



**Z A A R**

Zentrum für Arbeitsbeziehungen  
und Arbeitsrecht

## **VORTRAGSREIHE**

Donnerstag, 30. Juni 2016 / 18.30 Uhr

### **Ablösung arbeitsvertraglicher Zusagen durch Betriebsvereinbarung**

Referent:

**Professor Dr. Raimund Waltermann**

(Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn)

## **Ablösung arbeitsvertraglicher Zusagen durch Betriebsvereinbarung**

ZAAR-Vortragsreihe

Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR)

30. Juni 2016

### **I. Ausgangspunkt: BAG 5. März 2013**

- Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen ist vor allem das Urteil des Ersten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 5. März 2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916 ff., besprochen u.a. von *Hromadka*, NZA 2013, 1061 ff.; *dems.*, NZA-Beil. 2014, 136 ff.; *dems.*, FS Wank, 2014, 175 (184 ff.); *Linsenmaier*, RdA 2014, 336 ff.; *Meinel/Kiehn*, NZA 2014, 509 ff.; *Preis/D. Ulber*, NZA 2014, 6 ff.; *Säcker*, BB 2013, 2677 ff.; *Waltermann*, SAE 2013, 94 ff.

Der zweite Leitsatz des Urteils lautet:

“Die Arbeitsvertragsparteien können ihre Absprachen betriebsvereinbarungsoffen gestalten. Dies ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Vertragsgegenstand in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist und einen kollektiven Bezug hat.“

### **II. Nachfolgende und vorausgehende Entscheidungen**

#### **1. Bezugnahmen**

- Wortgleich formuliert der Fünfte Senat in einem Urteil vom 21. August 2013 – 5 AZR 581/11, Rn. 47, zu einem Nebenpunkt. „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ wird in dem konkreten Fall aber verneint.
- Auf die Entscheidung vom 5. März 2013 – 1 AZR 417/12 – und die Entscheidung vom 21. August 2013 – 5 AZR 581/11 – nimmt der Zehnte Senat in einem Urteil vom 19. März 2014 – 10 AZR 622/13, ebenfalls in einem Nebenpunkt, Bezug, formuliert aber in Rn. 37 nur:

„[...] Eine dynamische Verweisung auf andere Regelungswerke führt für sich genommen nicht zur Intransparenz der Regelung iSv. § 307 Abs. 3 Satz 2 iVm. Abs. 1 Satz 2 BGB ([...]). Dies schließt ein, dass die Arbeitsvertragsparteien ihre vertraglichen Absprachen dahin gehend gestalten können, dass sie der Abänderung durch betriebliche Normen unterliegen (BAG 21. August 2013 – 5 AZR 581/11 - Rn. 47; 5. März 2013 – 1 AZR 417/12 - Rn. 60). [...]“

## 2. Unterlassene Bezugnahme

- Der Erste Senat erwähnt in einem Urteil vom 17. Februar 2015 – 1 AZR 599/13, Rn. 27, die Entscheidung vom 5. März 2013 nicht und formuliert:

*Die von mir angebrachten Hervorhebungen sollen der schnelleren Orientierung dienen, R.W.*

- 27 a) Die Arbeitsvertragsparteien können ihre vertraglichen Absprachen dahingehend gestalten, dass sie einer späteren betrieblichen Regelung den Vorrang einräumen. Dieser Vorbehalt kann ausdrücklich oder bei entsprechenden Begleitumständen konkludent erfolgen. Er ist sowohl bei einzelvertraglichen Abreden als auch bei betrieblichen Einheitsregelungen und Gesamtzusagen möglich. Ein solcher Vorbehalt kann anzunehmen sein, wenn für die Arbeitnehmer erkennbar ist, dass die Leistung einer kollektiven, möglicherweise auch verschlechternden Veränderung zugänglich sein soll. Hiervon ist auszugehen, wenn die vertragliche Einheitsregelung in Abstimmung mit der jeweils zuständigen Arbeitnehmervertretung zustande gekommen ist oder wenn Änderungen in der Vergangenheit unter Beteiligung des Betriebsrats vorgenommen worden sind (BAG 17. Juli 2012 – 1 AZR 476/11 - Rn. 29, BAGE 142, 294). Dies legt bei dem Erklärungsempfänger die Folgerung nahe, dass die vom Arbeitgeber zu erbringenden Leistungen in Abstimmung mit dem Betriebsrat umgestaltet werden können (BAG 30. September 2014 - 3 AZR 998/12 - Rn. 51).

- Genauso hatte der Erste Senat bereits in einem Urteil vom 17. Juli 2012 – 1 AZR 476/11, Rn. 29, formuliert.

## 3. Ganz andere Maßstäbe

- Der Zehnte Senat hat in einem Urteil vom 5. August 2009 – 10 AZR 483/08, NZA 2009, 1105 ff. zu einem Fall der Rechtsbindung durch betriebliche Übung ganz andere Maßstäbe angelegt:

- 11 1. Nach der vom Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung vertretenen Vertragstheorie werden durch eine betriebliche Übung vertragliche Ansprüche der Arbeitnehmer auf die üblich gewordenen Leistungen begründet (vgl. 18. März 2009 - 10 AZR 281/08 - mwN, NZA 2009, 601). [...] Der nach den Grundsätzen der betrieblichen Übung entstandene Rechtsanspruch ist kein vertraglicher Anspruch minderer Rechtsbeständigkeit. Der Arbeitgeber kann ihn daher im Vergleich zu einem durch ausdrückliche arbeitsvertragliche Abrede begründeten Anspruch des Arbeitnehmers nicht unter erleichterten Voraussetzungen zu Fall bringen (18. März 2009 - 10 AZR 281/08 - aaO; vgl. Henssler FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht S. 683, 706; ErfK/Preis 9. Aufl. § 611 BGB Rn. 225). Deshalb ist ein durch betriebliche Übung begründeter Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers ebenso wie ein im Arbeitsvertrag vereinbarter Entgeltanspruch des Arbeitnehmers ohne entsprechende Abrede der Arbeitsvertragsparteien auch nicht grundsätzlich „betriebsvereinbarungsoffen“. Einer solchen Annahme steht darüber hinaus auch entgegen, dass die Grundsätze der betrieblichen Übung ohne Unterschied gelten, ob in einem Betrieb ein Betriebsrat gebildet oder nicht gebildet ist und ob ein Betrieb hinsichtlich der Zahl der wahlberechtigten und wählbaren Arbeitnehmer die Voraussetzungen des § 1 BetrVG zur Wahl eines Betriebsrats erfüllt oder ob es sich um einen Kleinbetrieb handelt.

- 13 a) Auch eine mündliche oder durch betriebliche Übung begründete Vertragsbedingung, die der Arbeitgeber für eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen verwendet, ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung (BAG 27. August 2008 – 5 AZR 820/07 - AP BGB § 307 Nr. 36 = EzA TVG § 4 Tariflohnerhöhung Nr. 49). [...]

- 15 c) Will ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern eine Sonderzahlung unter dem Vorbehalt einer ablösenden Betriebsvereinbarung leisten, muss dieser Vorbehalt ebenso wie ein Widerrufs- oder Freiwilligkeitsvorbehalt dem Transparenzgebot des § 307

Abs. 1 Satz 2 BGB genügen. Bringt der Arbeitgeber nicht hinreichend klar und verständlich zum Ausdruck, dass er die Sonderzahlung „betriebsvereinbarungsoffen“ leisten will, kann ein „durchschnittlicher“, verständiger Arbeitnehmer dies nicht erkennen. Die Auffassung der Beklagten, ein verständiger Arbeitnehmer müsse auch ohne einen entsprechenden ausdrücklichen Vorbehalt des Arbeitgebers annehmen, dass ein durch betriebliche Übung begründeter Anspruch auf eine Sonderzahlung durch eine Betriebsvereinbarung geändert oder aufgehoben werden könne, trägt nicht. [...] Selbst wenn der in § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG verankerte Tarifvorrang nicht sperrt oder ein Tarifvertrag gemäß § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen über Sonderzahlungen ausdrücklich zulässt, muss ein verständiger Arbeitnehmer daraus noch nicht schließen, eine ihm ohne einen Vorbehalt des Arbeitgebers geleistete Sonderzahlung stehe unter dem „stillschweigenden“ Vorbehalt einer ablösenden freiwilligen Betriebsvereinbarung nach § 88 BetrVG.

### III. Das Urteil vom 5. März 2013

1. **Der Anlassfall**
2. **BAG: Altersgrenze rechtmäßig**
3. **Günstigkeitsprinzip**
4. **Die dem zweiten Leitsatz gewidmeten Passagen der Entscheidungsgründe**

- 58 3. Ungeachtet dessen haben die Parteien ihre arbeitsvertraglichen Beziehungen hinsichtlich einer Altersgrenzenregelung in den von der Beklagten vorgegebenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen betriebsvereinbarungsoffen gestaltet.
- 59 a) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei nicht die Verständnismöglichkeiten des konkreten, sondern die des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind. Maßgebend für die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist in erster Linie der Vertragswortlaut. Ist dieser nicht eindeutig, kommt es für die Auslegung entscheidend darauf an, wie der Vertragstext aus Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist, wobei der Vertragswille verständiger und redlicher Vertragspartner beachtet werden muss. Bleibt nach Ausschöpfung der Auslegungsmethoden ein nicht behebbarer Zweifel, geht dies gemäß § 305c Abs. 2 BGB zulasten des Verwenders (BAG 14. September 2011 - 10 AZR 526/10 - Rn. 19, BAGE 139, 156).
- 60 b) Die Arbeitsvertragsparteien können ihre vertraglichen Absprachen dahingehend gestalten, dass sie einer Abänderung durch betriebliche Normen unterliegen. Das kann ausdrücklich oder bei entsprechenden Begleitumständen konkludent erfolgen und ist nicht nur bei betrieblichen Einheitsregelungen und Gesamtzusagen möglich, sondern auch bei einzelvertraglichen Abreden. Eine solche konkludente Vereinbarung ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Vertragsgegenstand in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist und einen kollektiven Bezug hat. Mit der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen macht der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer erkennbar deutlich, dass im Betrieb einheitliche Vertragsbedingungen gelten sollen. Eine betriebsvereinbarungsfeste Gestaltung der Arbeitsbedingungen stünde dem entgegen. Die Änderung und Umgestaltung von betriebseinheitlich gewährten Leistungen wäre nur durch den Ausspruch von Änderungskündigungen möglich. Der Abschluss von betriebsvereinbarungsfesten Abreden würde zudem den Gestaltungs-

raum der Betriebsparteien für zukünftige Anpassungen von Arbeitsbedingungen mit kollektivem Bezug einschränken. Da Allgemeine Geschäftsbedingungen ebenso wie Bestimmungen in einer Betriebsvereinbarung auf eine Vereinheitlichung der Regelungsgegenstände gerichtet sind, kann aus Sicht eines verständigen und redlichen Arbeitnehmers nicht zweifelhaft sein, dass es sich bei den vom Arbeitgeber gestellten Arbeitsbedingungen um solche handelt, die einer Änderung durch Betriebsvereinbarung zugänglich sind. Etwas anderes gilt nur dann, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausdrücklich Vertragsbedingungen vereinbaren, die unabhängig von einer für den Betrieb geltenden normativen Regelung Anwendung finden sollen.

- 61 c) Dem steht die Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB nicht entgegen. Danach muss der die Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendende Arbeitgeber bei Unklarheiten die ihm ungünstigste Auslegungsmöglichkeit gegen sich gelten lassen. Diese Auslegungsregel kommt allerdings erst dann zur Anwendung, wenn der Klauselinhalt nicht bereits durch Auslegung zweifelsfrei festgestellt werden kann. Es müssen „erhebliche Zweifel“ an der richtigen Auslegung bestehen. Die entfernte Möglichkeit, zu einem anderen Ergebnis zu kommen, genügt für die Anwendung der Bestimmung nicht (BAG 14. September 2011 - 10 AZR 526/10 - Rn. 20, BAGE 139, 156).
- 62 d) Nach diesen Grundsätzen ist der Arbeitsvertrag der Parteien in Bezug auf eine Altersgrenzenregelung betriebsvereinbarungsoffen ausgestaltet. [...]

#### IV. Der Rechtsrahmen des Arbeitsrechts

##### 1. Privatautonome Gestaltung und objektives Recht

Arbeitsrechtliche Gestaltungsmittel	
Objektives Recht	Privatautonome Gestaltung
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Staatliches Recht                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Verfassung</li> <li>- Gesetz</li> <li>- Rechtsverordnung</li> </ul> </li> <li>• Autonomes Arbeitsrecht                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Tarifvertrag</li> <li>- Betriebsvereinbarung</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Arbeitsvertrag                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Individualvertrag</li> <li>- Vorformulierte Einheitsregelung</li> </ul> </li> <li>• Arbeitsrechtliche Besonderheiten                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Gesamtzusage</li> <li>- Betriebliche Übung</li> </ul> </li> <li>• Arbeitgeberweisung</li> </ul>

Quelle: *Waltermann*, Arbeitsrecht, 17. Aufl., 2014, Rn. 91b.

##### 2. Normative Wirkung und Günstigkeitsprinzip

##### 3. Ablösungs- und Ordnungsprinzip

##### 4. Betriebsvereinbarung und Günstigkeitsprinzip

- BAG (GS) 16. September 1986 – GS 1/82 – NZA 1987, 168 (173):

„d) Auf das Verhältnis von vertraglich begründeten Ansprüchen zu Regelungen einer Betriebsvereinbarung ist daher das Günstigkeitsprinzip anzuwenden. Günstigere arbeitsvertragliche Bestimmungen, die vor Abschluss der Betriebsvereinbarung vereinbart worden waren, bleiben – jedenfalls im Grundsatz – wirksam.“

##### 5. Betriebliche Übung

- BAG 5. August 2009 – 10 AZR 483/08, NZA 2009, 1105 ff.

- BAG (GS) 16. September 1986 – GS 1/82 – NZA 1987, 168 (171):

„Um vertraglich begründete Ansprüche handelt es sich auch dann, wenn sich der Arbeitnehmer zur Begründung eines Anspruchs auf eine betriebliche Übung beruft. Für die betriebliche Übung gehen Rechtsprechung und Literatur überwiegend von einem stillschweigenden Vertrag oder von einer Vertrauenshaftung aus (Nachweise).“

## 6. Kollektiver Günstigkeitsvergleich

- BAG (GS) 16. September 1986 – GS 1/82 – NZA 1987, 168 ff.

## V. „Betriebsvereinbarungsoffene“ vertragliche Gestaltungen

1. Vorbehalt im Vertrag
2. Was bedeutet „Betriebsvereinbarungsoffenheit“?

## VI. Weitreichende „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ durch AGB?

### 1. Neue Auslegungsmaxime?

a) *Urteil vom 5. März 2013*

b) *Großer Senat*

- Der Große Senat, 16. September 1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168 (171 f.), hat formuliert:

[...] Dieser Vorbehalt [*der Änderung durch Betriebsvereinbarung, R.W.*] kann ausdrücklich, aber bei entsprechenden Begleitumständen auch stillschweigend erfolgen. Ob das der Fall ist, ist eine Frage der Auslegung der Zusagen, die der Arbeitgeber erteilt hatte ([...]). [...] Soweit ein solcher Vorbehalt nicht gemacht wurde, bleibt es bei der herkömmlichen Rangfolge von Ansprüchen aus Vertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag und Gesetz. Praktische Schwierigkeiten bei der Ablösung vertraglicher Einheitsregelungen berechtigen für sich allein genommen nicht dazu, die Unterscheidung von vertragsrechtlichen und kollektiv-rechtlichen Gestaltungsmitteln aufzugeben (vertragliche Einheitsregelung als "quasi-kollektiv-rechtliches Gestaltungsmittel").

c) *Urteile vom 17. Februar 2015 und 17. Juli 2012*

### 2. AGB-Kontrolle

- *Hromadka*, FS Wank, 2014, S. 175 (189); *Krause*, JA 2014, 944 (946); *Linsenmaier*, RdA 2014, 336 (342 ff.); *Meinel/Kiehn*, NZA 2014, 509 (511 ff.); *Preis/D.Ulber*, NZA 2014, 6 (9); *Säcker*, BB 2013, 2677 (2680 ff.). Monographisch *Flockenhaus*, Vertragsgestaltung und Kollektivverträge – Am Beispiel der Bezugnahme und Öffnungsklausel, 2012, S. 482 ff.

### 3. Zwischenergebnis

#### 4. Gestaltung durch Betriebsvereinbarung

### VII. Veränderung der Rechtsquellenarchitektur des Arbeitsrechts?

#### 1. Reichweite der Betriebsvereinbarung

- *Hromadka*, FS Wank, 2014, S. 175 ff.; *Linsenmaier*, RdA 2008, 1 ff. u. RdA 2014, 336 ff. einerseits; *Chr. Picker*, Die ablösende Betriebsvereinbarung, Zum Verhältnis von privatautonomer und betriebsverfassungsrechtlicher Regelungsmacht, in: Bieder/Hartmann (Hrsg.), Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2012, S. 103 (105 ff.); *Preis/D. Ulber*, RdA 2013, 211 (216); *Waltermann*, RdA 2007, 257 ff. und SAE 2013, 94 ff. andererseits.

a) *Rechtsprechung*

b) *Einwände*

#### 2. Folgerung

### VIII. Folgefragen

#### 1. Keine arbeitsvertragliche Bezugnahme

- Anders *Hromadka*, NZA 2013, 1061 ff.

#### 2. Verhältnis von Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung

#### 3. Günstigkeitsprinzip

### IX. Schluss