, ohne dass den Entscheidungsgründen ein Hinweis darauf entnommen werden konnte, warum keine Divergenzanfrage erfolgt war.⁶¹⁴ Erstaunlich ist dies deshalb, weil die Nichtvornahme der Divergenzvorlage trotz Vorliegen der Voraussetzungen aufgrund der zwingenden gesetzlichen Formulierung eine klare Gesetzesverletzung und, jedenfalls bei Willkür, sogar einen Verfassungsverstoß darstellt. Allein aus diesem Grund wäre ein entsprechender Hinweis in den Entscheidungsgründen zu erwarten.

Diese zwölf Entscheidungen sollen im Folgenden kurz dargestellt und daraufhin untersucht werden, ob die Vorlagepflicht verletzt wurde.

(1) BAG, 23.08.1995 - 10 AZR 105/95

Mit Urteil vom 23.08.1995 hatte sich der 10. Senat des Bundesarbeitsgerichts mit der Frage zu befassen, ob ein Betrieb, der überwiegend Glasversiegelungsarbeiten zwischen Scheibe und Fensterrahmen und Anschlussverfugungen zwischen Fensterrahmen und Wand ausführe, schon allein deswegen gemäß § 1 Abs. 2 Abschnitt VII des Tarifvertrages über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) als Betrieb des Glaserhandwerks vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV ausgenommen sei. Der Senat verneinte dies. Glasversiegelungsarbeiten und Anschlussverfugungen stellten keine für das Glaserhandwerk typischen Tätigkeiten dar.

Der 10. Senat wich mit dieser Aussage unter anderem von einem Urteil des 4. Senats vom 13.03.1991⁶¹⁵ ab. Auf diese Abweichung wurde in Leitsatz und Entscheidungsgründen ausdrücklich hingewiesen.⁶¹⁶ Der Senat führte aus, dass infolge dieses Urteils des 4. Senats stets davon ausgegangen worden sei, dass Glasversiegelungsarbeiten als eine typische Tätigkeit des Glaserhandwerks anzusehen und damit allein dem Glaserhandwerk zuzuordnen seien. Anschlussverfugungen, die sowohl zum Berufsbild des Glasers als auch zu anderen baugewerblichen Berufsbildern gehörten, seien arbeitszeitlich dann den Glasversiegelungsarbeiten zugerechnet worden, wenn ein Zusammenhang zwischen den Glasversiegelungsarbeiten und den Anschlussverfugungsarbeiten bestanden habe, wenn also beide Arbeiten an denselben Fenstern oder Türen in einem Arbeitsgang durchgeführt worden seien.

Diese Rechtsprechung könne nicht aufrecht erhalten werden. Glasversiegelungsarbeiten könnten nicht als Arbeiten angesehen werden, die für das Glaserhandwerk typisch seien, da sie auch zum Berufsbild des Ausbaufacharbeiters mit Schwerpunkt Trockenbau gehörten. Der 10. Senat wies in diesem Zusammenhang, im Anschluss an die Ausführungen der Berufungsinstanz, auf den Ausbil-

⁶¹⁴ BAG, 23.08.1995 - 10 AZR 105/95 = AP Nr. 193 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau; BAG, 11.10.1995 - 10 AZR 985/94 = AP Nr. 133 zu § 1 TVG Tarifverträge Metallindustrie; BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95 = AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG, 25.02.1998 - 2 AZR 226/97 = AP Nr. 2 zu § 72a LPVG NW; BAG, 17.09.1998 - 8 AZR 175/97 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mankohaftung (1. Rechtsprechungsänderung); BAG, 17.09.1998 - 8 AZR 175/97 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mankohaftung (2. Rechtsprechungsänderung); BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 = AP Nr. 4 zu § 55 InsO (1. Rechtsprechungsänderung); BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 = AP Nr. 4 zu § 55 InsO (2. Rechtsprechungsänderung); BAG, 28.04.2004 - 10 AZR 370/03 = AP Nr. 264 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; BAG, 08.03.2006 - 10 AZR 349/05 = AP Nr. 79 zu § 74 HGB; BAG, 28.06.2006 - 10 AZR 385/05 = AP Nr. 74 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; BAG, 12.03.2008 - 4 AZR 93/07 = AP Nr. 35 zu §§ 22, 23 BAT-O.

⁶¹⁵ BAG, 13.03.1991 - 4 AZR 436/90 = BAG AP Nr. 139 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau.

⁶¹⁶ BAG, 23.08.1995 - 10 AZR 105/95 = AP Nr. 193 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau.

dungsrahmenplan für den Ausbaufacharbeiter, Abschnitt G, Schwerpunkt Trockenbauarbeiten Nr. 4 Buchst. c (BGBl. I 1984 S. 1626) hin.⁶¹⁷

Die Frage nach der Notwendigkeit einer Divergenzanfrage wurde nicht angesprochen, obwohl die Rechtsprechungsänderung sowohl in Ausgangs- als auch Änderungsentscheidung entscheidungserheblich war. Allerdings kann den Geschäftsverteilungsplänen ein Zuständigkeitswechsel entnommen werden. Nach Punkt 10.3. des Geschäftsverteilungsplans für das Geschäftsjahr 1995 waren allein dem 10. Senat die Urteilsverfahren zugewiesen, „in denen eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien Partei ist“.⁶¹⁸

(2) BAG, 11.10.1995 - 10 AZR 985/94

In einer Entscheidung vom 11.10.1995⁶¹⁹ entschied der 10. Senat, dass der Anspruch auf eine betriebliche Sonderzahlung nach § 2 des Tarifvertrages über Sonderzahlungen in der niedersächsischen Metallindustrie vom 27.05.1992 nicht von einer tatsächlichen Arbeitsleistung im Kalenderjahr oder einem entsprechenden Verdienst innerhalb der letzten drei vollständig abgerechneten Monate vor dem Auszahlungstag abhängig sei.

Er wies im Leitsatz ausdrücklich auf die damit erfolgte Aufgabe einer früheren Entscheidung des 6. Senats hin⁶²⁰, die einen Anspruch auf die betriebliche Sonderzahlung nach § 2 Abs. 1 des Tarifvertrags über Sonderzahlungen in der niedersächsischen Metallindustrie vom 18.07.1984 davon abhängig machte, dass der Arbeitnehmer im Bezugszeitraum eine nicht ganz unerhebliche Arbeitsleistung erbracht hatte, und damit eine Entscheidung des 5. Senats vom 18.01.1978⁶²¹ bestätigte.

Die Entscheidung vom 11.10.1995 stellt zwar objektiv nur die Wiederholung einer bereits erfolgten ausdrücklichen Rechtsprechungsänderung vom 05.08.1992⁶²² dar, wurde jedoch nochmals ausdrücklich als solche benannt, weshalb sie im Rahmen der Untersuchung als Rechtsprechungsänderung erfasst wurde.

Anders als in der Entscheidung vom 05.08.1992⁶²³ sprach der Senat die Vorlagepflicht jedoch nicht mehr an. In der Entscheidung von 1992 hatte er noch darauf hingewiesen, dass es einer Anfrage beim 5. und 6. Senat des Bundesarbeitsgerichts nicht bedürfe, da der Senat nach dem Geschäftsverteilungsplan des Bundesarbeitsgerichts für 1992 für Rechtsstreitigkeiten um Gratifikationen und Sondervergütungen aller Art allein zuständig sei. Dies war auch noch 1995 der Fall,⁶²⁴ weshalb die Vorlagepflicht nicht verletzt wurde.

⁶¹⁷ BAG, 23.08.1995 - 10 AZR 105/95 = AP Nr. 193 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau, unter II. 4. und 5. der Gründe.

⁶¹⁸ Bundesarbeitsblatt 4/1995, 31, 33.

⁶¹⁹ BAG, 11.10.1995 - 10 AZR 985/94 = AP Nr. 133 zu § 1 TVG Tarifverträge Metallindustrie.

⁶²⁰ BAG, 07.09.1989 - 6 AZR 637/88 = AP Nr. 129 zu § 611 BGB Gratifikation.

⁶²¹ BAG, 18.01.1978 - 5 AZR 56/77 = AP Nr. 92 zu § 611 BGB Gratifikation.

⁶²² BAG, 05.08.1992 - 10 AZR 88/90 = AP Nr. 143 zu § 611 BGB Gratifikation.

⁶²³ BAG, 05.08.1992 - 10 AZR 88/90 = AP Nr. 143 zu § 611 BGB Gratifikation.

⁶²⁴ Bundesarbeitsblatt 4/1995, 31, 33, Punkt 10.1.2.

(3) BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95

In einer Entscheidung vom 05.06.1996 wich der 10. Senat⁶²⁵ ausdrücklich von einem Urteil des 5. Senats vom 26.06.1975⁶²⁶ ab. Dort hatte der 5. Senat, im Anschluss an frühere Entscheidungen⁶²⁷, geurteilt, dass der Freiwilligkeitsvorbehalt in Gratifikationszusagen im Allgemeinen ausschließlich für die Zukunft wirke und Rechtsansprüche des Arbeitnehmers nur für spätere Jahre ausschließe.

Der 10. Senat stellte im Leitsatz fest, dass, wenn eine Gratifikationszusage einen Freiwilligkeitsvorbehalt des Inhalts dahingehend enthalte, dass Ansprüche für die Zukunft auch aus wiederholten Zahlungen nicht hergeleitet werden könnten, dieser Vorbehalt nicht nur Ansprüche für die Zukunft, sondern auch für den laufenden Bezugszeitraum ausschließe. Im Leitsatz wurde dies ausdrücklich als Aufgabe des Urteils des 5. Senats vom 26.06.1975 bezeichnet. Eine Divergenzanfrage wurde in den Entscheidungsgründen nicht erwogen.

Dies erklärt sich teilweise bereits aus den Ausführungen in den Entscheidungsgründen. Im Leitsatz spricht der 10. Senat ganz klar von einer „Aufgabe von BAG Urteil vom 26. Juni 1975 - 5 AZR 412/74“, weshalb die Entscheidung auch als Rechtsprechungsänderung i.S.d. statistischen Untersuchung gewertet wurde.⁶²⁸ In den Entscheidungsgründen wird das Verhältnis zur Ausgangsentscheidung anders dargestellt.

Hier führt der Senat aus, dass die vom Kläger angeführte Entscheidung des 5. Senats vom 26.06.1975 der eigenen Ansicht nicht entgegenstehe. In der Ausgangsentscheidung heiße es, dass der Freiwilligkeitsvorbehalt in Gratifikationszusagen allgemein nur für die Zukunft wirke und Rechtsansprüche des Arbeitnehmers nur für spätere Jahre ausschließe. Ob für das laufende Jahr ein Gratifikationsanspruch begründet sei, folge unabhängig von dem Freiwilligkeitsvorbehalt aus den sonstigen Erklärungen oder Handlungen des Arbeitgebers. Dies bedeute, dass trotz eines Freiwilligkeitsvorbehaltes der genannten Art aus Handlungen oder Erklärungen des Arbeitgebers ein Anspruch auf die Gratifikation für das laufende Jahr entstehen könne, beispielsweise indem der Arbeitgeber eine Gratifikation zusage oder diese tatsächlich an die Arbeitnehmer des Betriebes auszahle und nur einzelne Arbeitnehmer ausnehme.

In dem vom 5. Senat entschiedenen Fall hätte der Arbeitgeber trotz des Freiwilligkeitsvorbehaltes die Gratifikation gezahlt und lediglich den Kläger, weil gekündigt, davon ausgenommen. Demgegenüber habe die Beklagte im vorliegenden Fall unstreitig keinem Arbeitnehmer das 13. Gehalt oder eine sonstige Gratifikation für das infrage stehende Jahr gezahlt und damit keinerlei Erklärung abgegeben oder Handlungen vorgenommen, aus denen der Kläger hätte ersehen können, dass die Beklagte 1993 von dem Freiwilligkeitsvorbehalt keinen Gebrauch machen werde.⁶²⁹

Soweit die Entscheidung des 5. Senats allerdings dahin zu verstehen sein sollte, dass trotz des Freiwilligkeitsvorbehaltes für das laufende Jahr stets ein Anspruch entstehe, solange der Arbeitgeber nicht rechtzeitig zu erkennen gebe, dass er von dem Freiwilligkeitsvorbehalt Gebrauch mache, halte der Senat daran nicht fest. Wenn es in einem Freiwilligkeitsvorbehalt heiße, dass Ansprüche für die Zu-

⁶²⁵ BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95 = AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation.

⁶²⁶ BAG, 26.06.1975 - 5 AZR 412/74 = AP Nr. 86 zu § 611 BGB Gratifikation.

⁶²⁷ BAG, 04.03.1961 - 5 AZR 169/60 = AP Nr. 21 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG, 18.10.1961 - 1 AZR 75/61 = AP Nr. 69 zu Art 3 GG.

⁶²⁸ Dies mag unter dem Eindruck der Entscheidung Berufungsinstanz geschehen sein, vgl. LAG Baden-Württemberg, 28.09.1995 - 11 Sa 61/95 (nicht veröffentlicht), Leitsatz.

⁶²⁹ BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95 = AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation, unter II. 3. der Gründe.

kunft nicht bestünden, dann habe auch der Arbeitnehmer solange keinen Anspruch auf eine Gratifikation, wie nicht der Arbeitgeber einen solchen durch Erklärungen oder Handlungen begründe oder dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Gleichbehandlung erwachse. Der Anspruch müsse nicht erst durch Erklärungen des Arbeitgebers in Wegfall gebracht werden.

Damit ließ der 10. Senat die Rechtsprechungsänderung in den Entscheidungsgründen offen.⁶³⁰ Geht es also nur um die Entscheidungsgründe, ist die Vorlagepflicht schon aus diesem Grund nicht verletzt.

Doch auch die Betrachtung der eindeutigen Formulierung im Leitsatz führt zu keinem anderen Ergebnis. Nachdem Rechtsstreitigkeiten über Gratifikationen aller Art und Sondervergütungen mit Ausnahme gewinnorientierter oder umsatzorientierter Zahlungen 1975 dem 5. Senat zugeteilt waren⁶³¹, war hierfür 1996 allein der 10. Senat zuständig.⁶³²

(4) BAG, 25.02.1998 - 2 AZR 226/97

In der rechtsprechungsändernden Entscheidung des 2. Senats vom 25.02.1998⁶³³ wurde unter anderem von einem Urteil des 3. Senats vom 21.07.1977⁶³⁴ abgewichen. Daneben lag auch eine Eigendivergenz vor, da sich der 2. Senat in einer Entscheidung vom 10.03.1983⁶³⁵ der Auffassung des 3. Senats angeschlossen hatte. Die Abweichungen wurden im Leitsatz offengelegt, allerdings wurde in den Entscheidungsgründen auf die entgegenstehende Rechtsprechung des 3. Senats hingewiesen, ohne dass eine Auseinandersetzung mit der Frage des Divergenzverfahrens erfolgt wäre.⁶³⁶

In der Entscheidung ging es um die Frage der Wirksamkeit einer Kündigung nach einer Personalratsanhörung, die nicht der Dienststellenleiter, sondern ein personalvertretungsrechtlich nicht zuständiger Vertreter des Dienststellenleiters eingeleitet hatte. Der 2. Senat hielt die Kündigung für wirksam und entschied, dass die Einleitung des Mitbestimmungsverfahrens durch einen gemäß § 8 Abs. 1 LPVG NW a.F.⁶³⁷ nicht hierzu Vertretungsermächtigten nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führe, wenn der Personalrat der Kündigung letztlich uneingeschränkt zugestimmt habe. Dies wurde mit dem eingeschränkten Schutzzweck des § 8 Abs. 1 LPVG NW a.F. erklärt. Die Norm diene in erster Linie dazu, dem Personalrat einen kompetenten und vertretungsbefugten Gesprächspartner zu sichern. Gehe der Personalrat hiervon aus, sei nicht einzusehen, inwiefern außerdem noch der von der Personalmaßnahme betroffene Arbeitnehmer geschützt werden solle.⁶³⁸

⁶³⁰ Gleichzeitig wies der 10. Senat darauf hin, dass der 5. Senat am 27.10.1978 - 5 AZR 273/77 = AP Nr. 97 zu § 611 BGB Gratifikation - möglicherweise selbst von der Ausgangsentscheidung abgerückt sei. In dieser Entscheidung hatte der 5. Senat den Anspruch des Klägers auf die Gratifikation trotz eines Freiwilligkeitsvorbehaltes nicht mit der Begründung bejaht, dass der Arbeitgeber nicht zu erkennen gegeben habe, er werde in diesem Jahr nicht zahlen. Der Anspruch wurde vielmehr damit begründet, dass der Freiwilligkeitsvorbehalt die Beachtung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht ausschließe und der Arbeitnehmer trotz des Freiwilligkeitsvorbehaltes die Gratifikation verlangen könne, wenn diese an andere vergleichbare Arbeitnehmer gezahlt worden sei. Den Begründungsansatz in der Entscheidung vom 26.06.1975 übernahm er nicht.

⁶³¹ RdA 1975, 121, 122, Punkt V. 1. b).

⁶³² ArbuR 1996, 54, 56, Punkt 10.1.2.

⁶³³ BAG, 25.02.1998 - 2 AZR 226/97 = AP Nr. 2 zu § 72a LPVG NW.

⁶³⁴ BAG, 21.07.1977 - 3 AZR 158/76 = AP Nr. 1 zu Art 8 PersVG Bayern.

⁶³⁵ BAG, 10.03.1983 - 2 AZR 356/81 = AP Nr. 1 zu § 66 LPVG NW.

⁶³⁶ BAG, 25.02.1998 - 2 AZR 226/97 = AP Nr. 2 zu § 72a LPVG NW, unter II. 2. b) bb) der Gründe.

⁶³⁷ § 8 Abs. 1 S. 3, Abs. 3 und 4 S. 1 neu durch Gesetz vom 09.10.2007 m.W.v. 17.10.2007 (GV. NRW. S. 394).

⁶³⁸ BAG, 25.02.1998 - 2 AZR 226/97 = AP Nr. 2 zu § 72a LPVG NW, unter II. 2. b) bb) der Gründe.

Der 3. Senat hatte sich in der Ausgangsentscheidung mit dem im Tatbestand etwas anders gelagerten Fall zu befassen, dass der Kläger eine vom Oberbürgermeister der Beklagten verfügte Änderungskündigung erhalten hatte, die den Vermerk „o.E.“ (ohne Einwendungen) eines Gesamtpersonalratsmitgliedes, des Gruppenvertreters der Angestellten, enthielt. Der Personalausschuss des Stadtrates war über die Kündigung erst nach deren Zustellung unterrichtet worden und hatte die Maßnahme durch einen späteren Beschluss nachträglich gebilligt. Auch hier hatte der 3. Senat zu entscheiden, ob die Kündigung wirksam war. Im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung war das Bayerische Personalvertretungsgesetz (BayPVG) vom 21.11.1958 (GVBl. S. 333) in Kraft, dessen Art. 8 Abs. 1 dem § 8 Abs. 1 LPVG NW a.F. entsprach.

Der 3. Senat hatte die Wirksamkeit der Kündigung verneint und entschieden, dass ein ordnungsgemäßes Beteiligungsverfahren nicht vorgelegen habe, wenn der Personalrat der beabsichtigten Maßnahme zugestimmt habe, ohne dass das Beteiligungsverfahren vom Leiter der Dienststelle oder seinem ständigen Vertreter eingeleitet worden sei. Werde ein anderer Bediensteter tätig, müsse dieser für den Einzelfall mit ausdrücklicher Vollmacht ausgestattet sein.

Diese Aussage sowie die Folgerung der Unwirksamkeit der Kündigung standen der Deutung des § 8 Abs. 1 LPVG NW a.F. durch den 2. Senat entgegen. Die Divergenz bestand auch fort, da der Inhalt des § 8 Abs. 1 BayPVG a.F. auch nach Außerkrafttreten des Bayerischen Personalvertretungsgesetzes vom 21.11.1958 weiter im Bayerischen Personalvertretungsgesetz enthalten war.⁶³⁹ Die Tatsache, dass es sich um ein anderes Gesetz handelte, ist nicht von Bedeutung. Die Divergenz in einer Rechtsfrage muss nicht im Rahmen derselben Norm auftreten. Die Vorlagepflicht besteht auch bei Divergenzen in der Auslegung inhaltsgleicher Normen oder von identischen Rechtsbegriffen in sonst unterschiedlichen Normen.⁶⁴⁰

Eine Vorlagepflicht hätte jedoch dann nicht bestanden, wenn der 3. Senat, von dessen Entscheidung abgewichen werden sollte, wegen einer Änderung des Geschäftsverteilungsplanes mit der Rechtsfrage überhaupt nicht mehr befasst werden konnte und auch kein anderer fremder Senat nach dem Geschäftsverteilungsplan für den Fall, in dem abweichend entschieden wurde, zuständig geworden wäre. Wie ein Blick in den Geschäftsverteilungsplan für das Geschäftsjahr 1998 ergibt, waren Kündigungstreitigkeiten ausschließlich dem rechtsprechungsändernden 2. Senat übertragen.⁶⁴¹ Damit war er für die geänderte Rechtsfrage allein zuständig.

(5) BAG, 17.09.1998 - 8 AZR 175/97

Die Entscheidung des 8. Senats vom 17.09.1998,⁶⁴² die sich mit der Frage der Mankohaftung beschäftigt, enthält gleich zwei ausdrückliche Rechtsprechungsänderungen. In den Entscheidungsgründen fehlte in beiden Fällen ein Hinweis darauf, warum kein Divergenzverfahren durchgeführt worden war.

⁶³⁹ Heute beispielsweise in Art. 7 Abs. 1 BayPVG.

⁶⁴⁰ Prütting, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöße, Arbeitsgerichtsgesetz, 7. Aufl. 2009, § 45 Rn. 20.

⁶⁴¹ Bundesarbeitsblatt 6/1998, 42, 43, Punkt 2.1.

⁶⁴² BAG, 17.09.1998 - 8 AZR 175/97 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mankohaftung.

(a) Erste Rechtsprechungsänderung

Die erste Rechtsprechungsänderung betraf die Frage, ob § 282 BGB a.F. bei der Haftung des Arbeitnehmers aus pVV entsprechend anzuwenden sei. Dies hatten zuvor sowohl der 3. als auch der 7. Senat bejaht.⁶⁴³ Wenn ein Arbeitnehmer den alleinigen Zugang zu einem von ihm verwalteten Geldbestand habe, obliege es ihm in entsprechender Anwendung des § 282 BGB a.F., zumindest eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für einen konkreten Geschehensablauf darzutun, aus dem sich ergebe, dass der Fehlbestand nicht durch eine grob fahrlässige Pflichtverletzung entstanden sei. In der rechtsprechungsändernden Entscheidung urteilte der 8. Senat dagegen, § 282 BGB a.F. dürfe im Rahmen der Arbeitnehmerhaftung nicht angewendet werden. Hinweise auf Ausnahmetatbestände bezüglich des Divergenzverfahrens lieferte er nicht, obwohl es genügend Argumente gab, die gegen die Notwendigkeit einer Divergenzanfrage hätten angeführt werden können.

In der ersten Entscheidung des 7. Senats vom 06.06.1984⁶⁴⁴ entschied dieser nach beamtenrechtlichen Haftungsgrundsätzen, weshalb die zivilrechtlichen Haftungsregelungen mit ihren besonderen Ausprägungen im Arbeitsrecht nicht zur Anwendung kommen sollten. In einem zweiten Urteil vom 29.08.1984⁶⁴⁵ handelte es sich um eine nicht tragende Aussage. Dennoch unterließ es der 8. Senat, auf diese Besonderheiten hinzuweisen.

Auch hinsichtlich der Abweichung von der Entscheidung des 3. Senats vom 28.07.1972⁶⁴⁶ griff ein Ausnahmetatbestand. Nach Punkt 8.1.1. des Geschäftsverteilungsplanes für das Geschäftsjahr 1998 waren dem 8. Senat ausschließlich Verfahren im Zusammenhang mit Schadensersatzansprüchen zugewiesen.⁶⁴⁷ Zuweisungen der Rechtsfrage an andere Senate kamen nicht in Betracht, weshalb der Senat allein zuständig war.

(b) Zweite Rechtsprechungsänderung

Die zweite ausdrückliche Rechtsprechungsänderung betraf die Frage, welche Anforderungen an Mankoabreden zu stellen seien. Nach bisheriger Rechtsprechung des 1., 2. und 3. Senats⁶⁴⁸ setzte die Wirksamkeit einer Mankoabrede grundsätzlich nur voraus, dass dem erhöhten Risiko des Arbeitnehmers ein angemessener wirtschaftlicher Ausgleich gegenüberstehe. Nach der rechtsprechungsändernden Entscheidung des 8. Senats müsse der Arbeitnehmer bei einer Mankoabrede dagegen die Chance erhalten, durch Aufmerksamkeit einen Überschuss zu erzielen. Auch dürfe eine Haftung aufgrund besonderer vertraglicher Abrede die Summe der gezahlten Mankogelder nicht übersteigen.⁶⁴⁹

Die Änderung wurde zwar offengelegt⁶⁵⁰ und die Ausgangsentscheidungen in den Entscheidungsgründen genannt⁶⁵¹, allerdings heißt es am Ende der Ausführungen lapidar: „Soweit in früheren Ent-

⁶⁴³ BAG, 28.07.1972 - 3 AZR 468/71 = AP Nr. 7 zu § 282 BGB; BAG, 06.06.1984 - 7 AZR 292/81 = AP Nr. 1 zu § 11a TV Ang Bundespost; BAG, 29.08.1984 - 7 AZR 572/81 (nicht veröffentlicht).

⁶⁴⁴ BAG, 06.06.1984 - 7 AZR 292/81 = AP Nr. 1 zu § 11a TV Ang Bundespost, unter II. 1. der Gründe.

⁶⁴⁵ BAG, 29.08.1984 - 7 AZR 572/81 (nicht veröffentlicht), unter 4. der Entscheidungsgründe.

⁶⁴⁶ BAG, 28.07.1972 - 3 AZR 468/71 = AP Nr. 7 zu § 282 BGB.

⁶⁴⁷ Bundesarbeitsblatt 6/1998, 42 (43), Punkt 8.1.1.

⁶⁴⁸ BAG, 09.04.1957 - 2 AZR 532/54 = AP Nr. 4 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers; BAG, 27.02.1970 - 1 AZR 150/69 = AP Nr. 54 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers; BAG, 22.11.1973, 2 AZR 580/72 = AP Nr. 67 zu § 626 BGB; BAG, 29.01.1985, 3 AZR 570/82 = AP Nr. 87 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

⁶⁴⁹ BAG, 17.09.1998 - 8 AZR 175/97 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mankohaftung, unter B. IV. 2. der Gründe.

⁶⁵⁰ Schwirtzek, NZA 2005, 437, spricht insoweit auch von einer ausdrücklichen Aufgabe.

⁶⁵¹ BAG, 17.09.1998 - 8 AZR 175/97 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mankohaftung, B. IV. 2. der Gründe.

scheidungen Mankogeldvereinbarungen auch unter erweiterten Voraussetzungen zugelassen worden sind, wird hieran nicht festgehalten.“ Damit handelt es sich um die Einschränkung von Entscheidungsregeln anderer Senate. Die Tatsache, dass die Ausgangsentscheidungen an dieser Stelle nicht noch einmal explizit genannt sind, ist etwas unglücklich. Zudem wurde die Frage nach einem notwendigen Divergenzverfahren nicht angesprochen. Eine Verletzung der Vorlagepflicht lag dennoch nicht vor.

Die Parteien stritten über Entgeltabzüge zum Ausgleich von Kassendifferenzen und eine Abmahnung. Wie oben bereits festgestellt wurde, waren dem 8. Senat nach dem Geschäftsverteilungsplan für 1998 Verfahren im Zusammenhang mit Schadensersatz zugewiesen.⁶⁵² Damit war der 8. Senat nach dem Geschäftsverteilungsplan allein zuständig.⁶⁵³

(6) BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02

Die Entscheidung des 9. Senats vom 25.03.2003,⁶⁵⁴ die sich mit Fragen der Urlaubsabgeltung in der Insolvenz auseinandersetzt, enthält ebenfalls zwei ausdrückliche Rechtsprechungsänderungen.

(a) Erste Rechtsprechungsänderung

Bei der ersten Änderung ging es um die Frage, ob es sich bei Urlaubsabgeltungsansprüchen um Masseverbindlichkeiten handle. Vor Inkrafttreten der Insolvenzordnung hatten Bundesarbeitsgericht und Bundessozialgericht in Anwendung des § 59 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 KO das sogenannte Rückrechnungsprinzip vertreten.⁶⁵⁵ Danach stellten Urlaubsabgeltungsansprüche nur dann Masseverbindlichkeiten dar, wenn die Zeit nach Eröffnung des Konkursverfahrens ausgereicht hätte, den Freizeitanspruch zu erfüllen, wobei der Anspruch auf Urlaubsabgeltung dabei grundsätzlich den letzten Tagen der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zuzuordnen war.

Der 9. Senat entschied, dass diese Rechtsprechung unter Geltung der Insolvenzordnung nicht fortgeführt werden könne.⁶⁵⁶ Sie lasse sich nicht mit dem Argument der Harmonisierung von Arbeitsrecht und Insolvenzzgeldanspruch begründen, wie dies zuvor der Fall gewesen sei. Nach § 184 Abs. 1 Nr. 1 SGB III stehe dem Arbeitnehmer nunmehr kein Anspruch auf Insolvenzzgeld für Ansprüche auf Arbeitsentgelt zu, die er wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder für die Zeit nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses habe. Bei dem Anspruch auf Urlaubsabgeltung handle es sich um einen Anspruch, der dem Arbeitnehmer wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zustehe. Auch die Bevorrechtigung von Arbeitsentgeltansprüchen nach § 59 Abs. 1 Nr. 3 KO sei entfallen. Damit sei es für die Einordnung als Masseverbindlichkeit unerheblich, ob die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgereicht hätte, den Urlaubsan-

⁶⁵² Bundesarbeitsblatt 6/1998, 42, 43, Punkt 8.1.1.

⁶⁵³ Die Ausgangsentscheidungen befassten sich mit der Mankoabrede auch aufgrund der Zuweisungen von Schadensersatzstreitigkeiten, vgl. BAG, 27.02.1970 - 1 AZR 150/69 = AP Nr. 54 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers - Bundesarbeitsblatt 5/1970, 360 (360), Punkt I; BAG, 29.01.1985 - 3 AZR 570/82 = AP Nr. 87 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers - Bundesarbeitsblatt 4/1985, 66 (66), Punkt III. In einer Entscheidung war eine Widerklage dafür verantwortlich, vgl. BAG, 22.11.1973 - 2 AZR 580/72 = AP Nr. 67 zu § 626 BGB - Bundesarbeitsblatt 5/1973, 265 (266), Punkt II.

⁶⁵⁴ BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 = AP Nr. 4 zu § 55 InsO.

⁶⁵⁵ BAG, 21.05.1980 - 5 AZR 441/78 = AP Nr. 10 zu § 59 KO; BSG, 30.11.1977 - 12 RAr 99/76 = BSGE 45, 191-199.

⁶⁵⁶ BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 = AP Nr. 4 zu § 55 InsO.

spruch durch Freistellung von der Arbeitspflicht zu erfüllen. Der nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu erfüllende Urlaubsabgeltungsanspruch gehöre stets zu den Masseverbindlichkeiten i.S.v. § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO.

Die Frage der Divergenzvorlage wurde nicht behandelt. Allerdings ist dies auch hier gerechtfertigt. Zum einen beruhte die Rechtsprechungsänderung auf der Fernwirkung einer Gesetzesänderung, was eine richterrechtliche Ausnahme von der Vorlagepflicht darstellt. Zum anderen war die Änderung in der rechtsprechungsändernden Entscheidung nicht entscheidungserheblich, da die Voraussetzungen der alten Rechtsauffassung erfüllt gewesen wären. Die Dauer des Arbeitsverhältnisses nach Insolvenzeröffnung bis Beendigung des Arbeitsverhältnisses hätte ausgereicht, den Urlaubsanspruch zu erfüllen. Eine Verletzung der Vorlagepflicht kam daher auch aus diesem Grund nicht in Betracht.

(b) Zweite Rechtsprechungsänderung

Bei der zweiten Abweichung ging es unter dem Aspekt des Entstehungszeitpunktes des Urlaubsanspruchs um die Frage, wie Urlaubsabgeltungsansprüche in der Insolvenz zu behandeln seien. Der 9. Senat wies darauf hin, dass für die Beurteilung des Entstehungszeitpunktes des Urlaubsabgeltungsanspruchs auf das materielle Recht abzustellen sei.

Er entschied, dass der Anspruch des Arbeitnehmers auf Freistellung nach dem Bundesurlaubsgesetz von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unberührt bleibe. Dies gelte allerdings nicht deshalb, weil das Insolvenzverfahren nur Zahlungsansprüche erfasse, wie es der 8. Senat am 18.12.1986 für das Konkursverfahren festgestellt habe.⁶⁵⁷ Dieser Auffassung stehe bereits § 45 InsO entgegen, nach dem nicht auf Geld gerichtete Forderungen mit ihrem geschätzten Wert geltend zu machen seien. Das Ergebnis folge stattdessen aus § 108 InsO. Nach § 108 Abs. 1 InsO bleibe das Arbeitsverhältnis bestehen, Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis würden nach Abs. 2 nur dann Insolvenzforderungen, wenn es sich um solche „für“ die Zeit vor Eröffnung handelt. Dazu gehörten Urlaubsansprüche jedoch nicht, da sie nicht von einer Arbeitsleistung im Kalenderjahr abhängig seien und damit nicht monatlich verdient würden. Deshalb sei auch keine Zuordnung auf die Zeit vor oder nach dem Zeitpunkt der Eröffnung der Insolvenz möglich.

Die Frage der Divergenzvorlage wurde in diesem Fall ebenfalls nicht angesprochen. Auch hier ist ein Grund für eine Ausnahme erkennbar, der allerdings nicht ausdrücklich angesprochen wurde. Bei alter wie neuer Entscheidungsregel handelte es sich um zwei verschiedene Begründungen, die jeweils das gleiche Ergebnis trugen. Damit fehlte es an der von der Rechtsprechung geforderten doppelten Entscheidungserheblichkeit, weshalb keine Vorlagepflicht bestand.

(7) BAG, 28.04.2004 - 10 AZR 370/03

In einer Entscheidung vom 28.04.2004⁶⁵⁸ machte die klagende Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes (ZVK) gegen den Beklagten Auskunftsansprüche und für den Fall der nicht rechtzeitigen Erteilung einen Entschädigungsanspruch geltend. Dabei ging es unter anderem um die Frage, ob der Vortrag der Klägerin substantiiert, schlüssig und einer Beweisaufnahme zugänglich sei. Die ZVK hatte vorgetragen, dass die Beklagte im Kalenderjahr 2000 mit 32 namentlich als Zeugen benannten Ar-

⁶⁵⁷ BAG, 18.12.1986 - 8 AZR 481/84 = AP Nr. 19 zu § 11 BUrlG.

⁶⁵⁸ BAG, 28.04.2004 - 10 AZR 370/03 = AP Nr. 264 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau.

beitnehmern zu mehr als 50 % der betrieblichen Gesamtarbeitszeit Dämm- und Isolierarbeiten ausgeführt habe, welche dem Geltungsbereich des Tarifvertrages über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe vom 20.12.1999 (VTV) unterlagen.⁶⁵⁹

Der 10. Senat entschied, dass es nicht erforderlich sei, dass die ZVK jede Einzelheit der behaupteten Tätigkeiten nach Zeit, Ort, Auftraggeber und verwendeten Arbeitsmitteln darlege. Es reiche vielmehr aus, dass sie nur vermutete Tatsachen zur betrieblichen Tätigkeit vortrage, es sei denn, dies geschehe ersichtlich willkürlich ins Blaue hinein ohne jegliche tatsächlichen Anhaltspunkte. Soweit dem Beschluss vom 16.01.1991⁶⁶⁰ entnommen werden könnte, dass über den dort entschiedenen Einzelfall hinaus für die beweisenerhebliche Beschreibung einer baugewerblichen Tätigkeit die Darlegung erforderlich sei, wann, wo und welche Arbeiten mit welchen Betriebsmitteln verrichtet worden seien, halte der Senat daran nicht fest. Tatsächlich habe er solche Anforderungen auch in seiner Rechtsprechung seit etwa 10 Jahren nicht mehr aufgestellt.⁶⁶¹

Wie in der Entscheidung des 10. Senats vom 05.06.1996⁶⁶² bestand auch innerhalb dieser Entscheidung ein Widerspruch bei der Qualifizierung des Verhältnisses von Änderungs- und Ausgangsentscheidung in den Hinweisen des Senats und den Entscheidungsgründen. Während die Hinweise des Senats von einer „teilweise[n] Aufgabe von BAG 16. Januar 1991 – 4 AS 7/90 – BAGE 67, 71“ sprechen, ließ der Senat eine Änderung in den Entscheidungsgründen dem Wortlaut nach offen.⁶⁶³

Da eine die Divergenzvorlagepflicht auslösende Abweichung nur bei einer bewussten inhaltlichen Änderung eines abstrakten Rechtssatzes vorliegen soll,⁶⁶⁴ ist eine eindeutige Verletzung der Vorlagepflicht, betrachtet man nur die Entscheidungsgründe, nicht anzunehmen.

Im Hinweis des Senats wird demgegenüber zwar eindeutig von einer „teilweisen Aufgabe“ gesprochen. Allerdings waren dem 10. Senat nach dem Geschäftsverteilungsplan für das Geschäftsjahr 2004 Urteilsverfahren zugewiesen, „in denen Arbeitnehmer oder Arbeitgeber oder eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien über Rechtsfragen streiten, die das Verhältnis zu einer gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien betreffen.“⁶⁶⁵ Er war daher in dieser Rechtsfrage allein zuständig.

(8) BAG, 08.03.2006 - 10 AZR 349/05

In der Entscheidung vom 08.03.2006 ging es unter anderem um die Frage, welcher Prüfungsmaßstab bei der Auslegung gerichtlicher Vergleichsklauseln anzulegen sei.⁶⁶⁶ Der Senat entschied, er halte nicht daran fest, dass Prozessvergleiche generell typische Erklärungen seien und demnach ihre Auslegung unabhängig von ihrem Charakter revisionsrechtlich voll überprüfbar sei. Klauseln in Prozessvergleichen seien in der Regel nichttypische Erklärungen und damit revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbar.

⁶⁵⁹ BAG, 28.04.2004 - 10 AZR 370/03 = AP Nr. 264 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau, unter II. 2. b) der Gründe.

⁶⁶⁰ BAG, 16.01.1991 - 4 AS 7/90 = AP Nr. 1 zu § 13 ArbGG 1979.

⁶⁶¹ BAG, 28.04.2004 - 10 AZR 370/03 = AP Nr. 264 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau, unter II. 2. d) der Gründe.

⁶⁶² BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95 = AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation, unter II. 3. der Gründe.

⁶⁶³ BAG, 28.04.2004 - 10 AZR 370/03 = AP Nr. 264 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau, unter II. 2. d) der Gründe.

⁶⁶⁴ Vgl. *Poeche*, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 22. Ed., Stand: 01.12.2011, § 45 ArbGG Rn. 4.

⁶⁶⁵ Bundesarbeitsblatt 1/2004, 31, 33, Punkt 10.2.

⁶⁶⁶ BAG, 08.03.2006 - 10 AZR 349/05 = AP Nr. 79 zu § 74 HGB.

In den Entscheidungsgründen wies der Senat darauf hin, dass die Frage in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bisher uneinheitlich beantwortet worden sei. Der Senat selbst habe in den beiden Entscheidungen vom 31.07.2002⁶⁶⁷ die Auffassung vertreten, dass Prozessvergleiche stets und in allen Fällen vom Revisionsgericht unbeschränkt und selbständig ausgelegt werden könnten und zwar unabhängig von der Frage, ob sie typische oder nichttypische Erklärungen enthielten. Demgegenüber hätten der 3., 8. und 4. Senat auf nichttypische Prozessvergleiche einen eingeschränkten Prüfungsmaßstab angewendet, wobei der 4. Senat Vergleiche grundsätzlich für nichttypische Verträge gehalten habe.⁶⁶⁸ Soweit wäre eine Rechtsprechungsänderung ohne Einleitung eines Anfrageverfahrens möglich gewesen. Allerdings wies der Senat auch auf Entscheidungen des 2. und 5. Senats hin, die dem entgegenstehen könnten.

In einer Entscheidung vom 19.05.2004 habe der 5. Senat eine uneingeschränkte Überprüfung eines Prozessvergleichs vorgenommen.⁶⁶⁹ Mit Urteil vom 29.09.2004 habe er zwar offen gelassen, ob generell an dieser Rechtsprechung festzuhalten sei. Trotzdem hätte der 5. Senat auch in dieser Entscheidung den Prozessvergleich unbeschränkt ausgelegt, da der Vergleich eine typische Erklärung beinhaltet habe.⁶⁷⁰ Eine eindeutige Aufgabe von der bisherigen Rechtsprechung war darin also nicht zu sehen, so dass insoweit objektiv noch eine Divergenz zur neuen Auffassung des 10. Senats bestand.

Weiter wies der 10. Senat darauf hin, dass auch der zweite Senat grundsätzlich von einer vollen Überprüfbarkeit gerichtlicher Vergleichsklauseln ausgehe.⁶⁷¹ In diesem Zusammenhang verwies er auf eine Entscheidung vom 04.03.2004, in der der 2. Senat geäußert hatte: „Prozessvergleiche können vom Revisionsgericht unbeschränkt und selbstständig gemäß §§ 133, 157 BGB ausgelegt werden.“⁶⁷² Der 10. Senat versuchte diese Aussage abzuschwächen, indem er anschließend erwähnte, der 2. Senat habe in zwei Entscheidungen vom 16.01.2003 und 22.03.2003 zwar grundsätzlich ebenfalls eine volle Überprüfbarkeit angenommen, die Problematik jedoch nicht weiter vertieft, da auch bei eingeschränktem Prüfungsmaßstab jeweils dasselbe Ergebnis erzielt worden wäre.⁶⁷³ In der Entscheidung vom 15.07.2004, die der 10. Senat ebenfalls nannte, schien der 2. Senat eine Klausel in einem Prozessvergleich zwar als nur eingeschränkt überprüfbar zu betrachten, jedoch wurde die Problematik auch in diesem Fall nicht weiter behandelt, da auch eine unbeschränkte Überprüfung die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts getragen hätte.⁶⁷⁴ Damit war auch der 2. Senat nicht ausdrücklich von der Aussage abgerückt, dass Prozessvergleiche vom Revisionsgericht unbeschränkt auszulegen seien, so dass auch hier die Divergenz fortbestand.

Nach der Geschäftsverteilung des Bundesarbeitsgerichts konnten weiterhin alle beteiligten Senate mit dieser Rechtsfrage befasst werden, so dass insoweit keine Ausnahme griff. Ob die Änderung entscheidungserheblich war, wurde aus den Entscheidungsgründen nicht deutlich.

⁶⁶⁷ BAG, 31.07.2002 - 10 AZR 513/01 = AP Nr. 74 zu § 74 HGB; BAG, 31.07.2002 - 10 AZR 558/01 = AP Nr. 48 zu § 611 BGB Konkurrenzklausele.

⁶⁶⁸ BAG, 08.03.2006 - 10 AZR 349/05 = AP Nr. 79 zu § 74 HGB, unter II. 3. a) aa) der Gründe, mit Verweis auf BAG, 05.09.2002 - 8 AZR 702/01 = AP Nr. 1 zu § 280 n.F. BGB; BAG, 25.05.2004 - 3 AZR 123/03 = AP Nr. 11 zu § 1 BetrAVG Überversorgung; BAG, 15.09.2004 - 4 AZR 9/04 = AP Nr. 29 zu § 157 BGB.

⁶⁶⁹ Verweis auf BAG, 19.05.2004 - 5 AZR 434/03 = AP Nr. 108 zu § 615 BGB.

⁶⁷⁰ BAG, 29.09.2004 - 5 AZR 99/04 = AP Nr. 23 zu § 3 EntgeltFG.

⁶⁷¹ BAG, 08.03.2006 - 10 AZR 349/05 = AP Nr. 79 zu § 74 HGB, unter II. 3. a) aa) der Gründe.

⁶⁷² BAG, 04.03.2004 - 2 AZR 305/03 = AP Nr. 49 zu § 794 ZPO, unter B. I. 1. der Gründe.

⁶⁷³ Verweis auf BAG, 16.01.2003 - 2 AZR 316/01 = AP Nr. 2 zu § 57 ArbGG 1979; BAG, 22.05.2003 - 2 AZR 250/02 = AP Nr. 8 zu § 767 ZPO.

⁶⁷⁴ BAG, 15.07.2004 - 2 AZR 630/03 = AP Nr. 1 zu § 271 BGB.

Allerdings wies der 10. Senat darauf hin, dass spätestens seit der Einführung des § 278 Abs. 6 ZPO, wonach Zustandekommen und Inhalt gerichtlicher Vergleiche durch Beschluss festgestellt werden können, nachdem die Parteien dem Gericht einen schriftlichen Vergleichsvorschlag unterbreitet oder durch einen Schriftsatz einen Vorschlag des Gerichts angenommen haben, kein Grund mehr bestehe, hinsichtlich der materiellen Wirkungen zwischen gerichtlichen und außergerichtlichen Vergleichen zu unterscheiden.⁶⁷⁵ Dies könnte einen Hinweis auf eine Änderung der Rechtslage darstellen, der geeignet wäre, eine Ausnahme von der Vorlagepflicht zu rechtfertigen.⁶⁷⁶ Damit liegt jedenfalls keine eindeutige Verletzung der Vorlagepflicht vor.

(9) BAG, 28.06.2008 - 10 AZR 385/05

Am 28.06.2008 wich der 10. Senat wiederum von einem anderen Senat ab, ohne die möglicherweise bestehende Notwendigkeit einer Divergenzvorlage anzusprechen.⁶⁷⁷

Bisher war hinsichtlich des Inhalts und der Reichweite einer betrieblichen Übung von einem eingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfungsrahmen ausgegangen worden. Die Klärung diesbezüglicher Fragen sei in erster Linie tatrichterliche Aufgabe. Das Revisionsgericht könne insoweit nur überprüfen, ob der angenommene Erklärungswert des tatsächlichen Verhaltens den Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB entspreche, mit den Gesetzen der Logik und den allgemeinen Erfahrungssätzen vereinbar sei und ob das Berufungsgericht alle wesentlichen Umstände des Falles berücksichtigt habe.⁶⁷⁸

In der Entscheidung vom 28.06.2006 änderte er die Rechtsprechung hin zu einem uneingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfungsrahmen.⁶⁷⁹ Dabei wies er in erster Linie auf die Abweichung von seiner eigenen Entscheidung hin, die Abweichungen zu Entscheidungen des 5.⁶⁸⁰ und 9.⁶⁸¹ Senats wurden lediglich aus der Aufzählung in der nachfolgenden Klammer deutlich.⁶⁸² Desweiteren machte der 10. Senat auf eine abweichende Äußerung des 3. Senats aufmerksam.⁶⁸³ Er erwähnte, dass sowohl der 3. als auch der 9. Senat in *obiter dicta* ihre Tendenz zu einer uneingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfung hätten erkennen lassen, die Frage mangels Entscheidungserheblichkeit letztendlich aber

⁶⁷⁵ BAG, 08.03.2006 - 10 AZR 349/05 = AP Nr. 79 zu § 74 HGB, unter II. 3. a) bb) der Gründe.

⁶⁷⁶ Einführung des § 278 Abs. 6 ZPO durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (Zivilprozessreformgesetz) vom 27.07.01 (BGBl. I 2001 S. 1887, 1888, in Kraft seit 01.01.02) mit dem Wortlaut: „Ein gerichtlicher Vergleich kann auch dadurch geschlossen werden, dass die Parteien einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annehmen. Das Gericht stellt das Zustandekommen und den Inhalt eines nach Satz 1 geschlossenen Vergleichs durch Beschluss fest. § 164 gilt entsprechend.“ Neufassung des § 278 Abs. 6 ZPO durch das Erste Gesetz zur Modernisierung der Justiz (1. Justizmodernisierungsgesetz) vom 24.08.04 (Art.1 Nr.8a, BGBl. I 2004 S. 2198, in Kraft seit 01.09.04) mit dem Wortlaut: „Ein gerichtlicher Vergleich kann auch dadurch geschlossen werden, dass die Parteien dem Gericht einen schriftlichen Vergleichsvorschlag unterbreiten oder einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annehmen. Das Gericht stellt das Zustandekommen und den Inhalt eines nach Satz 1 geschlossenen Vergleichs durch Beschluss fest. § 164 gilt entsprechend.“

⁶⁷⁷ BAG, 28.06.2006 - 10 AZR 385/05 = AP Nr. 74 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

⁶⁷⁸ Zuletzt BAG, 16.04.1997 - 10 AZR 705/96 = AP Nr. 53 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

⁶⁷⁹ BAG, 28.06.2006 - 10 AZR 385/05 = AP Nr. 74 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, unter II. 2. d) aa) der Gründe.

⁶⁸⁰ BAG, 16.01.2002 - 5 AZR 715/00 = AP Nr. 56 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, unter I. 3. der Gründe.

⁶⁸¹ BAG, 19.01.1999 - 9 AZR 667/97 (nicht veröffentlicht), unter I. 2. c) der Gründe.

⁶⁸² BAG, 28.06.2006 - 10 AZR 385/05 = AP Nr. 74 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, unter II. 2. d) aa) der Gründe.

⁶⁸³ BAG, 28.06.2006 - 10 AZR 385/05 = AP Nr. 74 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, unter II. 2. d) aa) der Gründe.

beide Male offengelassen hätten.⁶⁸⁴ Zu der entgegenstehenden Auffassung des 5. Senats äußerte er sich dagegen nicht. Fraglich ist, ob aus diesem Grund eine Verletzung der Vorlagepflicht vorliegen könnte.

Die Parteien stritten über ein jährliches Treuegeld, dessen Zahlung die Beklagte seit einer bestimmten Zeit verweigerte. Der Anspruch sollte sich aus betrieblicher Übung ergeben. Der 10. Senat war nach dem Geschäftsverteilungsplan für das Jahr 2008 für Gratifikationen, Aktienoptionen und Sondervergütungen aller Art zuständig, weshalb ihm der Rechtsstreit übertragen worden war.⁶⁸⁵ Die Zuweisung hing jedoch nicht nur mit der Frage nach der Auslegung einer Sondervergütung zusammen. Die Beurteilung von Inhalt und Reichweite einer betrieblichen Übung konnte auch im Zuständigkeitsbereich anderer Senate eine Rolle spielen.

So hatten die Parteien in der Ausgangsentscheidung des 5. Senats beispielsweise über die Höhe von Arbeitsentgelt gestritten. Dabei war unter anderem zu klären gewesen, ob die Löhne der Beschäftigten den jeweiligen tarifvertraglichen Lohnerhöhungen aufgrund betrieblicher Übung anzupassen wären.⁶⁸⁶ Dem 5. Senat waren zu diesem Zeitpunkt unter anderem Urteilsverfahren zugewiesen, die das Entgelt für geleistete Arbeit betrafen.⁶⁸⁷

Ein derartiger Rechtsstreit war aber auch im Jahr 2008 dem 5. Senat zuzuweisen.⁶⁸⁸ Damit besaß der 10. Senat keine alleinige Zuständigkeit in der geänderten Rechtsfrage. Hinweise auf andere Ausnahmen von der Vorlagepflicht finden sich in den Entscheidungsgründen nicht. Eine Divergenzanfrage wäre also erforderlich gewesen.

(10) BAG, 12.03.2008 - 4 AZR 93/07

In der Entscheidung des 4. Senats vom 12.03.2008⁶⁸⁹ ging es um die Frage der richtigen Eingruppierung einer angestellten Lehrerin. Während der 8. Senat in der Ausgangsentscheidung vom 05.09.2002⁶⁹⁰ die Rückgruppierung einer stellvertretenden Schulleiterin einer Grundschule nach Absinken der Schülerzahl als rechtmäßig erachtet und die Grundsätze der Tarifautomatik angewendet hatte, wies der 4. Senat in der Änderungsentscheidung darauf hin, dass die nach den Lehrerrichtlinien-O der TdL gebotene Gleichbehandlung von angestellten und beamteten Lehrern die Anwendung einer Tarifautomatik bei den angestellten Lehrern ausschließe. Vielmehr seien sowohl bei einer Höhergruppierung als auch bei einer Herabgruppierung die Voraussetzungen zu beachten, unter denen entsprechende einseitige Maßnahmen dem Dienstherrn auch bei Beamten möglich wären.

Der 4. Senat wies darauf hin, dass es sich bei der Entscheidung des 8. Senats um eine vereinzelt gebliebene Entscheidung gehandelt habe, der nicht zu folgen sei. Der 8. Senat habe mit seiner Entscheidung die Grundlagen der gefestigten Rechtsprechung nicht nur des 4., des 6. und des 10. Senats,

⁶⁸⁴ BAG, 28.06.2006 - 10 AZR 385/05 = AP Nr. 74 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, unter II. 2. d) aa) der Gründe, mit Verweis auf BAG, 25.06.2002 - 3 AZR 360/01 = AP Nr. 50 zu § 16 BetrAVG, unter B. II. 1. der Gründe; BAG, 20.01.2004 - 9 AZR 43/03 = AP Nr. 65 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, unter B. II. 3. a) der Gründe.

⁶⁸⁵ BAnz 2008, Beilage Nr. 42a, 1 ff., unter Punkt 10.1.1.

⁶⁸⁶ BAG, 16.01.2002 - 5 AZR 715/00 = AP Nr. 56 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, Tatbestand und unter I. der Gründe.

⁶⁸⁷ Bundesarbeitsblatt 5/2002, 64, Punkt 5.1.4.

⁶⁸⁸ BAnz 2008, Beilage Nr. 42a, 1 ff., unter Punkt 5.1.3.: „Entgelt für geleistete Arbeit.“

⁶⁸⁹ BAG, 12.03.2008 - 4 AZR 93/07 = AP Nr. 35 zu §§ 22, 23 BAT-O.

⁶⁹⁰ BAG, 05.09.2002 - 8 AZR 620/01 = AP Nr. 93 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer.

sondern auch des 8. Senats selbst verlassen, wonach bei der Höhergruppierung von angestellten Lehrern die Tarifautomatik gerade nicht gelte, sondern das Beamtenbesoldungsrecht entsprechend heranzuziehen sei. Gleiches müsse aber auch für die korrigierende Herabgruppierung gelten.⁶⁹¹

Zwar war diese Argumentation, welche an eine von *Bakker* beschriebene frühere Praxis der „Nichtvorlage auf Gegenseitigkeit“⁶⁹² erinnert, kaum geeignet eine Ausnahme von der Vorlagepflicht zu begründen. Allerdings hatte der Senat nicht auf einen erfolgten, die Vorlagepflicht ausschließenden Zuständigkeitswechsel hingewiesen. Nach dem Geschäftsverteilungsplan für 2008 waren dem 4. Senat allein die Streitigkeiten über Ein-, Höher-, Um- und Rückgruppierungen einschließlich der damit verbundenen vorbereitenden Maßnahmen sowie Streitigkeiten, die die Beschäftigung von Arbeitnehmern nach bestimmten Vergütungs- oder Lohngruppen zum Gegenstand hatten, zugewiesen.⁶⁹³

c. Zusammenfassung

Wie die Untersuchung ergab, wurde im Zeitraum von 1995 bis 2009 nur bei 4 Rechtsprechungsänderungen und damit in 3,5% der Fälle ein Divergenzverfahren eingeleitet, wobei es in nur einem Fall zu einer Entscheidung des Großen Senats kam.⁶⁹⁴

In 75,7% der Fälle war eine Divergenzanfrage nach § 45 Abs. 2 beziehungsweise § 45 Abs. 3 S. 2 ArbGG entbehrlich. Nach Kählers Analyse der ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen von Bundesverfassungsgericht, Bundesgerichtshof und Bundesverwaltungsgericht im Zeitraum von 1995 bis 2001 erübrigte sich dort in 76% der Fälle eine Anfrage aufgrund der Geschäftsverteilung.⁶⁹⁵ Die geringe Zahl von Fällen, in denen ein Divergenzverfahren eingeleitet wird, folgt zu einem großen Teil schlicht aus einer Änderung der Geschäftsverteilung.⁶⁹⁶

In 10,4% der Fälle wurde von fremder Senatsrechtsprechung abgewichen und die Abweichung mit einer richterrechtlichen Ausnahme legitimiert. Bei mindestens einer dieser Entscheidungen überzeugte die Ablehnung der Vorlagepflicht nicht. Es handelt sich dabei um die Entscheidung des 4. Senats zur Auslegung von Bezugnahme Klauseln.⁶⁹⁷ Allerdings setzt sich das Bundesarbeitsgericht hier wenigstens mit der Vorlagefrage auseinander.

Es verblieben zwölf Rechtsprechungsänderungen, in denen kein Hinweis darauf erfolgte, warum ein Divergenzverfahren nicht durchgeführt wurde. Dies entspricht ebenfalls einem Anteil von 10,4%. Um beurteilen zu können, ob in diesen Fällen die Vorlagepflicht verletzt worden war, wurde überprüft, ob die betreffende Rechtsregel in Änderungs- und Ausgangsentscheidung entscheidungserheblich gewesen war, ob dem Senat der Änderungsentscheidung nach dem Geschäftsverteilungsplan nun die alleinige Zuständigkeit für die betreffende Frage zukam oder ob sonst eine richterrechtliche Ausnahme von der Vorlagepflicht greifen konnte.

⁶⁹¹ BAG, 12.03.2008 - 4 AZR 93/07 = AP Nr. 35 zu §§ 22, 23 BAT-O, unter II. 2. c) cc) der Gründe.

⁶⁹² Hierzu *Bakker*, Grenzen der Richtermacht, 1994, S. 23.

⁶⁹³ BAnz 2008, Beilage Nr. 42a.

⁶⁹⁴ § 3, B. II. 3. b.

⁶⁹⁵ *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 165 f.

⁶⁹⁶ § 3, B. II. 3. b.; *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 166.

⁶⁹⁷ BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag. Kritisch zur Argumentation beispielsweise *Höpfner*, NZA 2008, 91, 94; *Höpfner*, NZA 2009, 420, 422 f.

In drei Fällen ergaben sich aus den Entscheidungsgründen Hinweise auf das Vorliegen von richterrechtlichen Ausnahmen von der Vorlagepflicht. Die erste Rechtsprechungsänderung in der Entscheidung vom 25.03.2003 beruhte auf der Fernwirkung einer Gesetzesänderung und war zudem nicht entscheidungserheblich.⁶⁹⁸ Auch die zweite Rechtsprechungsänderung, die im Rahmen dieser Entscheidung erging, war nicht entscheidungserheblich.⁶⁹⁹ In der Entscheidung vom 08.03.2006 verstand der Senat die Änderung möglicherweise als eine, die auf der Fernwirkung einer Änderung der Gesetzeslage beruhte.

Bei acht Entscheidungen war von einem die Vorlagepflicht ausschließenden Zuständigkeitswechsel hin zum rechtsprechungsändernden Senat auszugehen.⁷⁰⁰ Was die Entscheidung vom 23.08.1995 angeht, lag die alleinige Zuständigkeit bezüglich der Urteilsverfahren, in denen eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien Partei war, beim 10. Senat.⁷⁰¹ Bei der Rechtsprechungsänderung vom 11.10.1995 war der 10. Senat für Rechtsstreitigkeiten um Gratifikationen und Sondervergütungen aller Art zuständig.⁷⁰² Nachdem Rechtsstreitigkeiten über Gratifikationen aller Art und Sondervergütungen mit Ausnahme gewinnorientierter oder umsatzorientierter Zahlungen 1975 dem 5. Senat zugeteilt waren⁷⁰³, war hierfür ab 1996 ebenfalls allein der 10. Senat zuständig.⁷⁰⁴ Wie ein Blick in den Geschäftsverteilungsplan für das Geschäftsjahr 1998 ergibt, waren Kündigungsstreitigkeiten ausschließlich dem 2. Senat übertragen, weshalb die Vorlagepflicht auch bei der Rechtsprechungsänderung vom 25.02.1998 nicht verletzt worden war.⁷⁰⁵ Hinsichtlich der beiden Rechtsprechungsänderungen innerhalb der Entscheidung vom 17.09.1998, stützte sich die Zuweisung des Rechtsstreits an den 8. Senat auf Punkt 8.1.1. des Geschäftsverteilungsplanes für das Geschäftsjahr 1998, wonach diesem ausschließlich die Verfahren im Zusammenhang mit Schadensersatzansprüchen zugewiesen waren.⁷⁰⁶ Im Geschäftsjahr 2004 waren dem 10. Senat nach dem Geschäftsverteilungsplan Urteilsverfahren zugewiesen, in denen Arbeitnehmer oder Arbeitgeber oder eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien über Rechtsfragen streiten, die das Verhältnis zu einer gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien betreffen.⁷⁰⁷ Er war daher, was die Rechtsprechungsänderung in der Entscheidung vom 28.04.2004 angeht, in dieser Rechtsfrage allein zuständig. Was die Rechtsprechungsänderung vom 12.03.2008 angeht, hatte der entscheidende 4. Senat ebenfalls nicht auf den

⁶⁹⁸ BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 = AP Nr. 4 zu § 55 InsO (1. Rechtsprechungsänderung).

⁶⁹⁹ BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 = AP Nr. 4 zu § 55 InsO (2. Rechtsprechungsänderung).

⁷⁰⁰ BAG, 23.08.1995 - 10 AZR 105/95 = AP Nr. 193 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau; BAG, 11.10.1995 - 10 AZR 985/94 = AP Nr. 133 zu § 1 TVG Tarifverträge Metallindustrie; BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95 = AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG, 25.02.1998 - 2 AZR 226/97 = AP Nr. 2 zu § 72a LPVG NW; BAG, 17.09.1998 - 8 AZR 175/97 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mankohaftung. (1. Rechtsprechungsänderung); BAG, 17.09.1998 - 8 AZR 175/97 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mankohaftung. (2. Rechtsprechungsänderung); BAG, 28.04.2004 - 10 AZR 370/03 = AP Nr. 264 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau; BAG, 12.03.2008 - 4 AZR 93/07 = AP Nr. 35 zu §§ 22, 23 BAT-O.

⁷⁰¹ Vgl. BAG, 23.08.1995 - 10 AZR 105/95 = AP Nr. 193 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau und Bundesarbeitsblatt 4/1995, 31, 33, Punkt 10.3.

⁷⁰² Vgl. BAG, 11.10.1995 - 10 AZR 985/94 = AP Nr. 133 zu § 1 TVG Tarifverträge Metallindustrie und Bundesarbeitsblatt 4/1995, 31 (33), Punkt 10.1.2.

⁷⁰³ RdA 1975, 121, 122, Punkt V. 1. b).

⁷⁰⁴ Vgl. BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95 = AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation und ArbuR 1996, 54, 56, Punkt 10.1.2.

⁷⁰⁵ Vgl. BAG, 25.02.1998 - 2 AZR 226/97 = AP Nr. 2 zu § 72a LPVG NW und Bundesarbeitsblatt 6/1998, 42, 43, Punkt 2.1.

⁷⁰⁶ Vgl. BAG, 17.09.1998 - 8 AZR 175/97 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mankohaftung und Bundesarbeitsblatt 6/1998, 42, 43, Punkt 8.1.1.

⁷⁰⁷ Vgl. BAG, 28.04.2004 - 10 AZR 370/03 = AP Nr. 264 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau und Bundesarbeitsblatt 1/2004, 31, 33, Punkt 10.2.

die Vorlagepflicht ausschließenden Zuständigkeitswechsel hingewiesen. Nach dem Geschäftsverteilungsplan für 2008 waren ihm jedoch die Streitigkeiten über Ein-, Höher-, Um- und Rückgruppierungen einschließlich der damit verbundenen vorbereitenden Maßnahmen sowie Streitigkeiten, die die Beschäftigung von Arbeitnehmern nach bestimmten Vergütungs- oder Lohngruppen zum Gegenstand hatten, übertragen.⁷⁰⁸

Eine Verletzung der Vorlagepflicht wurde zwar nur in einem Fall festgestellt.⁷⁰⁹ Allerdings zeigt allein die Tatsache, dass bei einem Anteil von 10,4% der Rechtsprechungsänderungen von fremder Senatsrechtsprechung abgewichen wurde, ohne dass ein Hinweis auf einen die Vorlagepflicht ausschließenden Zuständigkeitswechsel oder auf richterrechtliche Ausnahmen erfolgte, dass die Problematik des Divergenzverfahrens selbst in Fällen offengelegter Fremddivergenz in den Entscheidungsgründen nicht in dem Maße behandelt wird, wie es wünschenswert wäre.

4. Ergebnis und Diskussion

Die Untersuchung der drei im Hinblick auf Rechtsprechungsänderungen relevanten Bestandteile der Entscheidungsgründe (Änderungsbegründung, Vertrauensschutz und Vorlagefrage) hat gezeigt, dass in allen Bereichen noch deutlich besser auf die spezifischen Probleme einer Rechtsprechungsänderung eingegangen werden könnte.

Was die Begründung der Rechtsprechungsänderung angeht, wurde festgestellt, dass in nur 49,6% der Fälle die neue Ansicht begründet und zugleich die Argumente der Ausgangsentscheidung benannt bzw. auf deren Fehlen hingewiesen worden war. In 5,2% der Fälle war nichts davon erfolgt.⁷¹⁰ Fand sich der Änderungshinweis im Leitsatz oder im Hinweis des Senats, war zwar eine leichte Tendenz zur ausführlicheren Begründung erkennbar. Diese war jedoch nicht so groß, wie anfangs erwartet wurde.

Die Untersuchung der Begründungsmethodik ergab im Hinblick auf ausdrückliche Rechtsprechungsänderungen kaum spezifische Besonderheiten. Die untersuchten Entscheidungen waren weder ausführlicher noch methodisch besser begründet als sonstige Entscheidungen und variierten so stark in Ausführlichkeit und Art der verwendeten Argumentationsmuster, dass eine Darstellung der Vorgehensweisen nicht sinnvoll geschehen konnte. Interessant war, dass im Untersuchungszeitraum keine offenen Rechtsfortbildungen vorlagen, demgegenüber jedoch eine Vielzahl rechtsprechungsändernder Entscheidungen zu finden war, in denen frühere rechtsfortbildende Äußerungen oder Entscheidungsregeln eingeschränkt oder zurückgenommen wurden. Dies ist höchstwahrscheinlich darauf zurückzuführen, dass eine Rechtsfortbildung vom entscheidenden Senat eher als neue Grundsatzentscheidung oder Weiterentwicklung der bisherigen Rechtsprechung denn als Rechtsprechungsänderung bezeichnet wird.

Die Untersuchung der Gründe für Rechtsprechungsänderungen ergab, dass Rechtsprechungsänderungen auch beim Bundesarbeitsgericht erheblich öfter auf eine bessere als auf eine andere Erkenntnis des Rechts zurückgehen. Der Anteil der Rechtsprechungsänderungen, die auf einer anderen Erkenntnis des Rechts beruhten, war beim Bundesarbeitsgericht zudem geringer als bei Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht⁷¹¹, obwohl gerade im Arbeits-

⁷⁰⁸ Vgl. BAG, 12.03.2008 - 4 AZR 93/07 = AP Nr. 35 zu §§ 22, 23 BAT-O und BAnz 2008, Beilage Nr. 42a.

⁷⁰⁹ BAG, 28.06.2006 - 10 AZR 385/05 = AP Nr. 74 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

⁷¹⁰ § 3, B. II. 1. a. aa.

⁷¹¹ Hierzu *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 122 ff.

recht immer wieder auf die Notwendigkeit der Anpassung des Rechts an gewandelte Umstände hingewiesen wird.⁷¹² Dies dürfte damit zusammenhängen, dass Änderungen technischer, sozialer oder wirtschaftlicher Umstände vermutlich ebenfalls häufiger neue Grundsatzentscheidungen oder Weiterentwicklungen der bisherigen Rechtsprechung nach sich ziehen.⁷¹³

Was die Qualität der Gründe angeht, wick das Bundesarbeitsgericht sowohl bei der Formulierung von Anforderungen an die Qualität der Gründe für Rechtsprechungsänderungen als auch bei der tatsächlichen Vornahme von Rechtsprechungsänderungen von eigenen Judikaten wie von einer Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen ab.

Damit lässt sich für den Bereich der Begründung von Rechtsprechungsänderungen feststellen, dass das Bundesarbeitsgericht sich grundsätzlich verstärkt auf eine Auseinandersetzung mit den Argumenten der Ausgangsentscheidung einlassen bzw. bei Fehlen von Argumenten darauf hinweisen sollte, dass die Ausgangsauffassung nicht begründet wurde. Die Entscheidungsbegründungen sind also schon an dieser Stelle verbesserungsfähig, ganz unabhängig von der Qualität der Argumentation. Was diese angeht ist zu sagen, dass es hier keine rechtsprechungsänderungsspezifischen Defizite oder positive Auffälligkeiten gab. Hinsichtlich der Anforderungen, die an die Qualität der Gründe für Rechtsprechungsänderungen gestellt werden, konnte gezeigt werden, dass sich die Senate des Bundesarbeitsgerichts vor 1995 teilweise auf die „Zwingende-“ bzw. „Gleich-gute-Gründe-Formel“ berufen hatten, diese später jedoch aufweichten oder gar nicht mehr anwendeten.

Um Aussagen zur Behandlung der Themen Rückwirkung und Vertrauensschutz machen zu können, wurden zunächst Entscheidungen, die das Thema ausdrücklich ansprachen, untersucht. Anschließend erfolgte eine Analyse der das Thema nicht behandelnden Entscheidung.

Wie die Untersuchung der das Thema Vertrauensschutz behandelnden ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen bestätigte, geht das Bundesarbeitsgericht von der grundsätzlichen Rückwirkung rechtsprechungsändernder Entscheidungen aus⁷¹⁴ und stellt Vertrauensschutzüberlegungen nur an, um Ausnahmen von diesem Grundsatz zu begründen. Diejenigen Entscheidungen, die Vertrauensschutz nicht bereits zuvor aus anderen Gründen ablehnten, nahmen zur Lösung der Vertrauensschutzproblematik verfassungsrechtlich gefärbte Interessenabwägungen vor, wobei die verwendeten Abwägungskriterien den vom Bundesverfassungsgericht zur Abwägung in Fällen unechter Rückwirkung entwickelten Kriterien glichen.⁷¹⁵ Im untersuchten Zeitraum wurde Vertrauensschutz dann stets durch Stichtagsregelungen umgesetzt.

Ein systematischer Aufbau der Vertrauensschutzprüfung war nicht erkennbar. Beispielsweise wurden die Entstehung und die Schutzwürdigkeit von Vertrauen innerhalb der Prüfung nicht getrennt. Zudem wurde auf eine konkrete Vertrauensbetätigung oder auf die Berufung der belasteten Partei auf die Gewährung von Vertrauensschutz mal hingewiesen und mal nicht. Die Analyse der Entscheidungen deutete allerdings darauf hin, dass die Senate des Bundesarbeitsgerichts konkretes Vertrauen und die Geltendmachung der Gewährung von Vertrauensschutz verlangen. Auch die Folgen der Gewährung von Vertrauensschutz bestanden im untersuchten Zeitraum nur in der Festlegung von Stichta-

⁷¹² Beispielsweise *Hagen*, Festschrift für Karlmann Geiß, 2000, S. 97, 98 ff.

⁷¹³ § 3, B. II. 1. b. aa. (2).

⁷¹⁴ § 3, B. II. 2. a. bb. (1).

⁷¹⁵ § 3, B. II. 2. a. bb. (2).

gen, die jedoch sehr einzelfallabhängig erfolgten und mehr oder weniger überzeugten. An dieser Stelle besteht also ebenfalls noch Verbesserungsbedarf.

Allerdings spielt das Thema Vertrauensschutz im Zusammenhang mit Rechtsprechungsänderungen nicht die Rolle, von der noch zu Beginn der Untersuchung ausgegangen worden war. Das Thema Vertrauensschutz wurde nur bei fünf⁷¹⁶ der 115 Rechtsprechungsänderungen und damit in 4,3% der Fälle angesprochen.⁷¹⁷ Die Analyse der Rechtsprechungsänderungen, die sich nicht mit dem Thema Vertrauensschutz auseinandersetzten, ergab jedoch, dass allein aus dieser Zahl nicht darauf geschlossen werden darf, dass sich das Bundesarbeitsgericht nicht in der erforderlichen Weise mit dem Thema auseinandersetzt. Es gibt eine Reihe von Rechtsprechungsänderungen, die schlicht keine Vertrauensschutzrelevanz aufweisen. Im Untersuchungszeitraum lag deren Anteil an den Rechtsprechungsänderungen bei 58,3%. Im Rahmen dieser Arbeit wurden diese Entscheidungen verschiedenen Fallgruppen fehlender Vertrauensschutzrelevanz zugeordnet. Was die übrigen Entscheidungen betrifft, konnte in einigen Fällen Tatbestand und Gründen wenigstens Hinweise darauf entnommen werden, weshalb möglicherweise keine Notwendigkeit bestand, Vertrauensschutz anzusprechen. Hier waren allerdings nur Mutmaßungen möglich. Insgesamt wäre es für die Rechtsprechung daher sicher von Vorteil, wenn sich die Rechtswissenschaft stärker mit Fällen nicht vertrauensschutzrelevanter Rechtsprechungsänderungen beschäftigen und dieses Gebiet dogmatisieren würde. Dann wären kurze Hinweise auf die fehlende Vertrauensschutzrelevanz möglich.

Bei der Einleitung eines Divergenzverfahrens scheint das Bundesarbeitsgericht auf den ersten Blick sehr zurückhaltend zu sein. Im Zeitraum von 1995 bis 2009 wurde im Zusammenhang mit nur vier Rechtsprechungsänderungen und damit in 3,5% der Fälle ein Divergenzverfahren eingeleitet, wobei es in nur einem Fall zu einer Entscheidung des Großen Senats kam.⁷¹⁸ Allerdings war in 75,7% der Fälle eine Divergenzfrage nach § 45 Abs. 2 beziehungsweise § 45 Abs. 3 S. 2 ArbGG entbehrlich, weil eine Abweichung von der Rechtsprechung des eigenen Senats erfolgte oder der Änderungssenat darauf hinwies, dass er mittlerweile allein für die Beantwortung der entsprechenden Rechtsfrage zuständig sei.⁷¹⁹ Damit beruht die geringe Zahl von Fällen, in denen ein Divergenzverfahren eingeleitet wird, in erster Linie nicht auf dem *horror pleni* der Senate, sondern ist Folge der Geschäftsverteilung.⁷²⁰

In 10,4% der Fälle wurde eine Abweichung von fremder Senatsrechtsprechung mit einer richterrechtlichen Ausnahme legitimiert.⁷²¹ Man mag zu diesen richterrechtlichen Ausnahmen stehen wie man will. Fakt ist, dass sich das Bundesarbeitsgericht in diesen Fällen wenigstens mit der Vorlagefrage auseinandersetzte.

⁷¹⁶ Es handelt sich um die Entscheidungen BAG, 05.06.1996 - 10 AZR 883/95 = AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG, 23.01.2001 - 3 AZR 164/00 = AP Nr. 16 zu § 1 BetrAVG Berechnung; BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG, 22.04.2009 - 4 ABR 14/08 = AP Nr. 38 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung; BAG, 21.10.2009 - 4 AZR 396/08 = AP Nr. 72 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

⁷¹⁷ § 3, B. II. 2. a.

⁷¹⁸ § 3, B. II. 3. b.

⁷¹⁹ Nach *Kählers* Analyse der ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen von Bundesverfassungsgericht, Bundesgerichtshof und Bundesverwaltungsgericht im Zeitraum von 1995 bis 2001 erübrigte sich ebenfalls in 76% der Fälle eine Anfrage aufgrund der Geschäftsverteilung, vgl. *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 165 f.

⁷²⁰ § 3, B. II. 3. b.; *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 166.

⁷²¹ § 3, B. II. 3. b. bb. (2).

Es verblieben zwölf Rechtsprechungsänderungen, in denen kein Hinweis darauf erfolgte, warum ein Divergenzverfahren nicht durchgeführt wurde.⁷²² Dies entspricht einem Anteil von 10,4%. Letztendlich hätte die Abweichung von einem fremden Senat in elf dieser Fälle mit einer Ausnahme gerechtfertigt werden können. In nur einem Fall konnte eine Verletzung der Vorlagepflicht festgestellt werden.⁷²³

Allerdings zeigt allein die Tatsache, dass in 10,4% der Fälle von fremder Senatsrechtsprechung abgewichen wurde, ohne dass ein Hinweis auf einen die Vorlagepflicht ausschließenden Zuständigkeitswechsel oder auf richterrechtliche Ausnahmen erfolgte, dass die Problematik des Divergenzverfahrens selbst in Fällen offengelegter Fremddivergenz in den Entscheidungsgründen nicht in dem Maße behandelt wird, wie es angebracht wäre. Erst nach Analyse von Ausgangs- und Änderungsentscheidung und unter Zuhilfenahme der Geschäftsverteilungspläne ließen sich Erklärungen für die fehlende Einleitung des Divergenzverfahrens finden.

⁷²² § 3, B. II. 3. b. cc.

⁷²³ BAG, 28.06.2006 - 10 AZR 385/05 = AP Nr. 74 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

§ 4 Begründungsempfehlung

Das folgende Kapitel wird sich auf die Darstellung einer Empfehlung für die Abfassung des rechtsprechungsändernden Bereichs der Entscheidungsgründe beschränken. Dabei wird an den entsprechenden Stellen noch einmal auf die bestehenden Schwächen in der Praxis, die die Rechtsprechungsanalyse in § 3 zu Tage gebracht hat, hingewiesen.

A. Übersicht

Im rechtsprechungsändernden Teil der Entscheidungsgründe tauchen idealerweise die folgenden Punkte auf: die Benennung der bisherigen Auffassung, die Benennung der neuen Auffassung, der Änderungshinweis, die Begründung der neuen Auffassung, die Auseinandersetzung mit der bisherigen Auffassung, die Erklärung für den Grund der Rechtsprechungsänderung an sich sowie gegebenenfalls die Behandlung von Vertrauensschutzfragen und Vorlagepflicht. Anhand dieser Informationen kann die Rechtsprechungsänderung samt ihrer Folgen umfassend nachvollzogen werden.

Was die Praxis des Bundesarbeitsgerichts angeht, finden sich hinsichtlich des die Änderung enthaltenden Teils der Entscheidungsgründe zwei etwas unterschiedliche Aufbauvarianten. Eine Variante ist die, zunächst die eigene Auffassung zu benennen und argumentativ zu untermauern, bevor der Hinweis auf die damit einhergehende Abweichung von einer früheren Rechtsprechung erfolgt.⁷²⁴ Die andere Möglichkeit besteht darin, zuerst auf die Abweichung von einer früheren Rechtsprechung hinzuweisen und danach zur Entscheidungsregel- und Änderungsbegründung überzugehen.⁷²⁵ Vertrauensschutz- und Vorlageüberlegungen finden sich in der Regel erst am Ende des die Rechtsprechungsänderung behandelnden Abschnitts der Entscheidungsgründe. Etwas anderes gilt für die direkt mit dem Änderungshinweis verknüpften Aussagen zu einem die Vorlagepflicht ausschließenden Zuständigkeitswechsel wie „der nunmehr für derartige Rechtsfragen allein zuständige Senat hält an dieser Rechtsprechung nicht fest“.⁷²⁶ Aufgrund der Tatsache, dass der Aufbau, der den Änderungshinweis an das Ende der Begründung stellt, eher die Gefahr birgt, dass keinerlei Darstellung und Aus-

⁷²⁴ Wie beispielsweise in BAG, 21.06.1995 - 2 ABR 28/94 = AP Nr. 36 zu § 15 KSchG 1969; BAG, 07.02.1996 - 1 AZR 657/95 = AP Nr. 85 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG, 03.06.1998 - 5 AZR 616/97 = AP Nr. 34 zu § 4 TVG Übertarifliche Lohn und Tariflohnerhöhung; BAG, 15.11.2001 - 2 AZR 380/00 = AP Nr. 45 zu § 626 BGB Ausschlussfrist; BAG, 27.05.2004 - 6 AZR 409/03 = AP Nr. 2 zu § 59 BAT-O; BAG, 28.09.2005 - 10 AZR 593/04 = AP Nr. 279 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; BAG, 28.06.2006 - 10 AZR 385/05 = AP Nr. 74 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; BAG, 13.03.2007 - 1 ABR 24/06 = AP Nr. 21 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit; BAG, 22.04.2009 - 4 AZR 100/08 = AP Nr. 371 zu § 613a BGB; BAG, 23.04.2009 - 6 AZR 516/08 = AP Nr. 161 zu § 102 BetrVG 1972; BAG, 25.11.2009 - 10 AZR 737/08 = AP Nr. 317 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

⁷²⁵ Wie beispielsweise in BAG, 08.05.1996 - 5 AZR 315/95 = AP Nr. 23 zu § 618 BGB; BAG, 13.06.1996 - 2 AZR 483/95 = AP Nr. 33 zu § 1 KSchG 1969; BAG, 11.11.1997 - 3 AZR 486/96 = AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Isoliergewerbe; BAG, 11.07.2000 - 1 ABR 39/99 = AP Nr. 44 zu § 103 BetrVG 1972; BAG, 11.07.2000 - 1 ABR 43/99 = AP Nr. 2 zu § 109 BetrVG 1972; BAG, 19.11.2003 - 7 ABR 24/03 = AP Nr. 54 zu § 19 BetrVG 1972; BAG, 10.02.2004 - 9 AZR 116/03 = AP Nr. 27 zu § 7 BUrlG Übertragung; BAG, 13.05.2004 - 2 AZR 329/03 = AP Nr. 140 zu § 102 BetrVG 1972; BAG, 12.10.2004 - 3 AZR 571/03 = AP Nr. 2 zu § 3g BAT; BAG, 09.11.2006 - 2 AZR 812/05 = AP Nr. 87 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl.

⁷²⁶ BAG, 06.11.2007 - 1 AZR 960/06 = AP Nr. 190 zu § 112 BetrVG 1972; ähnlich: BAG, 15.03.1995 - 7 AZR 643/94 = AP Nr. 105 zu § 37 BetrVG 1972; BAG, 13.06.1996 - 6 AZR 858/94 = AP Nr. 45 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer; BAG, 26.06.1997 - 2 AZR 494/96 = AP Nr. 86 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG, 03.06.1998 - 5 AZR 616/97 = AP Nr. 34 zu § 4 TVG Übertarifliche Lohn und Tariflohnerhöhung; BAG, 14.08.2002 - 7 AZR 469/01 = AP Nr. 20 zu § 620 BGB Altersgrenze.

einandersetzung mit der bisherigen Rechtsprechung erfolgt, wird für die folgende Begründungsempfehlung die andere Aufbauvariante gewählt: (I.) Änderungshinweis, (II.) Begründung, (III.) Vertrauensschutz, (IV.) Vorlagepflicht.

B. Die einzelnen Prüfungsschritte

Im Folgenden werden die einzelnen Prüfungsschritte näher erläutert. Wie oben bereits angemerkt, wird dabei an den entsprechenden Stellen auf die bestehenden Schwächen in der Praxis hingewiesen.

I. Änderungshinweis

Allen ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen ist *per definitionem* gemeinsam, dass an irgendeiner Stelle auf die Abweichung von einer früheren Rechtsprechung hingewiesen wird. Da stillschweigende Änderungen die Gefahr der Entwicklung divergierender Rechtsprechungen bergen, ist man sich in der Literatur im Ergebnis darüber einig, dass Gerichte Rechtsprechungsänderungen offenlegen sollten.⁷²⁷ Teilweise werden Versuche unternommen, eine rechtliche Pflicht zur Offenbarung von Rechtsprechungsänderungen zu konstruieren.⁷²⁸

1. Der Änderungshinweis in den Entscheidungsgründen

Grundsätzlich⁷²⁹ erfolgt der Hinweis auf die Rechtsprechungsänderung in den Entscheidungsgründen. Typisch sind Formulierungen wie „Soweit das BAG dies in früheren Entscheidungen anders gesehen hat, wird hieran nicht weiter festgehalten“ oder „Der Senat gibt seine bisherige Rechtsprechung auf“.⁷³⁰ Idealerweise findet sich der Änderungshinweis am Beginn des die Rechtsprechungsänderung

⁷²⁷ Schumann, NJW 1982, 1609, 1613; Probst, Die Änderung der Rechtsprechung, 1993, S. 190 f; Kähler, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 453 f.

⁷²⁸ Beispielsweise Kähler, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 453 f.

⁷²⁹ Ausnahmsweise können die Entscheidungsgründe missverständlich sein und sich die Änderung eindeutig erst aus Leitsatz oder Hinweis/en des Senats ergeben, vgl. § 3, A. III. 2. b. aa.

⁷³⁰ Beispiele: „Soweit der Senat in früheren Entscheidungen [...], hält er daran nicht weiter fest.“ (BAG, 11.07.2000 - 1 ABR 43/99 = AP Nr. 2 zu § 109 BetrVG 1972 unter B. I. 2. a) der Gründe; BAG, 13.03.2007 - 1 ABR 24/06 = AP Nr. 21 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit, unter B. II. 2. b) der Gründe), „Soweit der Senat [...], wird daran nicht festgehalten.“ (BAG, 15.11.2001 - 2 AZR 380/00 = AP Nr. 45 zu § 626 BGB Ausschlussfrist, unter B. II. 1. b) cc) der Gründe; BAG, 10.10.2002 - 2 AZR 240/01 = AP Nr. 45 zu § 9 KSchG 1969, unter B. III. 1. b) der Gründe; BAG, 26.04.2006 - 5 AZR 403/05 = AP Nr. 188 zu § 4 TVG Ausschlussfristen, unter II. 4. der Gründe), „Soweit der [...] Senat in einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung davon ausgegangen ist, dass [...], ist dem nicht zu folgen.“ (BAG, 12.03.2008 - 4 AZR 93/07 = AP Nr. 35 zu §§ 22, 23 BAT-O, unter II. 2. c) cc) der Gründe), „Soweit der Senat in seinem Beschluss vom [...], hält der Senat daran nicht fest.“ (BAG, 08.03.2000 - 7 ABR 11/98 = AP Nr. 132 zu § 37 BetrVG 1972, unter B. 3. der Gründe), „Soweit der Rechtsprechung des [...] Senats zu entnehmen ist, [...], wird daran nicht festgehalten.“ (BAG, 04.10.2003 - 9 AZR 12/03 = AP Nr. 28 zu § 630 BGB, unter IV. 2. b) der Gründe), „Soweit das Bundesarbeitsgericht [...], gibt der nunmehr für dieses Rechtsgebiet zuständige Fachsenat diese Ansicht auf.“ (BAG, 11.04.2000 - 9 AZR 131/99 = AP Nr. 3 zu § 61 HGB, unter I. 2. b) der Gründe), „Wenn der Senat angenommen hat, [...], so wird daran nicht mehr festgehalten.“ (BAG, 27.06.2002 - 2 ABR 22/01 = AP Nr. 47 zu § 103 BetrVG 1972, unter II. 1. der Gründe), „Für den Fall, dass dies anders zu sehen ist, hält der Senat [...] an dieser Rechtsprechung nicht fest.“ (BAG, 07.11.2000 - 1 ABR 55/99 = AP Nr. 22 zu Art 56 ZA-Nato-Truppenstatut, unter B. IV. 2. der Gründe), „Der Senat gibt seine frühere Auffassung auf, dass [...]“ (BAG, 23.01.2001 - 3 AZR 164/00 = AP Nr. 16 zu § 1 BetrAVG Berechnung, unter II. 2. a) der Gründe), „Der Senat gibt seine bisherige Rechtsprechung auf.“ (BAG, 20.05.2008 - 9 AZR 219/07 = AP Nr. 12 zu § 17 BErzGG, unter A.

behandelnden Teils der Entscheidungsgründe und benennt zudem die zu beantwortende Rechtsfrage sowie den neuen und den bisherigen Lösungsansatz. So wird auf einen Blick klar, dass und inwiefern von einer vorherigen Rechtsauffassung abgewichen wird.

2. Der Änderungshinweis im Leitsatz oder im Hinweis des Senats

Die auffälligste Möglichkeit, auf die Rechtsprechungsänderung hinzuweisen, ist die, den Änderungshinweis in den Leitsatz oder in die Hinweise des Senats aufzunehmen. Häufig finden sich hier die Hinweise in Klammern hinter der Benennung der neuen Rechtsauffassung und lauten beispielsweise „(insoweit/teilweise) Aufgabe von [...]“⁷³¹ oder „(nicht entscheidungserhebliche Divergenz/Abweichung zu [...])“.⁷³² Wie die Entscheidungsanalyse ergab, wurde allerdings bei nur 67 von 115 untersuchten ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen im Leitsatz oder in den Hinweisen des Senats auf die Rechtsprechungsänderung hingewiesen. Da diese kurzen Angaben zur Entscheidung von großer Bedeutung für die juristische Öffentlichkeit sind, ist zu fragen, ob und weshalb sie den Änderungshinweis enthalten sollten. Bisher gibt es weder für die Leitsätze noch für die Hinweise des

III. 3. der Gründe), „An dieser Auslegung hält der Senat [...] nicht fest.“ (BAG, 19.11.2002 - 3 AZR 561/01 = AP Nr. 23 zu § 1 BetrAVG Berechnung; BAG, 27.04.2006 - 2 AZR 360/05 = AP Nr. 55 zu § 9 KSchG 1969, unter B. II. 2. e) der Gründe), „An dieser Rechtsprechung hält der [...] Senat nicht mehr fest.“ (BAG, 19.11.2003 - 7 ABR 24/03 = AP Nr. 54 zu § 19 BetrVG 1972, unter B. III. 3. b) der Gründe), „An den abweichenden Ausführungen [...] im Urteil vom [...] hält der Senat nicht fest.“ (BAG, 19.02.2003 - 4 AZR 158/02 = ZTR 2003, 511, unter II. 4. der Gründe), „Der für Fragen der [...] allein zuständige Fünfte Senat hält an der abweichenden früheren Rechtsprechung nicht fest.“ (BAG, 20.08.2003 - 5 AZB 79/02 = AP Nr. 58 zu § 5 ArbGG 1979, unter B. I. 6. der Gründe), „Der Senat hält nach erneuter Prüfung nicht mehr an der Auffassung fest, dass [...]“ (BAG, 01.11.1995 - 5 AZR 84/94 = AP Nr. 45 zu § 2 BeschFG 1985, unter 3. c) der Gründe), „Der Senat hält diese in seinem Urteil vom [...] vertretene Auffassung nicht aufrecht.“ (BAG, 06.12.1995 - 5 AZR 307/94 = AP Nr. 9 zu § 1 GesamthafenbetriebsG, unter II. 3. der Gründe), „Nach erneuter Prüfung gibt der Senat seine im Urteil vom [...] vertretene Rechtsauffassung auf.“ (BAG, 19.02.1998 - 6 AZR 367/96 = AP Nr. 25 zu § 4 TVG Rationalisierungsschutz, unter I. 3. der Gründe), „Daran hält der [...] Senat nicht fest.“ (BAG, 15.02.2005 - 9 AZR 51/04 = AP Nr. 6 zu § 12a TVG, unter II. 2. b) der Gründe), „Diese Auslegung wird aufgegeben.“ (BAG, 21.10.1997 - 9 AZR 255/96 = AP Nr. 5 zu § 1 TVG Tarifverträge Schuhindustrie, unter I. 2. b) der Gründe), „Hieran hält der [...] Senat nicht fest.“ (BAG, 20.08.2002 - 9 AZR 750/00 = AP Nr. 6 zu § 1 TVG Tarifverträge: Süßwarenindustrie, unter I. 4. c) der Gründe.), „Diese Rechtsprechung lässt sich nicht aufrechterhalten.“ (BAG, 23.08.1995 - 10 AZR 105/95 = AP Nr. 193 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau, unter II. 5. der Gründe)

⁷³¹ Leitsätze: BAG, 23.08.1995 - 10 AZR 105/95 = AP Nr. 193 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau; BAG, 13.06.1996 - 6 AZR 858/94 = AP Nr. 45 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer; BAG, 11.11.1997 - 3 AZR 210/96 = AP Nr. 4 zu § 1 TVG Tarifverträge: Gerüstbau; BAG, 25.02.1998 - 2 AZR 226/97 = AP Nr. 2 zu § 72a LPVG NW; BAG, 11.12.1998 - 6 AZB 48/97 = AP Nr. 30 zu § 64 ArbGG 1979; BAG, 08.03.2000 - 7 ABR 11/98 = AP Nr. 132 zu § 37 BetrVG 1972; BAG, 07.11.2000 - 1 ABR 55/99 = AP Nr. 22 zu Art 56 ZA-Nato-Truppenstatut; BAG, 07.12.2000 - 2 AZR 459/99 = AP Nr. 23 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung; BAG, 23.01.2001 - 3 AZR 164/00 = AP Nr. 16 zu § 1 BetrAVG Berechnung; BAG, 22.08.2001 - 5 AZR 108/00 = AP Nr. 144 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten; BAG, 27.06.2002 - 2 ABR 22/01 = AP Nr. 47 zu § 103 BetrVG 1972; BAG, 20.08.2002 - 9 AZR 750/00 = AP Nr. 6 zu § 1 TVG Tarifverträge: Süßwarenindustrie; BAG, 20.08.2003 - 5 AZB 79/02 = AP Nr. 58 zu § 5 ArbGG 1979; BAG, 19.11.2003 - 7 ABR 24/03 = AP Nr. 54 zu § 19 BetrVG 1972; BAG, 13.05.2004 - 2 AZR 329/03 = AP Nr. 140 zu § 102 BetrVG 1972; BAG, 26.04.2006 - 5 AZR 403/05 = AP Nr. 188 zu § 4 TVG Ausschlussfristen; BAG, 27.04.2006 - 2 AZR 360/05 = AP Nr. 55 zu § 9 KSchG 1969; BAG, 21.08.2007 - 3 AZR 269/06 = AP Nr. 60 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung; Hinweis/e des Senats: BAG, 04.10.2003 - 9 AZR 12/03 = AP Nr. 28 zu § 630 BGB; BAG, 28.04.2004 - 10 AZR 370/03 = AP Nr. 264 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; BAG, 15.02.2005 - 9 AZR 51/04 = AP Nr. 6 zu § 12a TVG; BAG, 08.03.2006 - 10 AZR 349/05 = AP Nr. 79 zu § 74 HGB.

⁷³² BAG, 31.10.1995 - 1 AZR 372/95 = AP Nr. 29 zu § 72 ArbGG 1979; BAG, 07.02.1996 - 1 AZR 657/95 = AP Nr. 85 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG, 10.07.1996 - 4 AZR 139/95 = AP Nr. 29 zu §§ 22, 23 BAT Sozialarbeiter; BAG, 09.12.1997 - 1 AZR 319/97 = AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt; BAG, 26.05.1999 - 5 AZR 664/98 = AP Nr. 10 zu § 35 GmbHG.

Senats Vorgaben bezüglich Erstellung, Inhalt oder Ausführlichkeit. Vom Gesetz sind sie nicht vorgesehen. Daher ist zunächst zu überlegen, wozu diese knappen Angaben dienen sollen.

a. Der Änderungshinweis im Leitsatz

Leitsätze fassen üblicherweise den Inhalt der Entscheidung in knappen Sätzen zusammen. Allerdings variieren sie in Inhalt und Ausführlichkeit erheblich.⁷³³ Geht man davon aus, dass der Leitsatz als eine Art *Abstract* der Entscheidung der schnellen Information der juristischen Öffentlichkeit dienen soll, sollten darin die zu entscheidende Rechtsfrage sowie die angewendete Entscheidungsregel enthalten sein. Wenn die angewendete Entscheidungsregel auf einer Rechtsprechungsänderung beruht, sollte an dieser Stelle auch die bisherige Entscheidungsregel erwähnt und auf die Änderung hingewiesen werden. Nur so kann ein schneller Überblick über alte und neue Rechtsprechung gegeben und die juristische Öffentlichkeit auch inhaltlich über die Änderung informiert werden. Die gelegentlich erhobene Forderung, Rechtsprechungsänderungen in den Leitsätzen anzuzeigen,⁷³⁴ ist also nicht nur unter Offenlegungsaspekten wünschenswert, sondern unter dem Aspekt des Zwecks von Leitsätzen auch konsequent.

Es bleibt die Frage nach der Behandlung der in den Entscheidungsgründen erwähnten rechtsprechungsändernden *obiter dicta*. Hierunter können Erwägungen zur zukünftigen Behandlung vergleichbarer Rechtsfragen, die Äußerung von Zweifeln an der bisherigen Lösung oder auch die konkrete Ankündigungen von Rechtsprechungsänderungen fallen. Hierzu ist zu sagen, dass diese *obiter dicta* insoweit Eingang in den Leitsatz finden sollten, als sich das Gericht die Inhalte zweifelsfrei zu Eigen machen und die juristische Öffentlichkeit gesondert darauf hinweisen will. Nicht in den Entscheidungsgründen enthaltene *obiter dicta* sollten dagegen niemals Erwähnung in Leitsätzen finden. Derartige Anmerkungen würden sich noch einen Schritt weiter von der konkreten Entscheidung entfernen und sind daher abzulehnen.

b. Der Änderungshinweis im Hinweis des Senats

Unter dem Stichwort „Hinweis des Senats“ erfolgt schon bisher meist die Einordnung der Entscheidung in den Rechtsprechungszusammenhang.⁷³⁵ Zu diesem ausschließlichen Zweck kann der Hinweis des Senats beibehalten werden. Auch hier sollte der Hinweis auf die Änderung der Rechtsprechung mit der konkreten Benennung der Ausgangsentscheidung/en erfolgen.

Es wäre zudem wünschenswert, wenn jede Entscheidung diesen Hinweis auf den Rechtsprechungszusammenhang enthalten würde. Eine fehlende oder ungenügende Einordnung erschwert das zeiteffiziente Arbeiten von Rechtsprechung und Wissenschaft. Zudem führen fehlende oder ungenügende Einordnungen zur Unübersichtlichkeit und damit zu einer Gefährdung der Einheit der Rechtsprechung. Daher sollten die im Kontext stehenden Entscheidungen benannt werden und eine Klassifizierung des Verhältnisses von früherer zu jetziger Entscheidung erfolgen.

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass Begriffe wie Änderung, Modifizierung oder Weiterentwicklung in Leit- oder Orientierungssätzen bisher schon oft verwendet werden. Eine einheitliche

⁷³³ Vgl. Hattenhauer, Die Kritik des Zivilurteils, 1970, S. 145.

⁷³⁴ Hauser, Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, 1990, S. 197, 202.

⁷³⁵ § 4, B. I. 2. a.

Terminologie fehlt jedoch ebenso wie ein Konzept zur Klassifizierung des Verhältnisses der Entscheidungen zueinander.⁷³⁶ Die Qualifizierung einer Entscheidung ist „eher als Ausdruck des persönlichen Gustos denn (...) das Ergebnis methodologischer Analyse“.⁷³⁷ Die Schwierigkeit besteht darin, dass eine neue Entscheidung, je nachdem, welche konkrete Entscheidungsregel der Ausgangsentscheidung als maßgebliche Bezugsbasis betrachtet wird, ebenso gut als „Änderung“, als „Bestätigung“ oder sogar als „Präzisierung“ qualifiziert werden kann.⁷³⁸ Probst sieht das als Folge unterentwickelter präjudizienorientierter Betrachtungsweise.⁷³⁹

II. Begründung

Die Entscheidungsbegründung hat verschiedene Grundfunktionen,⁷⁴⁰ abhängig von den verschiedenen Adressaten der Entscheidung. Dies sind nicht nur die Parteien⁷⁴¹, sondern auch die Rechtsmittelinstanz⁷⁴², die juristische Öffentlichkeit⁷⁴³ und unter Umständen auch Parlament und Justizverwaltungen⁷⁴⁴. Was die Entscheidungsgründe im Bereich von Rechtsprechungsänderungen betrifft, stehen zwei Funktionen im Vordergrund. Für die Parteien hat die Begründung der Rechtsprechungsänderung vor allem Befriedungsfunktion. Die Entscheidungsbegründung muss der unterlegenen Partei zumindest die rechtliche Vertretbarkeit der getroffenen Entscheidung darlegen. Vollständig ist die Begründung allerdings erst dann, wenn sie nicht nur die Vertretbarkeit der getroffenen Entscheidung darlegt, sondern die Frage „*Warum so und nicht wie bisher?*“ beantwortet. Erforderlich sind neben der Begründung der neuen Rechtsauffassung (Entscheidungsregelbegründung) also auch die Auseinandersetzung mit der Ausgangsentscheidung (Auswahlbegründung) sowie die Begründung des Entschlusses zur Änderung (Änderungsbegründung).⁷⁴⁵ Was die juristische Öffentlichkeit angeht, ist die Dokumentationsfunktion von großer Bedeutung, da „die Nachvollziehbarkeit der Änderungsgründe zu einer kontinuierlichen Entscheidungspraxis beitragen und so die Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung fördern“ kann.⁷⁴⁶

1. Entscheidungsregelbegründung

Was die Entscheidungsregelbegründung⁷⁴⁷ angeht, fiel nach Durchsicht der rechtsprechungsändernden Entscheidungen positiv auf, dass in beinahe allen Entscheidungen die neue geänderte Rechtsauf-

⁷³⁶ Hierzu auch Probst, Die Änderung der Rechtsprechung, 1993, S. 124 ff.

⁷³⁷ Probst, Die Änderung der Rechtsprechung, 1993, S. 143.

⁷³⁸ Probst, Die Änderung der Rechtsprechung, 1993, S. 132.

⁷³⁹ Probst, Die Änderung der Rechtsprechung, 1993, S. 143.

⁷⁴⁰ Zu nennen sind etwa Informations-, Konkretisierungs-, Befriedungs-, Konsolidierungs-, Kontroll-, Integrations- und Gestaltungsfunktion, vgl. Brüggemann, Die richterliche Begründungspflicht, 1971, S. 145; Brink, Über die richterliche Entscheidungsbegründung, 1999, S. 26 ff; Kischel, Die Begründung, 2003, S. 39 ff.

⁷⁴¹ Hattenhauer, Die Kritik des Zivilurteils, 1970, S. 65; Brink, Über die richterliche Entscheidungsbegründung, 1999, S. 27.

⁷⁴² Hattenhauer, Die Kritik des Zivilurteils, 1970, S. 65; Brink, Über die richterliche Entscheidungsbegründung, 1999, S. 27.

⁷⁴³ Hattenhauer, Die Kritik des Zivilurteils, 1970, S. 66; Brink, Über die richterliche Entscheidungsbegründung, 1999, S. 27.

⁷⁴⁴ Hattenhauer, Die Kritik des Zivilurteils, 1970, S. 66; Brink, Über die richterliche Entscheidungsbegründung, 1999, S. 27.

⁷⁴⁵ § 3, B. II. 1.

⁷⁴⁶ Kischel, Die Begründung, 2003, S. 45 m.w.N.

⁷⁴⁷ § 3, B. II. 1. a.

fassung begründet wurde.⁷⁴⁸ Hinsichtlich der Qualität der Argumentation wurden allerdings keine positiven rechtsprechungsänderungsspezifischen Auffälligkeiten festgestellt. Die Qualität der Begründungen schwankte sehr stark und die Vorgehensweisen ließen kein methodisches Schema erkennen. Insgesamt ist daher zu sagen, dass die Entscheidungsregelbegründung ausführlicher und gründlicher erfolgen sollte.

2. Auswahlbegründung

Bei der Auswahlbegründung fiel negativ auf, dass sich die Senate des Bundesarbeitsgerichts nicht in dem Maße mit der Begründung der bisherigen Auffassung auseinandersetzten, wie dies zu erwarten und wünschenswert wäre.⁷⁴⁹ Weder befassten sie sich mit deren Argumenten, noch wurden Gründe für die Entscheidung zugunsten der neuen Entscheidungsregel angeführt oder die Änderung in irgendeiner Weise zu rechtfertigen versucht.

Diese mangelhafte Beschäftigung mit den Ausgangsentscheidungen erstaunt schon deshalb, weil eine Vielzahl von Autoren eine Pflicht zur Auseinandersetzung mit der Ausgangsentscheidung annimmt⁷⁵⁰ oder sogar die inhaltliche Widerlegung der Ausgangsentscheidung verlangt⁷⁵¹. Die Versuche, eine rechtliche Auseinandersetzungspflicht zu konstruieren, überzeugen zwar nicht, da sie letztendlich nur auf Zweckmäßigkeitüberlegungen beruhen. Eine Widerlegungspflicht⁷⁵² anzunehmen, macht darüber hinaus insofern keinen Sinn, als keine objektiven Maßstäbe dafür vorhanden sind, wann eine Begründung besser oder überzeugender als eine andere ist. Damit ist die Einhaltung der Pflicht nicht überprüfbar.

Ein Verstoß gegen prozessgesetzliche Begründungsvorgaben wie § 313 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 3 ZPO und die zivilgerichtliche Rechtsprechung zu unvollständigen Gründen ist ebenfalls nicht gegeben, da die bloße Unvollständigkeit der Gründe keinen Mangel im Sinn der ZPO darstellt, wenn erkennbar ist,

⁷⁴⁸ § 3, B. II. 1. a. cc.

⁷⁴⁹ § 3, B. II. 2. c.

⁷⁵⁰ Hergeleitet wird diese Pflicht allerdings aus unterschiedlichen Normen und Prinzipien: Aus der Argumentationslastverteilung, vgl. *Schlüchter*, *Mittlerfunktion der Präjudizien*, 1986, S. 114; *Kriete*, in: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, 1988, S. 707, 716; *Hanack*, *Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit*, 1995, S. 124; *Gabbey*, *Probleme des Rechtsprechungswandels im Verwaltungsrecht*, 2000, S. 44 ff., 203; *Ohly*, *AcP* 2001, 1, 30; aus einer Kooperationspflicht der Gerichte, vgl. *Kähler*, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, 2. Aufl. 2011, S. 441 ff.; *Christensen/Kudlich*, *Theorie richterlichen Begründens*, 2001, S. 414; mitunter wird unter dem Begriff Auseinandersetzungspflicht nicht die Pflicht zur Befassung mit den Argumenten der Ausgangsentscheidung verstanden, sondern lediglich die Pflicht, die Auffassung eines Präjudizes zu benennen, um beispielsweise eine Überprüfung der Vorlageverpflichtung zu überprüfen, vgl. *Langenbacher*, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*, 1996, S. 64 f. Diese Benennung erfolgt bei ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen in der Regel immer.

⁷⁵¹ *Hergenröder*, *Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung*, 1995, S. 118, 430 f.; *Amberg*, *Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung*, 1998, S. 355 ff.; *Feldner*, in: *Norm und Entscheidung*, 2000, S. 224, 238 f.; *Kähler*, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, 2. Aufl. 2011, S. 448 ff.

⁷⁵² Wie beispielsweise *Hergenröder*, *Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung*, 1995, S. 118, 430 f.; *Amberg*, *Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung*, 1998, S. 355 ff.; *Feldner*, in: *Norm und Entscheidung*, 2000, S. 224, 238 f.; *Kähler*, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, 2. Aufl. 2011, S. 448 ff.

welcher Grund für die Entscheidung maßgebend gewesen ist.⁷⁵³ Eine Auseinandersetzung mit der Ausgangsentscheidung setzt dies nicht voraus.

Unbestritten dürfte allerdings sein, dass unter der mangelnden Auseinandersetzung mit der Begründung der Ausgangsauffassung meist die Überzeugungskraft einer neuen Rechtsauffassung leidet,⁷⁵⁴ da die Frage, warum bisher eine andere Ansicht vertreten wurde, im Raum stehen bleibt. Allein aus diesem Grund sollte die Praxis verstärkt darauf achten, sich inhaltlich mit den geänderten Rechtsauffassungen und deren Begründungen auseinanderzusetzen oder auf fehlende Begründungen in den Ausgangsentscheidungen hinzuweisen.

3. Änderungsbegründung

Die Änderungsbegründung betrifft die Beantwortung der Frage, warum eine Rechtsprechungsänderung vorgenommen wurde. Auch im Hinblick auf die Änderungsbegründung wird verschiedentlich von einer Pflicht ausgegangen. Eine solche Pflicht lässt sich auf die Überlegung stützen, dass die Argumentationslast für die Notwendigkeit einer Änderung immer der Verändernde trägt.⁷⁵⁵ Zu einer solchen „Umkehr der Begründungslast“⁷⁵⁶ kann man über eine eingeschränkte Verbindlichkeit von Präjudizien gelangen, wie sie beispielsweise *Kriele*⁷⁵⁷ oder *Bydlinski*⁷⁵⁸ vertreten. Teilweise wird dieser Schluss jedoch auch aus der Überlegung gezogen, dass eine Rechtsprechungsänderung als Eingriff in Art. 3 Abs. 1 GG gerechtfertigt werden müsse.⁷⁵⁹

Das Bundesarbeitsgericht hat sich zur Änderungsbegründung in gewisser Weise mit der Besonderen-Gründe-Formel und der Gleich-Guten-Gründe-Formel geäußert.⁷⁶⁰ Immerhin hat es mit diesen Formeln Kriterien dafür benannt, wann eine Rechtsprechungsänderung möglich sein soll und wann nicht. Allerdings weicht das Bundesarbeitsgericht sowohl bei der Formulierung von Anforderungen an die Qualität der Gründe für Rechtsprechungsänderungen als auch bei der tatsächlichen Vornahme von Rechtsprechungsänderungen von eigenen Judikaten wie von einer Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen ab.⁷⁶¹ Die Formel der „deutlich überwiegenden oder sogar schlechthin zwin-

⁷⁵³ Hierzu etwa *Deppenkemper*, Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis, 2004, S. 246 f.

⁷⁵⁴ Vgl. *Hattenhauer*, Die Kritik des Zivilurteils, 1970, S. 107: „Ein Argument hat erst dann Überzeugungskraft, wenn die ihm widerstreitenden Argumente sich als falsch herausstellen. Die Ernsthaftigkeit, mit der ein Gericht um eine möglichst objektive Wahrheitsfindung bemüht ist, lässt sich daran ablesen, wie es mit den seinem Ergebnis widerstreitenden Argumenten umgeht.“

⁷⁵⁵ *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 260; *Bakker*, Grenzen der Richtermacht, 1994, S. 161.

⁷⁵⁶ *Keil*, Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen, 2007; *Amberg*, Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung, 1998, S. 356 m.w.N.

⁷⁵⁷ *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 243 ff., „präsumtive Verbindlichkeit von Präjudizien“.

⁷⁵⁸ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 501 ff., „subsidiäre Verbindlichkeit“.

⁷⁵⁹ *Amberg*, Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung, 1998, S. 305 f.

⁷⁶⁰ BAG, 29.03.1984 - 2 AZR 429/83 (A), 2 AZR 429/83 = AP Nr. 31 zu § 102 BetrVG 1972, unter III. 4. a) und b) der Gründe; BAG, 15.2.1962 - 2 AZR 322/60 = AP Nr. 35 zu § 1 ArbKrankhG, Leitsatz; BAG, 17.10.1963 - 1 ABR 1/63 = AP Nr. 13 zu § 76 BetrVG, Leitsatz; BAG, 23.02.1967 - 5 AZR 234/66 = AP Nr. 57 zu § 611 BGB Gratifikation, Leitsatz; BAG vom 02.09.1975 - 1 ABR 50/74 = AP Nr. 22 zu § 76 BetrVG, unter III. 4. der Gründe; BAG, 07.09.1983 - 7 AZR 233/82 (nicht veröffentlicht), in den Entscheidungsgründen; BAG, 20.01.1984 - 7 AZR 143/82 (nicht veröffentlicht), unter III. 2. der Gründe; BAG vom 12.02.1985 - 1 ABR 3/83 = AP Nr. 1 zu Art 1 Nato-Truppenstatut, unter B. II. 4. der Gründe; in Rechtfertigung einer früheren Rechtsprechungsänderung auch BAG 08.03.1984 - 6 AZR 600/82 = AP Nr. 14 zu § 3 BUrlG Rechtsmißbrauch, unter II. 6. der Gründe.

⁷⁶¹ Hierzu § 3 B. II. 1. b. bb. (2) und (3).

genden Gründe⁷⁶² wird abgeschwächt oder bei der Vornahme von Rechtsprechungsänderungen gar nicht erst erwähnt. Gerade wenn eine Änderung auf einer besseren Erkenntnis des Rechts beruht, wird meist nicht näher erläutert, warum die neue Rechtsauffassung der bisherigen überlegen sein soll. Auch wenn klar ist, dass die Ausfüllung der Formeln immer sehr subjektiv sein wird, kann im Hinblick auf die Verwendung der Kriterien jedoch mindestens Konsistenz verlangt werden.

III. Vertrauensschutz

Selbst wenn das Thema Vertrauensschutz bei vielen Rechtsprechungsänderungen keine Rolle spielt, ist die gedankliche Einhaltung der folgenden Prüfungsreihenfolge⁷⁶³ angeraten:

1. Möglichkeit einer vertrauensschutzrelevanten Vertrauensbetätigung

Das Thema Vertrauensschutz wurde bei einem großen Teil der ausdrücklich rechtsprechungsändernden Entscheidungen nicht angesprochen. Der Grund hierfür ist, dass nicht jede Rechtsprechungsänderung vertrauensschutzrelevante Auswirkungen nach sich zieht.⁷⁶⁴ Im Rahmen dieser Arbeit konnten rechtsprechungsändernde Entscheidungen erstmals verschiedenen Fallgruppen fehlender Vertrauensschutzrelevanz zugeordnet werden.⁷⁶⁵ Das Gericht kann also bei der Vornahme einer Rechtsprechungsänderung überlegen, ob im konkreten Fall eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung möglich oder von vornherein denkbare ausgeschlossen ist. Hat sich die von der Rechtsprechungsänderung belastete Partei ausdrücklich auf die bisherige Rechtsprechung berufen oder die Gewährung von Vertrauensschutz geltend gemacht, genügt seitens des Gerichts ein kurzer Hinweis darauf, dass eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung unmöglich ist, ohne dass größere Ausführungen zu dem Thema erfolgen müssen.

2. Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes

Ist eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung dagegen vorstellbar, ist im nächsten Schritt gedanklich das Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes zu prüfen.

a. Vertrauensgrundlage

Zuerst muss festgestellt werden, ob eine Vertrauensgrundlage in Form einer bisherigen Rechtsprechung vorliegt.⁷⁶⁶ An dieser Stelle genügt zunächst das Vorliegen irgendeiner früheren Rechtsprechung, auf die sich die von der Rechtsprechungsänderung belastete Partei berufen könnte. Faktoren, die die Vertrauensgrundlage beeinflussen könnten, wie etwa die Tatsache, dass es sich um eine vereinzelt gebliebene Aussage in einem *obiter dictum* handelt, oder dass die Ausgangsentscheidung in Instanzrechtsprechung und Literatur starke Kritik erfahren hat, können schon an dieser Stelle

⁷⁶² BGH (GS), 04.10.1982 - GSZ 1/82 = BGHZ 85, 64.

⁷⁶³ Ähnlich und zu den einzelnen Prüfungsschritten ausführlicher *Weber-Dürler*, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983, S. 79 ff.

⁷⁶⁴ § 3 B. II. 2. b. aa.

⁷⁶⁵ § 3 B. II. 2. b. aa.

⁷⁶⁶ Zu der Frage, ob eine Gerichtsentscheidung überhaupt als Vertrauensgrundlage anzuerkennen ist *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 169 ff.

angesprochen werden. Übersichtlicher ist es jedoch, sie unter dem noch folgenden Punkt „Schutzwürdigkeit des Vertrauens“ zu prüfen.

b. Kenntnis der Vertrauensgrundlage

Der nächste gedankliche Schritt besteht darin, festzustellen, ob der von der bisherigen Rechtsprechung Begünstigte die Vertrauensgrundlage im maßgeblichen Zeitpunkt kannte. War dies nicht der Fall, hat sich der Entscheider mit der Frage auseinanderzusetzen, ob eine konkrete Kenntnis der Vertrauensgrundlage erforderlich ist oder ob nicht auch ein lediglich abstraktes Vertrauen genügt.

Ein Teil des Schrifttums lässt abstrakt mögliches Vertrauen ausreichen.⁷⁶⁷ Ein anderer Teil fordert eine konkrete Betrachtungsweise und verlangt, dass die von einer möglichen Rechtsprechungsänderung benachteiligte Partei tatsächlich auf die bisherige Rechtsprechung vertraut hat.⁷⁶⁸ Dabei wird teilweise mit einer widerlegbaren Vermutung gearbeitet.⁷⁶⁹

Vorzugswürdig ist die Ansicht, die eine konkrete Kenntnis der Vertrauensgrundlage fordert. Arndt weist zutreffend darauf hin, dass die Veröffentlichung einer höchstrichterlichen Entscheidung im Gegensatz zur Bekanntgabe eines Gesetzes keine unmittelbaren Rechtsfolgen nach sich zieht und daher auch kein Grund besteht, warum sie sofort zu einem Vertrauenstatbestand werden sollte.⁷⁷⁰

c. Vertrauensbetätigung

Die durch die Kenntnis der Vertrauensgrundlage veranlasste Vertrauensbetätigung sucht man als explizite Voraussetzung rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes meist vergeblich.⁷⁷¹ Oft scheint sie selbstverständliche Prämisse zu sein.⁷⁷²

Die Vertrauensbetätigung ist aber ein selbstständiger Prüfungspunkt und auch nur dann relevant, wenn man vom Erfordernis der konkreten Kenntnis der Vertrauensgrundlage ausgeht. Denn es geht um die Frage, ob die konkrete Kenntnis der Vertrauensgrundlage für die Disposition kausal geworden ist.⁷⁷³ Wenn abstrakt mögliches Vertrauen ausreichen soll und im konkreten Fall auch keine Kenntnis der Vertrauensgrundlage gegeben ist, kann eine Disposition nicht durch diese Vertrauensgrundlage veranlasst sein und damit keine Vertrauensbetätigung (sondern nur irgendeine Betätigung) darstellen.

⁷⁶⁷ *Grunsky*, Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1970, S. 26; *Viets*, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz, 1976, S. 156 f; *Bischoff*, Das Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1980, S. 174; *Robbers*, JZ 1988, 481, 485; *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 235 f.

⁷⁶⁸ *Arndt*, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974, S. 83 f.; *Weber-Dürler*, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983, S. 90 f; *Muckel*, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 90 ff; *Stüsser*, Rückwirkende Rechtsprechungsänderungen im Zivilrecht, 1998, S. 75 f., 79.

⁷⁶⁹ *Wipprecht*, Die Änderung der Rechtsprechung mit Wirkung nur für künftige Fälle, 1973, S. 134.

⁷⁷⁰ *Arndt*, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974, S. 83.

⁷⁷¹ *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 237.

⁷⁷² So *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 237, mit Verweis auf *Weber-Dürler*, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983, S. 97 f.

⁷⁷³ Bejahend *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 236 ff.; eingehend zum Kausalitätskriterium bei Gesetzesänderungen *Muckel*, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 100 ff.

Das Bundesarbeitsgericht fordert eine konkrete Kenntnis der Vertrauensgrundlage und aus der Gesamtschau der untersuchten Entscheidungen mindestens die Möglichkeit einer darauf beruhenden Vertrauensbetätigung.⁷⁷⁴ Oft verlangt es sogar ausdrücklich eine Vertrauensbetätigung.⁷⁷⁵ Diese darf sich allerdings nicht im Eingehen des Rechtsstreits aufgrund einer Fehleinschätzung des Prozessrisikos erschöpfen.

Wird die erforderliche Vertrauensbetätigung von der Partei nicht dargelegt, ist zu überlegen, ob dennoch Vertrauensschutz gewährt werden kann. Dies ist zu verneinen, da eine Partei die ihr günstigen Tatsachen grundsätzlich darzulegen hat. Wenn diesem Grundsatz auch hinsichtlich der Frage der Gewährung von Vertrauensschutz zu folgen ist, muss die Darlegung der erfolgten Vertrauensbetätigung allerdings auch konsequent im Tatbestand festgestellt werden.

3. Schutzwürdigkeit des Vertrauens

Vertrauen ist nach der Ansicht vieler schutzwürdig, wenn es berechtigt, zurechenbar oder anerkanntenswert ist.⁷⁷⁶ Mit diesen Formeln ist allerdings noch nicht viel gewonnen, solange sie nicht inhaltlich ausgefüllt sind.⁷⁷⁷

a. Verfassungs- oder zivilrechtlicher Ansatz

Ein Gericht hat, stark vereinfacht, zwei Möglichkeiten, mit der Vertrauensschutzproblematik umzugehen: Den zivilrechtlichen und den verfassungsrechtlichen Lösungsansatz,⁷⁷⁸ wobei das Bundesarbeitsgericht von einem Vorrang einfachrechtlicher Vertrauensschutzgewährung auszugehen scheint.⁷⁷⁹

Dem verfassungsrechtlichen Ansatz zufolge sollen die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Regelungen zur Zulässigkeit der Rückwirkung von Gesetzen auf Rechtsprechungsänderungen übertragen werden.⁷⁸⁰ Der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts unterscheidet dabei zwischen „unechter“ und „echter Rückwirkung“. Der 2. Senat differenziert seit dem Jahr 1986 zwischen der „tatbestandlichen Rückanknüpfung“ und der „Rückbewirkung von Rechtsfolgen“.⁷⁸¹ In der Sache unterscheiden sich beide Ansätze kaum.⁷⁸² Während „echte Rückwirkung“ und „Rückbewirkung von Rechtsfol-

⁷⁷⁴ Hierzu bereits ausführlich § 3, B. II. 2. b. aa. (2) (c); Etwas anderes wurde für die Rechtsprechung des BGH festgestellt, vgl. *Boujong*, in: Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, 2005, S. 1235, 1247.

⁷⁷⁵ BAG, 20.11.1990 - 3 AZR 573/89 = AP Nr. 14 zu § 1 BetrAVG Ablösung, unter B. II. 3. der Gründe; BAG, 07.07.2010 - 4 AZR 549/08 = AP Nr. 140 zu Art 9 GG, unter II. 5. der Gründe.

⁷⁷⁶ v. *Craushaar*, *Der Einfluß des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung*, 1969, S. 18 ff.

⁷⁷⁷ *Viets*, *Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz*, 1976, S. 155.

⁷⁷⁸ Eingehend hierzu *Bock*, *Der Rechtsnormcharakter der Entscheidungen des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts*, 1997, S. 228 ff..

⁷⁷⁹ *Louven*, *Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*, 1996, S. 250, mit Verweis auf die Judikatur zum Arbeitskampfrecht.

⁷⁸⁰ Die Übertragung des verfassungsrechtlichen Ansatzes wird von vielen Autoren abgelehnt, vgl. nur *Canaris*, *SAE* 1972, 22 f.; *Olzen*, *JZ* 1985, 155, 159 ff.; *Louven*, *Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*, 1996, S. 130 ff; *Stüsser*, *Rückwirkende Rechtsprechungsänderungen im Zivilrecht*, 1998, S. 65.

⁷⁸¹ Seit BVerfG, 14.05.1986 - 2 BvL 2/83 = BVerfGE 72, 200, unter C. I. 1. b) der Gründe.

⁷⁸² *Höpfner*, *RdA* 2006, 156, 162; eine andere Ansicht vertreten *Stüsser*, *Jura* 1999, 545, 551; *Berger*, *Zulässigkeitsgrenzen der Rückwirkung von Gesetzen*, 2002, S. 85 ff.

gen“ grundsätzlich unzulässig sein sollen, ziehen die grundsätzlich zulässige „unechte Rückwirkung“ und die „tatbestandliche Rückanknüpfung“ eine Abwägung zwischen dem Interesse des Staates und der Allgemeinheit und den Interessen der Betroffenen am Fortbestand einer ihnen günstigen Rechtslage nach sich. Für diese Abwägung hat das Bundesverfassungsgericht einige Kriterien entwickelt. Danach ist Vertrauen in eine bisherige Rechtsprechung nicht schutzwürdig, wenn der Bürger in dem Zeitpunkt, auf den der Eintritt der Rechtsfolge durch das Gesetz zurückbezogen wird, mit dieser Regelung rechnen musste, das bisher geltende Recht unklar und verworren war, nichtige Normen durch neue wirksame ersetzt wurden, wenn die Rückwirkung nur eine nicht ins Gewicht fallende Belastung darstellt oder wenn die Neuregelung durch zwingende Gründe des Gemeinwohls geboten ist.⁷⁸³

Nach anderer Ansicht soll die Rückwirkungsproblematik ausschließlich⁷⁸⁴ oder im Wesentlichen⁷⁸⁵ mithilfe der zur Verfügung stehenden zivilrechtlichen Normen erfolgen.⁷⁸⁶ Unter anderem wird auf die Verschuldensabhängigkeit von Rechtsfolgen hingewiesen.⁷⁸⁷ So kann in einigen Konstellationen eine Rechtsprechungsänderung möglicherweise deshalb nicht zurückwirken, weil aufgrund eines Rechts- oder Verbotsirrtums der Verschuldensvorwurf entfällt.⁷⁸⁸ Andere Fälle können mithilfe des Instituts des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gelöst werden.⁷⁸⁹ Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung findet ebenfalls Anwendung.⁷⁹⁰ Vertrauensschutzenttäuschungen lassen sich mithilfe rein zivilrechtlicher Ansätze allerdings nur punktuell vermeiden.⁷⁹¹ Die Tatsache, dass es sich hierbei überwiegend um Ausformungen des Grundsatzes von Treu und Glauben handelt, lässt schon ahnen, dass auch der zivilrechtliche Ansatz meist in eine Interessenabwägung mündet. Eine solche Interessenabwägung ist dann im Ergebnis jedoch nichts anderes als die Berücksichtigung des öffentlich-rechtlichen Vertrauensgrundsatzes im Gewand zivilrechtlicher Generalklauseln.⁷⁹² So wird beispielsweise auch von der Rechtsprechung § 242 BGB zur Lösung der Vertrauensschutzproblematik heran-

⁷⁸³ BVerfG, 04.05.1960 - 1 BvL 17/57 = BVerfGE 11, 64, unter C. II. 3. c) der Gründe; BVerfG, 19.12.1961 - 2 BvL 6/59 = BVerfGE 13, 261, unter B. III. 2. der Gründe; BVerfG, 31.03.1965 - 2 BvL 17/63 = BVerfGE 18, 429, unter B. II. 4. (4) der Gründe; BVerfG, 23.03.1971 - 2 BvL 2/66, 2 BvR 168/66, 2 BvR 196/66, 2 BvR 197/66, 2 BvR 210/66, 2 BvR 472/66 = BVerfGE 30, 367, unter B. II. 2. b) bb) der Gründe; st. Rspr.

⁷⁸⁴ Götz, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, S. 421, 451; Löwisch, in: Die Arbeitsgerichtsbarkeit, 1994, S. 601, 612 ff.

⁷⁸⁵ Canaris, SAE 1972, 22; Medicus, NJW 1995, 2577.

⁷⁸⁶ Hierzu Stüsser, Rückwirkende Rechtsprechungsänderungen im Zivilrecht, 1998, S. 110 ff.

⁷⁸⁷ Hierzu Götz, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, S. 421, 451; Löwisch, in: Die Arbeitsgerichtsbarkeit, 1994, S. 601, 614; Medicus, NJW 1995, 2577 f.

⁷⁸⁸ Hierzu Klappstein, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft, 2009, S. 441; Höpfner, RdA 2006, 156, 162.

⁷⁸⁹ Hierzu Götz, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, S. 421, 451; Olzen, JZ 1985, 155, 163; Blomeyer, Festschrift für Karl Molitor zum 60. Geburtstag, 1988, S. 41, 49.

⁷⁹⁰ Hierzu Canaris, SAE 1972, 22, 23; Götz, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, S. 421, 451; Olzen, JZ 1985, 155, 162.

⁷⁹¹ Vgl. die Untersuchungen von Louven, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 142 ff. und Stüsser, Rückwirkende Rechtsprechungsänderungen im Zivilrecht, 1998, S. 127 ff.

⁷⁹² Stüsser, Rückwirkende Rechtsprechungsänderungen im Zivilrecht, 1998, S. 154, dessen Kritik sich nicht auf den letztlich erfolgenden Rückgriff auf den öffentlich-rechtlichen Vertrauensgrundsatz bezieht, sondern darauf, dass von den Vertretern der zivilrechtlichen Ansätze nicht anerkannt wird, dass dem der öffentlich-rechtliche Vertrauensgrundsatz zugrunde liegt.

gezogen und bei der Abwägung auf die vom Bundesverfassungsgericht zur Gesetzesänderung entwickelten Kriterien abgestellt.⁷⁹³

Beide Ansätze stehen daher m.E. nicht in einem Widerspruch. Sie ergänzen sich vielmehr. Bevor eine verfassungsrechtliche Abwägung stattfindet, ist darüber nachzudenken, ob in dem zu entscheidenden Fall nicht zivilrechtliche Lösungsmöglichkeiten bestehen. Ansonsten ist (über zivilrechtliche Generalklauseln) eine Interessenabwägung vorzunehmen,⁷⁹⁴ wobei ein Gericht sich immer der Gefahren einer solchen Einzelfallabwägung bewusst sein sollte⁷⁹⁵. *Louven* nennt hier die mit erhöhter Einzelfallgerechtigkeit einhergehende größere Rechtsunsicherheit sowie die Gefahr, dass einer methodisch abgesicherten Abwägung die bloße Aufzählung verschiedenster Topoi vorgezogen werde, um ein für billig gehaltenes Ergebnis zu rechtfertigen.⁷⁹⁶ Bloße Billigkeitsjurisprudenz sei allerdings vermeidbar, indem man die Abwägung auf eine verlässliche Methode gründet und so Rationalität zu bewirken versuche.⁷⁹⁷

b. Abwägungsgesichtspunkte

Die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Ausnahmen bezüglich der echten Rückwirkungen von Gesetzen können durchaus auch als Abwägungskriterien für oder gegen einen Wegfall der Vertrauensgrundlage Verwendung finden.⁷⁹⁸ Überträgt man die entsprechenden Kriterien auf Rechtsprechungsänderungen, ist Vertrauen nicht schützenswert, wenn (1) der Bürger mit einer Rechtsprechungsänderung rechnen musste, (2) das bisher geltende Recht unklar war, (3) eine für nichtig erkannte Norm durch eine wirksame ersetzt wurde, (4) überragende Interessen der Allgemeinheit eine Rücksichtnahme auf Belange des einzelnen ausschließen oder (5) allenfalls ein Bagatellschaden für die von der Rechtsprechungsänderung belastete Partei entsteht.⁷⁹⁹ Um diese verschiedenen Abwägungskriterien zu systematisieren und Hinweise zu deren Gewichtung zu ermöglichen,⁸⁰⁰ sollen die einzelnen Punkte den drei unterschiedlichen Interessenskreisen, die bei Rechtsprechungsänderungen bestehen, zugeordnet werden. Diese sind das Interesse der durch die Rechtsprechungsänderung belasteten Partei, das Interesse der durch die Rechtsprechungsänderung begünstigten Partei sowie das Interesse der Allgemeinheit an der Rechtsprechungsänderung.⁸⁰¹

⁷⁹³ Beschrieben von *Klappstein*, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft, 2009, S. 82 unter Verweis auf BGH vom 29.02.1996, IX ZR 153/95 = BGHZ 132, 119, unter III. 2. der Gründe.

⁷⁹⁴ Ähnlich *Medicus*, NJW 1995, 2577.

⁷⁹⁵ Mit den Argumenten, die gegen die Einzelfallabwägung ins Feld geführt werden, hat sich *Louven*, auseinandergesetzt, siehe *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 240 ff.

⁷⁹⁶ *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 240.

⁷⁹⁷ Nach *Louven* erfordert die Rationalität der Abwägung erfordert dreierlei: 1) die Herausarbeitung schutzwürdiger Gesichtspunkte, 2) die Erarbeitung von Präferenzregeln und 3) die genaue Begründung des Abwägungsergebnisses, *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 240.

⁷⁹⁸ Vgl. hierzu auch *Medicus*, NJW 1995, 2577, 2584.

⁷⁹⁹ Siehe Fn. 404, *Knödler/Daubner*, BB 1992, 1861, 1863.

⁸⁰⁰ Einen Versuch einer Gewichtung der typischerweise bei Rechtsprechungsänderung widerstreitenden Güter hat bereits *Louven* unternommen, vgl. *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 243 ff.

⁸⁰¹ *Klappstein*, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft, 2009, S. 384 ff.; ähnlich auch *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 135.

aa. Interesse der durch die Rechtsprechungsänderung belasteten Partei

Da wäre also zum einen das Interesse der durch die Rechtsprechungsänderung belasteten Partei an der Gewährung von Vertrauensschutz, welches unterschiedlich stark sein kann. Die folgenden Punkte wirken sich auf dessen Gewichtung aus:

Der erste ist die Verlässlichkeit der Vertrauensgrundlage. Je verlässlicher die Vertrauensgrundlage, desto größer das Gewicht des Vertrauensschutzes in der Abwägung. Zum zweiten ist von Bedeutung, in welchem Umfang der auf die bisherige Rechtsprechung vertrauenden Partei durch die Rechtsprechungsänderung Nachteile entstehen. Louven weist darauf hin, dass dieses Abwägungskriterium in der Spruchpraxis des Bundesarbeitsgerichts Verwendung findet.⁸⁰²

Der Grad der Verlässlichkeit der Vertrauensgrundlage kann mithilfe der folgenden Punkte ermittelt werden, ohne dass hier ein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben wird:

Bedeutend kann zum einen sein, ob es sich um eine bloße Einzelentscheidung oder um eine gefestigte Rechtsprechung handelt. Wichtig ist zudem die Instanz der Ausgangsentscheidung, da die Entscheidung eines Bundesgerichts eine größere Orientierungsfunktion besitzt.⁸⁰³ Auf die Verlässlichkeit der Vertrauensgrundlage kann auch Einfluss haben, ob die bisherige Auffassung in der Ausgangsentscheidung ergebnisrelevant war oder nur in einem *obiter dictum* geäußert wurde. Allein auf diesen Unterschied kann jedoch nicht abgestellt werden, da ein *obiter dictum* zweckgerichteter Eingang in die Entscheidungsgründe finden kann, als mancher Bestandteil der das Ergebnis tragenden Ausführungen. Daher sind in einem solchen Fall die Ausführlichkeit der Begründung⁸⁰⁴ und die Art der Formulierung⁸⁰⁵ mit heranzuziehen. Eine Rolle kann möglicherweise auch das Alter der Ausgangsentscheidung spielen, wenngleich hier eher die Vorhersehbarkeit einer Rechtsprechungsänderung aufgrund geänderter Umstände im Vordergrund steht als das Alter selbst. Die Vorhersehbarkeit der Rechtsprechungsänderung ist wohl einer der wichtigsten Punkte. Bei der Bestimmung der Gewichtung der Punkte, die eine Rechtsprechungsänderung vorhersehbar machen, kann eine Parallele zu den vom Bundesverfassungsgericht zur Rückwirkung von Gesetzen entwickelten Kriterien gezogen werden:

Am stärksten gegen die Verlässlichkeit der Vertrauensgrundlage und für die Vorhersehbarkeit der Rechtsprechungsänderung spricht sicherlich die Einführung oder Änderung einer Norm, welche die bisherige Rechtsprechung überholt. An zweiter Stelle stehen verbindlich gemeinte Äußerungen zu einer bevorstehenden Rechtsprechungsänderung wie eine ausdrückliche Änderungsankündigung.⁸⁰⁶ Hinweise auf eine möglicherweise bevorstehende Rechtsprechungsänderung bieten jedoch auch bloße Andeutungen oder die Äußerung von Zweifeln oder Bedenken an der bisherigen Recht-

⁸⁰² Louven, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 247 mit Verweis auf BAG, 24.10.1974 - 3 AZR 590/73 = AP Nr. 6 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unverfallbarkeit; BAG, 25.01.1984 - 5 AZR 44/82 = AP Nr. 66 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; BAG, 28.07.1992 - 3 AZR 173/92 = AP Nr. 18 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung.

⁸⁰³ Löwisch, in: Die Arbeitsgerichtsbarkeit, 1994, S. 601, 616.

⁸⁰⁴ Ablehnend Louven, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 230.

⁸⁰⁵ Bejahend Louven, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 230.

⁸⁰⁶ Lübbe, Grenzen der Rückwirkung bei Rechtsprechungsänderungen, 1998, S. 99; Viets, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz, 1976, S. 183.

sprechung in *obiter dicta* sowie das Vorliegen einer divergierenden Rechtsprechung.⁸⁰⁷ Gleiches gilt für das Bestehen fundierter Kritik des Schrifttums an der bisherigen Rechtsprechung.⁸⁰⁸ Mit einer Rechtsprechungsänderung kann desweiteren beim Bestehen einer unklaren Rechtsprechung gerechnet werden.⁸⁰⁹ Außerdem ist für die Gewichtung relevant, ob die Partei in Kenntnis oder in grob fahrlässiger Unkenntnis⁸¹⁰ der sich abzeichnenden Rechtsprechung gehandelt hat oder sich dessen nur aufgrund einfacher Fahrlässigkeit nicht bewusst war.

bb. Interesse der von der Rechtsprechungsänderung begünstigten Partei
Demgegenüber stehen die Individualinteressen der von der Rechtsprechung begünstigten Partei.⁸¹¹ Immerhin hat diese Partei nach Auffassung des Gerichts das Recht auf ihrer Seite. Die Gewährung von Vertrauensschutz zu ihren Lasten würde sie möglicherweise vom Eingehen des Verfahrens abschrecken, da Prozesskosten und zeitlicher Aufwand auf dem Spiel stehen. Diese Überlegungen sind also ebenfalls in die Abwägung mit einzubeziehen.

cc. Interesse der Allgemeinheit

Eine Rolle spielen allerdings auch Interessen der Allgemeinheit.⁸¹² Gegen die Gewährung von Vertrauensschutz sprechen die Grundsätze der Rechtssicherheit und Rechtseinheit. Auf der anderen Seite hat der Staat jedoch auch ein allgemeines Interesse an der Gewährung von Vertrauensschutz, da andernfalls die Bereitschaft zur Orientierung an Judikaten und damit zugleich die Akzeptanz der Rechtsprechung in der Gesellschaft zurückgehen könnten.⁸¹³ Ein Rückgriff auf „zwingende Gründe des Gemeinwohls“, mit welchen das Bundesverfassungsgericht die Rückwirkungsanordnung einer Gesetzesänderung begründet,⁸¹⁴ hilft kaum weiter, da dieser Begriff einer subsumtionsfähigen Definition entbehrt.⁸¹⁵

An dieser Stelle ist auch das Interesse an einer „materiell gerechten Entscheidung“ zu nennen, welches teilweise als „Gegenspieler“ des Vertrauensschutzes gesehen wird.⁸¹⁶ Nach anderer Ansicht ergibt sich die materielle Gerechtigkeit dagegen gerade erst unter der Einbeziehung von Vertrauens-

⁸⁰⁷ *Wipprecht*, Die Änderung der Rechtsprechung mit Wirkung nur für künftige Fälle, 1973, S. 133; a.A. *Prütting/Weth*, NZA 1984, 24, 27.

⁸⁰⁸ *Wipprecht*, Die Änderung der Rechtsprechung mit Wirkung nur für künftige Fälle, 1973, S. 133; *Lübbe*, Grenzen der Rückwirkung bei Rechtsprechungsänderungen, 1998, S. 99; a.A. *Prütting/Weth*, NZA 1984, 24, 27; *Höpfner*, RdA 2006, 156, 160; *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 226 ff.

⁸⁰⁹ *Löwisch*, in: Die Arbeitsgerichtsbarkeit, 1994, S. 601, 616.

⁸¹⁰ Zur dogmatischen Stützung dieses Abwägungsmerkmals mehr bei *Klappstein*, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft, 2009, S. 387.

⁸¹¹ Hierzu ausführlich *Klappstein*, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft, 2009; *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 247.

⁸¹² Hierzu *Klappstein*, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft, 2009, S. 404.

⁸¹³ So *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 242.

⁸¹⁴ Vgl. *Klappstein*, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft, 2009, S. 404 u.a. mit Verweis auf BVerfG, 19.12.1961 - 2 BvL 6/59 = BVerfGE 13, 261, unter B. III. 2. d) der Gründe; BVerfG, 31.03.1965 - 2 BvL 17/63 = BVerfGE 18, 429, unter B. II. 4. (4) der Gründe.

⁸¹⁵ *Klappstein*, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft, 2009, S. 404.

⁸¹⁶ BGH, 12.12.2005 - II ZR 283/03 = NJW 2006, 765-766, unter II. 2. a) der Gründe; *Lübbe*, Grenzen der Rückwirkung bei Rechtsprechungsänderungen, 1998, S. 88.

schutzgesichtspunkten.⁸¹⁷ Beide Ansichten widersprechen einander nicht, sondern unterscheiden sich in dem Verständnis des Terminus „materielle Gerechtigkeit“. Nach der ersten Ansicht ist er Bestandteil der Abwägung und mit der „an sich richtigen Lösung“, das heißt der Falllösung anhand der neuen Entscheidungsregel, identisch. Nach der anderen Ansicht ist er das Ergebnis der Abwägung von Vertrauensschutz und Argumenten, die für die Anwendung der neuen Entscheidungsregel auf den Fall streiten. Wird der Begriff „materielle Gerechtigkeit“ als Abwägungskriterium begriffen, ist sein Gewicht bei der Abwägung einzelfallabhängig zu bewerten.⁸¹⁸

4. Umsetzungsmöglichkeiten

Eine Methodik scheint der Umsetzung der Vertrauensschutzgewährung nicht zugrunde zu liegen, so dass diesbezüglich auch im Rahmen der Entscheidungsgründe ebenfalls noch Verbesserungsbedarf besteht. Allerdings gibt es auch in der Literatur verschiedene Ansätze dazu, in welcher Form Vertrauensschutz gewährt werden sollte. Beispielsweise kann die Wirkung einer grundsätzlich zurückwirkenden Rechtsprechungsänderung durch Übergangsfristen, Stichtage oder materielle Übergangsregelungen abgemildert werden. Es ist jedoch auch möglich, einer Rechtsprechungsänderung aufgrund der Interessenabwägung die Rückwirkung völlig zu versagen und sie nur für die Zukunft gelten lassen, entweder mithilfe des sogenannten *prospective overruling* im Fall der Entscheidungserheblichkeit der Änderung oder der Ankündigung der Rechtsprechungsänderung in einem *obiter dictum*⁸¹⁹.

IV. Vorlagepflicht

Schließlich können bei Rechtsprechungsänderungen Vorlagepflichten eine Rolle spielen. Je nachdem, ob es sich um Eigen- oder Fremddivergenzen handelt, kommen die Grundsatz- oder auch die Divergenzvorlage in Betracht. Die Vornahme einer Grundsatzvorlage wurde im untersuchten Zeitraum in keiner Entscheidung erwogen. Aufgrund ihrer unklaren Voraussetzungen und aufgrund der rechtsprechungsänderungsspezifischen Probleme der Divergenzvorlage sollen an dieser Stelle nur die Voraussetzungen der Divergenzvorlage dargestellt werden.

1. Voraussetzungen

Was die Divergenzvorlage angeht, besteht bei Abweichungen von fremden Senaten, unabhängig davon, in welcher Form die Ausgangsentscheidung ergangen ist,⁸²⁰ grundsätzlich eine Vorlagepflicht.⁸²¹ Es muss sich um eine Abweichung von derselben klärungsfähigen und klärungsbedürftigen

⁸¹⁷ Klappstein, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft, 2009, S. 384 f.

⁸¹⁸ So auch Louven, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996, S. 247.

⁸¹⁹ Die Ankündigung der Änderung einer Rechtsauffassung in einer gerichtlichen Entscheidung soll auch nach Auffassung des BAG grundsätzlich nur dann in Betracht gezogen werden können, wenn sie für die Entscheidung selbst nicht ausschlaggebend tragend ist, vgl. BAG, 05.04.1984 - 6 AZR 70/83 = AP Nr. 13 zu § 78a BetrVG 1972, unter 6. der Gründe, mit Verweis auf Picker, JZ 1984, 153.

⁸²⁰ Urteil oder Beschluss, jedoch nicht Vorlagebeschlüsse an den Großen Senat, vgl. Poeche, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 22. Ed., Stand: 01.12.2011, § 45 ArbGG Rn. 2.

⁸²¹ Im Bereich der Grundsatzvorlage, welche bei Eigendivergenzen relevant werden kann, ist eine solche Pflicht zwar nicht anerkannt. Allerdings versucht Bakker in seiner Dissertation auch hier für spezielle Fallgruppen einen Begründungszwang nachzuweisen, vgl. Bakker, Grenzen der Richtermacht, 1994, S. 246 ff.

Rechtsfrage handeln. Unter Abweichung versteht man die bewusste inhaltliche Änderung eines abstrakten Rechtssatzes, nicht dagegen eine Präzisierung, Verdeutlichung oder Klarstellung einer bisherigen Rechtserkenntnis. Vom Vorliegen derselben Rechtsfrage ist regelmäßig auszugehen, wenn es um die Auslegung derselben Rechtsnorm geht. Um dieselbe Rechtsfrage handelt es sich aber auch bei der Auslegung inhaltsgleicher Normen oder identischer Rechtsbegriffe oder bei einer Divergenz im Zusammenhang mit ungeschriebenen Rechtsregeln.⁸²²

2. Ausnahmen

Liegen diese Voraussetzungen vor, gibt es jedoch immer noch eine Reihe gesetzlicher und richterrechtlicher Ausnahmen von der Vorlagepflicht.⁸²³ Die Tatsache, dass in 10,4% der Fälle von fremder Senatsrechtsprechung abgewichen wurde, ohne dass ein Hinweis auf einen die Vorlagepflicht ausschließenden Zuständigkeitswechsel oder auf richterrechtliche Ausnahmen erfolgte, beweist, dass die Problematik des Divergenzverfahrens selbst in Fällen offengelegter Fremddivergenz in den Entscheidungsgründen nicht in dem Maße behandelt wird, wie es angebracht wäre. Erst nach Analyse von Ausgangs- und Änderungsentscheidung und unter Zuhilfenahme der Geschäftsverteilungspläne ließen sich Erklärungen für die fehlende Einleitung des Divergenzverfahrens finden. Dieser Punkt ist in den Entscheidungsgründen also durchaus verbesserungsfähig.

C. Zusammenfassung

Allen *ausdrücklichen* Rechtsprechungen ist der *Änderungshinweis* gemeinsam. Von Vorteil wäre darüber hinaus jedoch auch die regelmäßige Aufnahme des Änderungshinweises in den Leitsatz, zusammen mit einer klaren Benennung der neuen und der bisherigen Entscheidungsregel. Die Hinweise des Senats sollten dazu dienen, die Rechtsprechungsänderung in den Zusammenhang mit den zu dieser Rechtsfrage relevanten Entscheidungen und Rechtsprechungslinien zu setzen.

Hinsichtlich der Begründung ist zu sagen, dass die Entscheidungsregelbegründung im Bereich ausdrücklicher Rechtsprechungen an den gleichen Problemen krankt wie alle anderen Entscheidungen. Neben ausführlicheren und methodisch fundierteren Entscheidungsregelbegründungen wäre darüber hinaus eine häufigere Auseinandersetzung mit den Ausgangsentscheidungen wünschenswert. Dieser Punkte sollte sich die Rechtsprechung bei der Abfassung einer rechtsprechungsändernden Entscheidung stärker bewusst werden.

Im Hinblick auf die Erfordernisse für die Gewährung von Vertrauensschutz wurde anhand der Entscheidungsanalyse nicht deutlich, ob das Bundesarbeitsgericht die Darlegung einer konkreten Vertrauensbetätigung als Voraussetzung für die Gewährung von Vertrauensschutz verlangt. Da eine Partei die ihr günstigen Tatsachen grundsätzlich darzulegen hat, ist dies auch hinsichtlich der Frage der Gewährung von Vertrauensschutz zu verlangen. Dann ist dieses Erfordernis allerdings auch konsequent im Tatbestand festzustellen.

Die Tatsache, dass in 10,4% der Fälle von fremder Senatsrechtsprechung abgewichen wurde,⁸²⁴ ohne dass ein Hinweis auf die vorliegenden Ausnahmen von der Vorlagepflicht erfolgte, beweist, dass die

⁸²² Poeche, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 22. Ed., Stand: 01.12.2011, § 45 ArbGG Rn. 4.

⁸²³ Vgl. § 3, B. II. 3. a.

⁸²⁴ Hierzu § 3, B. II. 3. b. cc.

Problematik des Divergenzverfahrens selbst in Fällen offengelegter Fremddivergenz in den Entscheidungsgründen nicht in dem erforderlichen Maße Beachtung findet. Wenn sich erst nach Analyse von Ausgangs- und Änderungsentscheidung und unter Zuhilfenahme der Geschäftsverteilungspläne Erklärungen für die fehlende Einleitung des Divergenzverfahrens finden lassen, ist dieser Punkt in den Entscheidungsgründen in jedem Fall noch zu verbessern.

§ 5 Thesen

A. Die Häufigkeit der Rechtsprechungsänderungen

Die bisher nicht belegte Behauptung, das Bundesarbeitsgericht ändere seine Rechtsprechung häufiger als andere Bundesgerichte, bestätigt sich bei einem Blick auf den Anteil der ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen an sämtlichen durch Entscheidung erledigten Fällen, da der Anteil für den Zeitraum 1995-2001 beim Bundesarbeitsgericht 0,51%, beim Bundesgerichtshof jedoch nur 0,28% betrug. Die höhere Zahl von Änderungen lässt sich jedoch nicht mit dem Wandel der technischen, sozialen oder wirtschaftlichen Umstände, der im Arbeitsrecht von besonderer Bedeutung sein soll, erklären. Grund dafür ist, dass nur ein geringer Teil der ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen des Bundesarbeitsgerichts als auf einer anderen Erkenntnis des Rechts beruhend dargestellt werden. Mit einem Wert von 1,9% bzw. 6,1 % ist der Anteil der Rechtsprechungsänderungen aufgrund anderer Erkenntnis des Rechts sogar deutlich niedriger als bei Bundesverfassungsgericht (37,5%), Bundesgerichtshof (17,1%) und Bundesverwaltungsgericht (17,8%). (§ 3, A. IV. und V.)

B. Die Rechtsprechungsänderung in den Entscheidungsgründen

Eine Rechtsprechungsänderung weist in den Entscheidungsgründen drei rechtsprechungsänderungsrelevante Bestandteile auf: Begründung, Vertrauensschutz- und Vorlagefrage.

Der Änderungshinweis ist zwar allen ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen gemeinsam. Von Vorteil wäre darüber hinaus jedoch auch die regelmäßige Aufnahme des Änderungshinweises in den Leitsatz, zusammen mit einer klaren Benennung der neuen und der bisherigen Entscheidungsregel. Die Hinweise des Senats könnten dazu dienen, die Rechtsprechungsänderung in den Zusammenhang mit den zu dieser Rechtsfrage relevanten Entscheidungen und Rechtsprechungslinien zu setzen. (§ 4, B. I.)

Die Entscheidungsregelbegründung krankt im Bereich ausdrücklicher Rechtsprechungsänderungen an den üblichen Problemen. Neben ausführlicheren und methodisch fundierteren Entscheidungsregelbegründungen wäre jeweils die Auseinandersetzung mit den Ausgangsentscheidungen wünschenswert. Dessen sollte sich die Rechtsprechung bei der Vornahme von Rechtsprechungsänderungen stärker bewusst werden. (§ 3, B. II. 1. sowie § 4, B. II.)

Was die Anforderungen, die an die Qualität der Gründe für Rechtsprechungsänderungen gestellt werden, angeht, konnte gezeigt werden, dass die Senate des Bundesarbeitsgerichts die „Zwingende-“ bzw. „Gleich-gute-Gründe-Formel“, die zur Rechtfertigung von Rechtsprechungsänderungen entwickelt worden waren, weit überwiegend nicht anwendeten. Auch wurde nachgewiesen, dass die Formeln in späteren Entscheidungen aufgeweicht wurden. Statt derartige Leerformeln aufzustellen, welche anschließend doch nicht eingehalten werden, ist die Offenlegung der wahren Motive für die Rechtsprechungsänderung anzuraten. (§ 3, B. II. 1. b. bb.)

Das Thema Vertrauensschutz spielt im Zusammenhang mit Rechtsprechungsänderungen nicht die Rolle, die zu Beginn der Untersuchung erwartet worden war. Die Analyse der Rechtsprechungsänderungen, die sich nicht mit dem Thema Vertrauensschutz auseinandersetzten, ergab, dass allein aus dem geringen Anteil von Rechtsprechungsänderungen, in denen Vertrauensschutz angesprochen

wurde (4,3%), nicht darauf geschlossen werden kann, dass sich das Bundesarbeitsgericht nicht in der erforderlichen Weise mit dem Thema befasst. Es gibt eine Vielzahl von Rechtsprechungsänderungen ohne Vertrauensschutzrelevanz. Der Anteil dieser Rechtsprechungsänderungen an der Gesamtzahl der Entscheidungen lag im Untersuchungszeitraum bei 58,3%. Sie wurden im Rahmen dieser Arbeit erstmals Fallgruppen fehlender Vertrauensschutzrelevanz zugeordnet. (§ 3, B. II. 2. b.)

Beim Großteil der übrigen Fälle wurde Vertrauensschutz ebenfalls nicht angesprochen. Es stellte sich heraus, dass eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung bisweilen derart unwahrscheinlich ist, dass von einer widerlegbaren Vermutung ihres Nichtvorliegens auszugehen ist. Im Hinblick auf die Erfordernisse für die Gewährung von Vertrauensschutz wäre eine konsequente Darstellung des Sachverhalts angebracht. Anhand der Entscheidungsanalyse wurde nicht klar, welche Voraussetzungen das Bundesarbeitsgericht für die Gewährung von Vertrauensschutz verlangt, insbesondere ob das Bundesarbeitsgericht die Darlegung einer konkreten Vertrauensbetätigung und damit auch die ausdrückliche Berufung auf die bisherige Rechtsprechung für notwendig erachtet. (§ 3, B. II. 2. b.)

Bezüglich der Einleitung eines Divergenzverfahrens scheint das Bundesarbeitsgericht auf den ersten Blick sehr zurückhaltend zu sein, da im Untersuchungszeitraum im Zusammenhang mit nur vier Rechtsprechungsänderungen (3,5%) ein Divergenzverfahren eingeleitet worden war. Allerdings war eine Divergenzanfrage in 75,7% der Fälle nach § 45 Abs. 2 beziehungsweise § 45 Abs. 3 S. 2 ArbGG entbehrlich, womit die geringe Zahl von Fällen, in denen ein Divergenzverfahren eingeleitet wird, in erster Linie Folge der Geschäftsverteilung ist. In zwölf Entscheidungen wurde die Abweichung von fremder Senatsrechtsprechung mit einer richterrechtlichen Ausnahme legitimiert. (§ 3, B. II. 3. b. aa. und bb.)

In 10,4% der Fälle erfolgte allerdings kein Hinweis darauf, warum kein Divergenzverfahren durchgeführt wurde. Diese Tatsache zeigt, dass die Problematik des Divergenzverfahrens selbst in Fällen offengelegter Fremddivergenz in den Entscheidungsgründen nicht in dem Maße behandelt wird, wie es angebracht wäre. Erst nach Analyse von Ausgangs- und Änderungsentscheidung und unter Zuhilfenahme der Geschäftsverteilungspläne ließen sich Erklärungen für die fehlende Einleitung des Divergenzverfahrens finden. (§ 3, B. II. 3. b. cc.)

C. Darstellung einer Begründungsempfehlung

Bei der Abfassung der Begründung einer Rechtsprechungsänderung sollte gedanklich dem in § 4 empfohlenen Schema gefolgt werden:

- I. Änderungshinweis
 1. Gründe
 2. Leitsatz
 3. Hinweis des Senats
- II. Begründung
 1. Entscheidungsregelbegründung
 2. Auswahlbegründung
 3. Änderungsbegründung
- III. Vertrauensschutz
 1. Möglichkeit einer vertrauensschutzrelevanten Vertrauensbetätigung
 2. Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes

3. Schutzwürdigkeit des Vertrauens
 4. Umsetzungsmöglichkeiten
- IV. Vorlagepflicht
1. Grundsatzvorlage
 2. Divergenzvorlage

Literaturverzeichnis

- Alexy, Robert*: Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Frankfurt am Main 1978.
- Amberg, Irmgard*: Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung, Berlin 1998.
- Arndt, Hans-Wolfgang*: Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, Frankfurt am Main 1974.
- Aschke, Manfred*: Übergangsregelungen als verfassungsrechtliches Problem, Frankfurt am Main 1987.
- Bader, Peter/Creutzfeldt, Malte/Friedrich, Hans-Wolf* (Hrsg.): Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz, 5., neu bearb. Aufl., München 2008.
- Bakker, Rainer*: Grenzen der Richtermacht, 1. Aufl., Konstanz 1994.
- Berdesinski, Stephan*: Die rückwirkende Änderung der Rechtsprechung, Diss. Heidelberg (1993) 1994.
- Berger, Thomas*: Zulässigkeitsgrenzen der Rückwirkung von Gesetzen, Frankfurt am Main 2002.
- Bischoff, Peter*: Das Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, Münster 1980.
- Blomeyer, Wolfgang*: Zur rückwirkenden Geltung von Richterrecht für Betriebsvereinbarungen, in: Gamillscheg, Franz/Rüthers, Bernd/Stahlhacke, Eugen (Hrsg.), Festschrift für Karl Molitor zum 60. Geburtstag, Sozialpartnerschaft in der Bewährung, München 1988, S. 41-61.
- Bock, Markus*: Der Rechtsnormcharakter der Entscheidungen des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts, Frankfurt am Main 1997.
- Boemke, Burkhard*: Anmerkung zu BAG, Urteil vom 18.03.2009 - 10 AZR 281/08, Gegenläufige betriebliche Übung - Weihnachtsgeld, JuS 2009, 1061-1063.
- Boujong, Karlheinz*: Rechtsfortbildung, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz in der Judikatur des Bundesgerichtshofs, in: Lorenz, Stephan/Trunk, Alexander/Eidenmüller, Horst u. a. (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 1235-1248.
- Brink, Stefan*: Über die richterliche Entscheidungsbegründung, Frankfurt am Main 1999.
- Brüggemann, Jürgen*: Die richterliche Begründungspflicht, Berlin 1971.
- Buchner, Herbert*: Vertrauensschutz bei Änderung der Rechtsprechung, in: Hueck, Götz/Dietz, Rolf (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, München 1973, S. 175-197.
- Buchner, Herbert*: Der „Warnstreik“ nach der Bundesarbeitsgerichts-Entscheidung vom 21. Juni 1988, BB 1989, 1334-1338.
- Burmeister, Joachim*: Vertrauensschutz im Prozeßrecht, Berlin 1979.

- Bydlinski, Franz*: Hauptpositionen zum Richterrecht, JZ 1985, 149-155.
- Bydlinski, Franz*: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2., erg. Aufl., Wien 1991.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.): EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 4. Aufl., München 2011.
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Anmerkung zu BAG, 06.01.1971 - 3 AZR 384/70, SAE 1972, 22-26.
- Christensen, Ralph/Kudlich, Hans*: Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001.
- Christensen, Ralph/Kudlich, Hans*: Gesetzesbindung – vom vertikalen zum horizontalen Verständnis, Berlin 2008.
- Clemenz, Susanne*: Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge - ein Paradigmenwechsel mit offenen Fragen, NZA 2007, 769-773.
- Craushaar, Götz von*: Der Einfluß des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung, München 1969.
- Deppenkemper, Gunter*: Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis: eine dogmengeschichtliche Studie zu Freiheit, Grenzen und revisionsgerichtlicher Kontrolle tatrichterlicher Überzeugungsbildung (§ 261 StPO, § 286 ZPO), Göttingen 2004.
- Dubs, Hans*: Praxisänderungen: eine methodologische Untersuchung über die Stellung des Richters zum eigenen Präjudiz auf Grund von Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1949.
- Dütz, Wilhelm*: Gefahrgeneigte Arbeit, NJW 1986, 1779-1786.
- Eckhold-Schmidt, Fridel*: Legitimation durch Begründung: eine erkenntniskritische Analyse der Drittwirkungs-Kontroverse, Berlin 1974.
- Engisch, Karl*: Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3., erg. Aufl., Heidelberg 1963.
- Esser, Josef*: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt am Main 1970.
- Feldner, Birgit*: Entschieden es Entscheiden, in: Feldner, Birgit/Forgo, Nikolaus (Hrsg.), Norm und Entscheidung, Prolegomena zu einer Theorie des Falls, Wien 2000, S. 224-252.
- Fischer, Christian*: Richterliche Rechtsfindung zwischen „Gesetzesgehorsam“ und „ökonomischer Vernunft“, ZfA 2002, 215-247.
- Fischer, Christian*: Anmerkung zu AP Nr. 23 zu § 50 BetrVG 1972, RdA 2003, 114-119.
- Fischer, Christian*: Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, Tübingen 2007.
- Franzen, Marti*: Anm. BAG, 26.03.1997 - 10 AZR 612/96, SAE 1997, 342-349.
- Gabbey, Andreas*: Probleme des Rechtsprechungswandels im Verwaltungsrecht, Frankfurt am Main 2000.
- Germelmann, Claas-Hinrich/Matthes, Hans-Christoph/Prütting, Hanns/Müller-Glöße, Rudi* (Hrsg.): Arbeitsgerichtsgesetz, 7., neubearb. Aufl. Bd. 6, München 2009.

- Goertz, Alexander*: Die gegenläufige Betriebsübung, AuR 1999, 463-467.
- Gottwald, Peter*: Richterliche Entscheidung und rationale Argumentation, ZZP 1985, 113-130.
- Götz, Volkmar*: Bundesverfassungsgericht und Vertrauensschutz, in: Starck, Christian (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1976, S. 421-452.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, Bd. 1, 46. Aufl., Stand: Oktober 2011.
- Greiner, Stefan/Suhre, Nadja*: Tarifvertragliche Exklusivleistungen für Gewerkschaftsmitglieder nach der Rechtsprechungsänderung des BAG, NJW 2010, 131-134.
- Grunsky, Wolfgang*: Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung: Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 22. Januar 1970, Karlsruhe 1970.
- Grunsky, Wolfgang* (Hrsg.): Arbeitsgerichtsgesetz, 7., neubearb. Aufl., München 1995.
- Haffke, Bernhard*: Das Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG bei Änderung der Rechtsprechung zum materiellen Recht: zugleich ein Beitrag zum Problem des Strafbarkeitsbewußtseins, Göttingen 1970.
- Hagen, Horst*: Rückwirkung der Rechtsprechung, in: Brandner, Hans Erich/Hagen, Horst/Stürner, Rolf (Hrsg.), Festschrift für Karlmann Geiß, Zum 65. Geburtstag, Köln 2000, S. 97-109.
- Hanack, Ernst-Walter*: Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, Hamburg 1995.
- Hanau, Peter*, Der neue Erste Senat, NZA 1996, 841-847.
- Hattenhauer, Hans*: Die Kritik des Zivilurteils, Frankfurt am Main [u.a.] 1970.
- Hauser, Robert*: Die Wahrung der Einheit der Rechtsprechung in rechtsvergleichender Sicht, in: Gottwald, Peter/Prütting, Hanns (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, München 1990, S. 197-212.
- Herbert, Manfred*: Anmerkung zu BAG, 17.09.1998 - 8 AZR 175/97, JA 1999, 448-452.
- Herdegen, Matthias*: Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechung im Zivilrecht, WM 2009, 2202-2210.
- Hergenröder, Curt Wolfgang*: Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, Tübingen 1995.
- Hilger, Marie Luise*: Überlegungen zum Richterrecht, in: Paulus, Gotthard/Diederichsen, Uwe/Canaris, Claus-Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 109-123.
- Hohenstatt, Klaus-Stefan/Schaude, Rainer*: Abschied vom ultima-ratio-Prinzip?, DB 1989, 1566-1571.
- Höpfner, Clemens*: Vertrauensschutz und Richterrecht, RdA 2006, 156-165.

- Höpfner, Clemens*: Vertrauensschutz bei Änderung der Rechtsprechung zu arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln, NZA 2008, 91-95.
- Höpfner, Clemens*: Nochmals: Vertrauensschutz bei Änderung der Rechtsprechung zu arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln, NZA 2009, 420-423.
- Jarass, Hans Dieter/Pieroth, Bodo* (Hrsg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl., München 2011.
- Kähler, Lorenz*: Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 1. Aufl., Baden-Baden 2004.
- Kähler, Lorenz*: Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2., überarb. Aufl., Baden-Baden 2011.
- Keil, Ulrich*: Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen, Tübingen 2007.
- Kettler, Gero*: Das BAG und die „umgekehrte“ betriebliche Übung, NJW 1998, 435-438.
- Kischel, Uwe*: Die Begründung, Tübingen 2003.
- Kissel, Otto Rudolf/Mayer, Herbert* (Hrsg.): Gerichtsverfassungsgesetz, 6., neubearb. Aufl., München 2010.
- Klappstein, Verena*: Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft, Berlin 2009.
- Knittel, Wilhelm*: Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung: eine Untersuchung zum deutschen und US-amerikanischen Recht, Bielefeld 1965.
- Knödler, Christoph/Daubner, Robert*: Angekündigte Rechtsprechungsänderungen, BB 1992, 1861-1866.
- Kriele, Martin*: Theorie der Rechtsgewinnung, 2., durch ein Nachw. erg. Aufl., Berlin 1976.
- Kriele, Martin*: Gesetzestreue und Gerechtigkeit in der richterlichen Rechtsfindung, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, Köln 1988, S. 707-722.
- Kuhlen, Lothar*: Die Abweichung einer Entscheidung von einer anderen und die Betrachtung des Einzelfalles, JA 1986, 589-601.
- Langenbacher, Katja*: Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, München 1996.
- Larenz, Karl*: Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, in: Forsthoff, Ernst [u a.]. (Hrsg.), Festschrift für Ernst Rudolf Huber, zum 70. Geburtstag am 8. Juni 1973, Bd. 88, Göttingen 1973, S. 291-309.
- Louven, Christoph*: Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, München 1996.
- Löwisch, Manfred*: Vertrauensschutz bei Rechtsprechungsänderungen aus der Sicht des Bundesarbeitsgerichts, in: Arnold, Jürg (Hrsg.), Die Arbeitsgerichtsbarkeit, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes, Neuwied 1994, S. 601-618.

- Lübbe, Christine*: Grenzen der Rückwirkung bei Rechtsprechungsänderungen, Frankfurt am Main 1998.
- Lunk, Stefan*: Vertrauensschutz in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Martinek, Michael/Rawert, Peter/Weitemeyer, Birgit (Hrsg.), Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2010, Berlin 2010, S. 689-706.
- Maetzel, Wolf Bogumil*: Prozessuale Fragen zum Verfahren vor dem „Großen Senat“, MDR 1966, 453-455.
- Mainka, Johannes*: Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Bonn 1963.
- Maunz, Theodor/ Dürig, Günter* (Hrsg.): Grundgesetz – Kommentar, Loseblattsammlung 63. Lieferung, München Stand: Oktober 2011.
- Medicus, Dieter*: Über die Rückwirkung von Rechtsprechung, NJW 1995, 2577-2584.
- Meinel, Gernod/Herms, Sascha*: Änderung der BAG-Rechtsprechung zu Bezugnahme Klauseln in Arbeitsverträgen, DB 2006, 1429-1433.
- Muckel, Stefan*: Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, Berlin 1989.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12., neu bearb. Aufl., München 2012.
- Musielak, Hans-Joachim* (Hrsg.): Kommentar zur Zivilprozessordnung, 8., Neubearb. Aufl., München 2011.
- Offerhaus, Klaus*: Die Großen Senate der obersten Gerichtshöfe des Bundes, in: Der Präsident des Bundesfinanzhofs (Hrsg.), 75 Jahre Reichsfinanzhof - Bundesfinanzhof, Bonn 1994, S. 623-638.
- Ohly, Ansgar*: Generalklausel und Richterrecht, AcP 2001, 1-47.
- Olbertz, Klaus*: Gleichstellungsabrede - Gestaltungsmöglichkeiten und -notwendigkeiten für die betriebliche Praxis, BB 2007, 2737-2742.
- Oldiges, Martin*: Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts, Bad Homburg v.d.H. [u.a.] 1970.
- Olzen, Dirk*: Die Rechtswirkungen geänderter höchstrichterlicher Rechtsprechung in Zivilsachen, JZ 1985, 155-163.
- Ossenbühl, Fritz*: Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakt, 2., durch einen Nachtrag erweiterte, Berlin 1965.
- Ossenbühl, Fritz*: Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1972, 25-36.
- Picker, Eduard*: Richterrecht und Richterrechtsetzung, JZ 1984, 153-163.
- Pohl, Heike*: Rechtsprechungsänderung und Rückanknüpfung, Berlin 2005.
- Probst, Thomas*: Die Änderung der Rechtsprechung, Basel 1993.

- Prütting, Hanns/Weth, Stephan*: Zur Anrechnung von Unfallrenten auf Betriebsrenten, NZA 1984, 24-27.
- Rauscher, Thomas/Wax, Peter* (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 3, 3. Aufl. München 2008.
- Reinicke, G. und D.*: Zum Vertrauensschutz auf eine ständige Rechtsprechung, MdR 1956, 324-328.
- Robbers, Gerhard*: Rückwirkende Rechtsprechungsänderung, JZ 1988, 481-489.
- Roeder, Jan-Jacob*: Zweierlei Maß oder das Ende der gegenläufigen betrieblichen Übung, NZA 2009, 883-886.
- Rolfs, Christian/Uschding, Peter/Kreikebohm, Ralf/Giesen, Richard* (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 22. Edition, München Stand: 01.12.2011.
- Rüberg, Burkhard*: Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung, Hamburg 1977.
- Rüthers, Bernd*: Der Abbau des „ultima ratio“-Gebotes im Arbeitskampfrecht durch das Bundesarbeitsgericht, DB 1990, 113-123.
- Rüthers, Bernd/Bakker, Rainer*: Die Flucht vor dem gesetzlichen Richter, ZfA 1992, 199-224.
- Sangmeister, Bernd*: „Der Krieg der Richter“, JuS 1999, 21-28.
- Scheffelt, Michael*: Die Rechtsprechungsänderung, 1. Aufl., Konstanz 2001.
- Schiefer, Bernd*: Änderungen der Rechtsprechung zur Gleichstellungsabrede und die Folgen für die Praxis, SAE 2008, 22-27.
- Schlüchter, Ellen*: Mittlerfunktion der Präjudizien, Berlin [u.a.] 1986.
- Schneider, Egon*: Über Gründe und Auswirkungen der Änderung einer höchstrichterlichen Rechtsprechung, MdR 1971, 705-711.
- Schroth, Ulrich*: Der Ausgleich divergierender obergerichtlicher Entscheidungen, JR 1990, 93-100.
- Schumann, Ekkehard*: Keine Präklusion im Beschwerdeverfahren: Das Bundesverfassungsgericht als Bundesgerichtshof, NJW 1982, 1609-1616.
- Schwarz, Kyrill-Alexander*: Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, Baden-Baden 2002.
- Schwirtzek, Thomas*: Mankoabreden nach der Schuldrechtsreform, NZA 2005, 437-443.
- Sieg, Karl*: Die Einwirkung von Änderungen zivilprozessualer Normen auf schwebende Verfahren, ZJP 1952, 249-266.
- Simon, Stefan/Weninger, Heike*: Arbeitsvertraglicher Verweis auf Tarifverträge – „ewig“ dynamisch!?, BB 2007, 2127-2128.
- Speiger, Peter*: Die Reduzierung von Gratifikationsleistungen durch betriebliche Übung, NZA 1998, 510-513.

- Spielberger, Marc*: Vertrauensschutz light: Das Urteil des BAG vom 18. 4. 2007 zur Gleichstellungsabrede, NZA 2007, 1086-1090.
- Stüsser, Jörg*: Rückwirkende Rechtsprechungsänderungen im Zivilrecht, Diss. Bonn 1998.
- Stüsser, Jörg*: Die Rückwirkung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Jura 1999, 545-551.
- Thüsing, Gregor*: Vom Ende einer betrieblichen Übung, NZA 2005, 718-723.
- Thüsing, Gregor*: Europäisches Arbeitsrecht, 2., neu bearb. Aufl. München 2011.
- Ulrici, Bernhard*: Anm. BAG, 18.03.2009 - 10 AZR 281/08, jurisPR-ArbR 26/2009 Anm. 3.
- Viets, Bodo*: Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz, Bern [u.a.] 1976.
- Vonkilch, Andreas*: Das intertemporale Privatrecht, Wien 1999.
- Wagner, Klaus*: Vertrauensschutz bei feststellenden Verwaltungsakten?, MDR 1960, 546-549.
- Waltermann, Raimund*: Die betriebliche Übung, RdA 2006, 257-269.
- Weber-Dürler, Beatrice*: Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel 1983.
- Wipprecht, Walter*: Die Änderung der Rechtsprechung mit Wirkung nur für künftige Fälle, Diss. Köln 1973.
- Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg*: Arbeitsrecht, 5., Neubearb. Aufl., München 1998.

Anhänge

Anhang 1: Schriftverkehr der Verfasserin

Email Juris vom 06.04.2010

Am 06.04.2010 11:41, schrieb juris / Team Customer Care / Recherche:

Sehr geehrte/r Herr / Frau Vera Hennig,
vielen Dank für Ihre Mitteilung/Anfrage.
In der Tat wurde das vollkommen geändert.
Die Ergebnisse werden von daher nicht mehr vergleichbar sein. Das zugrundeliegende Retrieval-System wurde komplett getauscht. Früher wurde in einer Vergleichswortliste gesucht; eine "Volltext-" oder Phrasensuche war nicht möglich.
Die Umstellung erfolgte zum 01.03.04.
Mit freundlichen Grüßen
XXX
Kundenbetreuung
juris GmbH
Abteilung Marketing/Vertrieb/Kundenservices
Gutenbergstraße 23
66117 Saarbrücken

"Vera Hennig" <Vera.Hennig@uni-jena.de> schrieb:

Sehr geehrte Damen und Herren,
ich habe eine Frage zur Volltextrecherche bei Juris, da ich diese für meine Dissertation benötige.
Ich habe gelesen, dass Juris zwar eine Volltextsuche anbietet, sich allerdings einer automatischen Indexierung bedient, aufgrund derer nicht nach der wortwörtlichen Formulierung gesucht werden kann (Handbuch juris Formular für Windows, S. 129). Da das Handbuch ja bereits zehn Jahre alt ist, wollte ich von Ihnen wissen, wie ich die Formulierung zur Volltextsuche überhaupt zu verstehen haben und ob diese noch aktuell ist.
Meines Wissens nach ist momentan eine Suche nach wörtlichen Formulierungen (mithilfe von "...") durchaus möglich (http://www.juris.de/jportal/portal/t/gd2/page/homerl.psml/js_pane/Suchportlet3 "Recherchetipps").
Meine Fragen sind daher, (1) ob ich es richtig verstanden habe, dass die Volltextsuche nach speziellen Stichwörtern nun möglich ist, und (2) ob dies in den letzten Jahren geändert wurde.
Ich vergleiche in meiner Arbeit die Ergebnisse meiner Recherche mit einer Studie, die bereits sechs Jahre alt ist. Daher sind diese Fragen für die Vergleichbarkeit der Arbeiten von Bedeutung.
Vielen Dank für Ihre Hilfe.
Mit freundlichen Grüßen,
Vera Hennig

Email Juris vom 28.03.2011

Am 28.03.2011 16:09, schrieb juris Qualitätssicherung :

Hallo und guten Tag Frau Hennig, danke für Ihre Frage.

Für Entscheidungen des BAG trifft zu, dass die Entscheidung entweder vom jeweiligen Spruchkörper des BAG mit einem Leitsatz versehen wird, dieser wird dann auch in juris übernommen und so bezeichnet.

In den Fällen, in denen der Spruchkörper keinen Leitsatz bildet, bildet die Dokumentationsstelle beim BAG einen Orientierungssatz - speziell für juris - dieser wird dann auch als Orientierungssatz bezeichnet.

In Ausnahmefällen kann es vorkommen, dass die Dokumentationsstelle zusätzlich zu dem Leitsatz noch einen Orientierungssatz bildet, das wird dann aber ebenso eindeutig bezeichnet.

Mit freundlichen Grüßen

XXX

Kundenbetreuung

juris GmbH
Abteilung Marketing/Vertrieb/Kundenservices
Gutenbergstraße 23
66117 Saarbrücken

"Vera Hennig" <Vera.Hennig@uni-jena.de> schrieb:

Guten Tag,

ich arbeite gerade an einer Dissertation über Rechtsprechungsänderungen am Bundesarbeitsgericht.

Bei der Auswertung der Leit- und Orientierungssätze ist eine Frage aufgetaucht, da ich in der Arbeit unterscheiden muss, welche Bestandteile der Entscheidung vom Entscheidungsorgan selbst und welche davon von der Redaktion des veröffentlichenden Publikationsorgans stammen.

Gewöhnlich werden die Leitsätze vom Entscheidungsorgan angefügt, die Orientierungssätze dagegen vom Publikationsorgan. Eine Ausnahme sollen seit einiger Zeit die Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des Bundesarbeitsgerichts bilden.

Nun scheint es so, dass von den unter Juris veröffentlichten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts ein Teil der Orientierungssätze vom Bundesarbeitsgericht selbst veröffentlicht wird und ein Teil von Juris stammt.

Meine Frage ist nun, ob in irgendeiner Weise sicher festzustellen oder erkennbar ist, welche der Orientierungssätze vom Bundesarbeitsgericht selbst stammen (und damit "offiziell" sind) und welche von Juris. Beispielsweise beinhalten einige Orientierungssätze explizit die Anmerkung "Hinweis des Senats", andere nicht. Ist dies ein Abgrenzungsmerkmal oder gibt es andere Merkmale? Und wissen Sie, ab wann überhaupt Orientierungssätze vom Bundesarbeitsgericht verfasst wurden?

Ich würde mich sehr freuen, wenn Sie mir bei dieser Frage weiterhelfen könnten oder mich an jemanden verweisen könnten, der sich damit auskennen könnte.

Vielen Dank und beste Grüße,
Vera Hennig

Email Beck vom 12.04.2010

Am 12.04.2011 10:17, schrieb xxx

Sehr geehrte Frau Hennig,

Ihre Anfrage zur AP kann ich wie folgt beantworten:

- 1) Werden diese Orientierungssätze vom entscheidenden Senat selbst erstellt, d.h. nicht nur von der Dokumentationsstelle? - ja
- 2) Werden diese Orientierungssätze exklusiv für die AP erstellt? - nein
- 3) Was war ausschlaggebend für die Einführung dieser Orientierungssätze, d.h. auf wessen Initiative gingen sie zurück, die der AP oder des BAG? - auf die Initiative des BAG.

Sollten Sie noch weitere Fragen zu dieser Thematik haben, kann Ihnen sicher die Pressestelle des BAG Auskunft geben.

Mit freundlichen Grüßen

xxx

Verlag C.H. Beck oHG
Juristisches Lektorat

-----Ursprüngliche Nachricht-----

Von: Hennig, Vera [<mailto:vera.hennig@uni-jena.de>]

Gesendet: Donnerstag, 31. März 2011 08:59

An: Kundenservice beck-SHOP

Guten Tag,

ich hoffe, Sie können mir bei einer Frage weiterhelfen oder mich an eine Stelle verweisen, die es kann. Ich schreibe gerade an einer Dissertation zum Thema Begründung von Rechtsprechungsänderungen beim Bundesarbeitsgericht.

Bei der Auswertung der Leit- und Orientierungssätze ist eine Frage aufgetaucht, da ich in der Arbeit genau unterscheiden muss, welche Bestandteile der Entscheidung vom Entscheidungsorgan selbst und welche, welche von der Dokumentationsstelle des BAG und welche von der Redaktion des jeweils veröffentlichenden Publikationsorgans stammen.

Die Leitsätze werden ja vom jeweiligen entscheidenden Senat angefügt, die Orientierungssätze dagegen oft vom Publikationsorgan oder der Dokumentationsstelle des jeweiligen Gerichts (so etwa die Orientierungssätze, die in Juris zu finden sind). Eine Ausnahme bilden anscheinend die "Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des Bundesarbeitsgerichts", die in der AP seit Heft 9/2001 als sog. "nichtamtlichen Orientierungssätze" erscheinen.

Meine Fragen sind nun:

- 1) Werden diese Orientierungssätze vom entscheidenden Senat selbst erstellt, d.h. nicht nur von der Dokumentationsstelle?
- 2) Werden diese Orientierungssätze exklusiv für die AP erstellt?
- 3) Was war ausschlaggebend für die Einführung dieser Orientierungssätze, d.h. auf wessen Initiative gingen sie zurück, die der AP oder des BAG?

Ich würde mich sehr freuen, wenn Sie mir bei diesen Fragen weiterhelfen könnten.

Vielen Dank,

Vera Hennig

Schreiben des Bundesarbeitsgerichts vom 19.04.2011



Die Präsidentin
des Bundesarbeitsgerichts

Bundesarbeitsgericht • 99113 Erfurt

AZ: 000 E 1 SH 1

(Bitte bei Antwortschreiben angeben)

per E-Mail:

Erfurt, 19. April 2011

Vera.Hennig@uni-jena.de

XXX

**Frage zu den Orientierungssätzen des Bundesarbeitsgerichts;
Ihre E-Mail vom 30. März 2011**

Sehr geehrte Frau Hennig,

zu Ihrer oben genannten Anfrage kann ich Ihnen die folgenden Erläuterungen geben:
Die in der Datenbank Juris eingestellten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
haben grundsätzlich Leitsätze und/oder Orientierungssätze.

Die Leitsätze sind die vom Senat gebildeten Leitsätze zu der Entscheidung. Sie
werden ohne jegliche Änderung in die Datenbank Juris eingestellt.

Soweit der Senat einen „Hinweis“ gibt, wird dieser vom Dokumentar als
Orientierungssatz aufgenommen. Diese Hinweise sind in der Regel Hinweise auf
Parallelentscheidungen, auf weitgehende Parallelentscheidungen, auf die Führung-
sache zu Parallelentscheidungen oder dass es sich um ein Urteil ohne Tatbestand
und Gründe handelt. Diese Sätze werden vom Dokumentar als Hinweise des Senats
kenntlich gemacht.

Die Orientierungssätze, die zu den Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts in der
Datenbank Juris eingestellt sind, werden von der Dokumentationsstelle gebildet.

Dienstgebäude: Hugo-Preuß-Platz 1 • 99084 Erfurt
Tel.: 0361 2636-0 • Fax: 0361 2636-2000
E-Mail: bag@bundesarbeitsgericht.de • Internet: www.bundesarbeitsgericht.de
Straßenbahn: Linie 4 bis „Bundesarbeitsgericht“

Orientierungssätze sind (vom Dokumentar) gebildete Kurztexte, die als Kurzfassung die wesentlichen, nicht vom Leitsatz erfassten Gesichtspunkte der dokumentierten Entscheidung wiedergeben.

Davon zu unterscheiden sind die richterlichen Orientierungssätze. Diese werden von den Richterinnen und Richtern des Bundesarbeitsgerichts als Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft „Die Richterinnen und Richter des Bundesarbeitsgerichts“ erstellt. Die richterlichen Orientierungssätze werden Juris nicht zur Verfügung gestellt und werden dort auch nicht abgebildet.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag

xxx

Schreiben des Bundesarbeitsgerichts vom 15.07.2011



Die Präsidentin
des Bundesarbeitsgerichts

Bundesarbeitsgericht • 99113 Erfurt

E-Mail an:
vera.hennig@uni-jena.de

AZ: 000 E 3

(Bitte bei Antwortschreiben angeben)

Erfurt, 15. Juli 2011

xxx

— **Frage nach Übersichten über Geschäftsentwicklung des BAG; Ihre E-Mail vom 7. Juli 2011**

Sehr geehrte Frau Hennig,

als Antwort auf Ihre Anfrage übersende ich Ihnen beiliegende Excel-Tabelle. Aus dieser ergibt sich die Gesamtzahl (23.371 Verfahren). Darüber hinaus können Sie der Tabelle die Verfahrensart, die Erledigungsart und den Erledigungszeitpunkt entnehmen.

Ich hoffe, dass ich Ihnen damit weiterhelfen kann und verbleibe

mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag

xxx

Anlagen

Erledigung der Entscheidungen von 1995 bis 1999

Anhang 2: Anzahl ausdrücklicher Rechtsprechungsänderungen

Anteil der ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen des Bundesarbeitsgerichts im Vergleich zu Gesamtzahl der über Juris veröffentlichten Entscheidungen:

	1995-2001		1995-2009	
	Gesamtzahl der über Juris veröffentlichten Entscheidungen*	Anzahl ausdrücklicher Rechtsprechungsänderungen	Gesamtzahl der über Juris veröffentlichten Entscheidungen*	Anzahl ausdrücklicher Rechtsprechungsänderungen
1. Senat	319	7	681	10
2. Senat	532	14	1255	19
3. Senat	438	3	934	7
4. Senat	583	1	1181	13
5. Senat	495	8	952	14
6. Senat	423	4	823	9
7. Senat	362	4	737	9
8. Senat	513	2	953	3
9. Senat	351	3	824	17
10. Senat	586	6	1014	13
Gr. Senat	1	1	1	1
gesamt	4603	53 (1,15 %)	9355	115 (1,23 %)

* abgerufen am 05.07.2011

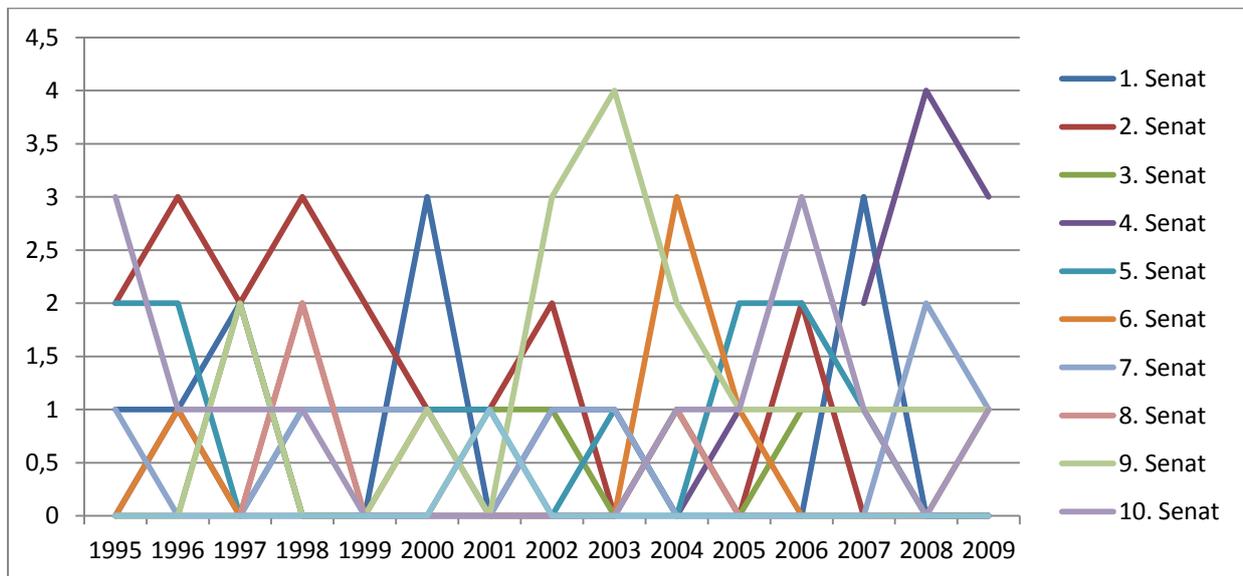
Anteil der ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen des Bundesarbeitsgerichts im Vergleich zu Gesamtzahl der durch Entscheidung erledigten Fälle:

	1995-2001		1995-2009	
	Gesamtzahl der durch Entscheidung erledigten Fälle*	Anzahl ausdrücklicher Rechtsprechungsänderungen	Gesamtzahl der durch Entscheidung erledigten Fälle*	Anzahl ausdrücklicher Rechtsprechungsänderungen
1. Senat	596	7	1434	10
2. Senat	2081	14	3944	19
3. Senat	784	3	2242	7
4. Senat	1010	1	2439	13
5. Senat	1288	8	2880	14
6. Senat	726	4	1810	9
7. Senat	937	4	2011	9
8. Senat	1122	2	2533	3
9. Senat	854	3	2022	17
10. Senat	1094	6	2056	13
Gr. Senat	1	1	1434	1
gesamt	10494	53 (0,51 %)	23372	115 (0,49 %)

* Anhang zur Email des BAG vom 15.07.2011 (Anhang 1) an die Verfasserin

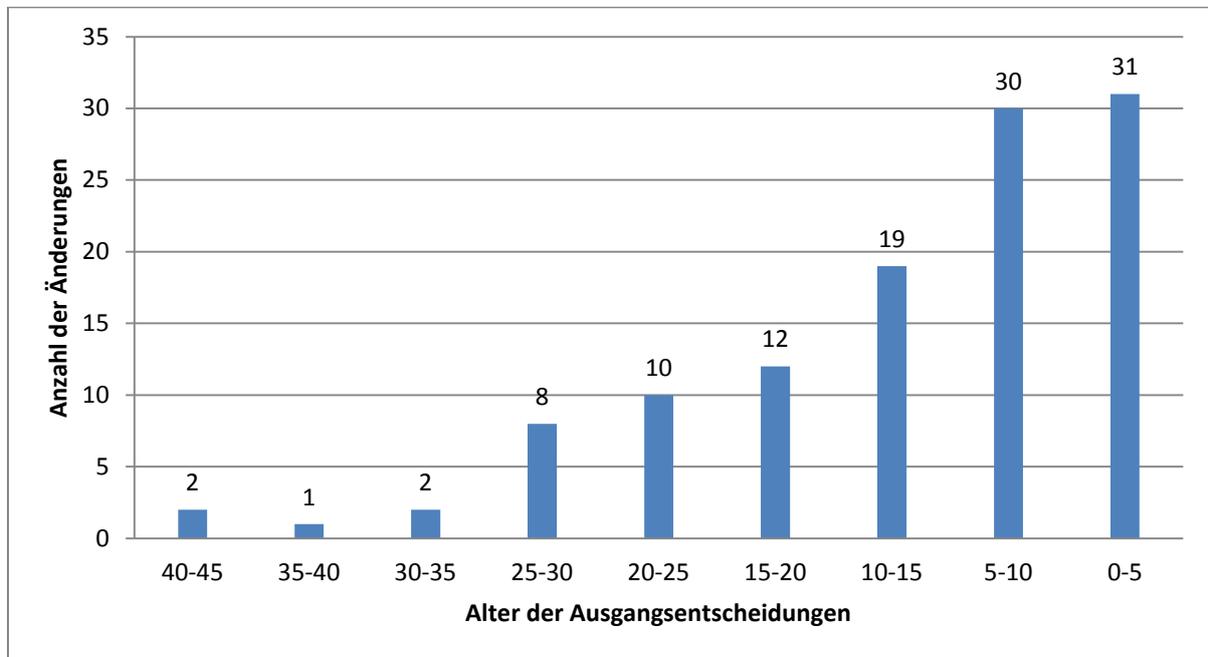
Anhang 3: Rechtsprechungsänderungen pro Senat und Jahr

Senat	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	Ges.
1.	1	1	2			3							3			10
2.	2	3	2	3	2	1	1	2		1		2				19
3.			2				1	1		1		1	1			7
4.		1						1	1		1		2	4	3	13
5.	2	2		1	1	1	1		1		2	2	1			14
6.		1		2		1				3	1				1	9
7.	1			1	1	1		1	1					2	1	9
8.				2						1						3
9.			2			1		3	4	2	1	1	1	1	1	17
10.	3	1	1	1						1	1	3	1		1	13
Gr.							1									1
Ges.	9	10	9	10	4	8	4	8	7	9	6	9	9	7	7	115



Anhang 4: Alter der Ausgangsentscheidungen

Alter der Ausgangsentscheidungen bei den ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen des Bundesarbeitsgerichts von 1995 bis 2009:



Anhang 5: Übersicht über die ausdrücklichen Rechtsprechungsänderungen

Legende

1	L, HdS, G	Markierung der Änderung in Leitsatz, Hinweis des Senats, Gründen
2	b	bessere Erkenntnis des Rechts
	a (G)	andere Erkenntnis des Rechts (Änderung aufgrund der Fernwirkung eines Gesetzes)
	a (T)	andere Erkenntnis des Rechts (Änderung aufgrund der Wandlung normrelevanter Tatsachen)
3	+/-	Begründung der neuen Ansicht
4	+/-	Auseinandersetzung mit der Argumentation der Ausgangsentscheidung oder Hinweis auf deren Fehlen
5	+/-	Erwähnung von Vertrauensschutz
6	e, f	Eigendivergenz, Fremddivergenz
	f (Anfr.)	Divergenzanfrage erfolgt
	f (Z)	Zuständigkeitswechsel
	f (n.e.A.)	keine Entscheidungserheblichkeit in der Ausgangsentscheidung
	f (n.e.Ä.)	keine Entscheidungserheblichkeit in der Änderungsentscheidung
	f (R)	geänderte Rechtslage
7	+/-/n	Ergebnisrelevanz der Änderung in der Änderungsentscheidung bzw. keine Aussage möglich
8	+/-(+/-)	Durchführung des Divergenzverfahrens oder Begründung der Nichtdurchführung (Hinweis notwendig bzw. nicht notwendig)
9	+/-(+/-)	Durchführung eines Divergenzverfahrens (Durchführung notwendig bzw. nicht notwendig)
10	J/M	Alter der Ausgangsentscheidung (Jahr/Monat)

	Änderungsentscheidung			Ausgangsentscheidung/en	Neue Entscheidungsregel	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
	Datum	Aktenzeichen	Fundstelle												
1	15.03.1995	7 AZR 643/94	AP Nr. 105 zu § 37 BetrVG 1972	BAG, 19.06.1979 - 6 AZR 638/77 = AP Nr. 36 zu § 37 BetrVG 1972; BAG, 23.06.1983 - 6 ABR 65/80 = AP Nr. 45 zu § 37 BetrVG 1972; BAG, 14.02.1990 - 7 ABR 13/88 = BB 1990, 1625-1626	Bei der Abmeldung für die Erledigung von Betriebsratsaufgaben muss das Betriebsratsmitglied dem Arbeitgeber keine Angaben zur Art der Betriebsratsstätigkeit machen.	L G	b	+	+	-	e f (Z)	-	+(+)	-(-)	05/01
2	21.06.1995	2 ABR 28/94	AP Nr. 36 zu § 15 KSchG 1969	BAG, 06.03.1986 - 2 ABR 15/85 = AP Nr. 19 zu § 15 KSchG 1969	Jedenfalls für den Fall einer außerordentlichen betriebsbedingten Änderungskündigung ist im Rahmen der Prüfung des § 626 BGB nicht auf die fiktive Kündigungsfrist abzustellen.	L G	b	+	-	-	e	+	-(-)	-(-)	09/03
3	12.07.1995	10 AZR 511/94	AP Nr. 182 zu § 611 BGB Gratifikation	BAG, 12.05.1993 - 10 AZR 528/91 = AP Nr. 156 zu § 611 BGB Gratifikation	Macht eine tarifliche Regelung den Anspruch auf eine Jahressonderzahlung davon abhängig, dass der Arbeitnehmer im Berechnungszeitraum mindestens 21 Tage tatsächlich gearbeitet hat, so gilt die Zeit der Beschäftigungsverbote während der Mutterschutzfristen nach den §§ 3 und 6 MuSchG nicht als Zeit einer tatsächlichen Arbeitsleistung.	L G	b	+	+	-	e	+	-(-)	-(-)	02/02
4	23.08.1995	10 AZR 105/95	AP Nr. 193 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau	BAG, 13.03.1991 - 4 AZR 436/90 = AP Nr. 139 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau	Führt ein Betrieb Glasversiegelungsarbeiten und Anschlussverfugungen zwischen Rahmen und Wand aus, so ist er nicht schon deswegen als Betrieb des Glaserhandwerks vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV ausgenommen, da diese nicht als Arbeiten anzusehen sind, die für das Glaserhandwerk typisch und deshalb i.S.d. Senatsrechtsprechung allein diesem Handwerk zuzuordnen sind.	L G	b	+	+	-	e f (Z)	+	-(+)	-(-)	04/05
5	11.10.1995	10 AZR 985/94	AP Nr. 133 zu § 1 TVG Tarifverträge Metallindustrie	BAG, 07.09.1989 - 6 AZR 637/88 = AP Nr. 129 zu § 611 BGB Gratifikation	Ein Anspruch auf die betriebliche Sonderzahlung nach § 2 des Tarifvertrages über Sonderzahlungen in der niedersächsischen Metallindustrie vom 27.05.1992 ist nicht von einer tatsächlichen Arbeitsleistung im Kalenderjahr oder einem	L G	b	+	-	-	f (Z)	+	-(+)	-(-)	06/01

					entsprechenden Verdienst innerhalb der letzten drei vollständig abgerechneten Monate vor dem Auszahlungstag abhängig.											
6	26.10.1995	2 AZR 743/94	AP Nr. 8 zu § 79 BPersVG	BAG, 31.03.1983 - 2 AZR 384/81 = AP Nr. 1 zu § 8 LPVG Hessen	Rügt der Personalrat im Laufe des Beteiligungsverfahrens nach § 79 PersVG-DDR/BPersVG nicht, dass der sonstige Beauftragte ohne Verhinderung des Dienststellenleiters handelt, so ist auch bei fehlender Verhinderung des Dienststellenleiters dieser Mangel im Verhältnis zum gekündigten Arbeitnehmer unbeachtlich.	L G	b	-	-	-	e	n	-(-)	-(-)		12/07
7	31.10.1995	1 AZR 372/95	AP Nr. 29 zu § 72 ArbGG 1979	BAG, 23.11.1994 - 4 AZR 528/92 = AP Nr. 27 zu § 72 ArbGG 1979	Eine Zulassung der Revision in den Entscheidungsgründen ist zwar unsachgemäß, aber wirksam, wobei es nicht darauf ankommt, ob die Verkündung nur versehentlich unterblieben ist.	L G	b	+	-	-	f(n.e.Ä.)	-	+(+)	-(-)		00/11
8	01.11.1995	5 AZR 84/94	AP Nr. 45 zu § 2 BeschFG 1985	BAG, 22.08.1990 - 5 AZR 543/89 = AP Nr. 8 zu § 2 BeschFG 1985; BAG, 11.03.1992 - 5 AZR 237/91 = AP Nr. 19 zu § 1 BeschFG 1985	Eine hauptberufliche Existenzsicherung ist kein sachlicher Grund dafür, eine zusätzlich ausgeübte Nebentätigkeit schlechter zu bezahlen als eine Vollbeschäftigung.	L G	b	+	+	-	e	+	-(-)	-(-)		03/08
9	06.12.1995	5 AZR 307/94	AP Nr. 9 zu § 1 GesamthafenbetriebsG	BAG, 26.02.1992 - 5 AZR 99/91 = AP Nr. 6 zu § 1 GesamthafenbetriebsG	Ein Gesamthafenbetrieb kann von einer Reederei nicht verlangen, dass Ladungsbefestigungsarbeiten auf ihren Schiffen nur von Arbeitern ausgeführt werden, die im Besitz einer Hafendarbeitskarte sind.	L G	b	+	+	-	e	+	-(-)	-(-)		03/10
10	07.02.1996	1 AZR 657/95	AP Nr. 85 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung	BAG, 03.06.1987 - 4 AZR 44/87 = AP Nr. 58 zu § 1 TVG Tarifverträge - Metallindustrie	Ist eine übertarifliche Zulage mit einem Anrechnungsvorbehalt verbunden, der sich generell auf Tariflohnerhöhungen bezieht, erfasst dieser Vorbehalt im Zweifel nicht den Lohnausgleich für eine tarifliche Arbeitszeitverkürzung.	L G	b	+	-	-	f(n.e.Ä.)	-	+(+)	-(-)		08/08
11	25.04.1996	2 AZR 609/95	AP Nr. 78 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung	BAG, 17.05.1984 - 2 AZR 109/83 = AP Nr. 21 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung	Die nachträgliche Befristung eines zunächst auf unbestimmte Zeit eingegangenen Arbeitsverhältnisses kann im Wege der Änderungskündigung erfolgen.	L G	b	+	+	-	e	+	-(-)	-(-)		11/11

12	08.05.1996	5 AZR 315/95	AP Nr. 23 zu § 618 BGB	BAG, 02.02.1994 - 5 AZR 273/93 = AP Nr. 4 zu § 273 BGB	Beschränkt sich die Gefährdung eines Arbeitnehmers darauf, dass er in gefährstoffbelasteten Räumen arbeitet, kann sich ein Zurückbehaltungsrecht nur aus § 273 Abs. 1, § 618 Abs. 1 BGB, nicht aber aus § 21 Abs. 6 S. 2 der Gefahrstoffverordnung ergeben.	L G	b	+	-	-	e	-	- (-)	- (-)	02/03
13	05.06.1996	10 AZR 883/95	AP Nr. 193 zu § 611 BGB Gratifikation	BAG, 26.06.1975 - 5 AZR 412/74 = AP Nr. 86 zu § 611 BGB Gratifikation	Enthält eine Gratifikationszusage einen Freiwilligkeitsvorbehalt des Inhalts, dass Ansprüche für die Zukunft auch aus wiederholten Zahlungen nicht hergeleitet werden können, dann schließt dieser Vorbehalt nicht nur Ansprüche für die Zukunft, sondern auch für den laufenden Bezugszeitraum aus.	L	b	+	+	+	f (Z)	+	- (+)	- (-)	21/00
14	13.06.1996	2 AZR 483/95	AP Nr. 33 zu § 1 KSchG 1969	BAG, 12.12.1969 - 2 AZR 74/69 = AP Nr. 5 zu § 183 ZPO	Hat der öffentliche Dienstherr genau bestimmten Dienststellenangehörigen zur Führung von Arbeitsgerichtsprozessen Generalvollmacht erteilt, so können wirksame Zustellungen im Arbeitsgerichtsverfahren gemäß §§ 46 Abs. 2, 50 ArbGG, § 176 ZPO nur an diese Prozessbevollmächtigten erfolgen; eine Ersatzzustellung an sonstige Behördenangestellte ist nicht wirksam.	L G	b	+	+	-	e	+	- (-)	- (-)	26/06
15	13.06.1996	6 AZR 858/94	AP Nr. 45 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer	BAG, 20.04.1994 - 4 AZR 312/93 = AP Nr. 1 zu § 11 BAT-O; BAG, 28.09.1994 - 4 AZR 717/93 = AP Nr. 2 zu § 11 BAT-O	Eine Höhergruppierung von angestellten Lehrkräften, die einem Aufstieg in eine bestimmte beamtenrechtliche Besoldungsgruppe entspricht, kommt nur bei Vorliegen der beamtenrechtlichen Voraussetzungen in Betracht; aus der tariflichen Bestimmung des BAT-O ergibt sich kein Anspruch angestellter Lehrkräfte auf Einrichtung entsprechender Stellen im Haushaltsplan.	L G	b	+	+	-	f (Z)	n	+ (+)	- (-)	01/09
16	10.07.1996	4 AZR 139/95	AP Nr. 29 zu §§ 22, 23 BAT Sozialarbeiter	BAG, 31.10.1995 - 1 AZR 372/95 = AP Nr. 29 zu § 72 ArbGG 1979	Eine Zulassung der Revision in den Entscheidungsgründen ist wirksam, wenn sie vom Gericht beschlossen, aber versehentlich nicht verkündet worden ist.	L G	b	+	-	-	f (n.e.Ä.)	-	+ (+)	- (-)	00/09
17	12.09.1996	5 AZR 104/95	AP Nr. 122 zu §	BAG, 27.03.1991 - 5 AZR	Lehrer an Abendgymnasien sind regel-	L	b	+	-	-	e	-	+ (+)	- (-)	04/10

			611 BGB Lehrer, Dozenten	273/90 = RzK I 4a 44; BAG, 13.11.1991 - 7 AZR 31/91 = AP Nr. 60 zu § 611 BGB Abhängigkeit	mäßig Arbeitnehmer des Schulträgers. Der 5. Senat bleibt auch für Lehrkräfte, die im Rahmen von schulischen Kursen des zweiten Bildungswegs unterrichten, bei seiner typisierenden Betrachtungsweise.	G					f (n.e.Ä.)				
18	26.09.1996	2 AZR 661/95	AP Nr. 2 zu § 11 ArbGG 1979	BAG, 21.04.1988 - 8 AZR 394/86 = AP Nr. 10 zu § 11 ArbGG 1979 Prozessvertreter	Auch ein Rechtsbeistand kann wirksam Klage zum Arbeitsgericht erheben; dessen Ausschluss gemäß § 11 Abs.3 ArbGG betrifft nur das Auftreten in der mündlichen Verhandlung, nicht dagegen Prozesshandlungen außerhalb der mündlichen Verhandlung.	L G	b	+	+	-	f (Anfr.)	+	+(+)	+(+)	08/05
19	22.01.1997	10 AZR 223/96	AP Nr. 9 zu § 1 TVG Tarifverträge Maler	BAG, 29.01.1991 - 4 AZR 539/90 = AP Nr. 5 zu § 1 TVG Tarifverträge Maler	Unter dem Begriff „Baugewerbe“ i.S.d. mit dem § 1 RTV-Maler weitgehend gleichlautenden § 1 Nr. 2 des Tarifvertrages über das Verfahren für den Urlaub und die Zusatzversorgung im Maler- und Lackiererhandwerk vom 28.12.1983 i.d.F. vom 14.12.1984 sind nicht nur die baugewerblichen Leistungen der Putzer und Stukkateure zu verstehen.	G	b	+	-	-	f (Z)	+	+(+)	- (-)	05/08
20	27.05.1997	9 AZR 484/96	AP Nr. 3 zu § 1 Saarland ZusatzurlaubsG	BAG, 08.03.1994 - 9 AZR 91/93 = AP Nr. 2 zu § 1 Saarland ZusatzurlaubsG	Für die Geltendmachung des Anspruchs auf Zusatzurlaub nach § 1 Abs. 2 des Saarländischen Gesetzes Nr. 186 bedarf es nicht des Vorbringens, dass die Behinderung des Arbeitnehmers auf einer Kriegs- oder Unfallbeschädigung beruht. Es genügt die Darlegung einer Behinderung von mindestens 25 v.H. und ihre gutachterliche Bestätigung durch das Staatliche Gesundheitsamt.	L G	b	+	+	-	e	+	- (-)	- (-)	03/02
21	04.06.1997	2 AZR 526/96	AP Nr. 137 zu § 626 BGB	BAG, 04.04.1974 - 2 AZR 452/73 = AP Nr. 1 zu § 626 BGB Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat; BAG, 30.11.1978 - 2 AZR 145/77 = AP Nr. 1 zu § 64 SeemG	Auch bei Störungen im Vertrauensbereich ist vor der Kündigung jedenfalls dann eine Abmahnung erforderlich, wenn es um ein steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers geht und eine Wiederherstellung des Vertrauens erwartet werden kann.	L	b	+	-	-	e	n	- (-)	- (-)	18/07
22	26.06.1997	2 AZR 494/96	AP Nr. 86 zu § 1	BAG, 17.10.1980 - 7 AZR	Die Einführung von Kurzarbeit spricht nur	L	b	+	+	-	f (Z)	-	+(+)	- (-)	16/08

			KSChG 1969 Betriebsbedingte Kündigung	675/78 = AP Nr. 10 zu § 1 KSChG 1969 Betriebsbedingte Kündigung	indiziell dafür, dass der Arbeitgeber nur von einem vorübergehenden Arbeitsmangel ausgegangen ist, der eine betriebsbedingte Kündigung nicht rechtfertigen kann; dies kann durch den wegen § 1 Abs. 2 S. 4 KSChG beweislaster Arbeitgeber durch konkreten Sachvortrag entkräftet werden, indem er darlegt, dass eine Beschäftigungsmöglichkeit für einzelne von der Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmer auf Dauer entfallen ist.										
23	21.10.1997	9 AZR 255/96	AP Nr. 5 zu § 1 TVG Tarifverträge Schuhindustrie	BAG, 14.01.1992 - 9 AZR 546/90 (nicht veröffentlicht)	Der Anspruch auf ein zusätzliches Urlaubsgeld nach § 17 Ziff. 13 Abs. 1 des Manteltarifvertrages für die gewerblichen Arbeitnehmer in der Schuhindustrie in der Bundesrepublik Deutschland vom 31.10.1984 in der Fassung vom 11.01.1989 ist sowohl von der Gewährung des Urlaubs als auch dem Bestand eines Anspruchs auf Urlaubsentgelt abhängig.	L G	b	+	+	-	e	+	- (-)	- (-)	05/09
24	11.11.1997	3 AZR 486/96	AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Isoliergewerbe	BAG, 02.10.1990 - 4 AZR 132/90 = AP Nr. 136 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau; BAG, 10.03.1993 - 4 AZR 205/92 = AP Nr. 165 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau	Für die Beurteilung der Frage, ob ein Arbeitnehmer auf einer Bau- oder Arbeitsstelle außerhalb des Betriebes arbeitet, kommt es ebenso wenig auf die Entfernung der Baustelle vom Betriebsitz an wie darauf, welche organisatorisch-funktionalen Verbindungen zwischen Betriebsleitung und Baustelle bestehen.	L G	b	+	+	-	f (Z)	+	+(+)	- (-)	04/08
25	11.11.1997	3 AZR 210/96	AP Nr. 4 zu § 1 TVG Tarifverträge: Gerüstbau	BAG, 28.04.1982 - 4 AZR 78/82 = AP Nr. 38 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau	Für den Begriff der sonstigen ständigen Vertretung des Arbeitgebers i.S.v. § 7.2.2 des Rahmentarifvertrages für das Gerüstbaugewerbe kommt es nicht darauf an, dass sie mit mindestens einem Mitarbeiter besetzt ist, der zur Einstellung von Arbeitnehmern befugt ist.	L G	b	+	+	-	f (Z)	+	+(+)	- (-)	15/07
26	09.12.1997	1 AZR 319/97	AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt	BAG, 30.09.1976 - 2 AZR 402/75 = AP Nr. 3 zu § 9 KSChG 1969	Im Parteiprozess darf das Gericht ohne entsprechenden Parteivortrag auch Tatsachen, deren Gegenteil offenkundig ist, seinem Urteil nicht zugrunde legen.	L G	b	+	+	-	f (n.e.Ä.)	-	+(+)	- (-)	21/03

27	09.12.1997	1 AZR 319/97	AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt	BAG, 17.12.1985 - 1 ABR 6/84 = AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang	§ 77 Abs. 3 BetrVG schließt eine bloße Aufstockung der Tariflöhne durch Betriebsvereinbarung aus. Bei übertariflichen Zulagen handelt es sich nicht <i>ex definitione</i> um tariflich nicht geregelte Gegenstände, die immer durch Betriebsvereinbarung geregelt werden können.	G	b	+	+	-	e	-	- (-)	- (-)	12/00
28	05.02.1998	2 AZR 227/97	AP Nr. 143 zu § 626 BGB	BAG, 22.07.1992 - 2 AZR 84/92 = EzA § 626 nF BGB Nr. 141; BAG, 21.06.1995 - 2 ABR 28/94 = AP Nr. 36 zu § 15 KSchG 1969; BAG, 05.10.1995 - 2 AZR 25/95 = RzK I 6g Nr. 26	Im Fall der außerordentlichen Kündigung eines tariflich unkündbaren Arbeitnehmers ist für die Anwendung der Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB kein Raum, da der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit einen Dauertatbestand darstellt.	G	b	+	+	-	e	-	- (-)	- (-)	02/04
29	19.02.1998	6 AZR 367/96	AP Nr. 25 zu § 4 TVG Rationalisierungsschutz	BAG, 10.11.1994 - 6 AZR 427/94 = AP Nr. 19 zu § 1 TVG Tarifverträge DDR	§ 2 Abs. 1 Buchst. a TV soziale Absicherung gilt auch für nach dem 31.12.1993 ausgesprochene Kündigungen wegen mangelnden Bedarfs.	L G	b	+	+	-	e	-	- (-)	- (-)	03/03
30	25.02.1998	2 AZR 226/97	AP Nr. 2 zu § 72a LPVG NW	BAG, 21.07.1977 - 3 AZR 158/76 = AP Nr. 1 zu Art 8 PersVG Bayern; BAG, 10.03.1983 - 2 AZR 356/81 = AP Nr. 1 zu § 66 LPVG NW	Wird das Verfahren zur Beteiligung des Personalrats nicht durch den Dienststellenleiter, sondern durch einen personalvertretungsrechtlich nicht zuständigen Vertreter des Dienststellenleiters eingeleitet, so führt dies nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung, wenn der Personalrat den Fehler nicht gerügt, sondern zu der beabsichtigten Kündigung abschließend Stellung genommen hat.	L G	b	+	-	-	e f (Z)	+	- (+)	- (-)	14/11
31	25.02.1998	7 ABR 11/97	AP Nr. 8 zu § 8 BetrVG 1972	BAG, 11.04.1958 - 1 ABR 2/57 = AP Nr. 1 zu § 6 BetrVG; BAG, 28.04.1964 - 1 ABR 1/64 = AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG	Beamte können trotz tatsächlicher Eingliederung in die Arbeitsorganisation eines Betriebs nicht Arbeitnehmer i.S.d. §§ 5, 6 BetrVG sein.	G	b	-	-	-	f (Z)	+	+ (+)	- (-)	33/10
32	25.02.1998	10 AZR 482/97	(nicht veröffentlicht)	BAG, 12.03.1997 - 10 AZR 582/96 = NZA-RR 1998, 241-24	Die Sozialplanvereinbarung vom 11.07.1990 zwischen der Gewerkschaft Handel, Banken und Versicherungen/DDR und der Betriebsgewerkschaftsleitung ist kein Firmentarifvertrag i.S.v. § 1 TVG.	G	b	+	+	-	e	+	- (-)	- (-)	00/11
33	03.06.1998	5 AZR 616/97	AP Nr. 34 zu § 4	BAG, 03.06.1987 - 4 AZR	Eine arbeitsvertragliche Abrede über die	L	b	+	-	-	f (Z)	+	+ (+)	- (-)	09/00

			TVG Übertarifliche Lohn und Tarifloohnerhöhung	44/87 = AP Nr. 58 zu § 1 TVG Tarifverträge – Metallindustrie; BAG, 14.06.1989 - 4 AZR 116/89 (nicht veröffentlicht)	Anrechnung von Tarifloohnerhöhungen auf eine übertarifliche Zulage berechtigt den Arbeitgeber nicht, auch den Lohnausgleich für eine tarifliche Arbeitszeitverkürzung auf die Zulage anzurechnen.	G										
34	17.09.1998	8 AZR 175/97	AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mankohaftung	BAG, 29.08.1984 - 7 AZR 572/81 (nicht veröffentlicht); BAG, 06.06.1984 - 7 AZR 292/81 = AP Nr. 1 zu § 11a TV Ang Bundespost	§ 282 BGB darf im Rahmen der Arbeitnehmerhaftung nicht angewendet werden.	G	b	+	+	-	f (Z)	+	- (+)	- (-)		14/01
35	17.09.1998	8 AZR 175/97	AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mankohaftung	BAG, 09.04.1957 - 2 AZR 532/54 = AP Nr. 4 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers; BAG, 27.02.1970 - 1 AZR 150/69 = AP Nr. 54 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers; BAG, 22.11.1973 - 2 AZR 580/72 = AP Nr. 67 zu § 626 BGB; BAG, 29.01.1985 - 3 AZR 570/82 = AP Nr. 87 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers	Bei einer Mankoabrede muss der Arbeitnehmer die Chance erhalten, durch Aufmerksamkeit einen Überschuss zu erzielen. Zudem darf eine Haftung aufgrund besonderer vertraglicher Abrede die Summe der gezahlten Mankogelder nicht übersteigen. Soweit in früheren Entscheidungen Mankogeldvereinbarungen auch unter erweiterten Voraussetzungen zugelassen worden sind, wird hieran nicht festgehalten.	G	b	+	+	-	f (Z)	-	- (+)	- (-)		13/08
36	03.12.1998	2 AZR 754/97	AP Nr. 49 zu § 123 BGB	BAG, 18.04.1968 - 2 AZR 145/67 = AP Nr. 32 zu § 63 HGB; BAG, 16.09.1982 - 2 AZR 228/80 = AP Nr. 24 zu § 123 BGB; BAG, 20.02.1986 - 2 AZR 244/85 = AP Nr. 31 zu § 123 BGB	Ficht der Arbeitgeber im Anschluss an eine Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung an und verweigert die Entgeltfortzahlung, besteht kein Grund, von der Regelfolge rückwirkender Anfechtung abzuweichen.	L G	b	+	+	-	e	+	- (-)	- (-)		12/10
37	11.12.1998	6 AZB 48/97	AP Nr. 30 zu § 64 ArbGG 1979	BAG, 23.11.1994 - 4 AZR 528/92 = AP Nr. 27 zu § 72 ArbGG 1979; BAG, 26.04.1995 - 7 AZR 984/93 = AP Nr. 6 zu § 41 SGB VI; BAG, 10.07.1996 - 4 AZR 139/95 = AP Nr. 29 zu §§ 22, 23 BAT Sozialarbeiter; BAG, 09.07.1997 - 4 AZR 780/95 = AP Nr. 39 zu §§	Die Zulassung der Berufung in den nicht verkündeten Entscheidungsgründen ist wirksam, ohne dass es darauf ankommt, ob die Verkündung nur versehentlich unterblieben ist.	L G	b	+	+	-	f (Anfr.)	+	+ (+)	+ (+)		01/05

				22, 23 BAT Sozialarbeiter													
38	11.03.1999	2 AZR 461/98	AP Nr. 12 zu § 17 KSchG 1969	BAG, 06.12.1973 - 2 AZR 10/73 = AP Nr. 1 zu § 17 KSchG 1969	Es lässt sich nicht generell sagen, die Bedeutung der §§ 17 f. KSchG liege nicht auch in einer Erweiterung des Individualschutzes.	G	b	+	-	-	e	-	- (-)	- (-)			25/03
39	15.04.1999	7 AZR 437/97	AP Nr. 1 zu § 13 AÜG	BAG, 10.02.1977 - 2 ABR 80/76 = AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972	Die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Entleiher bei einer nach § 1 Abs. 2 AÜG als Arbeitsvermittlung zu bewertenden nichtgewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung führt nicht zur Beendigung des mit dem Verleiher begründeten Arbeitsverhältnisses.	L G	b	+	+	-	f (Z)	+	+(+)	- (-)			22/02
40	26.05.1999	5 AZR 664/98	AP Nr. 10 zu § 35 GmbHG	BGH, 09.02.1978 - II ZR 189/76 = AP Nr. 1 zu § 38 GmbHG	Das Anstellungsverhältnis einer (stellvertretenden) GmbH-Geschäftsführerin kann im Einzelfall ein Arbeitsverhältnis sein.	L G	b	+	+	-	f (n.e.Ä.)	-	+(+)	- (-)			21/03
41	29.04.1999	2 AZR 431/98	AP Nr. 36 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit	BAG, 10.11.1983 - 2 AZR 291/82 = AP Nr. 11 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit	Auch für die Beurteilung einer krankheitsbedingten Kündigung ist allein auf den Kündigungszeitpunkt abzustellen. Die spätere Entwicklung einer Krankheit nach Ausspruch der Kündigung kann nicht zur Bestätigung oder Korrektur der Prognose verwertet werden.	L G	b	+	-	-	e	+	- (-)	- (-)			15/05
42	08.03.2000	7 ABR 11/98	AP Nr. 132 zu § 37 BetrVG 1972	BAG, 28.10.1992 - 7 ABR 14/92 = AP Nr. 4 zu § 29 BetrVG 1972	Ein Beschluss des Betriebsrats, der nach dem Besuch einer Schulung gefasst wird und in dem die Teilnahme des Betriebsratsmitglieds gebilligt wird, begründet keinen Anspruch auf Kostentragung nach § 40 Abs. 1 BetrVG.	L G	b	+	-	-	e	-	- (-)	- (-)			07/05
43	11.04.2000	9 AZR 131/99	AP Nr. 3 zu § 61 HGB	BAG, 16.01.1975 - 3 AZR 72/74 = AP Nr. 8 zu § 60 HGB	Die dreimonatige Verjährungsfrist des § 61 Abs. 2 HGB gilt unabhängig von der jeweiligen Anspruchsgrundlage für sämtliche Schadenersatz- und Herausgabeansprüche eines Dienstberechtigten, die er wegen Verletzungen des gesetzlichen Wettbewerbsverbots gegen seinen Arbeitnehmer geltend macht. Soweit der Gerechtigkeitsgehalt des § 61 Abs. 2 HGB als „nicht sonderlich eindrucksvoll“ ange-	G	b	+	-	-	f (Z)	+	+(+)	- (-)			25/03

					sehen und deshalb dessen Anwendungsbereich eingeschränkt wurde, wird diese Ansicht aufgegeben.											
44	21.06.2000	5 AZR 782/98	AP Nr. 60 zu § 256 ZPO 1977	BAG, 10.05.1974 - 3 AZR 523/73 = AP Nr. 48 zu § 256 ZPO	Das Feststellungsinteresse für eine Klage, mit der das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses in einem bereits abgeschlossenen Zeitraum festgestellt werden soll, lässt sich nicht mit der Erklärung eines Sozialversicherungsträgers begründen, er werde das Ergebnis der arbeitsgerichtlichen Entscheidung bei der Prüfung der sozialrechtlichen Versicherungspflicht übernehmen.	G	a (T)	+	+	-	f (Z)	+	+(+)	- (-)		26/01
45	11.07.2000	1 ABR 39/99	AP Nr. 44 zu § 103 BetrVG 1972	BAG, 21.09.1989 - 1 ABR 32/89 = AP Nr. 72 zu § 99 BetrVG 1972	§ 103 BetrVG ist auf die Versetzung eines Betriebsratsmitglieds kraft Direktionsrechts von einem Unternehmensbetrieb in einen anderen nicht analog anzuwenden.	HdS G	b	+	+	-	e	+	- (-)	- (-)		10/10
46	11.07.2000	1 ABR 43/99	AP Nr. 2 zu § 109 BetrVG 1972	BAG, 08.08.1989 - 1 ABR 61/88 = AP Nr. 6 zu § 106 BetrVG 1972	Die Entscheidung der Einigungsstelle nach § 109 BetrVG darüber, ob, wann, in welcher Weise und in welchem Umfang der Unternehmer den Wirtschaftsausschuss zu unterrichten hat, unterliegt der vollen Rechtskontrolle der Arbeitsgerichte.	G	b	+	+	-	e	-	- (-)	- (-)		10/11
47	19.10.2000	6 AZR 291/99	AP Nr. 35 zu § 4 TVG Rationalisierungsschutz	BAG, 15.10.1992 - 6 AZR 342/91 = AP Nr. 2 zu § 9 MTB II	Eine Rationalisierungsmaßnahme führt zu einem Wechsel der Beschäftigung i.S.v. § 1 Abs. 1 Tarifvertrag über den Rationalisierungsschutz für Arbeiter des Bundes und der Länder vom 09.01.1987, wenn dem von der Rationalisierungsmaßnahme betroffenen Arbeiter eine neue, andere Tätigkeit übertragen wird. Darauf, ob dies im Wege des Direktionsrechts oder durch Änderungskündigung erfolgt, kommt es nicht an.	L G	b	+	+	-	e	+	- (-)	- (-)		08/00
48	07.11.2000	1 ABR 55/99	AP Nr. 22 zu Art 56 ZA-Nato-Truppenstatut	BAG, 23.07.1981 - 6 ABR 74/78 = AP Nr. 5 zu Art 56 ZA-NATO-Truppenstatut; BAG, 12.02.1985 - 1 ABR	Beteiligt sich die Bundesrepublik Deutschland gem. IX des Unterzeichnungsprotokolls zu Art. 56 IX ZA-Nato-Truppenstatut auf Antrag einer Truppe	L G	b	+	+	-	e f (Z)	+	+(+)	- (-)		19/08

				3/83 = AP Nr. 1 zu Art 1 Nato-Truppenstatut	an einem von der Betriebsvertretung eingeleiteten Verfahren über den Umfang des Mitbestimmungsrechts bei Einstellung von Arbeitnehmern, ist für dieses Verfahren die deutsche Gerichtsbarkeit gegeben.											
49	07.12.2000	2 AZR 459/99	AP Nr. 23 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung	BAG, 31.01.1996 - 2 AZR 68/95 = AP Nr. 17 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung	Die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit von Verfahren und Bewertung bei Überprüfungsflügen, die für die Verlängerung bzw. Erneuerung der Erlaubnis eines Piloten zum Führen eines Verkehrsflugzeugs vorgeschrieben sind, obliegt nicht den mit dem Kündigungsschutzprozess befassten Arbeitsgerichten, sondern allein dem Luftfahrtbundesamt als der zuständigen Erlaubnisbehörde bzw. den Verwaltungsgerichten.	L G	b	+	-	-	e	+	- (-)	- (-)		04/11
50	23.01.2001	3 AZR 164/00	AP Nr. 16 zu § 1 BetrAVG Berechnung	BAG, 13.03.1990 - 3 AZR 338/89 = AP Nr. 17 zu § 6 BetrAVG; BAG, 12.03.1991 - 3 AZR 102/90 = AP Nr. 9 zu § 1 BetrAVG	Bei der Berechnung der vorgezogen in Anspruch genommenen Betriebsrente des vorzeitig ausgeschiedenen Arbeitnehmers darf die fehlende Betriebstreue zwischen dem vorgezogenen Ruhestand und der in der Versorgungsordnung festgelegten festen Altersgrenze grundsätzlich nicht zweifach mindernd berücksichtigt werden.	L G	b	+	+	+	e	-	- (-)	- (-)		09/10
51	07.03.2001	GS 1/00	AP Nr. 4 zu § 288 BGB	BAG, 20.04.1983 - 4 AZR 497/80 = AP Nr. 2 zu § 21 TVAL II; BAG, 13.02.1985 - 4 AZR 295/83 = AP Nr. 3 zu § 1 TVG Tarifverträge – Presse; BAG, 29.05.1991 - 5 AZR 288/90 (nicht veröffentlicht); BAG, 19.09.1991 - 2 AZR 619/90 = Rzk I 13b Nr. 18; BAG, 12.02.1992 - 10 AZR 261/91 (nicht veröffentlicht)	Ein Arbeitnehmer kann die Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 S. 1 BGB aus der in Geld geschuldeten Bruttovergütung verlangen.	G	b	+	+	-	x	+	x	x		08/03
52	22.08.2001	5 AZR 108/00	AP Nr. 144 zu § 611 BGB Lehrer,	BAG, 20.11.1996 - 5 AZR 414/95 = AP Nr. 127 zu §	Teilzeitbeschäftigte Lehrkräfte sind für die Dauer der Teilnahme an ganztägigen	L G	b	+	+	-	e	+	- (-)	- (-)		04/09

			Dozenten	611 BGB Lehrer, Dozenten	Klassenfahrten wie vollzeitbeschäftigte Lehrkräfte zu vergüten. Dies gilt unabhängig davon, ob die Anordnung auf Wunsch oder gegen den Willen des Lehrers erfolgt.										
53	15.11.2001	2 AZR 380/00	AP Nr. 45 zu § 626 BGB Ausschlussfrist	BAG, 22.01.1987 - 2 ABR 6/86 = AP Nr. 24 zu § 103 BetrVG 1972	Liegt die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zu einer außerordentlichen Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers vor Ablauf der Zwei-Wochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB vor, so kann der Arbeitgeber diese Kündigungserklärungsfrist voll ausschöpfen und muss nicht unverzüglich kündigen. Die dem Schutz des Arbeitgebers dienende Regelung des § 21 Abs. 5 SchwbG 1986 ergänzt als speziellere Regelung § 626 Abs. 2 BGB nur nach Ablauf der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist und führt nicht zu deren Verkürzung.	G	b	+	-	-	e	+	- (-)	- (-)	14/10
54	22.01.2002	9 AZR 601/00	AP Nr. 55 zu § 11 BUrlG	BAG, 12.01.1989 - 8 AZR 404/87 = AP Nr. 13 zu § 47 BAT	Für die Frage, ob eine tarifliche Regelung, die Zuschläge für die Nacharbeit von der Berechnung des Urlaubsentgelts ausnimmt, mit § 13 Abs. 1 BUrlG vereinbar ist, kommt es nicht darauf an, ob ein Arbeitnehmer während seiner Urlaubszeit Nacharbeit geleistet hätte.	G	b	+	-	-	f (Z)	+	+(+)	- (-)	13/00
55	19.03.2002	9 AZR 109/01	PfIR 2002, 374-378	BAG, 25.01.2000 - 9 AZR 25/99 (nicht veröffentlicht)	Nach der in § 49 Abs. 1 BAT angeordneten „sinngemäßen“ Anwendung der beamtenrechtlichen Bestimmungen richtet sich der Mindestumfang der Beschäftigung nach der für Angestellte jeweils in § 15 Abs. 1 S. 1 BAT oder § 15 Abs. 1 S. 1 BAT-O bestimmten Regelarbeitszeit.	G	b	-	-	-	e	-	- (-)	- (-)	02/02
56	17.04.2002	4 AZR 174/01	AP Nr. 23 zu § 24 BAT	BAG, 26.03.1997 - 4 AZR 604/95 = ZTR 1997, 413-414	§ 24 BAT setzt für die vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit die Möglichkeit einer solchen Maßnahme in Ausübung des Direktionsrechts voraus und gestaltet diese Maßnahme. Deshalb muss die vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit in	L G	b	+	-	-	e	n	- (-)	- (-)	05/01

					entsprechender Anwendung von § 315 BGB nach billigem Ermessen erfolgen. Das billige Ermessen der Ausübung des Direktionsrechts muss sich auf die Tätigkeitsübertragung „an sich“ und die „Nicht-Dauerhaftigkeit“ der Übertragung beziehen („doppelte Billigkeit“).												
57	27.06.2002	2 ABR 22/01	AP Nr. 47 zu § 103 BetrVG 1972	BAG, 10.02.1977 - 2 ABR 80/76 = AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972	Der Antrag des Arbeitgebers nach § 103 Abs. 2 BetrVG auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur fristlosen Entlassung eines Betriebsratsmitglieds wird unzulässig, wenn während des laufenden Beschlussverfahrens das Arbeitsverhältnis mit dem Betriebsratsmitglied beendet wird.	L G	b	+	-	-	e	+	- (-)	- (-)	25/04		
58	14.08.2002	7 AZR 469/01	AP Nr. 20 zu § 620 BGB Altersgrenze	BAG, 20.12.1984 - 2 AZR 3/84 = AP Nr. 9 zu § 620 BGB Bedingung; BAG, 06.03.1986 - 2 AZR 262/85 = AP Nr. 1 zu § 620 BGB Altersgrenze; BAG, 20.11.1987 - 2 AZR 284/86 = AP Nr. 2 zu § 620 BGB Altersgrenze	Bei dem Klageantrag „Der Kläger hat beantragt, festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis ungekündigt und unbefristet über den 31.05.2000 hinaus fortbesteht“, handelt es sich nicht um eine allgemeine Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO, sondern um eine Entfristungsklage i.S.v. § 1 Abs. 5 BeschFG in der hier maßgeblichen, bis zum 31.12.2000 geltenden Fassung (BeschFG 1996), mit der die Feststellung begehrt wird, dass das Arbeitsverhältnis nicht auf Grund Befristung am 31.05.2000 geendet hat. Bei der Festlegung einer Altersgrenze handelt es sich um eine Befristung.	G	b	+	+	-	f (Z)	-	+(+)	- (-)	04/09		
59	20.08.2002	9 AZR 750/00	AP Nr. 6 zu § 1 TVG Tarifverträge: Süßwarenindustrie	BAG, 06.02.1985 - 4 AZR 275/83 = AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Süßwarenindustrie	Eine tarifvertragliche Bestimmung, die den Anspruch von Arbeitnehmern auf Gewährung von zusätzlich bezahlter Freistellung ab Vollendung des 60. Lebensjahres ausschließt, sofern der Arbeitnehmer vorgezogenes Altersruhegeld in Anspruch nehmen kann, kann Frauen mittelbar diskriminieren. Dass die Frauen im Verhältnis zu Männern begünstigende Altersgrenze von 60 Jahren verfassungs-	L G	b	+	+	-	f (Z)	+	+(+)	- (-)	17/06		

					rechtlich (noch) unbedenklich ist, rechtfertigt den Ausschluss nicht.												
60	10.10.2002	2 AZR 240/01	AP Nr. 45 zu § 9 KSchG 1969	BAG, 18.12.1980 - 2 AZR 1006/78 = AP Nr. 22 zu § 102 BetrVG 1972	Die Frage, ob das betriebsverfassungsrechtliche bzw. personalvertretungsrechtliche Verwertungsverbot für nicht mitgeteilte Kündigungsgründe auch auf die Verwendung dieser Gründe als Auflösungsgründe nach § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG zu erstrecken ist, ist zu verneinen.	G	b	+	-	-	e	n	- (-)	- (-)	21/10		
61	19.11.2002	3 AZR 561/01	AP Nr. 23 zu § 1 BetrAVG Berechnung	BAG, 25.08.1987 - 3 AZR 296/86 (nicht veröffentlicht)	„Regelmäßige monatliche Bezüge“ müssen durch kontinuierliche Wiederkehr und konstante Höhe dem Grundgehalt ähneln. Regelmäßige Überstunden und Rufbereitschaften zählen nicht dazu.	G	b	+	+	-	e	+	- (-)	- (-)	15/03		
62	19.02.2003	4 AZR 158/02	ZTR 2003, 511	BAG, 10.12.1997 - 4 AZR 221/96 = AP Nr. 237 zu §§ 22, 23 BAT 1975	Nach Wortlaut und tariflichem Gesamtzusammenhang ist es nicht erforderlich, dass die Voraussetzungen der VergGr. V c Fallgr. 1 a, der VergGr. VI b Fallgr. 1 a sowie der VergGr. VII Fallgr. 1 a erfüllt sind und anschließend, ob die Merkmale der VergGr. V b Fallgr. 1 a vorliegen, wenn ein Bewährungsaufstieg in VergGr. V b erfolgen soll. Es handelt sich hierbei nicht um Heraushebungsmerkmale, sondern lediglich um höhere Anforderungen.	G	b	+	-	-	e	-	- (-)	- (-)	05/02		
63	25.03.2003	9 AZR 174/02	AP Nr. 4 zu § 55 InsO	BAG, 21.05.1980 - 5 AZR 441/78 = AP Nr. 10 zu § 59 KO; BSG, 30.11.1977 - 12 RAr 99/76 = AP Nr. 3 zu § 141b AFG.	Für die Einordnung als Masseverbindlichkeit ist es unerheblich, ob die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgereicht hätte, den Urlaubsanspruch durch Freistellung von der Arbeitspflicht zu erfüllen. Der nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu erfüllende Urlaubsabgeltungsanspruch gehört damit stets zu den Masseverbindlichkeiten i.S.d. § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO.	G	a (G)	+	+	-	f (n.e.Ä.)	-	- (+)	- (-)	22/10		
64	25.03.2003	9 AZR 174/02	AP Nr. 4 zu § 55 InsO	BAG, 18.12.1986 - 8 AZR 481/84 = AP Nr. 19 zu § 11 BUrIG	Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Freistellung nach dem BUrIG bleibt von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens	G	b	+	+	-	f (Z) (n.e.Ä.)	-	- (+)	- (-)	17/03		

					unberührt. Das gilt nicht deshalb, weil das Insolvenzverfahren nur Zahlungsansprüche erfasst, da dem schon § 45 InsO entgegensteht, sondern folgt vielmehr aus § 108 InsO.											
65	29.07.2003	9 AZR 270/02	AP Nr. 26 zu § 7 BUrlG Übertragung	BAG, 10.03.1966 - 5 AZR 498/65 = AP Nr. 2 zu § 59 KO	Will ein Arbeitnehmer Teilurlaub gem. § 7 Abs. 3 S. 4 BUrlG auf das nächste Kalenderjahr übertragen, muss er dies noch im Urlaubsjahr verlangen. Dafür reicht jede Handlung des Arbeitnehmers aus, mit der er für den Arbeitgeber deutlich macht, den Teilurlaub erst im nächsten Jahr nehmen zu wollen. Nicht ausreichend ist jedoch, dass der Arbeitnehmer im Urlaubsjahr darauf verzichtet, einen Urlaubsantrag zu stellen.	L G	b	+	-	-	f (Z)	+	+(+)	- (-)	37/04	
66	20.08.2003	5 AZB 79/02	AP Nr. 58 zu § 5 ArbGG 1979	BAG, 15.04.1982 - 2 AZR 1101/79 = AP Nr. 1 zu § 14 KSchG 1969; BAG, 13.07.1995 - 5 AZB 37/94 = AP Nr. 23 zu § 5 ArbGG 1979	Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer KG ist kraft Gesetzes zur Vertretung dieser Personengesamtheit berufen und gilt daher nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nicht als Arbeitnehmer i.S.d. Arbeitsgerichtsgesetzes.	L G	b	+	+	-	e f (Anfr.)	+	+(+)	+(+)	08/01	
67	04.10.2003	9 AZR 12/03	AP Nr. 28 zu § 630 BGB	BAG, 23.06.1960 - 5 AZR 560/58 = AP Nr. 1 zu § 73 HGB	Hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Zeugnis eine gut durchschnittliche Gesamtleistung bescheinigt, hat der Arbeitnehmer die Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, die eine bessere Schlussbeurteilung rechtfertigen sollen.	HdS G	b	+	+	-	f (Z)	n	+(+)	- (-)	43/04	
68	19.11.2003	7 ABR 24/03	AP Nr. 54 zu § 19 BetrVG 1972	BAG, 27.04.1976 - 1 AZR 482/75 = AP Nr. 4 zu § 19 BetrVG 1972	Führen Verstöße gegen Wahlvorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes und der Wahlordnung jeder für sich genommen nicht zur Nichtigkeit der Wahl, kann sich auch aus einer Gesamtwürdigung der einzelnen Verstöße nicht ergeben, dass die Betriebsratswahl nichtig ist.	L G	b	+	-	-	f (Z)	-	+(+)	- (-)	27/07	
69	10.02.2004	9 AZR 116/03	AP Nr. 27 zu § 7 BUrlG Übertragung	BAG, 18.09.1969 - 5 AZR 547/68 = AP Nr. 6 zu § 7 BUrlG Abgeltung; BAG, 04.06.1970 - 5 AZR 451/69 = AP Nr. 7 zu § 7 BUrlG	Bestimmt eine Tarifvorschrift, dass ein Arbeitnehmer den übergesetzlichen Urlaubsanspruch verliert, wenn er das Arbeitsverhältnis unbegründet ohne Einhaltung der Kündigungsfrist auflöst,	HdS G	a (G)	+	+	-	f (Z)	+	+(+)	- (-)	33/08	

				Abgeltung	wird hiervon grundsätzlich auch der übertragene Urlaub erfasst.												
70	28.04.2004	10 AZR 370/03	AP Nr. 264 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau	BAG, 16.01.1991 - 4 AS 7/90 = AP Nr. 1 zu § 13 ArbGG 1979	Will die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes gegen den Beklagten Auskunftsansprüche und für den Fall der nicht rechtzeitigen Erteilung Entschädigung geltend machen, ist es nicht erforderlich, dass sie dabei jede Einzelheit der behaupteten Tätigkeiten nach Zeit, Ort, Auftraggeber und verwendeten Arbeitsmitteln darlegt.	HdS	b	+	-	-	f (Z)	n	- (+)	- (-)			13/03
71	29.04.2004	6 AZR 101/03	AP Nr. 2 zu § 26 BAT	BAG, 15.05.1997 - 6 AZR 26/96 = AP Nr. 2 zu § 29 BAT	Einem Lebenspartner kann mit der Begründung einer Eingetragenen Lebenspartnerschaft ein Ortszuschlag zustehen. Die Typisierung in § 29 Nr. 1 BAT verfolgt nicht das Ziel, die Ehe als eine im Normalfall präsumtiv reproduktionsfähige Lebensgemeinschaft zu begünstigen.	G	b	+	+	-	e	+	- (-)	- (-)			06/11
72	13.05.2004	2 AZR 329/03	AP Nr. 140 zu § 102 BetrVG 1972	BAG, 16.09.1993 - 2 AZR 267/93 = AP Nr. 62 zu § 102 BetrVG 1972	Wenn eine Sozialauswahl nach der für den Betriebsrat erkennbaren Auffassung des Arbeitgebers wegen der Stilllegung des gesamten Betriebes nicht vorzunehmen ist, braucht der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht nach § 102 BetrVG über Familienstand und Unterhaltspflichten der zu kündigenden Arbeitnehmer unterrichten.	L G	b	+	-	-	e	+	- (-)	- (-)			10/08
73	13.05.2004	8 AZR 198/03	AP Nr. 264 zu § 613a BGB	BAG, 13.11.1997 - 8 AZR 295/95 = AP Nr. 169 zu § 613a BGB	Aus einer richtlinienkonformen Auslegung des § 613a Abs. 1 BGB ergibt sich kein Anspruch auf Wiedereinstellung bzw. Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, wenn nach Ablauf der Frist einer insolvenzbedingten Kündigung ein Betriebsübergang stattgefunden hat, selbst wenn das Insolvenzverfahren auf die Sanierung des Unternehmens abzielt.	G	b	+	-	-	e	-	- (-)	- (-)			06/06
74	27.05.2004	6 AZR 409/03	AP Nr. 2 zu § 59 BAT-O	BAG, 30.01.1997 - 6 AZR 695/95 = AP Nr. 31 zu § 1 TVG Tarifverträge: DDR; BAG, 20.03.1997 - 6 AZR	§ 4 Abs. 7 i.V.m. Abs. 6 TV soziale Absicherung erfasst auch eine dem Arbeitnehmer nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses rückwirkend bewilligte	L G	b	+	-	-	e	+	- (-)	- (-)			05/06

				732/95 (nicht veröffentlicht); BAG; 20.11.1997 - 6 AZR 215/96 = AP Nr. 47 zu § 551 ZPO; BAG, 16.07.1998 - 6 AZR 647/96 (nicht veröffentlicht); BAG, 26.11.1998 - 6 AZR 272/97 = ZTR 1999, 475-476	Rente wegen Erwerbsunfähigkeit, wenn der Rentenanspruch schon im gekündigten Arbeitsverhältnis entstanden war.											
75	27.05.2004	6 AZR 129/03	AP Nr. 5 zu § 1 TVG Gleichbehandlung	<p><i>Unmittelbare Bindung:</i> BAG, 28.03.1996 - 6 AZR 501/95 = AP Nr. 49 zu § 2 BeschFG 1985; BAG, 18.06.1997 - 5 AZR 259/96 = AP Nr. 2 zu § 3d BAT; BAG, 26.01.1999 - 3 AZR 381/97 = AP Nr. 48 zu § 1 BetrAVG Zusatzversorgungskassen; BAG, 04.04.2000 - 3 AZR 729/98 = AP Nr. 2 zu § 1 TVG Gleichbehandlung</p> <p><i>Willkürgrenze:</i> BAG, 30.08.2000 - 4 AZR 563/99 = AP Nr. 25 zu § 4 TVG Geltungsbereich; BAG, 29.08.2001 - 4 AZR 352/00 = AP Nr. 291 zu Art 3 GG</p>	Die Tarifvertragsparteien sind als Vereinigungen privaten Rechts nur mittelbar grundrechtsgebunden. Gleichwohl müssen sie auf Grund der Schutzpflichtfunktion der Grundrechte bei ihrer tariflichen Normsetzung den allgemeinen Gleichheitssatz des Art 3 Abs. 1 GG sowie die Diskriminierungsverbote des Art 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG beachten.	G	b	+	+	-	e f (n.e.Ä.)	-	+(+)	- (-)	03/09	
76	20.07.2004	9 AZR 369/03	EzA § 1 AEntG Nr. 4	BAG, 25.06.2002 - 9 AZR 405/00 = AP Nr. 12 zu § 1 AentG	§ 1 AEntG schließt den Vorrang spezieller Tarifverträge unabhängig davon aus, ob diese Tarifverträge darauf gerichtet sind, die Wirkungen der Erstreckung von Tarifverträgen nach dem AEntG auszu-schließen.	G	b	+	-	-	e	-	- (-)	- (-)	02/01	
77	12.10.2004	3 AZR 571/03	AP Nr. 2 zu § 3g BAT	BAG, 26.01.1999 - 3 AZR 381/97 = AP Nr. 48 zu § 1 BetrAVG Zusatzversorgungskassen	§ 3 Buchst. g BAT ist nach den allgemeinen Regeln auszulegen und ergibt, dass nicht nur befristet, sondern auch unbefristet beschäftigte Lektoren vom Gel-	G	a (G)	+	+	-	e	n	- (-)	- (-)	05/09	

					tungsbereich des BAT ausgenommen sind.											
78	15.02.2005	9 AZR 51/04	AP Nr. 6 zu § 12a TVG	BAG, 02.10.1990 - 4 AZR 106/90 = AP Nr. 1 zu § 12a TVG	Die Tarifvertragsparteien sind frei, den unbestimmten Rechtsbegriff der arbeitnehmerähnlichen Person i.S.d. § 12a TVG auszufüllen, wenn sie den Geltungsbereich von Tarifverträgen für diesen Personenkreis festlegen wollen, solange sie sich am Leitbild des § 12a TVG orientieren.	HdS G	b	+	+	-	f (Z)	n	+(+)	- (-)	14/04	
79	25.05.2005	5 AZR 347/04	AP Nr. 117 zu § 611 BGB Abhängigkeit	BAG, 06.05.1998 - 5 AZR 347/97 = AP Nr. 94 zu § 611 BGB Abhängigkeit	Die Pflicht, öffentlich-rechtlichen Anordnungen der Aufsichtsbehörde im Jugendhilferecht nachzukommen, trifft jedermann. Sie ist deshalb kein Merkmal arbeitsvertraglicher Weisungsgebundenheit.	L G	b	+	-	-	e	+	- (-)	- (-)	07/00	
80	13.07.2005	5 AZR 389/04	AP Nr. 25 zu § 3 EntgeltFG	BAG, 04.12.1985 - 5 AZR 656/84 = AP Nr. 42 zu § 63 HGB	Der Arbeitnehmer muss darlegen, dass keine Fortsetzungserkrankung vorliegt. Die Folgen der Nichterweislichkeit der Fortsetzungserkrankung sind allerdings vom Arbeitgeber zu tragen, denn nach der sprachlichen Fassung des § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 EFZG trifft den Arbeitgeber die objektive Beweislast.	G	b	+	+	-	e	+	- (-)	- (-)	19/07	
81	14.09.2005	4 AZR 102/04	AP Nr. 102 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer	BAG, 14.02.2002 - 8 AZR 313/01 = EzBAT §§ 22, 23 BAT M Nr. 99; BAG, 24.06.2004 - 8 AZR 280/03 = EzBAT §§ 22, 23 BAT M Nr. 123	Die Vorschrift des Abschn. A Nr. 3 der Lehrer-Richtlinien-O der TdL, nach der zum ständigen Vertreter des Schulleiters bestellten Lehrkräften im Angestelltenverhältnis eine Zulage in der Höhe gezahlt werden „kann“, wie sie „vergleichbaren beamteten Lehrkräften ... als Amtszulage nach der Besoldungsordnung A des Bundesbesoldungsgesetzes zusteht“, verweist (auch) auf die schulbezogenen besoldungsrechtlichen Voraussetzungen des Anspruchs auf die Amtszulage. Die Ermessensentscheidung nach der Richtlinie ist damit tatbestandlich gebunden.	HdS G	b	+	-	-	f (Z)	+	+(+)	- (-)	01/03	
82	28.09.2005	10 AZR 593/04	AP Nr. 279 zu § 1	BAG, 03.11.1982 - 4 AZR	Ein in die Berufsgruppe M III 2 des Bun-	G	b	+	-	-	f	+	+(+)	- (-)	22/10	

			TVG Tarifverträge: Bau	1264/79 (nicht veröffentlicht); BAG, 03.11.1982 - 4 AZR 2/82 = AP Nr. 43 zu § 1 TVG Tarifverträge - Bau	desrahmentarifvertrages für das Baugewerbe vom 03.02.1981 in der Fassung vom 15.05.2001 (BRTV a.F.) aufgestiegener Berufskraftfahrer ist nicht als „Baumaschinenführer“ i.S.d. Berufsgruppe M III BRTV a.F. anzusehen; er ist daher auch nicht auf Grund der Überführung in die neue Lohngruppe 4 des Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe vom 04.07.2002 (BRTV n.F.) wie ein Baumaschinenführer nach der Sonderlohngruppe „Baumaschinenführer der Lohngruppe 4“ zu vergüten.						(Z) (n.e.A.)				
83	27.10.2005	6 AZR 5/05	AP Nr. 4 zu § 22 InsO	BAG, 29.06.2000 - 8 ABR 44/99 = AP Nr. 2 zu § 126 InsO	Die Zustimmung des Insolvenzgerichts zur Unternehmensstilllegung ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung der Arbeitsverhältnisse durch den „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter wegen der von ihm beabsichtigten Stilllegung. Die Kündigung bleibt als Maßnahme des vorläufigen Insolvenzverwalters im Außenverhältnis rechtswirksam. Die Sanktion für ein zu weit gehendes Handeln ist allein eine eventuelle Schadenersatzpflicht gem. § 60 InsO.	G	b	+	+	-	f (Z) (n.e.A.)	+	+(+)	- (-)	05/04
84	08.03.2006	10 AZR 349/05	AP Nr. 79 zu § 74 HGB	BAG, 31.07.2002 - 10 AZR 513/01 = AP Nr. 74 zu § 74 HGB; BAG, 31.07.2002 - 10 AZR 558/01 = AP Nr. 48 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel; BAG, 04.03.2004 - 2 AZR 305/03 = AP ZPO § 794 Nr. 49; BAG, 19.05.2004 - 5 AZR 434/03 = AP BGB § 615 Nr. 108	Klauseln in Prozessvergleichen sind in der Regel nichttypische Erklärungen und damit revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist.	HdS G	b	+	-	-	e f (R)	n	- (+)	- (-)	03/08
85	21.03.2006	3 AZR 374/05	AP Nr. 51 zu § 2 BetrAVG	BAG, 24.06.1986 - 3 AZR 630/84 = AP Nr. 12 zu § 6 BetrAVG; BAG, 08.05.1990 - 3 AZR 341/88 = AP Nr. 18 zu § 6 BetrAVG	Die in einer Versorgungsordnung festgelegte Gesamtversorgungsobergrenze ist bereits bei der Berechnung der nach § 2 Abs. 1 BetrAVG maßgeblichen fiktiven Vollrente zu berücksichtigen.	L G	b	+	+	-	e	n	- (-)	- (-)	15/10
86	26.04.2006	5 AZR 403/05	AP Nr. 188 zu § 4	BAG, 11.12.2001 - 9 AZR	Der vom Arbeitgeber vor der Antragstel-	L	b	+	-	-	f (Z)	+	+(+)	- (-)	04/04

			TVG Ausschlussfristen	510/00 = EzA § 4 TVG Ausschlussfristen Nr. 145	lung im Kündigungsschutzprozess schriftsätzlich angekündigte und dem Arbeitnehmer bzw. seinem Prozessbevollmächtigten zugegangene Klageabweisungsantrag stellt eine schriftliche Ablehnung der mit der Kündigungsschutzklage vom Arbeitnehmer geltend gemachten Vergütungsansprüche dar. Eine ausdrückliche schriftliche Ablehnungserklärung ist nicht erforderlich, wenn die Verfallklausel nur eine schriftliche Ablehnung verlangt	G										
87	26.04.2006	5 AZR 549/05	AP Nr. 63 zu § 138 BGB	19.10.1983, Az. 4 AZR 257/81 (nicht veröffentlicht)	Der Begriff der guten Sitten wird bezüglich der Vergütung angestellter Lehrkräfte an privaten Ersatzschulen maßgeblich durch die verfassungsrechtlichen Wertungen des Art. 7 Abs. 4 GG und die dieses Grundrecht ausfüllenden landesrechtlichen Vorschriften bestimmt.	G	b	+	-	-	f (Z)	n	+(+)	-(-)		22/06
88	27.04.2006	2 AZR 360/05	AP Nr. 55 zu § 9 KSchG 1969	BAG, 17.09.1987 - 2 AZR 2/87 = RzK I 11a Nr 16	Es ist in aller Regel ermessensfehlerhaft, über einen Kündigungsschutzantrag hinsichtlich einer Kündigung und über einen darauf bezogenen Auflösungsantrag eher zu entscheiden als über einen zeitlich vorgehenden Auflösungsantrag.	L G	b	+	+	-	e	+	-(-)	-(-)		18/07
89	28.06.2006	10 AZR 385/05	AP Nr. 74 zu § 242 BGB Betriebliche Übung	BAG, 16.04.1997 - 10 AZR 705/96 = AP Nr. 53 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; BAG, 19.01.1999 - 9 AZR 667/97 (nicht veröffentlicht); BAG, 16.01.2002 - 5 AZR 715/00 = AP Nr. 56 zu § 242 BGB Betriebliche Übung	Inhalt und Reichweite einer betrieblichen Übung unterliegen einer uneingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfung.	G	b	+	-	-	e f	+	-(+)	-(+)		09/02
90	09.11.2006	2 AZR 812/05	AP Nr. 87 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl	BAG, 18.10.1984 - 2 AZR 543/83 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; BAG, 18.01.1990 - 2 AZR 357/89 = AP Nr. 19 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl	Nimmt der Arbeitgeber die Sozialauswahl allein durch Vollzug eines zulässigen Punktesystems vor, so kann er auf die Rüge nicht ordnungsgemäßer Sozialauswahl mit Erfolg einwenden, der gerügte Auswahlfehler habe sich auf die Kündigungsentscheidung nicht ausgewirkt.	L G	b	+	-	-	e	n	-(-)	-(-)		16/10

91	15.11.2006	10 AZR 698/05	AP Nr. 289 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau	BAG, 08.05.1985 - 4 AZR 516/83 = AP Nr. 66 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau	Das Anbringen und die Reparatur von Leitplanken an Straßen ist eine bauliche Tätigkeit.	HdS G	b	+	+	-	f (Z)	+	+(+)	- (-)	21/06
92	19.12.2006	9 AZR 294/06	AP Nr. 21 zu § 611 BGB Sachbezüge	BAG, 05.09.2002 - 8 AZR 702/01 = AP Nr. 1 zu § 280 n.F. BGB	Die Anspruchsgrundlage für eine Nutzungsausfallentschädigung bei unberechtigtem Entzug eines auch privat nutzbaren Firmenwagens lautet §§ 280 Abs. 1 i.V.m. 283 S. 1 BGB. § 615 BGB kommt nicht in Betracht.	G	b	+	-	-	f (Z)	-	+(+)	+(+)	04/03
93	07.02.2007	5 AZR 422/06	AP Nr. 12 zu § 615 BGB Böswilligkeit	BAG, 03.12.1980 - 5 AZR 477/78 = AP Nr. 4 zu § 615 BGB Böswilligkeit	Ein böswilliges Unterlassen von Erwerb i.S.d. § 615 S. 2 BGB kann auch darin liegen, dass der Arbeitnehmer eine vertraglich nicht geschuldete Arbeitsleistung ablehnt, die der Arbeitgeber von ihm in einem unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis verlangt.	G	b	+	+	-	e	n	- (-)	- (-)	26/02
94	13.03.2007	1 ABR 24/06	AP Nr. 21 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit	BAG, 25.11.1986 - 1 ABR 22/85 = AP Nr. 36 zu § 2 TVG	Es besteht keine Antragsbefugnis des Betriebsrats gem. § 97 Abs. 2 i.V.m. § 81 Abs. 1 ArbGG.	G	b	+	-	-	e	+	- (-)	- (-)	20/04
95	28.03.2007	10 AZR 707/05	AP Nr. 10 zu § 1 TVG Tarifverträge: Arbeiterwohlfahrt	BAG, 04.06.2003 - 10 AZR 579/02 = AP Nr. 7 zu § 1 TVG Tarifverträge: Arbeiterwohlfahrt; BAG, 19.11.2003 - 10 AZR 127/03 = AP Nr. 8 zu § 1 TVG Tarifverträge: Arbeiterwohlfahrt	Die Pflegezulagen gemäß der Protokoll-erklärung Nr. 1 Abs. 1 zu AWKrT setzen voraus, dass entweder Grund- oder Behandlungspflege an den näher beschriebenen Patientengruppen ausgeübt wird.	HdS	b	+	-	-	e	n	- (-)	- (-)	03/03
96	03.04.2007	9 AZR 283/06	AP Nr. 21 zu § 2 BAT SR 2I	BAG, 12.09.2006 - 9 AZR 675/05 = AP Nr. 176 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten	Die Einschränkung der Inhaltskontrolle nach § 310 Abs. 4. S. 1 BGB gilt nicht für formularmäßig verwendete Klauseln in Arbeitsverträgen, die auf einen Tarifvertrag Bezug nehmen.	G	b	-	-	-	e	-	- (-)	- (-)	00/07
97	18.04.2007	4 AZR 652/05	AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag	BAG, 01.12.2004 - 4 AZR 50/04 = AP Nr. 34 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag	Eine einzelvertraglich vereinbarte dynamische Bezugnahme auf einen bestimmten Tarifvertrag ist jedenfalls dann, wenn die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers an den im Arbeitsvertrag genannten Tarifvertrag nicht in einer für den Arbeitnehmer erkennbaren Weise zur auflösenden Bedingung der Vereinbarung	G	a (T)	+	+	+	e f (R)	+	+(+)	- (+)	02/04

					gemacht worden ist, eine konstitutive Verweisklausel, die durch einen Verbandsaustritt des Arbeitgebers oder einen sonstigen Wegfall seiner Tarifgebundenheit nicht berührt wird („unbedingte zeitdynamische Verweisung“).													
98	21.08.2007	3 AZR 269/06	AP Nr. 60 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung	BAG, 09.12.1997 - 3 AZR 661/96 = AP Nr. 40 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung	Es ist nicht erforderlich, dass in dem laufenden Entgelt der Arbeitnehmergruppe, die im Rahmen einer betrieblichen Versorgungsordnung keine Versorgungszusage erhalten hat, Bestandteile enthalten sind, die einen gleichwertigen Ausgleich für die Benachteiligung in der betrieblichen Altersversorgung bezwecken.	L G	b	-	-	-	e	+	- (-)	- (-)			09/08	
99	29.08.2007	4 AZR 767/06	AP Nr. 61 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag	BAG, 23.03.2005 - 4 AZR 203/04 = AP Nr. 29 zu § 4 TVG	Findet auf ein Arbeitsverhältnis, für das ein Tarifvertrag kraft Allgemeinverbindlichkeit gilt, ein anderer Tarifvertrag kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme Anwendung, handelt es sich nicht um Tarifkonkurrenz. Es „konkurriert“ vielmehr ein Arbeitsvertrag mit einem Tarifvertrag. Dieses Verhältnis ist nach Maßgabe des Günstigkeitsprinzips des § 4 Abs. 3 TVG zu lösen.	L G	b	+	-	-	e	+	- (-)	- (-)			02/05	
100	06.11.2007	1 AZR 826/06	AP Nr. 35 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung	BAG, 17.04.1959 - 1 AZR 83/58 = AP Nr. 1 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip; BAG, 29.05.1964 - 1 AZR 281/63 = AP Nr. 24 zu § 59 BetrVG	Die Teilkündigung einer Betriebsvereinbarung ist regelmäßig zulässig, wenn der gekündigte Teil einen selbständigen Regelungskomplex betrifft, der ebenso in einer eigenständigen Betriebsvereinbarung geregelt werden könnte. Wollen die Betriebsparteien in einem solchen Fall die Teilkündigung ausschließen, müssen sie dies in der Betriebsvereinbarung deutlich zum Ausdruck bringen.	G	b	+	-	-	e	+	- (-)	- (-)			43/06	
101	06.11.2007	1 AZR 960/06	AP Nr. 190 zu § 112 BetrVG 1972	BAG, 28.09.1988 - 1 ABR 23/87 = AP Nr. 47 zu § 112 BetrVG 1972; BAG, 09.11.1994 - 10 AZR 281/94 = AP Nr. 85 zu § 112 BetrVG 1972;	Den Betriebsparteien ist in einem Sozialplan eine Gruppenbildung verwehrt, die nur dazu dienen soll, dem Arbeitgeber eine eingearbeitete und qualifizierte Belegschaft zu erhalten.	G	b	+	-	-	e f (Z)	-	+	(+)	- (-)			12/04

				19.07.1995, Az. 10 AZR 885/94 = AP Nr. 96 zu § 112 BetrVG 1972													
102	16.01.2008	7 AZR 1090/06	FA 2008, 147 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe)	BAG, 14.02.2007 - 7 ABR 26/06 = AP Nr. 13 zu § 54 BetrVG 1972	§ 9 Abs. 5 ArbGG ist auf die Revisionsfrist bei der Zustellung eines Berufungsurteils mit fehlerhafter Rechtsmittelbelehrung nach Ablauf von fünf Monaten seit der Verkündung nach der durch das Gesetz zur Reform der Zivilprozessordnung vom 27.09.2001 mit Wirkung vom 01.01.2002 erfolgten Neufassung von § 74 Abs. 1 S. 2 ArbGG nicht mehr anwendbar.	G	b	+	-	-	e	+	- (-)	- (-)			00/11
103	23.01.2008	4 AZR 312/01	AP Nr. 36 zu § 3 TVG	BAG, 15.10.1986 - 4 AZR 289/85 = AP Nr. 4 zu § 3 TVG; BAG, 28.05.1997 - 4 AZR 546/95 = AP Nr. 26 zu § 4 TVG Nachwirkung	Durch die Auflösung eines Verbandes wird nicht unabhängig von den tarifrechtlich vorgegebenen Beendigungsmöglichkeiten eine vorzeitige automatische Beendigung des Tarifvertrages herbeigeführt. Durch die Auflösung eines Verbandes bleiben die Möglichkeiten der Beendigung der Tarifverträge durch Kündigung grundsätzlich unberührt.	G	b	+	+	-	e	+	- (-)	- (-)			10/08
104	12.03.2008	4 AZR 93/07	AP Nr. 35 zu §§ 22, 23 BAT-O	BAG, 05.09.2002 - 8 AZR 620/01 = AP Nr. 93 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer	Die nach den Lehrerrichtlinien-O der TdL gebotene Gleichbehandlung von angestellten und beamteten Lehrern schließt die Anwendung einer Tarifautomatik bei angestellten Lehrern aus. Vielmehr sind sowohl bei einer Höhergruppierung als auch bei einer Herabgruppierung die Voraussetzungen zu beachten, unter denen entsprechende einseitige Maßnahmen dem Dienstherrn auch bei Beamten möglich wären.	G	b	+	+	-	f (Z)	+	- (+)	- (-)			05/06
105	09.04.2008	4 AZR 104/07	AP Nr. 43 zu § 1 TVG	BAG, 23.02.1983 - 4 AZR 508/81 = AP Nr. 4 zu § 850c ZPO	Will ein Arbeitnehmer die Gegenleistung für noch nicht erbrachte, aber nach § 614 BGB allgemein vorzuleistende komplexe Eigenleistungen bereits für Jahre im Vorhinein titulieren lassen, muss er die (weiteren) Voraussetzungen, unter denen im Normalfall der Anspruch jeweils nach Ablauf des Zeitabschnittes entsteht,	HdS G	b	+	-	-	e	+	- (-)	- (-)			25/02

					im Antrag benennen und ihren Eintritt vor der Vollstreckung für jeden Einzelfall nachweisen.												
106	07.05.2008	7 AZR 90/07	NZA-RR 2009, 195	BAG, 07.06.1989 - 7 ABR 26/88 = AP Nr. 67 zu § 37 BetrVG 1972	Erfolgt eine Schulungsveranstaltung zur Vermittlung von Grundkenntnissen erst kurz vor Ablauf der Amtszeit des Betriebsrats, ist eine besondere Darlegung der Erforderlichkeit i.S.d. § 37 Abs. 6 BetrVG nicht notwendig. An der Erforderlichkeit kann es nur fehlen, wenn die Schulung erst kurz vor dem Ende der Amtszeit des Betriebsrats stattfindet und der Betriebsrat zum Zeitpunkt seiner Beschlussfassung absehen kann, dass das zu schulende Mitglied bis zum Ablauf der Amtszeit die auf der Schulungsveranstaltung vermittelten Grundkenntnisse nicht mehr einsetzen kann.	G	b	+	-	-	e	n	- (-)	- (-)			08/11
107	20.05.2008	9 AZR 219/07	AP Nr. 12 zu § 17 BErzGG	BAG, 23.04.1996 - 9 AZR 165/95 = AP Nr. 6 zu § 17 BErzGG; BAG, 21.10.1997 - 9 AZR 267/96 = AP Nr. 75 zu § 7 BUrIG Abgeltung	Der vor einer ersten Elternzeit entstandene Anspruch auf Erholungsurlaub wird nach § 17 Abs. 2 BErzGG auf die Zeit nach einer weiteren Elternzeit übertragen, wenn sich diese unmittelbar an die frühere Elternzeit anschließt.	L G	b	+	+	-	e	+	- (-)	- (-)			10/07
108	27.08.2008	4 AZR 470/07	AP Nr. 38 zu §§ 22, 23 BAT-O	BAG, 21.02.2001 - 4 AZR 40/00 = EzBAT §§ 22, 23 BAT B1 VergGr Vb Nr 13	Die Prüfung der Anforderungen der besonderen Verantwortung setzt einen wertenden Vergleich mit der bereits in VergGr. Vb Fallgr. 1a (implizit) geforderten Verantwortung voraus.	G	b	+	-	-	e	n	- (-)	- (-)			07/06
109	22.04.2009	4 ABR 14/08	AP Nr. 38 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung	BAG, 04.09.1996 - 4 AZR 135/95 = AP Nr. 5 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag	Eine arbeitsvertragliche Verweisungsklausel, die einen konkret benannten Tarifvertrag in der jeweils geltenden Fassung in Bezug nimmt, kann bei Verbandswechsel des Arbeitgebers nicht korrigierend dahin ausgelegt werden, dass sich die Verweisung auf den jeweils für den Betrieb geltenden und von derselben Gewerkschaft abgeschlossenen Tarifvertrag bezieht.	G	a (T)	+	-	+	e	-	- (-)	- (-)			12/07

110	22.04.2009	4 AZR 100/08	AP Nr. 371 zu § 613a BGB	BAG, 29.08.2001 - 4 AZR 332/00 = AP Nr. 17 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag	Die bei einem Betriebsübergang nach § 613a Abs. 1. S. 2 BGB in das Arbeitsverhältnis zwischen dem Betriebserwerber und dem Arbeitnehmer transformierten Tarifnormen wirken wie Mindestarbeitsbedingungen i.S.v. § 4 Abs. 1 und 3 TVG und können ebenso wenig als vertragliche Bedingungen charakterisiert wie mit lediglich nach § 4 Abs. 5 TVG nachwirkenden Tarifnormen verglichen werden.	G	b	+	-	-	e	-	- (-)	- (-)	07/08
111	23.04.2009	6 AZR 516/08	AP Nr. 161 zu § 102 BetrVG 1972	BAG, 16.03.2000 - 2 AZR 828/98 = AP Nr. 2 zu § 67 LPVG Sachsen-Anhalt	Angaben zum Lebensalter und zur Betriebszugehörigkeit sowie zu einem eventuell bestehenden Sonderkündigungsschutz sind bei der Wartezeitkündigung entbehrlich.	G	b	+	-	-	f (n.e.A.)	+	+ (+)	- (-)	09/01
112	21.10.2009	4 AZR 396/08	AP Nr. 72 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag	BAG, 21.08.2002 - 4 AZR 263/01 = AP Nr. 21 zu § 157 BGB	Wenn ein Arbeitgeber einheitliche Arbeitsbedingungen will, kann er sie auch über die Grenzen des Tarifgebietes hinaus vereinbaren. Eine einfache Verweisklausel enthält dann aber nicht zugleich und unausgesprochen die auflösende Bedingung, dass die Tarifbedingungen für alle Arbeitnehmer, auch für die tarifgebietsfremden Arbeitsverhältnisse, nur so lange dynamisch gelten, wie der Arbeitgeber in seiner Stammregion, ggf. auch nur bzgl. eines (kleinen) Teils der Belegschaft tarifgebunden ist. Die „doppelte Fiktion“ - Mitgliedschaft in der Gewerkschaft und Unterfallen unter den räumlichen Geltungsbereich - ohne irgendeinen Hinweis in den konkreten Arbeitsbedingungen oder einen sonstigen, auch außervertraglichen Anhaltspunkt gehört nicht mehr zu der vom Senat früher herangezogenen „soziotypischen Situation“.	G	a (T)	+	+	+	e	+	- (-)	- (-)	07/02
113	25.11.2009	10 AZR 737/08	AP Nr. 317 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau	BAG, 28.05.2008 - 10 AZR 358/07 = AP Nr. 301 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; BAG, 01.04.2009 - 10 AZR	Die Verjährung von Beitragsansprüchen der Sozialkassen des Baugewerbes, die ab dem 01.01.1998 und bis zum 31.08.2002 fällig geworden und bis zu	G	b	+	-	-	e	+	- (-)	- (-)	00/07

				134/08 (Entscheidungsgründe nicht veröffentlicht)	diesem Zeitpunkt nicht verjährt sind, richtet sich ausschließlich nach § 25 Abs. 4 S. 1 VTV in der Fassung des Tarifvertrags vom 04.07.2002 (in Kraft seit dem 01.09.2002) in Verbindung mit § 199 BGB.											
114	09.12.2009	7 ABR 46/08	AP Nr. 97 zu § 40 BetrVG 1972	BAG, 27.11.2002 - 7 ABR 33/01 = AP Nr. 76 zu § 40 BetrVG 1972	Der Anspruch aus § 40 Abs. 2 BetrVG, die im Betrieb vorhandene Kommunikationstechnik für Aufgaben des Betriebsrats nutzen zu können, hängt nicht davon ab, ob sich das der Kommunikation dienende Sachmittel im Besitz des Betriebsrats befindet. Maßgeblich ist, ob der Betriebsrat die Nutzung der im Betrieb vorhandenen Kommunikationstechnik unter Berücksichtigung der Arbeitgeberinteressen für erforderlich halten darf.	G	b	-	-	-	e	+	- (-)	- (-)	07/01	
115	15.12.2009	9 AZR 769/08	AP Nr. 1 zu § 8 ASiG	BVerwG, 25.01.1995, Az. 6 P 19.93 = AP Nr. 2 zu § 9 ASiG	Der Begriff „gleichwertig“ in § 16 ASiG verlangt keine in jeder Beziehung gleichartige Ausgestaltung des Arbeitsschutzes im öffentlichen Dienst, beschränkt sich aber auch nicht auf die Gewährleistung eines bestimmten Schutzzieles oder Ergebnisses.	G	b	+	-	-	f (n.e.A.)	+	+(+)	- (-)	14/11	

Anhang 6: Verwendete Auslegungsmethoden

Auslegung Gesetz	grammatisch	systematisch	teleologisch	historisch	verfassungskonform	europarechtskonform
BAG, 13.03.2007 - 1 ABR 24/06 = AP Nr. 21 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit	0	1	1	0	0	0
BAG, 07.11.2000 - 1 ABR 55/99 = AP Nr. 22 zu Art 56 ZA-Nato-Truppenstatut	1	0	1	0	0	0
BAG, 09.12.1997 - 1 AZR 319/97 = AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt/2	0	1	0	0	0	0
BAG, 06.11.2007 - 1 AZR 960/06 = AP Nr. 190 zu § 112 BetrVG 1972	1	0	1	0	0	0
BAG, 21.06.1995 - 2 ABR 28/94 = AP Nr. 36 zu § 15 KSchG 1969	0	0	1	0	0	0
BAG, 25.02.1998 - 2 AZR 226/97 = AP Nr. 2 zu § 72a LPVG NW	0	0	1	0	0	0
BAG, 05.02.1998 - 2 AZR 227/97 = AP Nr. 143 zu § 626 BGB	0	0	0	0	0	0
BAG, 13.05.2004 - 2 AZR 329/03 = AP Nr. 140 zu § 102 BetrVG 1972	0	0	0	0	0	0
BAG, 15.11.2001 - 2 AZR 380/00 = AP Nr. 45 zu § 626 BGB Ausschlussfrist	1	0	1	0	0	0
BAG, 07.12.2000 - 2 AZR 459/99 = AP Nr. 23 zu § 1 KSchG 1969 Personenb. Kündigung.	0	1	0	0	0	0
BAG, 11.03.1999 - 2 AZR 461/98 = AP Nr. 12 zu § 17 KSchG 1969	0	1	0	0	0	0
BAG, 13.06.1996 - 2 AZR 483/95 = AP Nr. 33 zu § 1 KSchG 1969	0	1	0	0	0	0
BAG, 25.04.1996 - 2 AZR 609/95 = AP Nr. 78 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsb. Kündigung.	1	0	1	1	0	0
BAG, 26.09.1996 - 2 AZR 661/95 = AP Nr. 2 zu § 11 ArbGG 1979	1	1	0	1	0	0
BAG, 26.10.1995 - 2 AZR 743/94 = AP Nr. 8 zu § 79 BPersVG	0	0	0	0	0	0
BAG, 22.04.2009 - 4 AZR 100/08 = AP Nr. 371 zu § 613a BGB	0	1	0	0	0	0
BAG, 09.04.2008 - 4 AZR 104/07 = AP Nr. 43 zu § 1 TVG	0	0	0	0	0	0
BAG, 20.08.2003 - 5 AZB 79/02 = AP Nr. 58 zu § 5 ArbGG 1979	1	1	1	0	0	0
BAG, 01.11.1995 - 5 AZR 84/94 = AP Nr. 45 zu § 2 BeschFG 1985	0	1	0	1	0	0
BAG, 22.08.2001 - 5 AZR 108/00 = AP Nr. 144 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten	0	0	0	0	0	0
BAG, 06.12.1995 - 5 AZR 307/94 = AP Nr. 9 zu § 1 GesamthafenbetriebsG	1	1	1	0	0	0
BAG, 08.05.1996 - 5 AZR 315/95 = AP Nr. 23 zu § 618 BGB	1	0	1	1	0	0
BAG, 07.02.2007 - 5 AZR 422/06 = AP Nr. 12 zu § 615 BGB Böswilligkeit	0	1	1	0	0	0
BAG, 26.04.2006 - 5 AZR 549/05 = AP Nr. 63 zu § 138 BGB	0	1	0	0	0	0
BAG, 27.10.2005 - 6 AZR 5/05 = AP Nr. 4 zu § 22 InsO	0	1	0	1	0	0
BAG, 27.05.2004 - 6 AZR 129/03 = AP Nr. 5 zu § 1 TVG Gleichbehandlung	0	0	0	0	1	0
BAG, 23.04.2009 - 6 AZR 516/08 = AP Nr. 161 zu § 102 BetrVG 1972	0	1	1	0	0	0
BAG, 08.03.2000 - 7 ABR 11/98 = AP Nr. 132 zu § 37 BetrVG 1972	0	0	0	0	0	0
BAG, 09.12.2009 - 7 ABR 46/08 = AP Nr. 97 zu § 40 BetrVG 1972	0	0	0	0	0	0
BAG, 07.05.2008 - 7 AZR 90/07 = AP Nr. 145 zu § 37 BetrVG 1972	0	0	1	0	0	0
BAG, 16.01.2008 - 7 AZR 1090/06 = FA 2008, 147	0	1	1	0	0	0
BAG, 15.02.2005 - 9 AZR 51/04 = AP Nr. 6 zu § 12a TVG	1	1	0	0	1	0
BAG, 19.03.2002 - 9 AZR 109/01 = PflR 2002, 374	0	0	0	0	0	0
BAG, 11.04.2000 - 9 AZR 131/99 = AP Nr. 3 zu § 61 HGB	0	1	1	0	0	0

BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 = AP Nr. 4 zu § 55 InsO/1	0	1	0	0	0	0
BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 = AP Nr. 4 zu § 55 InsO/2	0	1	0	0	0	0
BAG, 20.05.2008 - 9 AZR 219/07 = AP Nr. 12 zu § 17 BErzGG	1	1	1	1	1	1
BAG, 29.07.2003 - 9 AZR 270/02 = AP Nr. 26 zu § 7 BUrlG Übertragung	1	0	0	0	0	0
BAG, 03.04.2007 - 9 AZR 283/06 = AP Nr. 21 zu § 2 BAT SR 2I	0	0	0	0	0	0
BAG, 20.07.2004 - 9 AZR 369/03 = EzA § 1 AEntG Nr. 4	0	0	1	0	0	0
BAG, 27.05.1997 - 9 AZR 484/96 = AP Nr. 3 zu § 1 Saarland ZusatzurlaubsG	0	1	0	0	0	0
BAG, 15.12.2009 - 9 AZR 769/08 = AP Nr. 1 zu § 8 ASiG	1	0	0	0	0	0
BAG, 07.03.2001 - GS 1/00 = AP Nr. 4 zu § 288 BGB	1	1	1	0	0	0
Auslegung Tarifvertrag	grammatisch	systematisch	teleologisch	historisch	verfassungskonform	europarechtskonform
BAG, 07.02.1996 - 1 AZR 657/95 = AP Nr. 85 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung	1	0	1	0	0	0
BAG, 11.11.1997 - 3 AZR 210/96 = AP Nr. 4 zu § 1 TVG Tarifverträge: Gerüstbau	1	0	1	1	0	0
BAG, 11.11.1997 - 3 AZR 486/96 = AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Isoliergew.	0	0	1	0	0	0
BAG, 12.10.2004 - 3 AZR 571/03 = AP Nr. 2 zu § 3g BAT	1	1	0	0	0	0
BAG, 12.03.2008 - 4 AZR 93/07 = AP Nr. 35 zu §§ 22, 23 BAT-O	0	0	0	0	0	0
BAG, 14.09.2005 - 4 AZR 102/04 = AP Nr. 102 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer	1	0	0	0	0	0
BAG, 19.02.2003 - 4 AZR 158/02 = ZTR 2003, 511	1	1	0	0	0	0
BAG, 27.08.2008 - 4 AZR 470/07 = AP Nr. 38 zu §§ 22, 23 BAT-O	0	0	0	0	0	0
BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 = AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf TV	1	0	0	0	0	0
BAG, 29.08.2007 - 4 AZR 767/06 = AP Nr. 61 zu § 1 TVG Bezugnahme auf TV	0	0	0	0	0	0
BAG, 19.10.2000 - 6 AZR 291/99 = AP Nr. 35 zu § 4 TVG Rationalisierungsschutz	1	1	1	0	0	0
BAG, 19.02.1998 - 6 AZR 367/96 = AP Nr. 25 zu § 4 TVG Rationalisierungsschutz	1	1	1	0	0	0
BAG, 27.05.2004 - 6 AZR 409/03 = AP Nr. 2 zu § 59 BAT-O	0	1	1	0	0	0
BAG, 13.06.1996 - 6 AZR 858/94 = AP Nr. 45 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer	1	1	0	0	0	0
BAG, 10.02.2004 - 9 AZR 116/03 = AP Nr. 27 zu § 7 BUrlG Übertragung	0	1	0	0	0	0
BAG, 21.10.1997 - 9 AZR 255/96 = AP Nr. 5 zu § 1 TVG Tarifverträge Schuhind.	1	1	0	0	0	0
BAG, 22.01.1997 - 10 AZR 223/96 = AP Nr. 9 zu § 1 TVG Tarifverträge Maler	0	1	1	0	0	0
BAG, 12.07.1995 - 10 AZR 511/94 = AP Nr. 182 zu § 611 BGB Gratifikation	0	0	0	1	0	0
BAG, 28.09.2005 - 10 AZR 593/04 = AP Nr. 279 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau	1	1	0	1	0	0
BAG, 28.03.2007 - 10 AZR 707/05 = AP Nr. 10 zu § 1 TVG TV: Arbeiterwohlfahrt	1	1	1	0	0	0
BAG, 25.11.2009 - 10 AZR 737/08 = AP Nr. 317 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau	0	1	0	0	0	0
BAG, 11.10.1995 - 10 AZR 985/94 = AP Nr. 133 zu § 1 TVG Tarifverträge Metallind.	1	1	0	0	0	0

Anhang 7: Änderungen ohne Vertrauensschutzrelevanz

Anhang 7 a)

(zu § 3, B. II. 2. b. aa. (1) (a) Weder Begründungs- noch Ergebnisrelevanz)

1. BAG, 17.09.1998 - 8 AZR 175/97:

Der 8. Senat stellte im Rahmen dieser Entscheidung fest, dass ein Arbeitnehmer bei einer Mankoabrede immer die Chance erhalten müsse, durch Aufmerksamkeit einen Überschuss zu erzielen. Die Haftung aufgrund besonderer vertraglicher Abrede dürfe die Summe der gezahlten Mankogelder nicht übersteigen. Mankoabreden, die diese Voraussetzungen nicht einhielten, seien entgegen anders lautender bisheriger Entscheidungen¹ unzulässig.² Es handelte sich um eine Änderung in einem *obiter dictum*, da im konkreten Fall überhaupt kein Mankogeld vereinbart worden war.

2. BAG, 11.03.1999 - 2 AZR 461/98:

In dieser Entscheidung hielt der 2. Senat entgegen einer Äußerung des 8. Senats³ fest, es lasse sich „im übrigen“ nicht generell sagen, die Bedeutung der §§ 17 f. KSchG liege nicht auch in einer Erweiterung des Individualschutzes.⁴ Schon die Formulierung macht deutlich, dass diese Aussage weder begründungs- noch ergebnisrelevant sein sollte.

3. BAG, 08.03.2000 - 7 ABR 11/98:

In diesem Fall stritten die Beteiligten über Kosten, die einem Betriebsratsmitglied anlässlich eines Besuchs einer Schulungsveranstaltung entstanden waren. Der 7. Senat entschied, ein Beschluss des Betriebsrats, der nach dem Besuch einer Schulung gefasst und in dem die Teilnahme des Betriebsratsmitglieds daran nachträglich gebilligt werde, könne entgegen früherer Rechtsprechung⁵ keinen Anspruch des Betriebsrats auf Kostentragung nach § 40 Abs. 1 BetrVG begründen.⁶ Der während des Rechtsbeschwerdeverfahrens herbeigeführte Beschluss des Betriebsrats war allerdings schon deshalb unbeachtlich, weil es sich um eine neue, im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht mehr zu berücksichtigende Tatsache handelte, so dass es auf die geänderte Auffassung nicht mehr ankam.⁷

4. BAG, 13.05.2004 - 8 AZR 198/03:

Die Parteien stritten über einen Wiedereinstellungsanspruch des Klägers. Der 8. Senat entschied, aus einer richtlinienkonformen Auslegung des § 613a Abs. 1 BGB ergebe sich kein Anspruch auf Wieder-

¹ BAG, 09.04.1957 - 2 AZR 532/54 = AP Nr. 4 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers; BAG, 27.02.1970 - 1 AZR 150/69 = AP Nr. 54 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers; BAG, 22.11.1973 - 2 AZR 580/72 = AP Nr. 67 zu § 626 BGB; BAG, 29.01.1985 - 3 AZR 570/82 = AP Nr. 87 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

² BAG, 17.09.1998 - 8 AZR 175/97 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mankohaftung, unter B. II. 2. c) aa) der Gründe.

³ So aber BAG, 06.12.1973 - 2 AZR 10/73 = AP Nr. 1 zu § 17 KSchG 1969.

⁴ BAG, 11.03.1999 - 2 AZR 461/98 = AP Nr. 12 zu § 17 KSchG 1969, unter II. 4. b) der Gründe.

⁵ BAG, 28.10.1992 - 7 ABR 14/92 = AP Nr. 4 zu § 29 BetrVG 1972.

⁶ BAG, 08.03.2000 - 7 ABR 11/98 = AP Nr. 132 zu § 37 BetrVG 1972, B. 3. der Gründe.

⁷ BAG, 08.03.2000 - 7 ABR 11/98 = AP Nr. 132 zu § 37 BetrVG 1972, B. 3. der Gründe.

einstellung bzw. Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, wenn nach Ablauf der Frist einer insolvenzbedingten Kündigung ein Betriebsübergang stattgefunden habe. Dies gelte entgegen einer früheren Äußerung⁸ selbst dann, wenn das Insolvenzverfahren auf die Sanierung des Unternehmens abziele.⁹ Eine Sanierung des Unternehmens war im konkreten Rechtsstreit nicht beabsichtigt, so dass es sich um eine *obiter dictum* handelte.

Anhang 7 b)

(zu § 3, B. II. 2. b. aa. (1) (b) Keine nachteiligen Auswirkungen trotz Ergebnisrelevanz)

1. BAG, 15.03.1995 - 7 AZR 643/94:

Die Parteien stritten um Arbeitsentgelt, das die Beklagte für Zeiten gekürzt hatte, in denen sich der Kläger für Betriebsratsarbeiten abgemeldet hatte. Der 7. Senat entschied, ein Betriebsratsmitglied müsse bei der Abmeldung für die Erledigung von Betriebsratsaufgaben dem Arbeitgeber neben der Mitteilung von Ort und voraussichtlicher Dauer der beabsichtigten Betriebsratstätigkeit entgegen früherer Rechtsprechung¹⁰ nicht auch noch Angaben zur Art der Betriebsratstätigkeit machen.¹¹ Diese Entscheidung erging zu Lasten des beklagten Arbeitgebers, der unter Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung wenigstens stichwortartige Angaben zur Art der Betriebsratstätigkeit verlangt und dem Arbeitnehmer aufgrund dessen die Vergütung für einen bestimmten Zeitraum verweigerte hatte.¹² Zwar erfolgte eine Rechtsprechungsänderung zu Gunsten des auf Zahlung klagenden Arbeitnehmers. Gleichwohl erwies sich dessen Revision als unbegründet, weil er weder gegenüber dem Arbeitgeber noch in den Vorinstanzen Angaben zur Erforderlichkeit der Betriebsratstätigkeit gemacht hatte.

2./3. BAG, 31.10.1995 - 1 AZR 372/95, und BAG, 10.07.1996 - 4 AZR 139/95:

Am 31.10.1995 entschied der 1. Senat, die Zulassung der Revision in den Entscheidungsgründen sei entgegen früherer Rechtsprechung¹³ zwar unsachgemäß, aber dennoch wirksam. Es komme nicht darauf an, ob die Verkündung nur versehentlich unterblieben sei.¹⁴ Am 10.07.1996 widersprach der 4. Senat dieser Auffassung. Die Zulassung der Revision in den Entscheidungsgründen sei nur dann wirksam, wenn sie vom Gericht beschlossen, aber versehentlich nicht verkündet worden sei.¹⁵ In beiden Entscheidungen war die Verkündung nur versehentlich unterblieben, so dass die Frage jeweils keine Ergebnisrelevanz aufwies.¹⁶

⁸ BAG, 13.11.1997 - 8 AZR 295/95 = AP Nr. 169 zu § 613a BGB.

⁹ BAG, 13.05.2004 - 8 AZR 198/03 = AP Nr. 264 zu § 613a BGB, unter II. 2. c) dd) (2) der Gründe

¹⁰ BAG, 19.06.1979 - 6 AZR 638/77 = AP Nr. 36 zu § 37 BetrVG 1972; BAG, 23.06.1983 - 6 ABR 65/80 = AP Nr. 45 zu § 37 BetrVG 1972; BAG, 14.02.1990 - 7 ABR 13/88 = BB 1990, 1625-1626.

¹¹ BAG, 15.03.1995 - 7 AZR 643/94 = AP Nr. 105 zu § 37 BetrVG 1972, unter I. 1. der Gründe.

¹² BAG, 15.03.1995 - 7 AZR 643/94 = AP Nr. 105 zu § 37 BetrVG 1972, Tatbestand.

¹³ BAG, 23.11.1994 - 4 AZR 528/92 = AP Nr. 27 zu § 72 ArbGG 1979.

¹⁴ BAG, 31.10.1995 - 1 AZR 372/95 = AP Nr. 29 zu § 72 ArbGG 1979, unter A. II. 3. der Gründe.

¹⁵ BAG, 10.07.1996 - 4 AZR 139/95 = AP Nr. 29 zu §§ 22, 23 BAT Sozialarbeiter, unter A. der Gründe.

¹⁶ Klärung brachte erst die Entscheidung BAG, 11.12.1998 - 6 AZB 48/97 = AP Nr. 30 zu § 64 ArbGG 1979.

4. BAG, 07.02.1996 - 1 AZR 657/95:

Die Parteien stritten darüber, ob die Beklagte eine Tarifierhöhung wirksam auf die übertarifliche Zulage des Klägers angerechnet hatte. Der 1. Senat entschied, sei eine übertarifliche Zulage (stillschweigend oder ausdrücklich) mit einem Anrechnungsvorbehalt verbunden, der sich generell auf Tariflohnerhöhungen beziehe, erfasse dieser Vorbehalt im Zweifel nicht den Lohnausgleich für eine tarifliche Arbeitszeitverkürzung.¹⁷ Im Unterschied hierzu hatte der 4. Senat angenommen, eine vom Anrechnungsvorbehalt umfasste Lohnenerhöhung liege auch insoweit vor, als ein tariflicher Stundenlohn zum Ausgleich einer gleichzeitig vorgenommenen Arbeitszeitverkürzung erhöht werde.¹⁸ Da in dem der Änderungsentscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt tariflich kein Stundenlohn, sondern ein Monatslohn geschuldet war, wäre auch nach Auffassung des 4. Senats der Gegenwert einer Arbeitszeitverkürzung bei gleichbleibendem Entgelt nicht als Tarifierhöhung i.S.d. üblichen Anrechnungsvorbehalts anzusehen gewesen.¹⁹ Die Änderung war damit ohne Ergebnisrelevanz.

5. BAG, 08.05.1996 - 5 AZR 315/95:

Die Parteien stritten darüber, ob der Kläger wegen der von ihm behaupteten Gesundheitsschädlichkeit seines Arbeitsplatzes berechtigt gewesen war, seine Arbeitsleistung zu verweigern, und ob der Beklagte aus diesem Grund die Bezüge des Klägers trotz unterbliebener Arbeitsleistung nachzuzahlen hatte. Beschränke sich die Gefährdung des Arbeitnehmers darauf, dass er in gefahrstoffbelasteten Räumen arbeite, könne sich nach Auffassung des 5. Senats entgegen der anderslautenden Erwägung in der Ausgangsentscheidung²⁰ ein Zurückbehaltungsrecht nur aus § 273 Abs. 1, § 618 Abs. 1 BGB, nicht aber aus § 21 Abs. 6 S. 2 der Gefahrstoffverordnung ergeben.²¹ Am Ergebnis des Rechtsstreits änderte diese Änderung nichts.

6. BAG, 12.09.1996 - 5 AZR 104/95:

Bei Frage, ob Lehrkräfte, die im Rahmen von schulischen Kursen des zweiten Bildungswegs unterrichteten, Arbeitnehmer des Schulträgers seien, entschied der 5. Senat sich dafür, bei einer typisierenden Betrachtungsweise zu bleiben.²² Damit wich er unter anderem von einer Aussage des 7. Senats ab, welcher sich für eine stärker individualisierende Betrachtungsweise ausgesprochen hatte.²³ Die Abweichung war nicht ergebnisrelevant, da sich die Klage auch dann als begründet erwiesen hätte, wenn der Entscheidung die individualisierende Auffassung zugrunde gelegt worden wäre.²⁴

7. BAG, 09.12.1997 - 1 AZR 319/97 (1. Rechtsprechungsänderung):

Nach Auffassung des 1. Senats, dürfe ein Gericht im Parteiprozess seinem Urteil entgegen früherer Rechtsprechung²⁵ ohne entsprechenden Parteivortrag nicht Tatsachen zugrunde legen, deren Gegen-

¹⁷ BAG, 07.02.1996 - 1 AZR 657/95 = AP Nr. 85 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter II. 1. c) der Gründe.

¹⁸ BAG, 03.06.1987 - 4 AZR 44/87 = AP Nr. 58 zu § 1 TVG Tarifverträge – Metallindustrie.

¹⁹ BAG, 07.02.1996 - 1 AZR 657/95 = AP Nr. 85 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter II. 1. c) der Gründe.

²⁰ BAG, 02.02.1994 - 5 AZR 273/93 = AP Nr. 4 zu § 273 BGB.

²¹ BAG, 08.05.1996 - 5 AZR 315/95 = AP Nr. 23 zu § 618 BGB, unter C. I. 1. der Gründe.

²² BAG, 12.09.1996 - 5 AZR 104/95 = AP Nr. 122 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten, unter II. 3. der Gründe.

²³ BAG, 13.11.1991 - 7 AZR 31/91 = AP Nr. 60 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

²⁴ BAG, 12.09.1996 - 5 AZR 104/95 = AP Nr. 122 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten, unter II. 4. der Gründe.

²⁵ BAG, 30.09.1976 - 2 AZR 402/75 = AP Nr. 3 zu § 9 KSchG 1969.

teil offenkundig sei.²⁶ Es ging in dem Fall um Tatsachen, die der Senat von Amts wegen zu beachten hatte, so dass sich die Änderung nicht auf die Entscheidung auswirkte.²⁷ Vom Vorliegen eines bloßen *obiter dictum* wurde deshalb nicht ausgegangen, weil die Formulierung in den Entscheidungsgründen deutlich machte, dass die Änderung entscheidungserheblich sein sollte.

8. BAG, 09.12.1997 - 1 AZR 319/97 (2. Rechtsprechungsänderung):

Die Parteien stritten über die Anrechnung einer übertariflichen Zulage auf eine tarifliche Lohnerhöhung. Der 1. Senat entschied, § 77 Abs. 3 BetrVG schließe eine bloße Aufstockung der Tariflöhne durch Betriebsvereinbarung aus. Soweit ein früherer Senatsbeschluss²⁸ dahin verstanden werden könne, dass übertarifliche Zulagen immer durch Betriebsvereinbarung geregelt werden könnten, weil es sich bei ihnen *ex definitione* um tariflich nicht geregelte Gegenstände handele, halte der Senat daran nicht fest.²⁹ Im konkreten Fall fiel die Betriebsvereinbarung allerdings nicht unter die Regelungssperre, da sie keine eigenständige Bestimmung der Lohnhöhe enthielt.³⁰ Damit war die Betriebsvereinbarung nach beiden Auffassungen als wirksam zu beurteilen.

9. BAG, 19.02.1998 - 6 AZR 367/96:

Der Kläger verlangte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien von dem Beklagten eine Abfindung nach § 2 Abs. 1 Buchst. a TV soziale Absicherung. Entgegen früherer Rechtsprechung³¹ entschied der 6. Senat, einem gekündigten Arbeitnehmer könne eine Abfindung nach § 2 Abs. 1a TV soziale Absicherung auch dann zustehen, wenn nach Außerkrafttreten dieser Bestimmung eine Kündigung wegen mangelnden Bedarfs erfolgt sei.³² Allerdings wurde die Klage trotz der Änderung zugunsten des auf Abfindung klagenden Arbeitnehmers abgewiesen, da einer der Ausschlussstatbestände des § 2 Abs. 5 TV soziale Absicherung vorlag.

10. BAG, 26.05.1999 - 5 AZR 664/98:

Die Parteien stritten darüber, ob die Beklagte das Anstellungsverhältnis mit der Klägerin wirksam gekündigt hatte. Im Rahmen dieses Streits stellte der 5. Senat entgegen einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 09.02.1978³³ fest, dass das Anstellungsverhältnis einer (stellvertretenden) GmbH-Geschäftsführerin im Einzelfall ein Arbeitsverhältnis sein könne.³⁴ Im konkreten Fall unterliege die Klägerin allerdings keinem Weisungsrecht der Beklagten und sei daher nicht als Arbeitnehmerin anzusehen.³⁵ Die Abweichung war damit zwar begründungs-, nicht aber ergebnisrelevant.

²⁶ BAG, 09.12.1997 - 1 AZR 319/97 = AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt, unter II. 1. c) der Gründe.

²⁷ BAG, 09.12.1997 - 1 AZR 319/97 = AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt, unter II. 1. c) der Gründe.

²⁸ BAG, 17.12.1985 - 1 ABR 6/84 = AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang.

²⁹ BAG, 09.12.1997 - 1 AZR 319/97 = AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt, unter III. 3. a) bb) der Gründe.

³⁰ BAG, 09.12.1997 - 1 AZR 319/97 = AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt, unter III. 3. a) bb) (2) der Gründe.

³¹ BAG, 10.11.1994 - 6 AZR 427/94 = AP Nr. 19 zu § 1 TVG Tarifverträge DDR.

³² BAG, 19.02.1998 - 6 AZR 367/96 = AP Nr. 25 zu § 4 TVG Rationalisierungsschutz, unter II. der Gründe.

³³ BGH, 09.02.1978 - II ZR 189/76 = AP Nr. 1 zu § 38 GmbHG.

³⁴ BAG, 26.05.1999 - 5 AZR 664/98 = AP Nr. 10 zu § 35 GmbHG, unter III. 1. der Gründe.

³⁵ III. 2. der Gründe.

11. BAG, 11.07.2000 - 1 ABR 43/99:

Die Beteiligten stritten über den Inhalt und die Reichweite der Auskunftspflicht der Arbeitgeberin gegenüber dem Wirtschaftsausschuss und in diesem Zusammenhang über die Wirksamkeit des Spruchs einer nach § 109 BetrVG gebildeten Einigungsstelle. Der 1. Senat entschied entgegen in der Ausgangsentscheidung geäußelter Bedenken³⁶, dass die Entscheidung der Einigungsstelle nach § 109 BetrVG darüber, ob, wann, in welcher Weise und in welchem Umfang der Unternehmer den Wirtschaftsausschuss zu unterrichten habe, der vollen Rechtskontrolle der Arbeitsgerichte unterliege.³⁷ Da der Einigungsstellenspruch im konkreten Fall sogar der vollen Rechtskontrolle standhielt, besaß die Rechtsprechungsänderung keine Ergebnisrelevanz.³⁸

12. BAG, 19.03.2002 - 9 AZR 109/01:

Die Parteien stritten über einen Anspruch der Klägerin auf Zusatzurlaub nach § 49 Abs. 1 BAT i.V.m. § 16 S. 1 Nr. 1 b UrIVO. Der 9. Senat entschied, dass der Klägerin ein solcher Anspruch nicht zustehe, da sie mit 13,47 Stunden wöchentlich nicht „überwiegend“ mit infektiösem Material arbeite. Wegen der in § 49 Abs. 1 BAT angeordneten sinngemäßen Anwendung der beamtenrechtlichen Bestimmungen, richte sich der Mindestumfang der Beschäftigung nach der für Angestellte jeweils in § 15 Abs. 1 S. 1 BAT oder § 15 Abs. 1 S. 1 BAT-O bestimmten Regelarbeitszeit. Soweit der Senat in einer früheren Entscheidung angenommen habe, Maßstab sei die dort für Beamte geltende regelmäßige Wochenarbeitszeit von 40 Stunden,³⁹ werde daran nicht festgehalten.⁴⁰ Damit wäre die Klage im einen wie im anderen Fall unbegründet gewesen.

13. BAG, 19.02.2003 - 4 AZR 158/02:

Die Parteien stritten über die zutreffende Eingruppierung des Klägers. Dieser begehrte Vergütung nach VergGr. IV b BAT/BL nach sechsjähriger Bewährung in Fallgr. 1 a der VergGr. V b der Vergütungsgruppen des Allgemeinen Teils (Teil I) der Anlage 1 a zum BAT/BL. Dem 4. Senat zufolge sei es entgegen früherer Rechtsprechung nach Wortlaut und tariflichem Gesamtzusammenhang nicht erforderlich, dass die Voraussetzungen der VergGr. V c Fallgr. 1 a, der VergGr. VI b Fallgr. 1 a der Vergütungsgruppen des Allgemeinen Teils (Teil I) der Anlage 1a zum BAT/BL (a.K.) sowie der VergGr. VII Fallgr. 1 a und auch die Merkmale der VergGr. V b Fallgr. 1 a erfüllt seien, wenn ein Bewährungsaufstieg in VergGr. V b erfolgen solle, da es sich dabei nicht um Heraushebungsmerkmale, sondern lediglich um höhere Anforderungen handle.⁴¹ Die Klage war allerdings aus einem anderen Grund ohne Erfolg, so dass die Änderung nicht entscheidungserheblich war.

³⁶ BAG, 08.08.1989 - 1 ABR 61/88 = AP Nr. 6 zu § 106 BetrVG 1972.

³⁷ BAG, 11.07.2000 - 1 ABR 43/99 = AP Nr. 2 zu § 109 BetrVG 1972, unter B. I. 2. a) der Gründe.

³⁸ BAG, 11.07.2000 - 1 ABR 43/99 = AP Nr. 2 zu § 109 BetrVG 1972, unter B. I. 2. b) der Gründe.

³⁹ BAG, 25.01.2000 - 9 AZR 25/99 (nicht veröffentlicht).

⁴⁰ BAG, 19.03.2002 - 9 AZR 109/01 = PflR 2002, 374, unter B. I. 2. d) der Gründe.

⁴¹ BAG, 19.02.2003 - 4 AZR 158/02 = ZTR 2003, 511.

14. BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 (1. Rechtsprechungsänderung):

Die Parteien stritten über die Abgeltung von Urlaubsansprüchen in der Insolvenz. Nach Auffassung des 9. Senats sei es entgegen früherer Rechtsprechung⁴² für die Einordnung als Masseverbindlichkeit unerheblich, ob die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgereicht hätte, den Urlaubsanspruch durch Freistellung von der Arbeitspflicht zu erfüllen. Der nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu erfüllende Urlaubsabgeltungsanspruch gehöre stets zu den Masseverbindlichkeiten i.S.d. § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO.⁴³ Ergebnisrelevant war die Rechtsprechungsänderung nicht, da im konkreten Fall die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgereicht hätte, den Urlaubsanspruch durch Freistellung von der Arbeitspflicht zu erfüllen.

15. BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 (2. Rechtsprechungsänderung):

Der 9. Senat entschied am 25.03.2003 unter anderem, dass der Anspruch des Arbeitnehmers auf Freistellung nach dem BUrlG von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unberührt bleibe. Das gelte entgegen einer früheren Entscheidung⁴⁴ allerdings nicht deshalb, weil das Insolvenzverfahren nur Zahlungsansprüche erfasse, da dieser Auffassung schon § 45 InsO entgegenstehe, sondern folge vielmehr aus § 108 InsO.⁴⁵ Die Rechtsprechungsänderung bestand also nur darin, dass sich die Begründung für die gleiche Entscheidungsregel änderte und wirkte sich damit nicht auf das Ergebnis aus.

16. BAG, 27.05.2004 - 6 AZR 129/03:

In dieser Entscheidung hatte sich der 6. Senat mit der Frage der Grundrechtsgebundenheit der Tarifvertragsparteien zu befassen. Er entschied, die Tarifvertragsparteien seien bei der tariflichen Normsetzung nicht unmittelbar grundrechtsgebunden. Allerdings verpflichte die Schutzpflichtfunktion der Grundrechte dazu, den einzelnen Grundrechtsträger vor einer unverhältnismäßigen Beschränkung seiner Freiheitsrechte und einer gleichheitswidrigen Regelbildung auch durch privatautonom legitimierte Normsetzung zu bewahren.⁴⁶ Die Abweichung von anderen Entscheidungen Bundesarbeitsgerichts⁴⁷ wirkte sich nur auf die Begründung der mittelbaren Grundrechtsgebundenheit aus, nicht auf das Ergebnis.

⁴² BAG, 21.05.1980 - 5 AZR 441/78 = AP Nr. 10 zu § 59 KO; BSG, 30.11.1977 - 12 RAr 99/76 = AP Nr. 3 zu § 141b AFG.

⁴³ BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 = AP Nr. 4 zu § 55 InsO, unter II. 2. a) der Gründe.

⁴⁴ BAG, 18.12.1986 - 8 AZR 481/84 = AP Nr. 19 zu § 11 BUrlG.

⁴⁵ BAG, 25.03.2003 - 9 AZR 174/02 = AP Nr. 4 zu § 55 InsO, unter II. 2. a) bb) der Gründe

⁴⁶ BAG, 27.05.2004 - 6 AZR 129/03 = AP Nr. 5 zu § 1 TVG Gleichbehandlung, unter B. II. 1. und 2. der Gründe.

⁴⁷ *Unmittelbare Bindung*: BAG, 28.03.1996 - 6 AZR 501/95 = AP Nr. 49 zu § 2 BeschFG 1985; BAG, 18.06.1997 - 5 AZR 259/96 = AP Nr. 2 zu § 3d BAT; BAG, 26.01.1999 - 3 AZR 381/97 = AP Nr. 48 zu § 1 BetrAVG Zusatzversorgungskassen; BAG, 04.04.2000 - 3 AZR 729/98 = AP Nr. 2 zu § 1 TVG Gleichbehandlung; *Willkürgrenze*: BAG, 30.08.2000 - 4 AZR 563/99 = AP Nr. 25 zu § 4 TVG Geltungsbereich; BAG, 29.08.2001 - 4 AZR 352/00 = AP Nr. 291 zu Art 3 GG.

17. BAG, 20.07.2004 - 9 AZR 369/03:

Die Parteien stritten darüber, ob die Klägerin, eine Gesellschaft portugiesischen Rechts mit Sitz in Portugal, welche ein Bauunternehmen betrieb und seit Februar 1999 portugiesische Arbeitnehmer in die Bundesrepublik entsendete, um Rohbauarbeiten auszuführen, verpflichtet sei, am Urlaubskassenverfahren der Bauwirtschaft teilzunehmen. Der 9. Senat entschied, dass die Erstreckung der allgemeinverbindlichen Urlaubs- und Urlaubskassentarifverträge für das Baugewerbe auf ausländische Arbeitgeber mit Sitz in einem Land der EG (bzw. EU) entgegen der Ansicht der Klägerin nicht gegen den Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs verstoße. Weder würden Arbeitgeber aus anderen Mitgliedsstaaten unzulässig benachteiligt noch liege ein sonstiges unzulässiges Hindernis für den Dienstleistungsverkehr vor.⁴⁸ Eine unzulässige Ungleichbehandlung von Arbeitgebern mit Sitz in Deutschland und den anderen Mitgliedsstaaten der EG (bzw. EU) könne nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs vorliegen, wenn sich zwar inländische, nicht jedoch ausländische Arbeitgeber den erstreckten Tarifverträgen durch speziellere tarifliche Regelungen entziehen könnten. Seit dem Jahre 1999 sei es aber weder inländischen noch ausländischen Arbeitgebern möglich gewesen, die erstreckten Tarifverträge durch speziellere Regelungen zu verdrängen. Die auch inländische Arbeitgeber umfassende Bindung war Ziel der Gesetzgebung, um eine Gleichbehandlung inländischer und ausländischer Arbeitgeber zu erreichen. Mit diesen gesetzgeberischen Zielen wäre es nicht vereinbar, wenn durch speziellere, für den Arbeitnehmer ungünstigere tarifliche Regelungen im Inland oder Ausland das Urlaubskassensystem verdrängt werden könnte. Dies schließe den Vorrang speziellerer Tarifverträge entgegen der Ansicht des Senats in der Ausgangsentscheidung unabhängig davon aus, ob diese Tarifverträge darauf gerichtet seien, die Wirkungen der Erstreckung von Tarifverträgen nach dem AEntG auszuschließen. In der Ausgangsentscheidung hatte der Senat noch entschieden, dass sowohl Arbeitgeber mit Sitz im In- als auch im Ausland frei seien, die auf sie erstreckten allgemeinverbindlichen Tarifverträge durch speziellere zu verdrängen, es sei denn, diese wären darauf gerichtet, die Wirkungen der Erstreckung von Tarifverträgen nach dem AEntG auszuschließen.⁴⁹ Nach alter wie nach neuer Auffassung wäre die Regelung als nicht europarechtswidrig einzustufen gewesen, da keine Ungleichbehandlung aus- und inländischer Arbeitgeber vorlag.

18. BAG, 19.12.2006 - 9 AZR 294/06:

Die Parteien stritten in der Revisionsinstanz über einen Anspruch des Klägers wegen der entgangenen Nutzungsmöglichkeit eines ihm zur Privatnutzung zur Verfügung gestellten Dienstfahrzeuges. Nach Ansicht des 9. Senats sei die Anspruchsgrundlage für eine Nutzungsausfallentschädigung bei unberechtigtem Entzug eines auch privat nutzbaren Firmenwagens §§ 280 Abs. 1 S. 1 i.V.m. 283 S. 1 BGB. § 615 BGB komme entgegen einer früher geäußerten Auffassung⁵⁰ nicht in Betracht.⁵¹ Beide Anspruchsgrundlagen hätten im konkreten Fall zur Nutzungsausfallentschädigung geführt, so dass die Rechtsprechungsänderung keine Auswirkungen auf das Ergebnis hatte.

⁴⁸ BAG, 20.07.2004 - 9 AZR 369/03 = EzA § 1 AEntG Nr. 4, unter B. I. 5. der Gründe.

⁴⁹ BAG, 25.06.2002 - 9 AZR 405/00 = AP Nr. 12 zu § 1 AEntG, unter A. II. 5. c) cc) der Gründe.

⁵⁰ BAG, 05.09.2002 - 8 AZR 702/01 = AP Nr. 1 zu § 280 n.F. BGB.

⁵¹ BAG, 19.12.2006 - 9 AZR 294/06 = AP Nr. 21 zu § 611 BGB Sachbezüge, unter II. 3. a) und b) der Gründe.

19. BAG, 03.04.2007 - 9 AZR 283/06:

Am 03.04.2007 entschied der 9. Senat entgegen einer früheren Entscheidung⁵², dass die Einschränkung der Inhaltskontrolle nach § 310 Abs. 4 S. 1 BGB nicht für formularmäßig verwendete Klauseln in Arbeitsverträgen gelte, die auf einen Tarifvertrag Bezug nehmen würden.⁵³ Die im konkreten Fall zu beurteilende Klausel wurde trotz Anwendbarkeit der Inhaltskontrolle als wirksam beurteilt.

20. BAG, 06.11.2007 - 1 AZR 960/06:

Die Parteien stritten über die Höhe einer Sozialplanabfindung. Nach Auffassung des 1. Senats sei den Betriebsparteien entgegen früherer Rechtsprechung⁵⁴ im Sozialplan eine Gruppenbildung verwehrt, die nur dazu dienen solle, dem Arbeitgeber eine eingearbeitete und qualifizierte Belegschaft zu erhalten. Betriebliche Interessen an der Erhaltung der Belegschaft oder von Teilen derselben seien nicht geeignet, Differenzierungen bei der Höhe von Sozialplanabfindungen zu rechtfertigen.⁵⁵ Auch in diesem Fall kam der Änderung keiner Ergebnisrelevanz zu, da die Herabsetzung der Sozialplanabfindung aus einem anderen Grund als rechtmäßig zu beurteilen war.

21. BAG, 22.04.2009 - 4 AZR 100/08:

Im Rahmen einer Entscheidung vom 22.04.2009 stellte der 4. Senat fest, dass die nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB durch einen Betriebsübergang transformierten Normen Mindestarbeitsbedingungen i.S.v. § 4 Abs. 1 und 3 TVG vergleichbar seien. Der Unterschied zu den individualvertraglich begründeten Rechten und Pflichten bestehe in ihrer einseitig zwingenden Wirkung innerhalb der Sperrfrist, eine einvernehmliche Abänderung zu Gunsten des Arbeitnehmers sei jederzeit möglich. Diese schließe dies einen Vergleich mit lediglich nach § 4 Abs. 5 TVG nachwirkenden Tarifnormen aus, wie er noch in der Ausgangsentscheidung⁵⁶ vorgenommen worden sei.⁵⁷ Im Ergebnis hätte die Kündigung des betreffenden Tarifvertrages für die Arbeitsverhältnisse jedoch nach alter wie neuer Ansicht eine unmittelbare Beendigung der Gestaltungswirkung seiner Regelungen bewirkt, da sich die Inhalte des Tarifvertrags nach beiden Auffassungen nicht in individualvertragliche Vereinbarungen gewandelt, sondern kollektivrechtlichen Charakter beibehalten hatten.

Anhang 7 c)

(zu § 3, B. II. 2. b. aa. (1) (c) Ergebnisrelevante Änderungen ohne nachteilige Auswirkungen)

1. BAG, 27.06.2002 - 2 ABR 22/01:

Die antragstellende Arbeitgeberin begehrte im vorliegenden Beschlussverfahren die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung des Betriebsratsvorsitzenden. Im

⁵² BAG, 12.09.2006 - 9 AZR 675/05 = AP Nr. 176 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten.

⁵³ BAG, 03.04.2007 - 9 AZR 283/06 = AP Nr. 21 zu § 2 BAT SR 2I, unter B. II. 3. b) bb) der Gründe.

⁵⁴ BAG, 28.09.1988 - 1 ABR 23/87 = AP Nr. 47 zu § 112 BetrVG 1972; BAG, 09.11.1994 - 10 AZR 281/94 = AP Nr. 85 zu § 112 BetrVG 1972; 19.07.1995, Az. 10 AZR 885/94 = AP Nr. 96 zu § 112 BetrVG 1972.

⁵⁵ BAG, 06.11.2007 - 1 AZR 960/06 = AP Nr. 190 zu § 112 BetrVG 1972, unter II. 2. b) dd) der Gründe.

⁵⁶ BAG, 29.08.2001 - 4 AZR 332/00 = AP Nr. 17 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

⁵⁷ BAG, 22.04.2009 - 4 AZR 100/08 = AP Nr. 371 zu § 613a BGB, unter B. I. 2. b) aa) (1) (a) der Gründe.

Rahmen dieser Entscheidung stellte der 2. Senat fest, dass der Antrag des Arbeitgebers nach § 103 Abs. 2 BetrVG auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur fristlosen Entlassung eines Betriebsratsmitglieds unzulässig und nicht unbegründet werde,⁵⁸ wenn während des laufenden Beschlussverfahrens das Arbeitsverhältnis mit dem Betriebsratsmitglied beendet werde.⁵⁹ Der Tenor lautete nach neuer Ansicht: „Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin [...] wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Anträge als unzulässig abgewiesen werden.“ Die Änderung hatte jedoch insoweit keinen Einfluss auf den Ausgang des Rechtsstreits, als die Klage so oder so abgewiesen worden wäre.

2. BAG, 14.08.2002 - 7 AZR 469/01:

Der 7. Senat entschied, dass es sich bei dem Klageantrag „Der Kläger hat beantragt, festzustellen, daß das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis ungekündigt und unbefristet über den 31. Mai 2000 hinaus fortbesteht“ nicht um eine allgemeine Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO handele,⁶⁰ sondern um eine Entfristungsklage i.S.v. § 1 Abs. 5 BeschFG in der hier maßgeblichen, bis zum 31.12.2000 geltenden Fassung (BeschFG 1996). Dies sei im Urteilstenor durch eine entsprechende Maßgabe klarzustellen.⁶¹ Die Klage war jedoch so oder so erfolgreich.

3. BAG, 19.11.2003 - 7 ABR 24/03:

Die Beteiligten stritten über die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl. Der 7. Senat stellte fest, dass sich aus einer Gesamtwürdigung einzelner Verstöße gegen Wahlvorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes und der Wahlordnung, die jeder für sich genommen nicht zur Nichtigkeit der Wahl führten, entgegen der früheren Auffassung des 1. Senats⁶² nicht die Nichtigkeit der Betriebsratswahl insgesamt ergeben könne.⁶³ Die Rechtsprechungsänderung hatte damit zur Folge, dass die Betriebsratswahl im konkreten Fall anfechtbar und nicht nichtig war. Der Tenor lautete entsprechend der neuen Ansicht: „Die Betriebsratswahl [...] wird für unwirksam erklärt.“ Dies hatte jedoch insofern keine Auswirkung auf die Begründetheit der Klage, als die Betriebsratswahl im einen wie im anderen Fall ungültig gewesen wäre.

4. BAG, 27.04.2006 - 2 AZR 360/05:

Die Parteien stritten über die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung der Beklagten und einen vom Kläger gestellten Auflösungsantrag. Der 2. Senat stellte im Rahmen dessen fest, dass es entgegen einer früheren Entscheidung⁶⁴ ermessensfehlerhaft sei, über einen Kündigungsschutzantrag hinsichtlich einer Kündigung und über einen darauf bezogenen Auflösungsantrag eher zu entscheiden, als über einen zeitlich vorgehenden Auflösungsantrag.⁶⁵ Da die Rechtsprechungsänderung

⁵⁸ So aber BAG, 10.02.1977 - 2 ABR 80/76 = AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972.

⁵⁹ BAG, 27.06.2002 - 2 ABR 22/01 = AP Nr. 47 zu § 103 BetrVG 1972, unter II. 1. der Gründe.

⁶⁰ So aber BAG, 20.12.1984 - 2 AZR 3/84 = AP Nr. 9 zu § 620 BGB Bedingung; BAG, 06.03.1986 - 2 AZR 262/85 = AP Nr. 1 zu § 620 BGB Altersgrenze; BAG, 20.11.1987 - 2 AZR 284/86 = AP Nr. 2 zu § 620 BGB Altersgrenze.

⁶¹ BAG, 14.08.2002 - 7 AZR 469/01 = AP Nr. 20 zu § 620 BGB Altersgrenze, unter I. der Gründe.

⁶² BAG, 27.04.1976 - 1 AZR 482/75 = AP Nr. 4 zu § 19 BetrVG 1972.

⁶³ BAG, 19.11.2003 - 7 ABR 24/03 = AP Nr. 54 zu § 19 BetrVG 1972, unter B. III. 3. b) der Gründe.

⁶⁴ BAG, 17.09.1987 - 2 AZR 2/87 = RzK I 11a Nr 16.

⁶⁵ BAG, 27.04.2006 - 2 AZR 360/05 = AP Nr. 55 zu § 9 KSchG 1969, unter B. II. 2. e) der Gründe.

nur dazu führte, dass das Verfahren ausgesetzt wurde, belastete die Rechtsprechungsänderung keine der Parteien unmittelbar.

Anhang 7 d)

(zu § 3, B. II. 2. b. aa. (2) (c) (aa) Fälle unmöglicher vertrauensschutzrelevanter Vertrauensbetätigung: Änderung von Zulässigkeitsvoraussetzungen)

1. BAG, 13.06.1996 - 2 AZR 483/95:

Im Rahmen dieser Entscheidung stellte der 2. Senat fest, dass entgegen einem früheren Urteil⁶⁶ in dem Fall, in dem der öffentliche Dienstherr genau bestimmten Dienststellenangehörigen zur Führung von Arbeitsgerichtsprozessen Generalvollmacht erteilt habe, eine wirksame Zustellungen im Arbeitsgerichtsverfahren gemäß § 46 Abs. 2, § 50 ArbGG, § 176 ZPO nur an diese Prozessbevollmächtigten erfolgen könne. Eine Ersatzzustellung an sonstige Behördenangestellte (§§ 183, 184 ZPO) sei nicht wirksam.⁶⁷

2. BAG, 26.09.1996 - 2 AZR 661/95:

Der 2. Senat entschied, dass entgegen früherer Auffassung⁶⁸ auch ein Rechtsbeistand wirksam Klage zum Arbeitsgericht erheben könne, weil dessen Ausschluss gemäß § 11 Abs. 3 ArbGG nur das Auftreten in der mündlichen Verhandlung, nicht dagegen Prozesshandlungen außerhalb der mündlichen Verhandlung betreffe.⁶⁹

3. BAG, 11.12.1998 - 6 AZB 48/97:

Nach Ansicht des 6. Senats sei die Zulassung der Berufung in den nicht verkündeten Entscheidungsgründen entgegen einiger früherer Entscheidungen⁷⁰ unabhängig davon wirksam, dass die Verkündung nur versehentlich unterblieben sei.⁷¹

4. BAG, 07.11.2000 - 1 ABR 55/99:

Beteilige sich die Bundesrepublik Deutschland gem. IX des Unterzeichnungsprotokolls zu Art. 56 IX ZA-Nato-Truppenstatut auf Antrag einer Truppe an einem von der Betriebsvertretung eingeleiteten Verfahren über den Umfang des Mitbestimmungsrechts bei Einstellung von Arbeitnehmern, sei für

⁶⁶ BAG, 12.12.1969 - 2 AZR 74/69 = AP Nr. 5 zu § 183 ZPO.

⁶⁷ BAG, 13.06.1996 - 2 AZR 483/95 = AP Nr. 33 zu § 1 KSchG 1969, unter II. 1. der Gründe.

⁶⁸ BAG, 21.04.1988 - 8 AZR 394/86 = AP Nr. 10 zu § 11 ArbGG 1979 Prozessvertreter.

⁶⁹ BAG, 26.09.1996 - 2 AZR 661/95 = AP Nr. 2 zu § 11 ArbGG 1979, unter II. der Gründe.

⁷⁰ BAG, 23.11.1994 - 4 AZR 528/92 = AP Nr. 27 zu § 72 ArbGG 1979; BAG, 26.04.1995 - 7 AZR 984/93 = AP Nr. 6 zu § 41 SGB VI; BAG, 10.07.1996 - 4 AZR 139/95 = AP Nr. 29 zu §§ 22, 23 BAT Sozialarbeiter; BAG, 09.07.1997 - 4 AZR 780/95 = AP Nr. 39 zu §§ 22, 23 BAT Sozialarbeiter.

⁷¹ BAG, 11.12.1998 - 6 AZB 48/97 = AP Nr. 30 zu § 64 ArbGG 1979, unter B. II. 3. der Gründe. In den vorherigen Entscheidungen war diese Frage nicht ergebnisrelevant geworden war (BAG, 31.10.1995 - 1 AZR 372/95 = AP Nr. 29 zu § 72 ArbGG 1979; BAG, 10.07.1996 - 4 AZR 139/95 = AP Nr. 29 zu §§ 22, 23 BAT Sozialarbeiter).

dieses Verfahren nach Auffassung des 1. Senats entgegen der früheren Rechtsprechung⁷² die deutsche Gerichtsbarkeit gegeben.⁷³

5. BAG, 21.06.2000 - 5 AZR 782/98:

Der 5. Senat entschied, dass sich das Feststellungsinteresse für eine Klage, mit der das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses in einem bereits abgeschlossenen Zeitraum festgestellt werden solle, entgegen einer früheren Äußerung des 3. Senats⁷⁴ nicht mit der Erklärung eines Sozialversicherungsträgers begründen lasse, er werde das Ergebnis der arbeitsgerichtlichen Entscheidung bei der Prüfung der sozialrechtlichen Versicherungspflicht übernehmen.⁷⁵

6. BAG, 07.12.2000 - 2 AZR 459/99:

Im Zusammenhang mit der Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Verfahren und Bewertung von Überprüfungsflügen für die Verlängerung oder Erneuerung der Erlaubnis eines Piloten zum Führen eines Verkehrsflugzeugs, stellte der 2. Senat fest, dass die angeblichen fliegerischen Leistungsmängel im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu überprüfen seien. Dem Piloten würde damit ein effektiver Rechtsschutz nicht versagt. Soweit der Senat im Urteil vom 31.01.1996⁷⁶ eine abweichende Auffassung vertreten habe, gebe er sie hiermit auf.⁷⁷

7. BAG, 20.08.2003 - 5 AZB 79/02:

Die Parteien stritten im Ausgangsverfahren über die ordentliche Kündigung ihrer Vertragsbeziehung durch die Beklagte. Im Rahmen der Revision entschied der 5. Senat, dass der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer KG nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nicht als Arbeitnehmer i.S.d. Arbeitsgerichtsgesetzes gelte, da er kraft Gesetzes zur Vertretung dieser Personengesamtheit berufen sei. Damit sei der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten im konkreten Fall entgegen der früheren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts⁷⁸ nicht eröffnet.⁷⁹

⁷² BAG, 23.07.1981 - ABR 74/78 = AP Nr. 5 zu Art 56 ZA-NATO-Truppenstatut; BAG, 12.02.1985 - 1 ABR 3/83 = AP Nr. 1 zu Art 1 Nato-Truppenstatut.

⁷³ BAG, 07.11.2000 - 1 ABR 55/99 = AP Nr. 22 zu Art 56 ZA-Nato-Truppenstatut, unter B. IV. der Gründe.

⁷⁴ BAG, 10.05.1974 - 3 AZR 523/73 = AP Nr. 48 zu § 256 ZPO.

⁷⁵ BAG, 21.06.2000 - 5 AZR 782/98 = AP Nr. 60 zu § 256 ZPO 1977. Dazu kommt in diesem Fall, dass die Rechtslage insoweit nicht klar war, als der entscheidende Senat bereits in der Ausgangsentscheidung selbst Bedenken zu dieser Aussage geäußert und die Entscheidungsregel unter den Vorbehalt gestellt hatte, dass sie funktioniere, siehe B. III. 2. e) cc) der Gründe.

⁷⁶ BAG, 31.01.1996 - 2 AZR 68/95 = AP Nr. 17 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung, unter II. 4. a) der Gründe.

⁷⁷ BAG, 07.12.2000 - 2 AZR 459/99 = AP Nr. 23 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung, unter II. 3. der Gründe. Diese Änderung erging zwar nicht im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit der Klage, sondern der Begründetheit bei der Beurteilung der Frage, ob die Arbeitsgerichtsbarkeit das Luftfahrtbundesamt zur Verlängerung oder Erneuerung einer Fluglizenz verpflichten könne. Da es jedoch um eine Zuständigkeitsfrage geht, ist die Entscheidung an dieser Stelle mit aufgeführt.

⁷⁸ BAG, 15.04.1982 - 2 AZR 1101/79 = AP Nr. 1 zu § 14 KSchG 1969, unter A. der Gründe: „Soweit das Berufungsgericht im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts (ARS 16, 528) angenommen hat, die sachliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für einen Rechtsstreit zwischen einer Kommanditgesellschaft und dem Geschäftsführer ihrer Komplementär-GmbH sei nicht bereits durch § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG ausgeschlos-

8. BAG, 13.03.2007 - 1 ABR 24/06:

Die Beteiligten stritten über die Tarifzuständigkeit einer bestimmten Gewerkschaft für den Betrieb der Arbeitgeberin. Der 1. Senat stellte im Rahmen dessen fest, dass der Betriebsrat entgegen früherer Rechtsprechung⁸⁰ keine Antragsbefugnis gem. § 97 Abs. 2 i.V.m. § 81 Abs. 1 ArbGG habe.⁸¹

9. BAG, 09.04.2008 - 4 AZR 104/07:

Der 4. Senat entschied, dass ein Arbeitnehmer, wenn er die Gegenleistung für noch nicht erbrachte, aber nach § 614 BGB allgemein vorzuleistende komplexe Eigenleistungen bereits für Jahre im Vorhinein titulieren lassen wolle, sämtliche Voraussetzungen, unter denen im Normalfall der Anspruch jeweils nach Ablauf des Zeitabschnittes entstehe, im Antrag benennen und ihren Eintritt vor der Vollstreckung für jeden Einzelfall nachweisen müsse.⁸² Zwar sei nach einer früheren Entscheidung für die Bestimmbarkeit der Forderung i.S.v. § 257 ZPO nicht erforderlich gewesen, dass die Leistung unter allen Umständen mit Sicherheit geschuldet werde, sondern nur, dass sie, falls sich nichts Unerwartetes ereignet, geschuldet bleibe.⁸³ Soweit diese Aussage über die dort vorliegende besondere Konstellation der Drittschuldnerklage hinausgehen solle, werde daran jedoch nicht festgehalten.

Anhang 7 e)

(zu § 3, B. II. 2. b. aa. (2) (c) (bb) Fälle unmöglicher vertrauensschutzrelevanter Vertrauensbetätigung: Änderungen bei Darlegungs- und Beweislastverteilung)

1. BAG, 17.09.1998 - 8 AZR 175/97 (1. Rechtsprechungsänderung):

In Entscheidung stellte der 1. Senat unter anderem fest, dass § 282 BGB a.F. entgegen zweier Entscheidungen des 7. Senats vom 06.06.1984⁸⁴ und vom 29.08.1984⁸⁵ im Rahmen der Arbeitnehmerhaftung nicht angewendet werden dürfe.⁸⁶

2. BAG, 04.10.2003 - 9 AZR 12/03:

Die Parteien stritten über den Inhalt eines Arbeitszeugnisses. Nach Auffassung des 9. Senats habe, entgegen einer früheren Entscheidung des 5. Senats,⁸⁷ der Arbeitnehmer die Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, die eine bessere Schlussbeurteilung rechtfertigen sollen, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Zeugnis eine gut durchschnittliche Gesamtleistung bescheinigt habe.⁸⁸

sen, entspricht dies nunmehr auch der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.“; BAG, 13.07.1995 - 5 AZB 37/94 = AP Nr. 23 zu § 5 ArbGG 1979.

⁷⁹ BAG, 20.08.2003 - 5 AZB 79/02 = AP Nr. 58 zu § 5 ArbGG 1979, unter B. I. 6. der Gründe.

⁸⁰ BAG, 25.11.1986 - 1 ABR 22/85 = AP Nr. 36 zu § 2 TVG.

⁸¹ BAG, 13.03.2007 - 1 ABR 24/06 = AP Nr. 21 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit, unter B. II. 2. b) der Gründe.

⁸² BAG, 09.04.2008 - 4 AZR 104/07 = AP Nr. 43 zu § 1 TVG, unter B. II. 1. b) bb) der Gründe.

⁸³ BAG, 23.02.1983 - 4 AZR 508/81 = AP Nr. 4 zu § 850c ZPO.

⁸⁴ BAG, 06.06.1984 - 7 AZR 292/81 = AP Nr. 1 zu § 11 a TV Ang Bundespost, unter II. 4. der Gründe.

⁸⁵ BAG, 29.08.1984 - 7 AZR 572/81 (nicht veröffentlicht), unter 4. der Gründe.

⁸⁶ BAG, 17.09.1998 - 8 AZR 175/97 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mankohaftung, unter B. II. 2. c) aa) der Gründe.

⁸⁷ BAG, 23.06.1960 - 5 AZR 560/58 = AP Nr. 1 zu § 73 HGB.

⁸⁸ BAG, 04.10.2003 - 9 AZR 12/03 = AP Nr. 28 zu § 630 BGB, unter IV. 2. der Gründe.

3. BAG, 20.04.2004 - 10 AZR 370/03:

Die Parteien stritten darüber, ob die Beklagte der klagenden Zusatzversorgungskasse für einen bestimmten Zeitraum tariflich vorgesehene Auskünfte erteilen und für den Fall der nicht rechtzeitigen Erteilung Entschädigung leisten müsse. Der 10. Senat stellte fest, dass eine klagende Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes in Fällen, in denen sie Auskunftsansprüche und für den Fall der nicht rechtzeitigen Erteilung Entschädigung geltend mache, entgegen einer früheren Entscheidung des 4. Senats⁸⁹ nicht mehr jede Einzelheit der behaupteten Tätigkeiten nach Zeit, Ort, Auftraggeber und verwendeten Arbeitsmitteln darlegen müsse.⁹⁰

4. BAG, 13.07.2005 - 5 AZR 389/04:

Die Parteien stritten über Krankenbezüge. Der 5. Senat entschied, dass entgegen früherer Rechtsprechung⁹¹ der auf Zahlung von Krankenbezügen klagende Arbeitnehmer darlegen müsse, dass keine Fortsetzungserkrankung vorliege, wobei die Folgen der Nichterweislichkeit einer Fortsetzungserkrankung allerdings weiterhin der Arbeitgeber trage.⁹²

5. BAG, 07.05.2008 - 7 AZR 90/07:

Die Parteien stritten über Vergütungsansprüche des Klägers für die Zeit seiner Teilnahme an einer Betriebsratsschulung. Der 7. Senat entschied im Rahmen dessen, dass auch bei Teilnahme eines Betriebsratsmitglieds an einer Schulungsveranstaltung zur Vermittlung von Grundkenntnissen erst kurz vor Ablauf der Amtszeit des Betriebsrats eine besondere Darlegung der Erforderlichkeit i.S.d. § 37 Abs. 6 BetrVG entgegen früherer Rechtsprechung⁹³ nicht notwendig sei.⁹⁴

Anhang 7 f)

(zu § 3, B. II. 2. b. aa. (2) (c) (cc) Fälle unmöglicher vertrauensschutzrelevanter Vertrauensbetätigung: Änderungen des revisionsrechtlichen Prüfungsumfangs)

1. BAG, 08.03.2006 - 10 AZR 349/05:

Im Rahmen eines Urteils vom 08.03.2006 entschied der 10. Senat, dass Prozessvergleiche entgegen einer früheren Entscheidung⁹⁵ in der Regel nichttypische Erklärungen und damit revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbar seien.⁹⁶

⁸⁹ BAG, 16.01.1991 - 4 AS 7/90 = AP Nr. 1 zu § 13 ArbGG 1979.

⁹⁰ BAG, 20.04.2004 - 10 AZR 370/03 = AP Nr. 264 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau, unter II. 2. der Gründe.

⁹¹ BAG, 04.12.1985 - 5 AZR 656/84 = AP Nr. 42 zu § 63 HGB.

⁹² BAG, 13.07.2005 - 5 AZR 389/04 = AP Nr. 25 zu § 3 EntgeltFG, unter I. 6. der Gründe.

⁹³ BAG, 07.06.1989 - 7 ABR 26/88 = AP Nr. 67 zu § 37 BetrVG 1972.

⁹⁴ BAG, 07.05.2008 - 7 AZR 90/07 = NZA-RR 2009, 195, unter I. 2. b) der Gründe.

⁹⁵ BAG, 31.07.2002 - 10 AZR 513/01 = AP Nr. 74 zu § 74 HGB.

⁹⁶ BAG, 08.03.2006 - 10 AZR 349/05 = AP Nr. 79 zu § 74 HGB, unter II. 3. a) der Gründe.

2. BAG, 28.06.2006 - 10 AZR 385/05:

Im Rahmen eines Urteils vom 28.06.2006 stellte der 10. Senat fest, dass der bisher eingeschränkte revisionsrechtliche Prüfungsrahmen hinsichtlich des Inhalts und der Reichweite einer betrieblichen Übung⁹⁷ zugunsten eines uneingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfungsrahmens aufzugeben sei.⁹⁸

Anhang 7 g)

(zu § 3, B. II. 2. b. aa. (2) (c) (dd) (aaa) Fälle unmöglicher vertrauensschutzrelevanter Vertrauensbetätigung: Änderungen hinsichtlich einflussunabhängiger Tatbestandsvoraussetzungen, Unterfall: Einflussunabhängige Kündigungsvoraussetzungen)

1. BAG, 21.06.1995 - 2 ABR 28/94:

Die Antragstellerin strebte die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zu einer außerordentlichen Änderungskündigung an. Der 2. Senat vertrat entgegen früherer Rechtsprechung⁹⁹ die Auffassung, dass jedenfalls für den Fall einer außerordentlichen betriebsbedingten Änderungskündigung im Rahmen der Prüfung des § 626 BGB nicht auf die fiktive Kündigungsfrist abzustellen sei.¹⁰⁰

2. BAG, 26.10.1995 - 2 AZR 743/94:

In dieser Entscheidung stellte der 2. Senat fest, dass eine Kündigung entgegen der früheren Rechtsprechung¹⁰¹ wirksam sei, wenn der Personalrat im Laufe des Beteiligungsverfahrens nach § 79 PersVG-DDR/BPersVG den Mangel, dass der sonstige Beauftragte ohne Verhinderung des Dienststellenleiters gehandelt habe, nicht gerügt habe.¹⁰²

3. BAG, 25.04.1996 - 2 AZR 609/95:

Im Rahmen dieser Entscheidung vertrat der 2. Senat entgegen einer früheren Aussage¹⁰³ die Ansicht, die nachträgliche Befristung eines zunächst auf unbestimmte Zeit eingegangenen Arbeitsverhältnisses könne auch im Wege der Änderungskündigung erfolgen.¹⁰⁴

⁹⁷ So noch BAG, 16.04.1997 - 10 AZR 705/96 = AP Nr. 53 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; BAG, 19.01.1999 - 9 AZR 667/97 (nicht veröffentlicht); BAG, 16.01.2002 - 5 AZR 715/00 = AP Nr. 56 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

⁹⁸ BAG, 28.06.2006 - 10 AZR 385/05 = AP Nr. 74 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, unter II. 2. d) aa) der Gründe; bereits angedeutet, aber offengelassen in einer Entscheidung des 3. Senats vom 25.06.2002 - 3 AZR 360/01 = AP Nr. 50 zu § 16 BetrAVG, unter B. II. 1. der Gründe, sowie einer Entscheidung des 9. Senats vom 20.01.2004 - 9 AZR 43/03 = AP Nr. 65 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, unter B. II. 3. a) der Gründe.

⁹⁹ BAG, 06.03.1986 - 2 ABR 15/85 = AP Nr. 19 zu § 15 KSchG 1969.

¹⁰⁰ BAG, 21.06.1995 - 2 ABR 28/94 = AP Nr. 36 zu § 15 KSchG 1969, unter B. II. 2. b) der Gründe.

¹⁰¹ BAG, 31.03.1983 - 2 AZR 384/81 = AP Nr. 1 zu § 8 LPVG Hessen.

¹⁰² BAG, 26.10.1995 - 2 AZR 743/94 = AP Nr. 8 zu § 79 BPersVG, unter II. 2. b) der Gründe.

¹⁰³ BAG, 17.05.1984 - 2 AZR 109/83 = AP Nr. 21 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

¹⁰⁴ BAG, 25.04.1996 - 2 AZR 609/95 = AP Nr. 78 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, unter II. 1. der Gründe. Anzumerken ist, dass zudem die Rechtslage zu dieser Frage umstritten war, vgl. BAG, 25.04.1996 - 2 AZR 609/95 = AP Nr. 78 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, unter II. 1. a) der Gründe, und eine Abwägung des Vertrauens daher möglicherweise ebenfalls zu Lasten des Arbeitgebers ausgefallen wäre.

4. BAG, 05.02.1998 - 2 AZR 227/97:

Die Parteien stritten um die Wirksamkeit einer Kündigung. Der 2. Senat entschied, dass für die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB entgegen früherer Rechtsprechung¹⁰⁵ im Fall der außerordentlichen Kündigung gegenüber einem tariflich unkündbaren Arbeitnehmer kein Raum bestehe, da der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit einen Dauertatbestand darstelle.¹⁰⁶

5. BAG, 25.02.1998 - 2 AZR 226/97:

Im Rahmen dieser Entscheidung stellte der 2. Senat fest, dass die fehlerhafte Einleitung des Verfahrens zur Personalratsbeteiligung bei einer Kündigung entgegen der früheren Rechtsprechung¹⁰⁷ nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führe, wenn der Personalrat den Fehler nicht gerügt, sondern zu der beabsichtigten Kündigung abschließend Stellung genommen habe.¹⁰⁸

6. BAG, 15.11.2001 - 2 AZR 380/00:

Im diesem Urteil entschied der 2. Senat, dass die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zu der außerordentlichen Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers vor Ablauf der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB entgegen früherer Rechtsprechung¹⁰⁹ nicht zur Folge habe, dass der Arbeitgeber unverzüglich kündigen müsse. Stattdessen könne dieser die Kündigungserklärungsfrist von zwei Wochen voll ausschöpfen.¹¹⁰

7. BAG, 13.05.2004 - 2 AZR 329/03:

Die Parteien stritten über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung. Der 2. Senat entschied, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat entgegen der bisherigen Rechtsprechung¹¹¹ nicht nach § 102 BetrVG über Familienstand und Unterhaltspflichten der zu kündigenden Arbeitnehmer unterrichten müsse, wenn eine Sozialauswahl nach der für den Betriebsrat erkennbaren Auffassung des Arbeitgebers wegen der Stilllegung des gesamten Betriebes nicht vorzunehmen sei.¹¹²

8. BAG, 27.10.2005 - 6 AZR 5/05:

Die Parteien stritten über die Wirksamkeit der vom Beklagten als vorläufigem Insolvenzverwalter wegen beabsichtigter Unternehmensstilllegung ausgesprochenen Kündigung. Der 6. Senat stellte fest, dass die Zustimmung des Insolvenzgerichts zur Unternehmensstilllegung nicht Wirksamkeitsvo-

¹⁰⁵ BAG, 22.07.1992 - 2 AZR 84/92 = EzA § 626 nF BGB Nr. 141; BAG, 21.06.1995 - 2 ABR 28/94 = AP Nr. 36 zu § 15 KSchG 1969; BAG, 05.10.1995 - 2 AZR 25/95 = RzK I 6g Nr. 26.

¹⁰⁶ BAG, 05.02.1998 - 2 AZR 227/97 = AP Nr. 143 zu § 626 BGB, unter II. 4. der Gründe.

¹⁰⁷ BAG, 21.07.1977 - 3 AZR 158/76 = AP Nr. 1 zu Art 8 PersVG Bayern; BAG, 10.03.1983 - 2 AZR 356/81 = AP Nr. 1 zu § 66 LPVG NW.

¹⁰⁸ BAG, 25.02.1998 - 2 AZR 226/97 = AP Nr. 2 zu § 72a LPVG NW, unter II. 2. b) aa) der Gründe.

¹⁰⁹ BAG, 22.01.1987 - 2 ABR 6/86 = AP Nr. 24 zu § 103 BetrVG 1972.

¹¹⁰ BAG, 15.11.2001 - 2 AZR 380/00 = AP Nr. 45 zu § 626 BGB Ausschlussfrist. In diesem Fall hatte sich der Arbeitnehmer sogar ausdrücklich auf die frühere Entscheidungsregel berufen, vgl. B. II. 1. b) der Gründe.

¹¹¹ BAG, 16.09.1993 - 2 AZR 267/93 = AP Nr. 62 zu § 102 BetrVG 1972.

¹¹² BAG, 13.05.2004 - 2 AZR 329/03 = AP Nr. 140 zu § 102 BetrVG 1972. Auch in diesem Fall hatte sich die Klägerin ausdrücklich auf die Entscheidungsregel der Ausgangsentscheidung berufen, vgl. II. 4. b) aa) der Gründe.

oraussetzung für die Kündigung der Arbeitsverhältnisse durch den „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter wegen der von ihm beabsichtigten Stilllegung sein könne,¹¹³ wie es der 8. Senat in der Ausgangsentscheidung angedeutet hatte.¹¹⁴

9. BAG, 09.11.2006 - 2 AZR 812/05:

Im Rahmen dieser Entscheidung stritten die Parteien unter anderem über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung. Der 2. Senat entschied, eine Kündigung sei entgegen bisheriger Rechtsprechung¹¹⁵ wirksam, wenn die Sozialauswahl nach Punktesystem zwar fehlerhaft, die Kündigung des klagenden Arbeitnehmers bei richtiger Anwendung jedoch ebenfalls wirksam gewesen sei.¹¹⁶

10. BAG, 23.04.2009 - 6 AZR 516/08:

Die Parteien stritten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch das beklagte Land innerhalb der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG. Entgegen der früheren Rechtsprechung¹¹⁷ seien nach neuer Auffassung des 6. Senats bei einer Wartezeitkündigung Angaben zum Lebensalter und zur Betriebszugehörigkeit sowie zu einem eventuell bestehenden Sonderkündigungsschutz entbehrlich, da sie bei vernünftiger Betrachtung weder aus Sicht des Arbeitgebers noch aus Sicht der Arbeitnehmervertretung für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung eine Rolle spielen könnten.¹¹⁸

11. BAG, 10.10.2002 - 2 AZR 240/01:

Diese Rechtsprechungsänderung betrifft zwar nicht die Frage nach der Wirksamkeit einer Kündigung, ist jedoch ganz ähnlich gelagert, weshalb sie an dieser Stelle mit aufgeführt wird. Die Parteien stritten im Rahmen dieser Entscheidung in der Revisionsinstanz noch über einen Auflösungsantrag der Beklagten. Der 2. Senat entschied, dass entgegen einem in der Ausgangsentscheidung geäußerten *obiter dictum*¹¹⁹ die Frage, ob das betriebsverfassungsrechtliche bzw. personalvertretungsrechtliche

¹¹³ BAG, 27.10.2005 - 6 AZR 5/05 = AP Nr. 4 zu § 22 InsO, unter B. 3. c) der Gründe. Hinzukommt bei dieser Entscheidung, dass die entgegenstehende Auffassung nur in einem *obiter dictum* der Ausgangsentscheidung enthalten und zudem missverständlich war.

¹¹⁴ BAG, 29.06.2000 - 8 ABR 44/99 = AP Nr. 2 zu § 126 InsO.

¹¹⁵ BAG, 18.10.1984 - 2 AZR 543/83 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; BAG, 18.01.1990 - 2 AZR 357/89 = AP Nr. 19 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl.

¹¹⁶ BAG, 09.11.2006 - 2 AZR 812/05 = AP Nr. 87 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl, unter B. I. 2. der Gründe. In dem konkreten Fall berief sich der klagende Arbeitnehmer auf die bisherige Entscheidungsregel, auch wenn die konkrete Ausgangsentscheidung nicht benannt worden war. Zu dieser Entscheidung kann angemerkt werden, dass es außerdem Kritik an der früheren Rechtsprechung gab, so dass ohnehin fraglich gewesen wäre, inwieweit möglicherweise entstandenes Vertrauen schützenswert gewesen wäre, vgl. B. I. 2. b) der Gründe.

¹¹⁷ BAG, 16.03.2000 - AZR 828/98 = AP Nr. 2 zu § 67 LPVG Sachsen-Anhalt.

¹¹⁸ BAG, 23.04.2009 - 6 AZR 516/08 = AP Nr. 161 zu § 102 BetrVG 1972, unter II. 3. e) der Gründe. Die Änderung erging, obwohl der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung aufgrund nicht ordnungsgemäßer Beteiligung des Personalrats entsprechend der früheren Rechtsprechung geltend gemacht hatte, vgl. Tatbestand.

¹¹⁹ BAG, 18.12.1980 - 2 AZR 1006/78 = AP Nr. 22 zu § 102 BetrVG 1972, unter B. III. 2. c) der Gründe: „Der Senat hält es [...] für angezeigt, gegen die Berücksichtigung der unzulässig nachgeschobenen Kündigungsgründe im Rahmen des § 9 KSchG Bedenken anzumelden.“

Verwertungsverbot für nicht mitgeteilte Kündigungsgründe auch auf die Verwendung dieser Gründe als Auflösungsgründe nach § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG zu erstrecken sei, zu verneinen sei.¹²⁰

Anhang 7 h)

(zu § 3, B. II. 2. b. aa. (2) (c) (dd) (bbb) Fälle unmöglicher vertrauensschutzrelevanter Vertrauensbetätigung: Änderungen hinsichtlich einflussunabhängiger Tatbestandsvoraussetzungen, Unterfall: Einflussunabhängige Anspruchsvoraussetzungen)

1. BAG, 06.12.1995 - 5 AZR 307/94:

Im Rahmen dieser Entscheidung stellte der 5. Senat fest, dass ein Gesamthafenbetrieb entgegen einer früheren Äußerung des Senats¹²¹ von einer Reederei nicht verlangen könne, dass Ladungsbefestigungsarbeiten auf ihren Schiffen nur von Arbeitern ausgeführt würden, die im Besitz einer Hafentarbeitskarte seien.¹²²

2. BAG, 25.02.1998 - 10 AZR 482/97:

Die Parteien stritten über die Zahlung einer Sozialplanabfindung. Entgegen der in einer früheren Entscheidung in einem *obiter dictum* geäußerten pauschalen Aussage¹²³ handele es sich, so der 10. Senat nun, bei der Sozialplanvereinbarung vom 11.07.1990 zwischen der Gewerkschaft Handel, Banken und Versicherungen/DDR und der Betriebsgewerkschaftsleitung nicht um einen Firmentarifvertrag i.S.v. § 1 TVG.¹²⁴

3. BAG, 27.05.2004 - 6 AZR 409/03:

Die Parteien stritten über eine tarifliche Abfindung wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Der 6. Senat entschied, dass der Abfindungsanspruch einer aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedenen Arbeitnehmerin wegfallen, wenn nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses rückwirkend eine Ren-

¹²⁰ BAG, 10.10.2002 - 2 AZR 240/01 = AP Nr. 45 zu § 9 KSchG 1969, unter B. III. 1. b) der Gründe. Aufgrund der Tatsache, dass die Tatsachenfeststellungen für die Anwendung der neuen Entscheidungsregel im konkreten Fall noch nicht ausreichten, weshalb an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen wurde, war die Ergebnisrelevanz der Änderung unklar. Bei Ergebnisrelevanz wäre die Änderung allerdings zu Lasten der Klägerin ergangen, da der Auflösungsantrag begründet gewesen wäre. Mit der Entscheidung folgte der Senat allerdings auch der überwiegenden Ansicht im Schrifttum. Aufgrund dieser sowie der Tatsache, dass die Gegenauffassung nur in einem *obiter dictum* geäußert worden war, wäre also auch die Möglichkeit der Entstehung schützenswerten Vertrauens fraglich gewesen.

¹²¹ BAG, 26.02.1992 - 5 AZR 99/91 = AP Nr. 6 zu § 1 GesamthafenbetriebsG.

¹²² BAG, 06.12.1995 - 5 AZR 307/94 = AP Nr. 9 zu § 1 GesamthafenbetriebsG, unter II. 3. der Gründe. Der auf Unterlassung klagende Gesamthafenbetrieb hatte sich ausdrücklich auf die Ausgangsentscheidung berufen, vgl. Tatbestand.

¹²³ BAG, 12.03.1997 - 10 AZR 582/96 = NZA-RR 1998, 241-24, unter II. 1. b) cc) der Gründe.

¹²⁴ BAG, 25.02.1998 - 10 AZR 482/97 (nicht veröffentlicht), unter II. 2. der Gründe. Der Kläger hatte entsprechend der Ausgangsentscheidung vertreten, ihm stehe der geltend gemachte weitere Abfindungsbetrag aus der Sozialplanvereinbarung vom 11.07.1990 zu, da es für die Wirksamkeit des Sozialplans nicht darauf ankomme, ob die am Abschluss beteiligte BGL durch demokratische Wahl legitimiert gewesen sei, da die Gewerkschaft HBV am Abschluss beteiligt gewesen sei und der Sozialplan daher den Charakter eines Firmentarifvertrags habe, vgl. Tatbestand.

te wegen Erwerbsunfähigkeit bewilligt werde und zwar entgegen früherer Rechtsprechung¹²⁵ auch dann, wenn der Rentenanspruch schon im gekündigten Arbeitsverhältnis entstanden sei, da vom Zufall abhängt, ob der Rentenbescheid noch im laufenden Arbeitsverhältnis zugehe oder erst danach.¹²⁶

4. BAG, 26.04.2006 - 5 AZR 403/05:

Die Parteien stritten über Ansprüche aus Annahmeverzug. Entgegen einer früheren Entscheidung des 9. Senats¹²⁷ entschied der 5. Senat nun, dass der vom Arbeitgeber vor der Antragstellung im Kündigungsschutzprozess schriftsätzlich angekündigte und dem Arbeitnehmer bzw. seinem Prozessbevollmächtigten zugegangene Klageabweisungsantrag eine schriftliche Ablehnung der mit der Kündigungsschutzklage vom Arbeitnehmer geltend gemachten Vergütungsansprüche darstelle. Eine ausdrückliche schriftliche Ablehnungserklärung sei nicht erforderlich, wenn eine tarifvertragliche Verfallklausel nur eine schriftliche Ablehnung verlange.¹²⁸

5. BAG, 06.11.2007 - 1 AZR 826/06:

Die Parteien stritten über einen Fahrtkostenzuschuss. Im Rahmen dessen entschied der 1. Senat, dass die Teilkündigung einer Betriebsvereinbarung entgegen der früheren Rechtsprechung¹²⁹ neben der Selbständigkeit des Regelungskomplexes nicht zusätzlich den erkennbaren Willen der Betriebsparteien voraussetze, ein rechtlich eigenständiges Schicksal der Regelungskomplexe zu ermöglichen. Vielmehr müssten umgekehrt Betriebsparteien, welche die Teilkündigung von selbständigen Regelungen zu unterschiedlichen Angelegenheiten in einer Betriebsvereinbarung verhindern wollten, dies in der Betriebsvereinbarung deutlich zum Ausdruck bringen.¹³⁰

Anhang 7 i)

(zu § 3, B. II. 2. b. aa. (2) (c) (dd) (ccc) Fälle unmöglicher vertrauensschutzrelevanter Vertrauensbetätigung: Änderungen hinsichtlich einflussunabhängiger Tatbestandsvoraussetzungen, Unterfall: Verjährungsfristen)

1. BAG, 25.11.2009 - 10 AZR 737/08:

Die Parteien stritten über die Verpflichtung der Beklagten, für einen bestimmten Zeitraum Beiträge nach dem Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) an die Klägerin zu zah-

¹²⁵ BAG, 30.01.1997 - 6 AZR 695/95 = AP Nr. 31 zu § 1 TVG Tarifverträge: DDR; BAG, 20.03.1997 - 6 AZR 732/95 (nicht veröffentlicht); BAG, 20.11.1997 - 6 AZR 215/96 = AP Nr. 47 zu § 551 ZPO; BAG, 16.07.1998 - 6 AZR 647/96 (nicht veröffentlicht); BAG, 26.11.1998 - 6 AZR 272/97 = ZTR 1999, 475-476.

¹²⁶ BAG, 27.05.2004 - 6 AZR 409/03 = AP Nr. 2 zu § 59 BAT-O, unter 1. b) cc) der Gründe.

¹²⁷ BAG, 11.12.2001 - 9 AZR 510/00 = EzA § 4 TVG Ausschlussfristen Nr. 145. Diese Entscheidung wich selbst, allerdings ohne ausdrückliche Erwähnung, von BAG, 20.03.1986 - 2 AZR 295/85 = EzA § 615 BGB Nr. 48, ab.

¹²⁸ BAG, 26.04.2006 - 5 AZR 403/05 = AP Nr. 188 zu § 4 TVG Ausschlussfristen, unter II. 3. der Gründe.

¹²⁹ BAG, 17.04.1959 - 1 AZR 83/58 = AP Nr. 1 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip; BAG, 29.05.1964 - 1 AZR 281/63 = AP Nr. 24 zu § 59 BetrVG.

¹³⁰ BAG, 06.11.2007 - 1 AZR 826/06 = AP Nr. 35 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung, unter II. 4. b. aa. (3) (b) (bb) der Gründe.

len. Der 10. Senat stellte fest, dass die Verjährung von Beitragsansprüchen der Sozialkassen des Baugewerbes, welche mit dem Schluss der Jahre 2001 beziehungsweise 2002 fällig geworden seien, im Gegensatz zur früheren Ansicht des Senats¹³¹ nicht anhand der Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 6 EGBGB zum neuen Verjährungsrecht zu berechnen seien, sondern nach § 25 Abs. 4 VTV in der Fassung des Tarifvertrags vom 04.07.2002, in Kraft seit dem 01.09.2002.¹³²

Anhang 7 j)

(zu § 3, B. II. 2. b. aa. (2) (c) (dd) (ddd) Fälle unmöglicher vertrauensschutzrelevanter Vertrauensbetätigung: Änderungen hinsichtlich einflussunabhängiger Tatbestandsvoraussetzungen, Unterfall: Änderungen bezüglich der Bewertung bestimmter Sachverhalte)

1. BAG, 26.06.1997 - 2 AZR 494/96:

Im Rahmen dieses Urteils entschied der 2. Senat, dass die Einführung von Kurzarbeit entgegen bisheriger Rechtsprechung¹³³ nun nur noch indiziell dafür spreche, dass der Arbeitgeber lediglich von einem vorübergehenden Arbeitsmangel ausgegangen sei, der eine betriebsbedingte Kündigung nicht rechtfertigen könne. Diese Vermutung könne der wegen § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG beweisbelastete Arbeitgeber durch konkreten Sachvortrag entkräften.¹³⁴

2. BAG, 29.04.1999 - 2 AZR 431/98:

Der 2. Senat entschied, dass bei der Beurteilung einer krankheitsbedingten Kündigung allein auf den Kündigungszeitpunkt abzustellen sei. Die spätere Entwicklung einer Krankheit nach Ausspruch der Kündigung könne entgegen früherer Ansicht¹³⁵ nicht zur Bestätigung oder Korrektur der Prognose verwertet werden.¹³⁶

Anhang 7 k)

(zu § 3, B. II. 2. b. aa. (3) Änderung ohne Einfluss auf das Parteiverhalten)

1. BAG, 11.07.2000 - 1 ABR 39/99:

Bezüglich der Frage, ob § 103 BetrVG bei der Versetzung eines Betriebsratsmitglieds gegen dessen Willen analog anzuwenden sei, entschied der 1. Senat, dass die Vorinstanzen zu Recht die Erforderlichkeit einer Zustimmung nach § 103 BetrVG verneint hätten. § 103 BetrVG sei entgegen den „zur

¹³¹ BAG, 28.05.2008 - 10 AZR 358/07 = AP Nr. 301 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; BAG 01.04.2009 - 10 AZR 134/08 (Entscheidungsgründe nicht veröffentlicht).

¹³² BAG, 25.11.2009 - 10 AZR 737/08 = AP Nr. 317 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau, unter I. 5. der Gründe.

¹³³ BAG, 17.10.1980 - 7 AZR 675/78 = AP Nr. 10 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

¹³⁴ BAG, 26.06.1997 - 2 AZR 494/96 = AP Nr. 86 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, unter II. 2. b) der Gründe.

¹³⁵ BAG, 10.11.1983 - 2 AZR 291/82 = AP Nr. 11 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

¹³⁶ BAG, 29.04.1999 - 2 AZR 431/98 = AP Nr. 36 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit, unter II. 3. b) der Gründe.

Diskussion gestellten Erwägungen“ der Ausgangsentscheidung¹³⁷ nicht auf die Versetzung eines Betriebsratsmitglieds kraft Direktionsrechts analog anzuwenden.¹³⁸

Anhang 7 I)

(zu § 3, B. II. 2. b. aa. (4) Sonderfall: Änderungen hinsichtlich der Rechtsfolgende)

1. BAG, 03.12.1998 - 2 AZR 754/97:

Im Rahmen dieser Entscheidung ging es um die Frage der Folgen einer Anfechtung des Arbeitsvertrags wegen arglistiger Täuschung. Der 2. Senat sah, anders als bisher¹³⁹, keinen Grund, in einem solchen Fall von der Regelfolge der rückwirkenden Anfechtung abzuweichen.¹⁴⁰

2. BAG, 07.03.2001 - GS 1/00:

Der Große Senat entschied, dass der Arbeitnehmer, anders als bisher¹⁴¹, Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 S. 1 BGB nicht mehr nur aus dem sich aus dem Bruttobetrag ergebenden Nettobetrag, sondern aus der geschuldeten Bruttovergütung verlangen könne.¹⁴²

¹³⁷ BAG, 21.09.1989 - 1 ABR 32/89 = AP Nr. 72 zu § 99 BetrVG 1972.

¹³⁸ BAG, 11.07.2000 - 1 ABR 39/99 = AP Nr. 44 zu § 103 BetrVG 1972, unter B. II. 2. b) aa) der Gründe. Die Rechtsprechungsänderung ging also allenfalls zu Lasten des Betriebsrats, der in diesem Verfahren Antragsgegner war. Doch unabhängig von der Tatsache, dass es sich bei den Aussagen der Ausgangsentscheidung nur um „zur Diskussion gestellte Erwägungen“ handelte, was möglicherweise schon die Entstehung schützenswerten Vertrauens verhindert, schied die Möglichkeit einer vertrauensschutzrelevanten Vertrauensbetätigung des Betriebsrats in dieser Fallkonstellation aus, da eine Zustimmungsverweigerung in jedem Fall erfolgt wäre.

¹³⁹ BAG, 21.09.1989 - 1 ABR 32/89 = AP Nr. 72 zu § 99 BetrVG 1972.

¹⁴⁰ BAG, 03.12.1998 - 2 AZR 754/97 = AP Nr. 49 zu § 123 BGB, unter II. 3. a) der Gründe.

¹⁴¹ BAG, 20.04.1983 - 4 AZR 497/80 = AP Nr. 2 zu § 21 TVAL II; BAG, 13.02.1985 - 4 AZR 295/83 = AP Nr. 3 zu § 1 TVG Tarifverträge – Presse; BAG, 29.05.1991 - 5 AZR 288/90 (nicht veröffentlicht); BAG, 19.09.1991 - 2 AZR 619/90 = RzK I 13b Nr. 18; BAG, 12.02.1992 - 10 AZR 261/91 (nicht veröffentlicht).

¹⁴² BAG, 07.03.2001 - GS 1/00 = AP Nr. 4 zu § 288 BGB, unter III. der Gründe.

Anhang 8: Änderungen mit möglicher Vertrauensschutzrelevanz

Anhang 8 a)

(zu § 3, B. II. 2. b. bb. (1) Rechtsprechungsänderungen mit möglicher Vertrauensschutzrelevanz: Unwahrscheinlichkeit des Vorliegens einer Vertrauensbetätigung)

1. BAG, 12.07.1995 - 10 AZR 511/94:

Die Parteien stritten um eine tarifliche Jahressonderzahlung. Entgegen früherer Entscheidungen des 5. und 10. Senats¹ sei die Zeit der Beschäftigungsverbote während der Mutterschutzfristen nach den §§ 3 und 6 MuSchG nicht als Zeit einer tatsächlichen Arbeitsleistung anzusehen, wenn eine tarifliche Regelung den Anspruch auf eine Jahressonderzahlung davon abhängig mache, dass der Arbeitnehmer im Berechnungszeitraum mindestens 21 Tage tatsächlich gearbeitet habe.²

Es ist nicht anzunehmen, dass Abschluss oder Erfüllung des Arbeitsvertrags sowie Schwangerschaft im Hinblick auf einen möglicherweise in dieser Konstellation bestehenden Anspruch auf die tarifliche Sonderzahlung erfolgten.

2. BAG, 13.06.1996 - 6 AZR 858/94:

Die Parteien stritten über die zutreffende Eingruppierung der Klägerin. Entgegen früherer Rechtsprechung des 4. Senats³ ergebe sich aus der tariflichen Bestimmung des BAT-O kein Anspruch angestellter Lehrkräfte auf Einrichtung einer entsprechenden Stelle im Haushaltsplan, wenn eine Höhergruppierung von VergGr IVb BAT-O nach VergGr IVa BAT-O, die einem Aufstieg von Besoldungsgruppe A 10 nach Besoldungsgruppe A 11 entspricht, angestrebt werde.⁴

Es ist nicht anzunehmen, dass der Arbeitsvertrag im Hinblick auf die Einrichtung einer entsprechenden Stelle im Haushaltsplan abgeschlossen oder erfüllt wurde.

3. BAG, 27.05.1997 - 9 AZR 484/96:

Die Parteien stritten über den Anspruch der Kläger auf Zusatzurlaub. Für die Geltendmachung des Anspruchs auf Zusatzurlaub nach § 1 Abs. 2 des Saarländischen Gesetzes Nr. 186 bedürfe es entgegen früherer Ansicht⁵ nicht des Vorbringens, dass die Behinderung des Arbeitnehmers auf einer Kriegs- oder Unfallbeschädigung beruhe. Es genüge die Darlegung einer Behinderung von mindestens 25vH und ihre gutachterliche Bestätigung durch das Staatliche Gesundheitsamt.⁶ Die Rechtsprechungsänderung erging zu Lasten des auf die Gewährung von Zusatzurlaub verklagten Arbeitgebers.

¹ BAG, 13.10.1982 - 5 AZR 370/80 = AP Nr. 114 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG, 08.10.1986 - 5 AZR 582/85 = AP Nr. 7 zu § 8a MuSchG 1968; BAG, 12.05.1993 - 10 AZR 528/91 = AP Nr. 156 zu § 611 BGB Gratifikation.

² BAG, 12.07.1995 - 10 AZR 511/94 = AP Nr. 182 zu § 611 BGB Gratifikation.

³ BAG, 20.04.1994 - 4 AZR 312/93 = AP Nr. 1 zu § 11 BAT-O; BAG, 28.09.1994 - 4 AZR 717/93 = AP Nr. 2 zu § 11 BAT-O.

⁴ BAG, 13.06.1996 - 6 AZR 858/94 = AP Nr. 45 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer.

⁵ BAG, 08.03.1994 - 9 AZR 91/93 = AP Nr. 2 zu § 1 Saarland ZusatzurlaubsG.

⁶ BAG, 27.05.1997 - 9 AZR 484/96 = AP Nr. 3 zu § 1 Saarland ZusatzurlaubsG.

Es ist nicht anzunehmen, dass die Mitarbeiter zu einem Zeitpunkt, in dem sie Minderbehinderten noch nicht gleichgestellt waren, eingestellt wurden und zwar im Vertrauen darauf, dass sie im hypothetischen Fall ihrer Gleichstellung als Minderbehinderte entsprechend der bisherigen Rechtsprechung keinen Zusatzurlaub gemäß § 1 Abs. 2 des Saarländischen Gesetzes Nr. 186 erhalten würden.

4. BAG, 21.10.1997 - 9 AZR 255/96:

Die Parteien stritten über die Zahlung tariflichen Urlaubsgeldes. Der Anspruch auf ein zusätzliches Urlaubsgeld nach § 17 Ziff. 13 Abs. 1 des Manteltarifvertrages für die gewerblichen Arbeitnehmer in der Schuhindustrie in der Bundesrepublik Deutschland vom 31.10.1984 in der Fassung vom 11.01.1989 sei sowohl von der Gewährung des Urlaubs als auch dem Bestand eines Anspruchs auf Urlaubsentgelt abhängig.⁷ Daran fehle es im konkreten Fall, da aufgrund der ununterbrochenen Arbeitsunfähigkeit der Klägerin kein Anspruch auf Urlaubsentgelt habe entstehen können. Im Urteil vom 14.01.1992 hatte der Senat noch die Auffassung vertreten, § 17 Ziff. 13 Abs. 1 MTV sei so zu verstehen, dass ein zusätzliches Urlaubsgeld auch dann zu zahlen sei, wenn kein Anspruch auf Urlaubsentgelt bestehe, da die tarifliche Regelung ausschließlich auf das Bestehen der Betriebszugehörigkeit im Urlaubsjahr abstelle.⁸

Es ist nicht anzunehmen, dass der Arbeitsvertrag im Hinblick auf die Zahlung zusätzlichen Urlaubsgelds im Fall ununterbrochener Arbeitsunfähigkeit geschlossen oder erfüllt worden war. Noch weniger vorstellbar ist, dass die Arbeitnehmerin im Vertrauen auf die Ausgangsentscheidung und die Zahlung des Urlaubsgeldes arbeitsunfähig geworden wäre.

5. BAG, 11.11.1997 - 3 AZR 210/96:

Die Parteien stritten darum, ob der Kläger von der Beklagten Fahrtkostenabgeltung nach § 7.3.1 des Rahmentarifvertrages für das Gerüstbaugewerbe vom 27.07.1993 (RTV-Gerüstbau) verlangen könne. Der 3. Senat entschied, dass es für den Begriff der sonstigen ständigen Vertretung des Arbeitgebers entgegen früherer Auffassung des 4. Senats⁹ nicht darauf ankomme, dass sie mit mindestens einem Mitarbeiter mit der Befugnis zur Einstellung von Arbeitnehmern besetzt sei.¹⁰

Die Änderung erging im Rahmen der Auslegung einer tarifvertraglichen Vorschrift, auf deren Grundlage ein Arbeitnehmer Fahrtkostenabgeltung geltend machte, und führte dazu, dass der Anspruch, den er nach bisheriger Rechtsprechung Anspruch gehabt hätte, nach geänderter Auffassung nicht mehr bestand. Es ist jedoch nicht anzunehmen, dass der Arbeitsvertrag nur abgeschlossen oder erfüllt wurde, um zugleich auch die Fahrtkosten zu erhalten.

6. BAG, 15.04.1999 - 7 AZR 437/97:

Die Parteien stritten darüber, ob zwischen ihnen ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bestehe. Hinzu kam die Frage, ob das Arbeitsverhältnis nicht auch nach den Vorschriften des Arbeitnehmerüberlas-

⁷ BAG, 21.10.1997 - 9 AZR 255/96 = AP Nr. 5 zu § 1 TVG Tarifverträge Schuhindustrie.

⁸ BAG, 14.01.1992 - 9 AZR 546/90 (nicht veröffentlicht).

⁹ BAG, 28.04.1982 - 4 AZR 78/82 = AP Nr. 38 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau.

¹⁰ BAG, 11.11.1997 - 3 AZR 210/96 = AP Nr. 4 zu § 1 TVG Tarifverträge: Gerüstbau, unter B. I. der Gründe.

sungsgesetzes aufgelöst worden sei. Entgegen einer früheren Entscheidung des 2. Senats¹¹ nahm der 7. Senat an, dass die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Entleiher bei einer nach § 1 Abs. 2 AÜG als Arbeitsvermittlung zu bewertenden nichtgewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nicht zur Beendigung des mit dem Verleiher begründeten Arbeitsverhältnisses führe.¹²

Auch in diesem Fall war eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung praktisch unmöglich. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Beklagte im Vertrauen auf die Ausgangsentscheidung den Arbeitnehmer einem anderen Arbeitgeber überlassen hätte, um sich auf diesem Weg von dem Arbeitsverhältnis zu lösen, obwohl er in erster Linie von einer wirksamen Befristung ausgegangen war.¹³

7. BAG, 22.01.2002 - 9 AZR 601/00:

Die Parteien stritten darüber, ob die Beklagte bei der Bemessung des Urlaubsentgelts Zuschläge für Spätschicht, Nachtschicht, Sonntagsarbeit und Feiertagsarbeit zu berücksichtigen habe. Entgegen der früheren Ansicht des 8. Senats¹⁴ entschied der 9. Senat nun, dass es für die Frage, ob eine tarifliche Regelung, die Zuschläge für die Nacharbeit von der Berechnung des Urlaubsentgelts ausnehme, mit § 13 Abs. 1 BUrlG vereinbar sei, nicht darauf ankomme, ob der Arbeitnehmer während seiner Urlaubszeit tatsächlich Nacharbeit geleistet hätte.¹⁵

Es ist nicht davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer die Nacharbeit gerade im Vertrauen auf den Erhalt eines höheren Urlaubsentgelts geleistet hatte.¹⁶

8. BAG, 17.04.2002 - 4 AZR 174/01:

Die Parteien stritten darüber, ob der Kläger ab dem 01.01.1999 einen Anspruch auf Vergütung nach VergGr. V c BAT habe. Dabei ging es darum, ob das beklagte Land dem Kläger eine höherwertige Tätigkeit nur vorübergehend zuweisen durfte oder ob sie dem Kläger auf Dauer zustehe. Bei der Frage, ab wann die vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit nach § 24 BAT unwirksam

¹¹ BAG, 10.02.1977 - 2 ABR 80/76 = AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972.

¹² BAG, 15.04.1999 - 7 AZR 437/97 = AP Nr. 1 zu § 13 AÜG.

¹³ Dass dem nicht so war, beweist im konkreten Fall auch, dass die Argumentation des Arbeitgebers nur hilfsweise erfolgte, da er von einer wirksamen Befristung des Arbeitsvertrages ausgegangen war.

¹⁴ BAG, 12.01.1989 - 8 AZR 404/87 = AP Nr. 13 zu § 47 BAT.

¹⁵ BAG, 22.01.2002 - 9 AZR 601/00 = AP Nr. 55 zu § 11 BUrlG.

¹⁶ In dieser Entscheidung war zudem davon auszugehen, dass die unklare Formulierung der Ausgangsentscheidung (vgl. BAG, 12.01.1989 - 8 AZR 404/87 = AP Nr. 13 zu § 47 BAT) die Entstehung schützenswerten Vertrauens unmöglich gemacht hatte. Dementsprechend stand die Formulierung der Änderung auch an der Grenze zur dahingestellten Änderung (vgl. A. II. 2. c) der Gründe). Nach der neuen Entscheidungsregel komme es für die Frage, ob eine tarifliche Regelung, die Zuschläge für die Nacharbeit von der Berechnung des Urlaubsentgelts ausnehme, mit § 13 Abs. 1 BUrlG vereinbar sei, nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer während seiner Urlaubszeit tatsächlich Nacharbeit geleistet hätte. Der dieser Entscheidungsregel möglicherweise widersprechende Teil der Entscheidungsgründe der Ausgangsentscheidung lautete: „Die Nichtberücksichtigung des Zeitzuschlags für Nacharbeit verstößt gegen § 1 BUrlG, weil Nacharbeit im Urlaub der Klägerin angefallen wäre und ihr damit auch der Zeitzuschlag als Entgelt zugestanden hätte.“ (BAG, 12.01.1989 - 8 AZR 404/87 = AP Nr. 13 zu § 47 BAT, unter II. 3. der Gründe). Daraus das Erfordernis abzuleiten, der Arbeitnehmer müsse in jedem Fall nachweisen, dass er Nacharbeit hätte leisten müssen, ist nicht zwingend. Damit war die Ausgangsentscheidung als Vertrauensgrundlage zu schwach, sodass ein möglicherweise entstandenes Vertrauen wohl nicht schützenswert gewesen wäre.

sei, entschied sich der 4. Senat eine „doppelte Billigkeitsprüfung“ statt wie bisher¹⁷ eine „Rechtsmissbrauchsprüfung“ vorzunehmen.¹⁸

Es ist nicht davon auszugehen, dass sich der Arbeitgeber bei Übertragung der Tätigkeit der bisherigen Rechtsprechung bewusst gewesen war und seine Handlungen den Erfordernissen des damaligen Prüfungsmaßstabs angepasst hatte.

9. BAG, 19.11.2002 - 3 AZR 561/01:

Die Parteien stritten im Rahmen dieser Entscheidung noch darüber, ob die Vergütungen für Überstunden und Rufbereitschaften bei der Berechnung der dem Kläger zustehenden Betriebsrente zu berücksichtigen seien. Der 3. Senat entschied, dass „regelmäßige monatliche Bezüge“ i.S.d. Abschnitts VIII B der Richtlinie vom 06.05.1968 zur Berechnung der Betriebsrente durch kontinuierliche Wiederkehr und konstante Höhe dem Grundgehalt ähneln müssten. Regelmäßige Überstunden und Rufbereitschaften zählten nicht dazu.¹⁹ Mit dieser Entscheidung wich er von einem eigenen Urteil vom 25.08.1987 ab, nach welchem der Annahme regelmäßiger Überstunden nicht entgegenstehe, dass die Zahl der monatlich zu leistenden Überstunden nicht ständig gleich hoch sei und Mehrarbeit nicht in den gleichen Abständen angefordert werde.²⁰ Da die Klage des Arbeitnehmers auf Zahlung einer höheren Betriebsrente daher nach der Entscheidungsregel der Ausgangsentscheidung Erfolg gehabt hätte, wirkte sich die Rechtsprechungsänderung zu Lasten des klagenden Arbeitnehmers aus. Dieser hatte sich auch ausdrücklich auf die Entscheidung vom 25.08.1987 berufen.²¹

Es ist allerdings nicht davon auszugehen, dass der Kläger die Überstunden und Rufbereitschaften in erster Linie im Hinblick auf deren Berücksichtigung bei der späteren Berechnung der Betriebsrente geleistet hatte.

10. BAG, 10.02.2004 - 9 AZR 116/03:

Die Parteien stritten in der Revision noch darüber, ob die Klägerin die Abgeltung von acht Tagen Urlaub aus dem Jahr 2000 und des entsprechenden zusätzlichen Urlaubsgeldes beanspruchen könne. Entgegen der früheren Auffassung des 5. Senats²² entschied der 9. Senat nun, dass eine Tarifvorschrift, nach welcher der Arbeitnehmer den übergesetzlichen Urlaubsanspruch verwerke, wenn er das Arbeitsverhältnis unbegründet ohne Einhaltung der Kündigungsfrist auflöse, grundsätzlich auch den übertragenen Urlaub erfasse. Das gelte insbesondere, seit dem mit der ersatzlosen Aufhebung des § 7 Abs. 4 S. 2 BUrlG eine gesetzliche Verwirkung als „Vorbild“ für vergleichbare Tarifregelungen weg-

¹⁷ BAG, 26.03.1997 - 4 AZR 604/95 = ZTR 1997, 413-414.

¹⁸ BAG, 17.04.2002 - 4 AZR 174/01 = AP Nr. 23 zu § 24 BAT.

¹⁹ BAG, 19.11.2002 - 3 AZR 561/01 = AP Nr. 23 zu § 1 BetrAVG Berechnung, unter I. der Gründe.

²⁰ BAG, 25.08.1987 - 3 AZR 296/86 (nicht veröffentlicht).

²¹ BAG, 19.11.2002 - 3 AZR 561/01 = AP Nr. 23 zu § 1 BetrAVG Berechnung, Tatbestand: „Der Kläger hat verlangt, daß auch die in den letzten zwölf Monaten vor seinem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis angefallenen Vergütungen für Überstunden und Rufbereitschaften bei der Berechnung seiner Betriebsrente berücksichtigt werden. Er hat sich auf das nichtveröffentlichte Urteil des Senats vom 25.08.1987 (-3 AZR 296/86-) berufen, das sich bereits mit der Auslegung der auch im vorliegenden Fall umstrittenen Versorgungsregelung befaßt hatte. Er hat die Auffassung vertreten, nach den Kriterien dieser Entscheidung zähle auch das Arbeitsentgelt für die von ihm geleisteten Überstunden und Rufbereitschaften zu den „regelmäßigen monatlichen Bezügen“.

²² BAG, 18.09.1969 - 5 AZR 547/68 = AP Nr. 6 zu § 7 BUrlG Abgeltung; BAG, 04.06.1970 - 5 AZR 451/69 = AP Nr. 7 zu § 7 BUrlG Abgeltung.

gefallen sei.²³ Die Rechtsprechungsänderung wirkte sich zu Lasten der klagenden Arbeitnehmerin aus.

Es ist allerdings nicht davon auszugehen, dass die arbeitnehmerseitige Kündigung im Hinblick auf einen möglicherweise bestehenden Resturlaubsanspruch erfolgte.

11. BAG, 12.10.2004 - 3 AZR 571/03:

Die Klägerin, welche befristet die Vertretung einer in Teilzeit gewechselten Lektorin im Umfang einer mit der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit beschäftigten Arbeitnehmerin übernehmen sollte, begehrte die Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes. Nach bisheriger Ansicht²⁴ sollten nur Lektoren in einem wirksam befristeten Arbeitsverhältnis von der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes ausgenommen sein, weil die Legaldefinition des Begriffes „Lektor“ in § 57b Abs. 3 HRG a.K. auf § 3 Buchst. g BAT a.K. zu übertragen sei. Nun entschied der 3. Senat, dass § 3 Buchst. g BAT a.K. nach der ersatzlosen Streichung dieser Bestimmung durch das Vierte Gesetz zur Änderung des Hochschulrahmengesetzes vom 20.08.1998 nach den allgemeinen Regeln auszulegen sei und ergebe, dass nicht nur befristet, sondern auch unbefristet beschäftigte Lektoren vom Geltungsbereich des BAT ausgenommen seien.²⁵

In der Entscheidung ist schon die Ergebnisrelevanz der Rechtsprechungsänderung insofern unklar, als der Senat nicht überprüft hat, ob die Befristungen der Arbeitsverträge der Klägerin wirksam gewesen waren. Nach der früheren Auffassung war diese Feststellung erforderlich, da nur bei befristeten Lektorenverträgen die Bereichsausnahme griff. Die Änderung könnte für die Klägerin also durchaus ergebnisrelevant gewesen sein. Allerdings ist das Vorliegen einer Vertrauensbetätigung schon deshalb fraglich, weil sie, abgesehen vom Eingehen des Rechtsstreits, nur im Abschluss des Arbeitsvertrages zu sehen gewesen sein könnte.²⁶ Es ist aber nicht davon auszugehen, dass die Klägerin einen befristeten Arbeitsvertrag im Vertrauen darauf geschlossen hätte, dass die Befristung unwirksam sei, um dadurch entsprechend der bisherigen Rechtsprechung einen Anspruch auf die Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes zu erhalten.

12. BAG, 26.04.2006 - 5 AZR 549/05:

Die Parteien stritten über Arbeitsvergütung. Der 5. Senat entschied, dass bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit der Vergütung angestellter Lehrkräfte anerkannter privater Ersatzschulen die verfassungsrechtlichen Wertungen des Art. 7 Abs. 4 GG und die dieses Grundrecht ausfüllenden landesrechtlichen Regelungen zu berücksichtigen seien.²⁷ Mit dieser Aussage wich er von einem früheren Urteil des 4. Senats ab, nach welchem die Bestimmungen in Schulgesetzen zur Vergütung angestell-

²³ BAG, 10.02.2004 - 9 AZR 116/03 = AP Nr. 27 zu § 7 BUrlG Übertragung, unter III. 4. a) der Gründe.

²⁴ BAG, 26.01.1999 - 3 AZR 381/97 = AP Nr. 48 zu § 1 BetrAVG Zusatzversorgungskassen.

²⁵ BAG, 12.10.2004 - 3 AZR 571/03 = AP Nr. 2 zu § 3g BAT, unter B. I. 2. b) der Gründe.

²⁶ Doch selbst wenn man die Möglichkeit einer Vertrauensbetätigung noch bejahen würde, war, soweit aus den Entscheidungsgründen ersichtlich, keine Berufung auf die bisherige Rechtsprechung erfolgt. Überdies war mit § 57b Abs. 3 HRG a.K. auch das Argument der früheren Ansicht für seine Entscheidungsregel weggefallen, weshalb mit Änderung hätte gerechnet werden können.

²⁷ BAG, 26.04.2006 - 5 AZR 549/05 = AP Nr. 63 zu § 138 BGB, unter I. 2. der Gründe.

ter Lehrkräfte an privaten Ersatzschulen in Hessen lediglich öffentlich-rechtliche Wirkung ohne Auswirkung auf den Begriff der guten Sitten haben sollten.²⁸

Es ist nicht davon auszugehen, dass der Kläger sich bei Abschluss oder Erfüllung des Arbeitsvertrags Gedanken über die Aussage des 4. Senats zum Maßstab der Sittenwidrigkeit der Vergütung gemacht hatte.

13. BAG, 25.05.2005 - 5 AZR 347/04:

Die Parteien stritten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung und in diesem Zusammenhang über die Frage, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis bestanden habe. Der 5. Senat entschied im Rahmen einer Rechtsprechungsänderung zu Lasten der Klägerin, dass kein Arbeitsverhältnis zustande gekommen sei, da die Pflicht, öffentlich-rechtlichen Anordnungen der Aufsichtsbehörde im Jugendhilferecht nachzukommen kein Merkmal arbeitsvertraglicher Weisungsgebundenheit sei.²⁹ Dies war in der Ausgangsentscheidung noch anders gesehen worden.³⁰

Zwar schien sich die Klägerin für ihre Argumentation, soweit dies aus den Entscheidungsgründen ersichtlich ist, auf die Ausgangsentscheidung zu berufen.³¹ Es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass die Klägerin den Vertrag mit der Beklagten nur im Hinblick darauf geschlossen und erfüllt hatte, dass sie entsprechend der bisherigen Rechtsprechung als Arbeitnehmerin anzusehen sei.

14. BAG, 14.09.2005 - 4 AZR 102/04:

Die Klägerin war als Lehrerin im Angestelltenverhältnis beschäftigt und zu Beginn des Schuljahres 1994/1995 zur stellvertretenden Schulleiterin einer Grundschule bestellt worden. Nun machte einen Anspruch auf Amtszulage geltend. Der 4. Senat entschied, dass diese Zulage entgegen der Rechtsprechung des Achten Senats nur dann gewährt werden könne, wenn ihre tatbestandlichen Voraussetzungen, wäre die Klägerin Beamtin, erfüllt seien. Die Ermessensentscheidung nach der Richtlinie sei tatbestandlich gebunden.³² Damit hatte Klägerin im konkreten Fall keinen Anspruch auf die Zulage.

Es ist nicht davon auszugehen, dass der Abschluss oder die Erfüllung des Arbeitsvertrags im Vertrauen darauf erfolgt wären, dass ein Anspruch auf die Zulage bestehe.

15. BAG, 28.09.2005 - 10 AZR 593/04:

Die Parteien stritten über die Eingruppierung und Vergütung des Klägers. Der 10. Senat entschied, dass ein in die Berufsgruppe M III 2 des Bundesrahmentarifvertrages für das Baugewerbe vom 03.02.1981 in der Fassung vom 15.05.2001 (BRTV a.F.) aufgestiegener Berufskraftfahrer nicht als „Baumaschinenführer“ i.S.d. Berufsgruppe M III BRTV a.F. anzusehen und daher auch nicht auf Grund der Überführung in die neue Lohngruppe 4 des Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe vom

²⁸ BAG, 19.10.1983 - 4 AZR 257/81 (nicht veröffentlicht).

²⁹ BAG, 25.05.2005 - 5 AZR 347/04 = AP Nr. 117 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

³⁰ BAG, 06.05.1998 - 5 AZR 347/97 = AP Nr. 94 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

³¹ BAG, 25.05.2005 - 5 AZR 347/04 = AP Nr. 117 zu § 611 BGB Abhängigkeit, unter II. 1. b) der Gründe.

³² BAG, 14.09.2005 - 4 AZR 102/04 = AP Nr. 102 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer.

04.07.2002 (BRTV n.F.) wie ein Baumaschinenführer nach der Sonderlohngruppe „Baumaschinenführer der Lohngruppe 4“ zu vergüten sei.³³

Es ist nicht davon auszugehen, dass der Kläger den Vertrag im Vertrauen darauf geschlossen und erfüllt hatte, dass er nach der Änderung des für ihn geltenden Tarifvertrages entsprechend einer früheren Aussage der Rechtsprechung in eine bestimmte Sonderlohngruppe einzugruppiert sei.

16. BAG, 21.03.2006 - 3 AZR 374/05:

Im Rahmen dieser Entscheidung ging es um die Frage, ob dem Kläger eine Betriebsrente zustehe oder ob der Höchstwert der Gesamtversorgung bereits durch die gesetzliche Rente überschritten sei. Der 3. Senat lehnte die Beibehaltung der früheren Berechnungsmethode zur Ermittlung der Betriebsrente ab.³⁴

Es ist nicht davon auszugehen, dass der Arbeitsvertrag nur abgeschlossen oder erfüllt wurde, um eine auf eine bestimmte Art und Weise berechnete Betriebsrente zu erhalten.

17. BAG, 21.08.2007 - 3 AZR 269/06:

Die Parteien stritten darüber, ob die Beklagte dem Kläger Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zu gewähren habe. Der 3. Senat entschied im Rahmen dieses Falles unter anderem, dass es nicht erforderlich sei, dass in dem laufenden Entgelt einer Arbeitnehmergruppe, die keine Versorgungszusage erhalten würde, Bestandteile enthalten seien, die einen gleichwertigen Ausgleich für die Benachteiligung in der betrieblichen Altersversorgung bezweckten.³⁵

Die Rechtsprechungsänderung erging damit zu Lasten des Klägers, der beantragt hatte festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet sei, ihm bei Eintritt des Versorgungsfalls Versorgungsleistungen gemäß der im Betrieb geltenden Versorgungsordnung zu gewähren, obwohl er zu einer Arbeitnehmergruppe gehörte, die ausdrücklich von deren Geltungsbereich ausgenommen war. Es ist allerdings nicht davon auszugehen, dass der Arbeitsvertragsschluss und die Erbringung der Arbeitsleistung im Hinblick auf den Erhalt einer Leistung aus der Versorgungsordnung erfolgten.

18. BAG, 09.12.2009 - 7 ABR 46/08:

Die Beteiligten stritten um die Freischaltung von Telefonen zwischen dem Büro des Gesamtbetriebsrats und den nicht durch einen Betriebsrat repräsentierten Verkaufsstellen. Der 7. Senat entschied, dass der Gesamtbetriebsrat auch Freischaltung von Telefonen in Filialen verlangen könne, die nicht in seiner Verfügungsgewalt stünden.³⁶ Ob sich ein der Kommunikation dienende Sachmittel im Besitz des Betriebsrats befinde, sei unerheblich. Entscheidend sei vielmehr, ob der Betriebsrat die Nutzung der im Betrieb vorhandenen Kommunikationstechnik unter Berücksichtigung auch der Interessen des

³³ BAG, 28.09.2005 - 10 AZR 593/04 = AP Nr. 279 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

³⁴ BAG, 21.03.2006 - 3 AZR 374/05 = AP Nr. 51 zu § 2 BetrAVG, unter II. 2. c) aa) (2) der Gründe.

³⁵ BAG, 21.08.2007 - 3 AZR 269/06 = AP Nr. 60 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung.

³⁶ BAG, 09.12.2009 - 7 ABR 46/08 = AP Nr. 97 zu § 40 BetrVG 1972.

Arbeitgebers für erforderlich halten dürfe. Soweit der Entscheidung des Senats vom 27.11.2002³⁷ etwas Anderes zu entnehmen sei, halte der Senat daran nicht fest.

Es ist nicht davon auszugehen, dass das Unterlassen der Freischaltung der Telefone gerade im Hinblick auf die bisherige Rechtsprechung erfolgte, zumal sich der Arbeitgeber anscheinend nicht auf die Aussage der Ausgangsentscheidung berufen hatte.

19. BAG, 15.12.2009 - 9 AZR 769/08:

Im Rahmen dieser Entscheidung stritten die Parteien über die organisatorische und disziplinarische Einordnung der als Sicherheitsingenieurin beschäftigten Klägerin.³⁸ Im Rahmen der Entscheidungsgründe vertrat der 9. Senat unter anderem die Ansicht, der Begriff „gleichwertig“ in § 16 ASiG beschränke sich nicht auf die Gewährleistung eines bestimmten Schutzzieles oder Ergebnisses. Dahingehend hatte sich aber das Bundesverwaltungsgericht am 25.01.1985 in einem *obiter dictum* geäußert.³⁹ Aufgrund dieser Tatsache ist schon daran zu zweifeln, ob die Ausgangsentscheidung eine Vertrauensgrundlage darstellen konnte.

Allerdings ist auch nicht davon auszugehen, dass der Arbeitsvertrag gerade im Hinblick auf die zukünftige organisatorische Zuordnung abgeschlossen worden war.

Anhang 8 b)

(zu § 3, B. II. 2. b. bb. (2) Rechtsprechungsänderungen mit möglicher Vertrauensschutzrelevanz: Unwahrscheinlichkeit der Entstehung schützenswerten Vertrauens)

1. BAG, 04.06.1997 - 2 AZR 526/96:

Mit Urteil vom 04.06.1997 stellte der 2. Senat unter teilweiser Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung⁴⁰ klar, dass auch bei Störungen im Vertrauensbereich jedenfalls dann vor der Kündigung eine Abmahnung erforderlich sei, wenn es um ein steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers gehe und eine Wiederherstellung des Vertrauens erwartet werden könne.⁴¹

Eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung der von der Rechtsprechungsänderung belasteten, beklagten Arbeitgeberin war vorstellbar, da die Kündigung sonst möglicherweise gar nicht ohne vorherige Abmahnung erfolgt wäre. Allerdings war zum einen schon keine Berufung auf die aufgegebenen Entscheidungen und keine Geltendmachung von Vertrauensschutz erfolgt. Dazu kam in diesem Fall, dass die Rechtsprechung des Senats schon vor der Änderungsentscheidung vom 04.06.1997 dahin gegangen war, dass eine Abmahnung bei Störungen im Vertrauensbereich jedenfalls dann nicht entbehrlich sei, wenn der Arbeitnehmer annehmen durfte, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig bzw. der Arbeitgeber werde es zumindest nicht als ein erhebliches, den Bestand des

³⁷ BAG, 27.11.2002 - 7 ABR 33/01 = AP Nr. 76 zu § 40 BetrVG 1972.

³⁸ BAG, 15.12.2009 - 9 AZR 769/08 = AP Nr. 1 zu § 8 ASiG, Tatbestand.

³⁹ BVerwG, 25.01.1995 - 6 P 19.93 = BVerwGE 97, 316-323.

⁴⁰ BAG, 04.04.1974 - 2 AZR 452/73 = AP Nr. 1 zu § 626 BGB Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat; BAG, 30.11.1978 - 2 AZR 145/77 = AP Nr. 1 zu § 64 SeemG.

⁴¹ BAG, 04.06.1997 - 2 AZR 526/96 = AP Nr. 137 zu § 626 BGB.

Arbeitsverhältnisses gefährdendes Fehlverhalten ansehen.⁴² Die Ausgangsentscheidung konnte aufgrund dieser Modifikation keine schützenswertes Vertrauensgrundlage mehr gebildet haben.

2. BAG, 25.02.1998 - 7 ABR 11/97:

Entgegen der Rechtsprechung des 1. Senats⁴³ stellte der 7. Senat mit Beschluss vom 25.02.1998 fest, dass Beamte trotz tatsächlicher Eingliederung in die Arbeitsorganisation eines Betriebs nicht Arbeitnehmer i.S.d. §§ 5, 6 BetrVG sein könnten. Er wies zudem auch ausdrücklich darauf hin, dass er die entgegenstehende Rechtsprechung des 1. Senats des Bundesarbeitsgerichts ohnehin nicht fortgesetzt habe und sie nun nur zur Klarstellung ausdrücklich aufbebe.⁴⁴

Auch in diesem Fall war die Ausgangsentscheidung daher nicht mehr geeignet, schützenswertes Vertrauen zu begründen.

3. BAG, 11.04.2000 - 9 AZR 131/99:

Einen weiteren Fall unklaren Aussagegehalts der Ausgangsentscheidung stellt auch die Entscheidung des 9. Senats vom 11.04.2000 dar.⁴⁵ Darin ging es um die Frage, ob die kurze, dreimonatige Verjährungsfrist des § 61 Abs. 2 HGB unabhängig von der jeweiligen Anspruchsgrundlage für sämtliche Schadenersatz- und Herausgabeansprüche eines Dienstberechtigten gelten solle. In der Ausgangsentscheidung des 3. Senats, wurde der Gerechtigkeitsgehalt des § 61 Abs. 2 HGB als „nicht sonderlich eindrucksvoll“ bezeichnet.⁴⁶ Diese Aussage gab der 9. Senat als nunmehr für dieses Rechtsgebiet allein zuständiger Fachsenat auf.⁴⁷ Zudem hatte das Bundesarbeitsgericht hatte die kürzere Verjährungsfrist bereits für Schadenersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen eines kaufmännischen Angestellten für anwendbar angesehen⁴⁸, es aber bisher offengelassen, ob dem auch dann gefolgt werden könne, wenn der Tatbestand des § 826 BGB erfüllt wäre⁴⁹.

Es handelt sich also um eine Abweichung von einem wenig konkreten *obiter dictum*, dessen Konsequenzen völlig unklar waren. Dazu kam, dass das Bundesarbeitsgericht die konkrete Frage zum Anwendungsbereich des § 61 Abs. 2 HGB bisher offengelassen hatte. Beides spricht stark gegen die Entstehung schützenswerten Vertrauens.

4. BAG, 15.02.2005 - 9 AZR 51/04:

Am 15.02.2005 stellte der 9. Senat fest, dass die Tarifvertragsparteien frei seien, den unbestimmten Rechtsbegriff der arbeitnehmerähnlichen Person i.S.d. § 12a TVG auszufüllen und es keinen Grund gebe, weshalb Gebührenbeauftragte im Hinblick auf ihren Arbeitszuschnitt aus dem Geltungsbereich

⁴² Vgl. BAG, 04.06.1997 - 2 AZR 526/96 = AP Nr. 137 zu § 626 BGB, unter II. 1. d) der Gründe.

⁴³ BAG, 11.04.1958 - 1 ABR 2/57 = AP Nr. 1 zu § 6 BetrVG; BAG, 28.04.1964 - 1 ABR 1/64 = AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG.

⁴⁴ BAG, 25.02.1998 - 7 ABR 11/97 = AP Nr. 8 zu § 8 BetrVG 1972, unter II. 1. der Gründe.

⁴⁵ BAG, 11.04.2000 - 9 AZR 131/99 = AP Nr. 3 zu § 61 HGB.

⁴⁶ BAG, 16.01.1975 - 3 AZR 72/74 = AP Nr. 8 zu § 60 HGB.

⁴⁷ BAG, 11.04.2000 - 9 AZR 131/99 = AP Nr. 3 zu § 61 HGB.

⁴⁸ BAG, 12.05.1972 - 3 AZR 401/71 = AP Nr. 6 zu § 60 HGB.

⁴⁹ BAG, 28.01.1986 - 3 AZR 449/84 = AP Nr. 2 zu § 61 HGB.

des Tarifvertrages für arbeitnehmerähnliche Personen auszunehmen seien.⁵⁰ Demgegenüber hatte der 4. Senat in einer Entscheidung vom 02.10.1990 darauf hingewiesen, dass § 12a TVG a.F. die Tarifautonomie zwar auf arbeitnehmerähnliche Personen erstreckte, der Kreis der Personen, für die den Tarifvertragsparteien Tarifautonomie eingeräumt sei, von diesen jedoch nicht über die gesetzlichen Voraussetzungen hinaus erweitert werden könne und Gebührenbeauftragte nicht erfasse.⁵¹

In der Berufungsentscheidung ist zwar zu lesen, dass die Beklagte die Forderung der Klägerin nach der Zahlung von Übergangsgeld unter Hinweis auf eben diese Entscheidung zurückgewiesen hatte.⁵² Allerdings war im Hinblick auf das Urteil vom 02.10.1990⁵³ am 01.07.1996 eine Änderung in Punkt 3.1. des Tarifvertrags über arbeitnehmerähnliche Personen erfolgt, der sich mit dem Begriff der sozialen Schutzbedürftigkeit i.S.d. § 12a TVG befasste. Unter diesen Umständen war nicht klar, inwieweit die bisherige Rechtsprechung beibehalten oder modifiziert werden würde. Möglicherweise war sie damit nicht mehr als Vertrauensgrundlage geeignet.

5. BAG, 12.03.2008 - 4 AZR 93/07:

Am 12.03.2008 entschied der 4. Senat, dass die nach den Lehrerrichtlinien-O der TdL gebotene Gleichbehandlung von angestellten und beamteten Lehrern die Anwendung einer Tarifautomatik bei angestellten Lehrern ausschließe. Stattdessen seien sowohl bei einer Höhergruppierung als auch bei einer Herabgruppierung die Voraussetzungen zu beachten, unter denen entsprechende einseitige Maßnahmen dem Dienstherrn auch bei Beamten möglich wären.⁵⁴ Damit gab er eine zuvor geäußerte Ansicht des 8. Senats auf und nahm eine Rechtsprechungsänderung zu Lasten des beklagten Arbeitgebers vor.

Eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung hätte in der Nichtzahlung der Vergütungsdifferenz zu sehen sein können, wobei sich die Beklagte anscheinend nicht auf die Ausgangsentscheidung berufen hatte. Der Senat führte zudem aus, dass der 8. Senat mit der Ausgangsentscheidung die Grundlagen der gefestigten Rechtsprechung nicht nur des 4., des 6. und des 10. Senats, sondern auch des 8. Senats selbst verlassen hätte, wonach bei der Eingruppierung von angestellten Lehrern anhand der BBesO A die Tarifautomatik gerade nicht gelte, sondern das Beamtenbesoldungsrecht entsprechend heranzuziehen sei, nach dem die Erfüllung von Tätigkeitsmerkmalen eben nicht genüge, um einen Anspruch auf Höhergruppierung zu bewirken, sondern darüber hinaus noch die beamtenrechtlichen Voraussetzungen vorliegen müssten.⁵⁵ Damit verwies der Senat auf eine unsichere Rechtslage, die möglicherweise schon die Entstehung schützenswerten Vertrauens verhindern konnte.

6. BAG, 27.08.2008 - 4 AZR 470/07:

Bei der Entscheidung des 4. Senats vom 27.08.2008 ging es um die Frage einer fehlerhaften Eingruppierung.⁵⁶

⁵⁰ BAG, 15.02.2005 - 9 AZR 51/04 = AP Nr. 6 zu § 12a TVG.

⁵¹ BAG, 02.10.1990 - 4 AZR 106/90 = AP Nr. 1 zu § 12a TVG.

⁵² LAG Hamburg, 03.11.2003 - 4 Sa 112/02 (nicht veröffentlicht), Tatbestand.

⁵³ BAG, 02.10.1990 - 4 AZR 106/90 = AP Nr. 1 zu § 12a TVG.

⁵⁴ BAG, 12.03.2008 - 4 AZR 93/07 = AP Nr. 35 zu §§ 22, 23 BAT-O.

⁵⁵ BAG, 12.03.2008 - 4 AZR 93/07 = AP Nr. 35 zu §§ 22, 23 BAT-O, unter II. 2. c) cc) der Gründe.

⁵⁶ BAG, 27.08.2008 - 4 AZR 470/07 = AP Nr. 38 zu §§ 22, 23 BAT-O.

Die Rechtslage war insoweit unsicher, als es sich bei der Ausgangsentscheidung⁵⁷ eine vereinzelte Entscheidung gehandelt hatte.

Anhang 8 c) aa)

(zu § 3, B. II. 2. b. bb. (3) Rechtsprechungsänderungen mit möglicher Vertrauensschutzrelevanz: Fehlende Darlegung der Vertrauensbetätigung)

1. BAG, 29.07.2003 - 9 AZR 270/02:

Der 9. Senat hatte sich mit den Voraussetzungen für die Übertragung von Teilurlaub gem. § 7 Abs. 3 S. 4 BUrlG auf das nächste Kalenderjahr zu befassen und entschied, dass der Arbeitnehmer eine solche Übertragung noch im Urlaubsjahr verlangen müsse und es entgegen einer früheren Entscheidung des 5. Senats⁵⁸ nicht ausreiche, dass der Arbeitnehmer im Urlaubsjahr lediglich darauf verzichte, einen Urlaubsantrag zu stellen.⁵⁹

Bei dieser Rechtsprechungsänderung war eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung insoweit vorstellbar, als ein Arbeitnehmer es gerade im Vertrauen auf die Ausgangsentscheidung hätte unterlassen können, eine Übertragung zu verlangen. Im konkreten Fall war dies ausgeschlossen, da der Kläger, ausdrücklich geltend machte, eine solche Übertragung zu haben.

2. BAG, 28.03.2007 - 10 AZR 707/05:

Mit der Entscheidung vom 28.03.2007 gab der 10. Senat teilweise seine frühere Rechtsprechung⁶⁰ auf, indem er entschied, dass die Pflegezulagen gemäß der Protokollerklärung Nr. 1 Abs. 1 zu AWKrT voraussetzten, dass entweder Grund- oder Behandlungspflege an den näher beschriebenen Patientengruppen ausgeübt werde, nicht jedoch beide Pflegearten zusammen.⁶¹

Die beklagte Arbeitgeberin machte geltend, die Klägerin habe keinen tariflichen Anspruch auf die Zulage, da sie in der Vergangenheit nur Grund- und keine Behandlungspflege ausgeübt habe. Seit Implementierung des Qualitätsmanagementhandbuchs im Jahre 2001 dürfe die Klägerin auch keine Behandlungspflege mehr ausüben. Falls die Klägerin den Nachweis führen könne, dass sie im streitigen Zeitraum gleichwohl Behandlungspflege ausgeübt habe, so habe sie dies entgegen der Arbeitsanweisung gemäß Qualitätsmanagementhandbuch getan.⁶² Damit ging, worauf der 10. Senat auch hinweist, selbst der Beklagte davon aus, dass die Zulage grundsätzlich geschuldet würde, wenn qualifizierte Pflegepersonen nur Behandlungspflege ausführten.⁶³

⁵⁷ BAG, 21.02.2001 - 4 AZR 40/00 = EzBAT §§ 22, 23 BAT B1 VergGr Vb Nr 13.

⁵⁸ BAG, 10.03.1966 - 5 AZR 498/65 = AP Nr. 2 zu § 59 KO.

⁵⁹ BAG, 29.07.2003 - 9 AZR 270/02 = AP Nr. 26 zu § 7 BUrlG Übertragung.

⁶⁰ BAG, 04.06.2003 - 10 AZR 579/02 = AP Nr. 7 zu § 1 TVG Tarifverträge: Arbeiterwohlfahrt; BAG, 19.11.2003 - 10 AZR 127/03 = AP Nr. 8 zu § 1 TVG Tarifverträge: Arbeiterwohlfahrt.

⁶¹ BAG, 28.03.2007 - 10 AZR 707/05 = AP Nr. 10 zu § 1 TVG Tarifverträge: Arbeiterwohlfahrt.

⁶² BAG, 28.03.2007 - 10 AZR 707/05 = AP Nr. 10 zu § 1 TVG Tarifverträge: Arbeiterwohlfahrt, Tatbestand.

⁶³ BAG, 28.03.2007 - 10 AZR 707/05 = AP Nr. 10 zu § 1 TVG Tarifverträge: Arbeiterwohlfahrt, unter II. 2. e) bb) (5) der Gründe.

3. BAG, 29.08.2007 - 4 AZR 767/06:

Der 4. Senat entschied entgegen einer früheren Ansicht⁶⁴, dass es sich nicht um Tarifkonkurrenz handele, wenn auf ein Arbeitsverhältnis, für das ein Tarifvertrag kraft Allgemeinverbindlichkeit gelte, ein anderer Tarifvertrag kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme Anwendung finde. In diesem Fall „konkurriere“ ein Arbeitsvertrag mit einem Tarifvertrag, weshalb dieses Verhältnis nach Maßgabe des Günstigkeitsprinzips des § 4 Abs. 3 TVG zu lösen sei.⁶⁵

Im Rahmen dieser Rechtsprechungsänderung war einer Vertrauensbetätigung der hiervon belasteten Arbeitgeberin zumindest vorstellbar. Im konkreten Fall hätte sie darin bestehen können, dass die Arbeitgeberin es auf Vertrauen auf die Ausgangsrechtsprechung unterlassen hatte, die höhere Vergütung zu zahlen. Die Arbeitgeberin argumentierte zur Klageabweisung jedoch völlig anders. Sie berief sich nicht auf die Ausgangsentscheidung, sondern machte das Vorliegen einer großen dynamischen Verweisungsklausel geltend.

4. BAG, 16.01.2008 - 7 AZR 1090/06:

Der 7. Senat entschied entgegen einem früheren *obiter dictum*⁶⁶, dass § 9 Abs. 5 ArbGG auf die Revisionsfrist bei der Zustellung eines Berufungsurteils mit fehlerhafter Rechtsmittelbelehrung nach Ablauf von fünf Monaten seit der Verkündung nach der durch das Gesetz zur Reform der Zivilprozessordnung vom 27.07.2001 mit Wirkung vom 01.01.2002 erfolgten Neufassung von § 74 Abs. 1 S. 2 ArbGG nicht mehr anwendbar sei.⁶⁷ Die Revisionsfrist wurde im konkreten Fall um einen Tag versäumt.⁶⁸

Abgesehen davon, dass das *obiter dictum* der Ausgangsentscheidung wohl schon nicht geeignet war, schützenswertes Vertrauen zu begründen, berief sich der Prozessbevollmächtigte des Klägers auch nicht auf die elf Monate zuvor ergangene Entscheidung des Senats, sondern beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und machte zur Begründung geltend, dass die Versäumung der Revisionsfrist an seinem Verschulden gelegen habe,⁶⁹ so dass die Frist offensichtlich nicht absichtlich und im Vertrauen auf die frühere Rechtsprechung versäumt worden war.

Anhang 8 c) bb)

(zu § 3, B. II. 2. b. bb. (3) Rechtsprechungsänderungen mit möglicher Vertrauensschutzrelevanz: Fehlende Darlegung der Vertrauensbetätigung)

1. BAG, 23.08.1995 - 10 AZR 105/95:

Nach der Rechtsprechungsänderung des 10. Senats vom 23.08.1995 solle ein Betrieb, der Glasversiegelungsarbeiten und Anschlussverfugungen zwischen Rahmen und Wand ausführt, nicht schon deswegen als Betrieb des Glaserhandwerks vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV ausgenommen sein. Denn entgegen bisheriger Rechtsprechung⁷⁰ seien derartige Arbeiten nicht typisch für das Gla-

⁶⁴ BAG, 23.03.2005 - 4 AZR 203/04 = AP Nr. 29 zu § 4 TVG.

⁶⁵ BAG, 29.08.2007 - 4 AZR 767/06 = AP Nr. 61 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

⁶⁶ BAG, 14.02.2007 - 7 ABR 26/06 = AP Nr. 13 zu § 54 BetrVG 1972.

⁶⁷ BAG, 16.01.2008 - 7 AZR 1090/06 = FA 2008, 147 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe).

⁶⁸ BAG, 16.01.2008 - 7 AZR 1090/06, unter I. der Gründe.

⁶⁹ BAG, 16.01.2008 - 7 AZR 1090/06, Tatbestand.

⁷⁰ BAG, 13.03.1991 - 4 AZR 436/90 = AP Nr. 139 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau.

serhandwerk und daher auch nicht i.S.d. Senatsrechtsprechung allein diesem Handwerk zuzuordnen.⁷¹

Die Rechtsprechungsänderung erging zu Lasten der Beklagten, die die Auffassung vertreten hatte, ihr Betrieb sei als ein Betrieb des Glaserhandwerks vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV nach § 1 Abs. 2 Abschnitt VII Nr. 4 ausgenommen. Eine Vertrauensbetätigung könnte darin zu sehen sein, dass Auskunftserteilung und Zahlung an die ZVK abgelehnt worden waren. Aus der Entscheidung ergab sich allerdings nicht, dass sich die Beklagte ausdrücklich auf die bisherige Rechtsprechung berufen oder Vertrauensschutz geltend gemacht hätte.

2. BAG, 11.10.1995 - 10 AZR 985/94:

Entgegen früherer Rechtsprechung⁷² solle ein Anspruch auf die betriebliche Sonderzahlung nach § 2 des Tarifvertrages über Sonderzahlungen in der niedersächsischen Metallindustrie vom 27.05.1992 nicht von einer tatsächlichen Arbeitsleistung im Kalenderjahr oder einem entsprechenden Verdienst innerhalb der letzten drei vollständig abgerechneten Monate vor dem Auszahlungstag abhängen.⁷³

Die Rechtsprechungsänderung erging zu Lasten der beklagten Arbeitgeberin. Eine Vertrauensbetätigung hätte in der Verweigerung der Sonderzahlung liegen können. Allerdings berief sich die Beklagte nicht auf die bisherige Rechtsprechung, um eine eigene Vertrauensbetätigung darzulegen, sondern machte nur geltend, dass die Tarifvertragsparteien bei Abschluss des Tarifvertrages über die Sonderzahlung am 27.05.1992 von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu den früheren Fassungen ausgegangen seien und daher keine Änderungen vorgenommen hätten.

3. BAG, 01.11.1995 - 5 AZR 84/94:

Mit Urteil vom 01.11.1995 entschied der 5. Senat entgegen früherer Rechtsprechung⁷⁴, dass Teilzeitarbeit deswegen, weil der Teilzeitarbeitnehmer einen Hauptberuf ausübe und dadurch eine gesicherte Existenzgrundlage habe, nicht schlechter als Vollzeitarbeit bezahlt werden dürfe.⁷⁵ Der teilzeitbeschäftigte Kläger hatte von dem beklagten Land eine höhere Vergütung verlangt und wollte erreichen, dass seine Vergütung anteilig entsprechend den Regeln für Vollzeitbeschäftigte berechnet würde, da seine Bezahlung gegen das Verbot der unterschiedlichen Behandlung von Teilzeitarbeitnehmern gegenüber Vollzeitarbeitnehmern verstoße. Das beklagte Land hatte die Auffassung vertreten, die unterschiedliche Behandlung des Klägers gegenüber den vollbeschäftigten Hochschullehrern sei sachlich gerechtfertigt. Der Kläger übe die Tätigkeit als Lehrbeauftragter nur nebenberuflich aus und aufgrund seiner weiteren Tätigkeit sei seine Lebensgrundlage hinreichend gesichert.

Die Vertrauensbetätigung hätte in der Zahlung eines zu geringen Lohnes zu sehen sein können. Auch ähnelte die Argumentation des beklagten Landes der Entscheidungsregel der bisherigen Rechtsprechung. Allerdings wurde, soweit aus Tatbestand und Gründen ersichtlich, weder ausdrücklich auf die Ausgangsentscheidungen Bezug genommen noch Vertrauensschutz geltend gemacht.

⁷¹ BAG, 23.08.1995 - 10 AZR 105/95 = AP Nr. 193 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau.

⁷² 07.09.1989 - 6 AZR 637/88 = AP Nr. 129 zu § 611 BGB Gratifikation.

⁷³ BAG, 11.10.1995 - 10 AZR 985/94 = AP Nr. 133 zu § 1 TVG Tarifverträge Metallindustrie.

⁷⁴ BAG, 22.08.1990 - 5 AZR 543/89 = AP Nr. 8 zu § 2 BeschFG 1985; BAG, 11.03.1992 - 5 AZR 237/91 = AP Nr. 19 zu § 1 BeschFG 1985.

⁷⁵ BAG, 01.11.1995 - 5 AZR 84/94 = AP Nr. 45 zu § 2 BeschFG 1985.

4. BAG, 22.01.1997 - 10 AZR 223/96:

Mit Entscheidung vom 22.01.1997 gab der 10. Senat die entgegenstehende bisherige Rechtsprechung des 4. Senats⁷⁶ auf, wonach unter dem Begriff „Baugewerbe“ i.S.d. mit dem § 1 RTV-Maler weitgehend gleichlautenden § 1 Nr. 2 des Tarifvertrages über das Verfahren für den Urlaub und die Zusatzversorgung im Maler- und Lackiererhandwerk vom 28.12.1983 i.d.F. vom 14.12.1984 nur die baugewerblichen Leistungen der Putzer und Stukkateure zu verstehen sein sollten.⁷⁷ Damit wurde der Betrieb der Beklagten vom betrieblichen Geltungsbereich des RTV-Maler nicht erfasst, weshalb die Einschränkung der Allgemeinverbindlicherklärung des VTV zugunsten der Beklagten nicht griff. Die Beklagte hatte daher die der Höhe nach unstreitigen Beiträge an die ZVK zu entrichten und die verlangten Auskünfte zu erteilen.

Eine Vertrauensbetätigung war denkbar, da diese im Unterlassen von Zahlung und Auskunftserteilung hätte zu sehen sein können. Jedoch hatte sich die von der Rechtsprechungsänderung belastete Partei auch in diesem Fall weder auf die Ausgangsrechtsprechung des 4. Senats berufen noch Vertrauensschutz geltend gemacht.

5. BAG, 11.11.1997 - 3 AZR 486/96:

In diesem Rechtsstreit ging es um die Frage, ob der Kläger für seine Tätigkeit auf einem vom Einstellungsbetrieb entfernter gelegenen Werksgelände die Erstattung von Fahrtkosten sowie Mehraufwandsentschädigungen nach Ziff. V des kraft beiderseitiger Tarifbindung geltenden Tarifvertrages für das wärme-, kälte- und schallschutztechnische Gewerbe (Isoliergewerbe) vom 24.07.1987 in der Fassung vom 27.09.1990 und 19.05.1992 verlangen könne. Der 4. Senat war bisher davon ausgegangen, dass es neben Baustellen außerhalb des Einstellungsbetriebes auch Baustellen gebe, die zu diesem Betrieb gehörten, so dass die dort eingesetzten Arbeitnehmer keine Abgeltungsansprüche hätten. Für eine Baustelle innerhalb des Betriebes spreche eine geringe räumliche Entfernung vom Sitz der Betriebsleitung, wenn diese jederzeit in der Lage sei, dort Aufsichts- und Weisungsbefugnisse wahrzunehmen, sowie der Umstand, dass die Baustelle auf Dauer eingerichtet worden sei und eigenständige Einrichtungen für die Beschäftigten beinhalte, die ausschließlich für die arbeitstechnischen Zwecke des Arbeitgebers eingesetzt würden. Seien diese Voraussetzungen erfüllt, sei es nicht von entscheidender Bedeutung, dass sich die Baustelle auf fremden Grund und Boden befinde.⁷⁸ Hiervon wich der 3. Senat ab und entschied, dass es für die Beurteilung, ob ein Arbeitnehmer auf einer Bau- oder Arbeitsstelle außerhalb des Betriebes arbeite, ebenso wenig auf die Entfernung der Baustelle vom Betriebssitz ankomme wie darauf, welche organisatorisch-funktionalen Verbindungen zwischen Betriebsleitung und Baustelle bestünden.⁷⁹

Eine Vertrauensbetätigung der von der Rechtsprechungsänderung belasteten Beklagten konnte in der Nichtzahlung der Fahrtkosten und Mehraufwandsentschädigung zu sehen sein. Die Beklagte hatte die Auffassung vertreten, ein tarifvertraglicher Anspruch auf die geltend gemachten Zahlungen bestehe nicht, weil es sich bei dem Stützpunkt, auf dem der Kläger tätig war, um einen Teil des Hauptbetriebes handele. Die Argumentation erinnert zwar an die des 4. Senats. Allerdings geht aus

⁷⁶ BAG, 29.01.1991 - 4 AZR 539/90 = AP Nr. 5 zu § 1 TVG Tarifverträge Maler.

⁷⁷ BAG, 22.01.1997 - 10 AZR 223/96 = AP Nr. 9 zu § 1 TVG Tarifverträge Maler.

⁷⁸ BAG, 02.10.1990 - 4 AZR 132/90 = AP Nr. 136 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau; BAG, 10.03.1993 - 4 AZR 205/92 = AP Nr. 165 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau.

⁷⁹ BAG, 11.11.1997 - 3 AZR 486/96 = AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Isoliergewerbe.

dem Sachverhalt nicht hervor, dass eine ausdrückliche Berufung auf die Ausgangsentscheidungen erfolgt oder Vertrauensschutz geltend gemacht worden wäre.

6. BAG, 03.06.1998 - 5 AZR 616/97:

Mit Urteil vom 03.06.1998 entschied der 5. Senat, dass eine arbeitsvertragliche Abrede über die Anrechnung von Tariflohnerhöhungen auf eine übertarifliche Zulage den Arbeitgeber nicht berechtige, auch den Lohnausgleich für eine tarifliche Arbeitszeitverkürzung auf die Zulage anzurechnen.⁸⁰ Damit wick er zu Lasten der beklagten Arbeitgeberin von der früheren Rechtsprechung des 4. Senats⁸¹ ab.

Diese hatte allerdings nicht geltend gemacht, dass sie die Zahlung der Differenz im Vertrauen auf die bisherige Rechtsprechung unterlassen habe und daher Vertrauensschutz verdiene.

7. BAG, 19.10.2000 - 6 AZR 291/99:

In der rechtsprechungsändernden Entscheidung vom 19.10.2000 entschied der 6. Senat, dass eine Rationalisierungsmaßnahme zu einem Wechsel der Beschäftigung i.S.v. § 1 Abs. 1 Tarifvertrag über den Rationalisierungsschutz für Arbeiter des Bundes und der Länder vom 09.01.1987 führe, wenn dem von der Rationalisierungsmaßnahme betroffenen Arbeiter eine neue, andere Tätigkeit übertragen würde. Entgegen einer früheren Entscheidung⁸² komme es nicht darauf an, ob dies im Wege des Direktionsrechts oder durch Änderungskündigung geschehe.⁸³

Die Rechtsprechungsänderung erging damit zu Lasten der beklagten Arbeitgeberin, die möglicherweise im Vertrauen auf die Ausgangsentscheidung nicht vom Erfordernis einer Lohnsicherung ausgegangen war und demnach die Zahlung des entsprechenden Vertrages unterlassen hatte. Laut Tatbestand wies die Beklagte zwar darauf hin, dass der Widerruf der Vorhandwerkerfunktion im konkreten Fall dem Direktionsrecht des Arbeitgebers unterliege.⁸⁴ Allerdings wurde, soweit aus Tatbestand und Gründen ersichtlich, nicht auf die Ausgangsentscheidung Bezug genommen oder die Gewährung von Vertrauensschutz gefordert.

8. BAG, 22.08.2001 - 5 AZR 108/00:

Entgegen einer früheren Entscheidung⁸⁵ stellte der 5. Senat in einem Urteil vom 22.08.2001 fest, dass teilzeitbeschäftigte Lehrkräfte für die Dauer der Teilnahme an ganztägigen Klassenfahrten wie vollzeitbeschäftigte Lehrkräfte zu vergüten seien.⁸⁶

Die Rechtsprechungsänderung erging zu Lasten des beklagten Landes, dessen Vertrauensbetätigung in der Zahlung zu geringen Lohns zu sehen gewesen sein könnte. Aus Tatbestand oder Gründen geht jedoch schon nicht hervor, dass ein Hinweis auf die Ausgangsentscheidung erfolgt wäre.

⁸⁰ BAG, 03.06.1998 - 5 AZR 616/97 = AP Nr. 34 zu § 4 TVG Übertarifliche Lohn und Tariflohnerhöhung.

⁸¹ BAG, 03.06.1987 - 4 AZR 44/87 = AP Nr. 58 zu § 1 TVG Tarifverträge – Metallindustrie; BAG, 14.06.1989 - 4 AZR 116/89 (nicht veröffentlicht).

⁸² BAG, 15.10.1992 - 6 AZR 342/91 = AP Nr. 2 zu § 9 MTB II.

⁸³ BAG, 19.10.2000 - 6 AZR 291/99 = AP Nr. 35 zu § 4 TVG Rationalisierungsschutz.

⁸⁴ BAG, 19.10.2000 - 6 AZR 291/99 = AP Nr. 35 zu § 4 TVG Rationalisierungsschutz, Tatbestand.

⁸⁵ BAG, 20.11.1996 - 5 AZR 414/95 = AP Nr. 127 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten.

⁸⁶ BAG, 22.08.2001 - 5 AZR 108/00 = AP Nr. 144 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten.

9. BAG, 20.08.2002 - 9 AZR 750/00:

Mit Urteil vom 20.08.2002 entschied der 9. Senat, dass eine tarifvertragliche Bestimmung, die den Anspruch von Arbeitnehmern auf Gewährung von zusätzlich bezahlter Freistellung ab Vollendung des 60. Lebensjahres ausschließe, sofern der Arbeitnehmer vorgezogenes Altersruhegeld in Anspruch nehmen könne, Frauen mittelbar diskriminieren könne. Dass die Frauen im Verhältnis zu Männern begünstigende Altersgrenze von 60 Jahren verfassungsrechtlich (noch) unbedenklich sei, rechtfertige ihren Ausschluss nicht.⁸⁷

Damit wick der Senat zu Lasten der beklagten Arbeitgeberin von der entgegenstehenden Rechtsprechung des 4. Senats⁸⁸ ab. Eine mögliche vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung, hier die Verweigerung der Gewährung von Altersfreizeit unter Fortzahlung von Vergütung, wurde von der Beklagten, soweit aus der Entscheidung ersichtlich, nicht geltend gemacht.

10. BAG, 29.04.2004 - 6 AZR 101/03:

Mit Urteil vom 29.04.2004 entschied der 6. Senat, dass dem Kläger, der in eingetragener Lebenspartnerschaft lebte, seit Begründung der eingetragenen Lebenspartnerschaft ein Ortszuschlag der Stufe 2 nach § 611 BGB i.V.m. § 26 Abs. 1, § 29 Abschnitt A Abs. 1, § 29 Abschnitt B Abs. 2 Nr. 1 BAT zustehe. Die Typisierung in § 29 Nr. 1 BAT verfolge nämlich nicht das Ziel, die Ehe als eine im Normalfall präsumtiv reproduktionsfähige Lebensgemeinschaft zu begünstigen.⁸⁹ Diese Aussage widersprach der in einem *obiter dictum* der Ausgangsentscheidung geäußerten Auffassung desselben Senats vom 15.05.1997.⁹⁰ Das LPartG war zu diesem Zeitpunkt noch nicht beschlossen, der Senat äußerte nur eine hypothetische Ansicht, tat dies allerdings sehr klar. Inwieweit hierdurch möglicherweise begründetes Vertrauen schützenswert gewesen wäre, hätte möglicherweise durch Abwägung ermittelt werden müssen.

Eine Vertrauensbetätigung des durch die Rechtsprechungsänderung belasteten Arbeitgebers hätte im Unterlassen der Zahlung des Ortszuschlags gesehen werden können. Allerdings berief sich die Beklagte, soweit aus der Entscheidung ersichtlich wird, nicht auf das *obiter dictum* der Ausgangsentscheidung und machte folglich auch keinen Vertrauensschutz geltend.

11. BAG, 15.11.2006 - 10 AZR 698/05:

Mit Urteil vom 15.11.2006 entschied der 10. Senat entgegen einer früheren Auffassung des 4. Senats⁹¹, dass das Anbringen und die Reparatur von Leitplanken an Straßen eine bauliche Tätigkeit darstelle.⁹² Damit erging die Rechtsprechungsänderung zu Lasten der Beklagten und zugunsten der auf Beitragszahlung und Auskunftserteilung klagenden Zusatzversorgungskasse.

Eine Vertrauensbetätigung war möglich, da diese im Unterlassen von Zahlung und Auskunftserteilung an die Zusatzversorgungskasse hätte gesehen werden können. Allerdings berief sich die Beklagte, soweit aus Tatbestand und Gründen ersichtlich, nicht auf eine solche vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung. Sie behauptete zwar entsprechend der früheren Auffassung des 4. Senats, dass es

⁸⁷ BAG, 20.08.2002 - 9 AZR 750/00 = AP Nr. 6 zu § 1 TVG Tarifverträge: Süßwarenindustrie.

⁸⁸ BAG, 06.02.1985 - 4 AZR 275/83 = AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Süßwarenindustrie.

⁸⁹ BAG, 29.04.2004 - 6 AZR 101/03 = AP Nr. 2 zu § 26 BAT.

⁹⁰ BAG, 15.05.1997 - 6 AZR 26/96 = AP Nr. 2 zu § 29 BAT.

⁹¹ BAG, 08.05.1985 - 4 AZR 516/83 = AP Nr. 66 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

⁹² BAG, 15.11.2006 - 10 AZR 698/05 = AP Nr. 289 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

sich bei Leitplanken nicht um Bauwerke handele. Dies geschah allerdings anscheinend nur deshalb, weil die Klägerin ihrerseits ausdrücklich auf die bisherige entgegenstehende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts Bezug genommen und dagegen argumentiert hatte.

12. BAG, 07.02.2007 - 5 AZR 422/06:

Entgegen früherer Ansicht⁹³ entschied der 5. Senat mit Urteil vom 07.02.2007, dass ein böswilliges Unterlassen von Erwerb i.S.d. § 615 S. 2 BGB auch darin liegen könne, dass der Arbeitnehmer eine vertraglich nicht geschuldete Arbeitsleistung ablehne, die der Arbeitgeber von ihm in einem unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis verlange.⁹⁴ Die Rechtsprechungsänderung erging zu Lasten eines auf Annahmeverzugsvergütung klagenden Arbeitnehmers, der, nachdem der einzige LKW des Betriebes gestohlen worden war, zwar weiterhin täglich seine Arbeitsleistung als LKW-Fahrer anbot, sich allerdings weigerte bei gleichbleibender Vergütung im Restholzbereich des Betriebes weiterzuarbeiten.

Eine Vertrauensbetätigung ist vorstellbar. Allerdings wird aus Tatbestand und Entscheidungsgründen nicht deutlich, dass die Arbeitsverweigerung im Vertrauen auf die bisherige Rechtsprechung erfolgt war. Weder scheint sich der Arbeitgeber auf die Ausgangsentscheidung berufen noch ausdrücklich Vertrauensschutz geltend gemacht zu haben.

13. BAG, 23.01.2008 - 4 AZR 312/01:

Am 23.01.2008 entschied der 4. Senat entgegen seiner früheren Rechtsprechung⁹⁵, dass durch die Auflösung eines Verbandes nicht unabhängig von den tarifrechtlich vorgegebenen Beendigungsmöglichkeiten eine vorzeitige automatische Beendigung des Tarifvertrages herbeigeführt werde. Durch die Auflösung eines Verbandes bleibe somit auch die Möglichkeit der Beendigung der Tarifverträge durch Kündigung grundsätzlich unberührt.⁹⁶

Die Rechtsprechungsänderung erging damit zu Lasten der beklagten Schuldnerin, welche die Vergütungsdifferenz zwischen dem ersten, gekündigten Tarifvertrag und einem zweiten Tarifvertrag für die zwei Monate bis zur Beendigung des ersten Tarifvertrages durch Kündigung nicht zahlen wollte. Diese Nichtzahlung könnte grundsätzlich eine vertrauensschutzrelevante Vertrauensbetätigung darstellen. Allerdings erfolgte, soweit aus Tatbestand und Gründen ersichtlich, weder eine Berufung auf die bisherige Rechtsprechung noch wurde ausdrücklich Vertrauensschutz geltend gemacht.

14. BAG, 20.05.2008 - 9 AZR 219/07:

Die Parteien stritten darüber, ob die Beklagte Urlaub aus dem Jahr 2001 abzugelten habe. Die Klägerin war Mutter zweier Kinder. Sie nahm für ihren im Jahr 2001 geborenen Sohn vom 03.12.2001 bis 07.10.2004 Elternzeit in Anspruch und verlangte für ihre am 19.08.2003 geborene Tochter während der ersten Elternzeit eine zweite Elternzeit bis 18.08.2006. Der 9. Senat entschied, dass der vor einer

⁹³ BAG, 03.12.1980 - 5 AZR 477/78 = AP Nr. 4 zu § 615 BGB Böswilligkeit.

⁹⁴ BAG, 07.02.2007 - 5 AZR 422/06 = AP Nr. 12 zu § 615 BGB Böswilligkeit.

⁹⁵ BAG, 15.10.1986 - 4 AZR 289/85 = AP Nr. 4 zu § 3 TVG; BAG, 28.05.1997 - 4 AZR 546/95 = AP Nr. 26 zu § 4 TVG Nachwirkung.

⁹⁶ BAG, 23.01.2008 - 4 AZR 312/01 = AP Nr. 36 zu § 3 TVG.

ersten Elternzeit entstandene Anspruch auf Erholungsurlaub nach § 17 Abs. 2 BErzGG auf die Zeit nach einer weiteren Elternzeit, welche sich unmittelbar an die frühere Elternzeit anschließen, übertragen werde.⁹⁷ Nach früherer Rechtsprechung⁹⁸ war der übertragene Urlaub auch dann mit Ablauf des nächsten Urlaubsjahres verfallen, wenn der Urlaub wegen der Inanspruchnahme eines zweiten Erziehungsurlaubs nicht genommen werden konnte.

Im vorliegenden Fall hatte sich die Beklagte zur Untermauerung ihres Antrags mindestens auf die bisherige Entscheidungsregel berufen.⁹⁹ Aus der Entscheidung geht jedoch nicht hervor, ob sie eine vertrauensschutzrelevanten Vertrauensbetätigung dargelegt hatte, wenngleich das Vorliegen einer solchen im konkreten Fall mehr als wahrscheinlich war.

⁹⁷ BAG, 20.05.2008 - 9 AZR 219/07 = AP Nr. 12 zu § 17 BErzGG.

⁹⁸ BAG, 23.04.1996 - 9 AZR 165/95 = AP Nr. 6 zu § 17 BErzGG; BAG, 21.10.1997 - 9 AZR 267/96 = AP Nr. 75 zu § 7 BUrlG Abgeltung.

⁹⁹ BAG, 20.05.2008 - 9 AZR 219/07 = AP Nr. 12 zu § 17 BErzGG, Tatbestand: „§ 17 Abs. 2 BErzGG sehe eine weitere Übertragung bei kettenartiger mehrmaliger Inanspruchnahme von Elternzeit nicht vor.“

Ehrenwörtliche Erklärung

Hiermit erkläre ich ehrenwörtlich,

- dass mir die geltende Promotionsordnung der Fakultät bekannt ist;
- dass ich die Dissertation selbst angefertigt habe und alle von mir benutzten Hilfsmittel, persönlichen Mitteilungen und Quellen in meiner Arbeit angegeben habe;
- dass mich folgende Personen beim Korrekturlesen unterstützt haben: Frederike Misselwitz, Herbert Hennig, Malgorzata Minecka, Philipp Kempf und Tobias Reinhart;
- dass die Hilfe eines Promotionsberaters nicht in Anspruch genommen wurde;
- dass Dritte weder unmittelbar noch mittelbar geldwerte Leistungen von mir für Arbeiten erhalten haben, die im Zusammenhang mit dem Inhalt meiner vorgelegten Dissertation stehen;
- dass ich die Dissertation noch nicht als Prüfungsarbeit für eine staatliche oder andere wissenschaftliche Prüfung eingereicht habe;
- dass ich weder die gleiche, eine in wesentlichen Teilen ähnliche oder eine andere Abhandlung bei einer anderen Hochschule als Dissertation eingereicht habe.

Desweiteren erkläre ich mich damit einverstanden, dass die elektronische Version der Dissertation einer Überprüfung der Einhaltung der Grundsätze zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis unterzogen wird.

Würzburg, 04.04.2012

Vera Hennig