

Die Betriebsübungsfalle

Der 5. Senat des BAG hatte sich in einer neueren Entscheidung (BAG, Urt. v. 19.9.2018 – 5 AZR 439/17) erneut mit dem Rechtsinstitut der Betriebsübung zu befassen. Ein Unternehmen hatte seinen Mitarbeitern in einem von ihm gestellten Arbeitsvertrag zugesagt: „Das Arbeitsverhältnis richtet sich nach dem Tarifvertrag für das ... Gewerbe in seiner jeweiligen Fassung.“ Zusätzlich zu der so arbeitsvertraglich durch Tarifverweisung zugesagten Tarifentlohnung mit den entsprechenden dynamischen Anpassungen gewährte das Unternehmen den Arbeitnehmern eine übertarifliche Zulage nach einem eigens hierfür „gestrickten“ Gehaltsgruppensystem. In der Praxis und über Jahre hinweg erfüllte es nicht nur die vertragliche Verpflichtung der jeweiligen Tarifierhöhung, sondern zahlte auch jeweils die entsprechende übertarifliche Zulage, verzichtete gleichzeitig auf eine Anrechnung der Tarifierhöhung auf die übertarifliche Zulage und erhöhte jeweils auch die tarifliche Zulage um den Prozentsatz, um den sich der Tariflohn erhöhte (doppelte Dynamik). Bis 2016 hatte das Unternehmen damit über viele Jahre die Gehälter der Beschäftigten insgesamt, d. h. einschließlich der übertariflichen Zulage entsprechend den Tarifierhöhungen, erhöht. Anlässlich einer Tarifierhöhung im Jahr 2014 hatte es allerdings einen Mitarbeiter darauf hingewiesen, dass kein Anspruch auf eine Erhöhung des außertariflichen Gehalts bestehe und die Tarifierhöhung vollständig auf den übertariflichen Anteil anzurechnen sei.

Betriebsübung oder Vertragszusage?

Der 5. Senat nahm den Fall zum Anlass, das Institut der Betriebsübung nochmals unter Einbeziehung der bisherigen Rechtsprechung des BAG auf den Prüfstand zu stellen und arbeitete die Besonderheiten gegenüber einer normalen vertraglichen Zusage gründlich und umfassend heraus. Dies ist deshalb immer wieder notwendig, weil grundsätzlich jeder Vertrag zwei übereinstimmende Willenserklärungen erfordert. Dabei kann die jeweilige Willenserklärung schriftlich, mündlich oder stillschweigend erfolgen, immer muss ihr jedoch beim Schuldner ein irgendwie erkennbarer Verpflichtungswille zugrunde liegen. Demgegenüber ist unter einer betrieblichen Übung die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. Ent-

scheidend für das Entstehen eines Anspruchs ist, wie die Erklärungsempfänger die Erklärung oder das Verhalten des Unternehmens nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände verstehen mussten und ob sie auf einen Bindungswillen des Arbeitgebers schließen durften. Ob dieser tatsächlich mit einem entsprechenden Verpflichtungswillen gehandelt hat, ist unerheblich.

In einer weiteren Abgrenzung zum Allgemeinen Vertragsrecht fasst das BAG zusammen, dass es sich bei der Betriebsübung um einen Verpflichtungstatbestand gegenüber der gesamten Belegschaft oder abgrenzbarer Teile davon handelt. Dies hat zur Folge, dass für den Anspruch aus betrieblicher Übung unerheblich ist, ob der betreffende Mitarbeiter selbst bisher schon in die Übung einbezogen wurde. Vielmehr entsteht der Anspruch auch zugunsten dieses Arbeitnehmers, wenn er in den betreffenden Betrieb oder die Betriebsgruppe, die begünstigt wurde, eintritt. Ausgehend von diesen Grundsätzen bejahte der 5. Senat die Bestandsfestigkeit zugunsten der Belegschaft in Form des oben dargestellten jeweiligen Erhöhungsverfahrens für den Tariflohn und die übertarifliche Zulage. Für immer und ewig und für alle Zeiten bis der letzte Mitarbeiter verrentet oder das Unternehmen insolvent wird? Grundsätzlich ja!

Rettungsanker

Zu Recht weisen die Erfurter Richter darauf hin, dass das Unternehmen diese Wirkung durch einen klaren transparenzsicheren Vorbehalt hätte vermeiden können: nämlich dahin, dass es sich für die Zukunft bzgl. dieser Leistung nicht binden wolle. Fehlt ein solcher Vorbehalt – wie im entschiedenen Fall –, bleibt der „Ewigkeitswert“ der Bestandskraft der Übung erhalten. Die Möglichkeit der Ablösung einer bestehenden durch eine neue verschlechternde betriebliche Übung hatte das BAG mit Inkrafttreten des AGB wegen § 308 Nr. 5 BGB ausdrücklich aufgegeben (Urt. v. 18.3.2009 – 10 AZR 281/08, AuA 8/19, S. 487). Eine wirksame betriebsbedingte Massenänderungskündigung für die gesamte Belegschaft ist allenfalls zur Verhinderung einer Insolvenz des Unternehmens anzudenken.

Somit verbleibt als letzter Rettungsanker, das Institut der ablösenden Betriebsvereinbarung fruchtbar zu machen, wenn die jeweilige Betriebsübung als „betriebsvereinbarungsoffen“ eingestuft werden kann. Der 1. Senat des BAG hatte in einer Grundsatzentscheidung vom 5.3.2013

(1 AZR 417/12, AuA 12/13, S. 712) die Tore hierfür dankenswerterweise weit geöffnet, indem allgemeine Arbeitsbedingungen mit kollektivem Bezug generell den Vorbehalt einer Abänderung durch Betriebsvereinbarung in sich tragen. Da die Betriebsübung nur als allgemeine Arbeitsbedingungen mit kollektivem Bezug Wirkung entfalten kann, dürfte ihre Behandlung bezüglich der Betriebsvereinbarungsoffenheit nicht anders ausfallen, als vom Arbeitgeber gestellte allgemeine Arbeitsbedingungen.

Allerdings versucht der 4. Senat des BAG, diese weite Öffnung wieder ein Stück zu schließen (Urt. v. 11.4.2018 – 4 AZR 119/17, AuA 2/19, S. 121), wenn der Arbeitgeber einzelvertraglich eine dynamische Verweisung auf einen Tarifvertrag zugesagt hat. Damit habe er zum Ausdruck gebracht, dass er sich ausschließlich der Tarifmacht unterwerfen wolle und damit einer auch wie immer gearteten Betriebsmacht durch Betriebsvereinbarung eine Absage erteilt. Ob dies richtig ist, sei dahingestellt, jedenfalls wird der Streit darüber weitergehen. So hatte nämlich das LAG Düsseldorf (Urt. v. 23.6.2017 – 6 Sa 110/17) sich uneingeschränkt der Rechtsprechung des 1. Senats angeschlossen, wonach – gleich ob es sich um Gesamtzusagen oder betriebliche Übungen handle – immer eine verschlechternde Ablösung durch Betriebsvereinbarung möglich sei. Die gegen diese Entscheidung eingelegte Revision hat der 5. Senat mit Urteil vom 30.1.2019 bereits zurückgewiesen (5 AZR 442/17). Die Entscheidungsgründe liegen noch nicht vor. Man darf sie mit Spannung erwarten.

UNSER AUTOR



Dr. jur. Günter Schmitt-Rolfes

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Partner in der Anwaltssozietät Schmitt-Rolfes, Faltermeier, München