

## Die Nachwirkungsfalle – Was ist überhaupt noch freiwillig?

### Problem

Das BAG hat im vergangenen Jahr in mehreren Entscheidungen die gerade jetzt dringend notwendigen Möglichkeiten der Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen immer mehr eingeschränkt. Zu den individualrechtlichen Gestaltungsproblemen hatten wir bereits im letzten Jahr berichtet (Mandanten-Info 4/08). Aber auch Arbeitgeber, die freiwillige Leistungen im Rahmen einer Betriebsvereinbarung in der Annahme zugesagt haben, sie könnten sich hiervon im Bedarfsfalle einseitig wieder lösen, erleben nun ein böses Erwachen.

Bei der Einführung von Betriebsvereinbarungen über freiwillige Leistungen ist die Bereitstellung des Dotierungsrahmens mitbestimmungsfrei, während die Festlegung der Verteilungsgrundsätze der erzwingbaren Mitbestimmung unterliegt. Damit scheidet sich eine solche Betriebsvereinbarung in das mitbestimmungsfreie „Ob“ und „Wie viel“ und in das mitbestimmte „Wie“.

Für die Kündigung teilmitbestimmter Betriebsvereinbarungen, wie etwa Bonuszusagen, bedeutete dies nach bisherigem Verständnis, dass sie ohne Nachwirkung vollständig beseitigt werden konnten. Diesen bisherigen Konsens stellt das BAG nun nahezu auf den Kopf: Er soll nämlich nur noch gelten, wenn der Arbeitgeber tarifgebunden ist und er freiwillige Leistungen über die Tarifbindung hinaus gewährt.

### Die Entscheidung des BAG vom 26.08.2008 (1 AZR 354/07)

Der Arbeitgeber hatte im vorliegenden Fall eine Betriebsvereinbarung geschlossen, in der unter anderem den Mitarbeitern unter bestimmten Voraussetzungen eine jährliche Sonderzuwendung (Weihnachtszuwendung) zugesagt wurde. Die Betriebsvereinbarung wurde zum 31.12.2001 gekündigt. Danach zahlte der Arbeitgeber keine Weihnachtszuwendung mehr. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben eine Klage auf Zahlung der Weihnachtszuwendung für das Jahr 2005 zurückgewiesen.

Dies begründen sie damit, dass es sich bei einer solchen Betriebsvereinbarung über freiwillige Leistungen des Arbeitgebers um eine sogenannte „teilmitbestimmte“ Betriebsvereinbarung handelt, bei der der Arbeitgeber den Dotierungsrahmen mitbestimmungsfrei vorgeben könne und nur die konkrete Ausgestaltung, also der Verteilungs- und Leistungsplan, gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG der erzwingbaren Mitbestimmung unterliege. Nach § 77 Abs. 6 BetrVG wirken nur erzwingbare Betriebsvereinbarungen nach, bis sie durch andere Abmachungen ersetzt werden. Damit – so bislang die Rechtsprechung – können teilmitbestimmte Betriebsvereinbarungen vollständig durch Kündigung beseitigt werden, da die freiwillige Gewährung des Dotierungsrahmens nicht nachwirkt und sich die Frage nach den Verteilungsgrundsätzen, bei denen eine Mitbestimmung gegeben ist, bei einem vollständigen Entfallen des Dotierungsrahmens nicht mehr stellt. Lediglich wenn der Arbeitgeber den Dotierungsrahmen nur reduziert unterliegt die Angelegenheit weiter der Mitbestimmungspflicht, so dass der Betriebsrat sein Beteiligungsrecht im Hinblick auf die Verteilung des herabgesetzten Budgets ggf. vor einer Einigungsstelle durchsetzen könnte.

Damit konnte ein Arbeitgeber jederzeit Betriebsvereinbarungen

über freiwillige finanzielle Leistungen durch Kündigung völlig, also ohne Nachwirkung, zum Erlöschen bringen.

Das BAG differenziert jedoch nunmehr zwischen tarifgebundenen und nicht-tarifgebundenen Arbeitgebern. Da tarifgebundene Arbeitgeber Betriebsvereinbarungen ohnehin nur über freiwillige übertarifliche Leistungen abschließen können, sollen diese übertariflichen Leistungen durch Kündigung der Betriebsvereinbarung wieder vollständig beseitigt werden können, da hiermit der gesamte überhaupt der Mitbestimmung unterliegende Teil der Vergütung beseitigt wird.

Anders soll es nach dem BAG bei Arbeitgebern sein, die nicht tarifgebunden sind: Diese würden schließlich kollektivrechtlich gesehen das gesamte Volumen der von ihnen für die Vergütung der Arbeitnehmer bereitgestellten Mittel mitbestimmungsfrei festlegen und für die Zukunft ändern. Mangels Tarifbindung leisten diese Arbeitgeber alle Vergütungsbestandteile kollektivrechtlich „freiwillig“, d.h. ohne hierzu normativ (durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung) verpflichtet zu sein. Solange ein Arbeitgeber überhaupt vergütet – und dies wird er aus individualrechtlichen Gründen immer tun müssen – habe er die in kollektivrechtlicher Hinsicht freiwilligen Leistungen nicht vollständig beseitigt, so dass er durch die Kündigung einer teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung in die Vergütungsstruktur eingreife. Aus diesem Grund wirke diese im Falle der Kündigung nach. Dies gilt laut BAG jedenfalls dann, wenn der Wegfall dieser Leistung zu einer Veränderung der Vergütungssystematik innerhalb des Unternehmens führt.

### **Änderung der Verteilungsgrundsätze**

Maßstab für die Frage, ob die Kündigung der teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung diese tatsächlich beseitigt oder eine Nachwirkung eintritt, ist also, ob sich die Verteilungsgrundsätze im Unternehmen durch den Wegfall dieser Betriebsvereinbarung ändern. Das ist nicht der Fall, wenn sich alle Vergütungen der Arbeitnehmer durch den Wegfall dieser Leistung einheitlich ändern und also die Relation der Vergütungen der Arbeitnehmer zueinander gleich bleibt. Hätte also die Betriebsvereinbarung jedem Mitarbeiter schlicht ein 13. Monatsgehalt zugesagt und wäre (nur) dies entfallen, so hätte sich an der Vergütungsstruktur nichts geändert, da letztlich alle Vergütungen um exakt 1/13 gekürzt worden wären. Im konkreten Fall war es jedoch so, dass die gekündigte Betriebsvereinbarung zumindest zum Teil auch absolute Beträge (ein Urlaubsgeld) vorsah und somit der Wegfall der in der Betriebsvereinbarung vorgesehenen Vergütungsbestandteile eine Änderung des relativen Vergütungsgefüges bedeutet hätte.

### **„Nachwirkungsfälle“ auch für tarifgebundene Arbeitgeber?**

Das BAG ist bei seiner Differenzierung zwischen tarifgebundenen und nicht-tarifgebundenen Arbeitgebern davon ausgegangen, dass mit der Kündigung der Betriebsvereinbarung alle übertariflichen Vergütungsbestandteile entfallen. Da das BAG den Bereich der tariflichen Vergütung von dem der übertariflichen scheidet, muss auch hier darauf geachtet werden, dass durch eine Kündigung das relative Gefüge der übertariflichen Vergütungsstruktur identisch bleibt. Würden dann etwa getrennte Betriebsvereinbarungen zu Urlaubsgeld und Weihnachtsgeld existieren und etwa das Urlaubsgeld einen absoluten Betrag darstellen während das Weihnachtsgeld in Relation zum monatlichen Einkommen der einzelnen Mitarbeiter stünde, so würde die Beseitigung nur einer

dieser beiden Betriebsvereinbarungen wiederum in das Gefüge der übertariflichen Vergütungsstruktur eingreifen und somit eine Nachwirkung auslösen. Eine Nachwirkungsfalle kann sich somit auch für tarifgebundene Arbeitgeber ergeben.

### Praktische Hinweise

Tarifgebundene Arbeitgeber können sich relativ leicht aus der „Nachwirkungsfalle“ befreien, indem sie zunächst alle Betriebsvereinbarungen über außertarifliche Leistungen zu einem bestimmten Stichtag kündigen und anschließend neu verhandeln. Wollte also ein tarifgebundener Arbeitgeber, der eine Betriebsvereinbarung über ein Urlaubsgeld von pauschal 500 EUR sowie eine weitere Betriebsvereinbarung über ein Weihnachtsgeld in Höhe von ½ Monatsgehalt abgeschlossen hat, nur eine davon beiseitigen, so sollte er vor dem Hintergrund der neuen Rechtsprechung beide Betriebsvereinbarungen kündigen und dann dem Betriebsrat anbieten, eine der beiden neu abzuschließen.

Da die Nachwirkung vertraglich in einer Betriebsvereinbarung ausgeschlossen werden kann, sollten insbesondere nicht tarifgebundene Arbeitgeber zukünftig unbedingt darauf achten, dass sie freiwillige Leistungen nur zusagen, wenn der Betriebsrat im Gegenzug bereit ist, einen ausdrücklichen Ausschluss der Nachwirkung zuzustimmen. Bei der Neueinführung von Leistungen dürfte dies nicht problematisch sein. Schwieriger wird es, wenn Betriebsvereinbarungen bereits bestehen, bei denen – basierend auf der bisherigen Rechtsprechung – ein ausdrücklicher Ausschluss der Nachwirkungen nicht für notwendig erachtet wurde. Diese können nur durch eine ablösende Betriebsvereinbarung beseitigt werden über deren Inhalt ggf. auch die Einigungsstelle entscheiden muss.

### Ansprechpartner

Dr. Barbara Geck (b.geck@justem.de)