

Sonderdruck aus:

Festschrift für Horst Konzen



zum siebzigsten Geburtstag

Herausgegeben von

Barbara Dauner-Lieb

Peter Hommelhoff

Matthias Jacobs

Dagmar Kaiser

Christoph Weber



Mohr Siebeck 2006

Dieser Sonderdruck ist im Buchhandel nicht erhältlich.

Offene Entgeltstrukturtarifverträge (und übertarifliches Entgelt)

Volker Rieble

I. Tarifliche Entgeltflexibilisierung als Regelungstrend

Der Jubilar hat sich mit fast allen Themen des kollektiven Arbeitsrechts eingehend beschäftigt, so auch mit der Frage der Differenzierung und Flexibilisierung von Entgeltsystemen durch Betriebsvereinbarung¹. Dass der Flächentarif den Unternehmen keine engen Einheitsarbeitsbedingungen vorgeben kann, der Tarifvertrag vielmehr dem Differenzierungs- und Flexibilisierungsbedarf der tarifgebundenen Unternehmen Rechnung tragen müsse, wird nicht nur vielfach gefordert. Es ist – von Tarifikritikern gelegentlich übersehen – auch schon Realität. Insbesondere das neue Entgeltrahmenkonzept der Metallindustrie, das in den regionalen Entgeltrahmenabkommen (ERA)² unterschiedlich umgesetzt wird, bringt nicht nur die Zusammenführung der Entgeltregeln für Arbeiter und Angestellte. Vor allem konzentriert sich der Tarifvertrag darauf, eine Entgeltstruktur festzulegen, ohne dabei für jeden Arbeitnehmer ein konkretes, also eindeutig bestimmbares Gesamtentgelt auszuweisen. Vielmehr tritt neben das „klassische“, an Vergütungsgruppen ausgerichtete Grundentgelt³ eine Belastungszulage⁴ und ein variables Leistungsentgelt, das im Tarifvertrag nur strukturartig geregelt ist⁵. Dieses Leistungsentgelt soll den besonderen Wertschöpfungsbeitrag des Arbeitnehmers vergüten – und zwar nach betrieblichen Regeln. Im ersten Schritt benennt der Tarifvertrag nur die möglichen Methoden zur Ermittlung des Leistungsentgeltes, die klassisch arbeitswissenschaftlich bestimmt sind: Beurteilung (der Leistung), Kennzahlenvergleich oder durch Feststellung des Zielerreichungsgrades von Zielvereinbarungen⁶. Die Regelung ist in jeder Hinsicht offen: Denn im Betrieb können die Methoden kombiniert

¹ *Konzen*, FS von Maydell (2002), S. 341.

² Dazu *Reiter*, BB 2004, 437; *Kreschel*, FS 50 Jahre BAG (2004), S. 981; *Huber/Schild*, Die neuen Entgeltrahmentarifverträge in der Metallindustrie – Vorstand und Bezirke der IG Metall berichten, WSI-Mitteilungen 2004, 102; *Meine*, AuR 2004, 136; *Kania*, BB 2004, 665; *Hobenhaus/Otzipka*, BB 2004, 1737. Eine Übersicht zu Konzept und regionalen ERA-Abschlüssen unter www.gesamtmittel.de (Tarifpolitik | ERA, abgerufen am 18.10.2005).

³ §§ 4 bis 13 ERA-TV Baden-Württemberg. Im folgenden ist der baden-württembergische ERA-TV zitiert.

⁴ Anlage 2 zum ERA-TV Baden-Württemberg.

⁵ §§ 14 bis 21 ERA-TV Baden-Württemberg sowie Anlagen 3 und 4.

⁶ § 17 ERA-TV Baden-Württemberg.

werden. Unzulässig ist es nur, die Krankheit des Arbeitnehmers und den Unternehmenserfolg als Leistungsmerkmal zu berücksichtigen (Anlage 3 zum ERA-TV).

Die Höhe des variablen Leistungsentgelts wird nur im Durchschnitt bestimmt: Die *Summe der Leistungsentgelte* im Betriebsdurchschnitt sollen 15% der Summe der Grundentgelte ergeben, § 21.1 ERA-TV. Dabei müssen die Betriebsparteien sowohl bei einer Unterschreitung des Leistungsentgeltvolumens unter 14% sowie bei einer Überschreitung über 16% – gemessen an der Grundentgeltsumme des Betriebes – geeignete Maßnahmen treffen, um die Ursachen für die Unter- bzw. Überschreitung zu beseitigen, § 21.2 und 3 ERA-TV. Unterschreitet das Leistungsentgeltvolumen 13,5%, so ist eine Aufzahlung auf 14% vorzunehmen, § 21.2 ERA-TV. Insofern sichert der Tarifvertrag also ein Mindestleistungsentgelt – wenigstens im Betriebsdurchschnitt.

„Nach oben“ ist das Leistungsentgelt im Prinzip offen. Es ist ja denkbar, dass die Arbeitnehmer des Betriebes besonders, also überdurchschnittlich leistungsfähig und -bereit sind. Deswegen gibt es in diesem Falle auch nichts zu korrigieren. Das schreibt § 21.3 ERA-TV richtig fest:

„Auch der 16% überschreitende Anteil ist tarifliches Leistungsentgelt, *wenn er auf tariflichem Grundentgelt beruht und mit einer tariflichen Methode ermittelt wurde*. Ausgewiesene außer- und übertarifliche Entgeltbestandteile werden hierbei nicht berücksichtigt.“

Für das Nebeneinander von Tarifvertrag, Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung sind solche Tarifregeln, die nur Entgeltstrukturen regeln, eine Herausforderung. Wenn ein Tarifvertrag praktisch sämtliche Varianten eines leistungsabhängigen Entgelts seiner Struktur nach regelt, aber – insoweit – kein konkretes Mindestentgelt mehr auswirft, hat es der Arbeitsvertrag schwer, seinen übertariflichen Raum zu behaupten. Denn jener ist traditionell durch das tarifliche Mindestentgelt und ggf. durch den vom Tarifvertrag abweichenden Zweck definiert. Kann es also vor dem Hintergrund solcher Strukturregeln überhaupt noch übertarifliches Leistungsentgelt geben?

II. Individualrechtliche Seite: Günstigkeitsprinzip

1. Günstigkeit leistungsabhängigen Mehrverdienstes

Möchte der Arbeitgeber neben dem tariflichen Entgelt ein weiteres Entgeltvolumen als zusätzlichen Leistungsanreiz zur Verfügung stellen, greift grundsätzlich das Günstigkeitsprinzip nach § 4 Abs. 3 TVG ein, auf das § 1 1.2. ERA-TV deklaratorisch verweist. Jede Entgeltsteigerung durch den Arbeitgeber für den Arbeitnehmer ist zunächst objektiv „günstig“. Eine günstigere Abmachung liegt auch vor, wenn der Arbeitgeber das zusätzlich bereitgestellte Zulagenvolumen leistungsabhängig gewähren will. Zwar muss der Arbeitnehmer für das höhere übertarifliche Entgelt eine höhere Leistung erbringen, er ist aber nicht verpflichtet, mehr zu leis-

ten. Vielmehr kann der Arbeitnehmer seine besonderen Fertigkeiten, die ihn vom Durchschnitt abheben, zusätzlich „verkaufen“⁷.

Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer, der in der veranschlagten Zeit mehr produziert, weil er geschickter ist oder denjenigen, der weniger Ausschuss produziert, weil er sorgfältiger arbeitet, für diesen Mehreinsatz besonders, also über das tariflich vorgesehene Maß, belohnen; ein übertarifliches Leistungsanreizsystem bringt dem Arbeitnehmer daher ohne zusätzliche Verpflichtungen eine Chance zum Mehrverdienst. Dass der Leistungsanreiz seinerseits Leistungsdruck und Stress auslösen kann, stellt die Günstigkeitsbewertung nicht in Frage, weil

- der Arbeitnehmer frei entscheidet, ob er dem Leistungsanreiz folgt⁸;
- etwaiger Stress nicht der für den Günstigkeitsvergleich maßgebende Inhalt der Regelung ist, sondern eine nur mögliche Folgewirkung⁹.

Übertarifliches Leistungsentgelt ist mithin günstiger als jedes tarifliche Grund- oder Leistungsentgelt¹⁰.

2. Keine Tarifregelung für übertarifliches Entgelt – Günstigkeitsprinzip als Regelungssperre

Jeder Tarifvertrag regelt nur das tariflich geschuldete Entgelt als Mindestarbeitsbedingung. Der „übertarifliche“ Bereich ist schon denkllogisch dem Zugriff des Tarifvertrags entzogen. In diesem kann ein Tarifvertrag weder positiv noch negativ eine Struktur für die Verteilung des Entgelts vorgeben¹¹. Das *Günstigkeitsprinzip ist insofern Grenze der Tarifmacht und tariffest*. Die Tarifvertragsparteien können zwar die Öffnung der Arbeitsbedingungen nach unten verhindern, indem sie mit dem Tarifvertrag Mindestarbeitsbedingungen schaffen, die Öffnung nach oben können sie nicht unterbinden¹².

Das Günstigkeitsprinzip sichert auf diese Weise die Arbeitsvertragsfreiheit im übertariflichen Bereich – und auf gewisse Weise damit auch den Leistungswettbewerb der Arbeitnehmer. Die leistungsstarken Arbeitnehmer behalten die Möglichkeit, ihrer Leistung entsprechende Entgelte zu verdienen – ohne durch tarifliche Strukturvorgaben behindert zu werden. Sonst mutierten die Strukturvorgaben zu unzulässigen Höchstarbeitsbedingungen¹³.

⁷ Löwisch/Rieble, TVG, 2. Aufl. (2004), § 4 Rn. 258; Wiedemann-Wank, TVG, 6. Aufl. (1999), § 4 Rn. 384 ff.; Kempen/Zachert/Zachert, TVG, 4. Aufl. (2006), § 4 Rn. 250.

⁸ Zur Günstigkeit der freien Arbeitnehmer-Entscheidung Löwisch/Rieble, § 4 Rn. 317 m. w. N.

⁹ Vgl. für den Verzicht auf Spitzenbeträge mit Blick auf die Ersparnis von Steuer- und Beitragslasten oder für die Begründung von Ansprüchen auf Transferleistungen, dazu Löwisch/Rieble, § 4 Rn. 312.

¹⁰ Löwisch/Rieble, § 4 Rn. 268 ff.

¹¹ BAG AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 30 = NZA 1992, 749; Löwisch/Rieble, § 4 Rn. 270.

¹² Löwisch/Rieble, § 4 Rn. 268 ff.; Wiedemann-Wank, § 4 Rn. 387 anders wohl Kempen/Zachert/Zachert, § 4 Rn. 276, die eine schuldrechtliche Beschränkung für zulässig halten.

¹³ Löwisch/Rieble, § 4 Rn. 255; Wiedemann-Wiedemann, Einl. Rn. 97.

Für übertarifliche oder außertarifliche Vergütungsbestandteile kann der Tarifvertrag schlechthin keine Regelung treffen. Weder kann ein Tarifwerk *übertarifliches Leistungsentgelt verbieten*, noch kann er freiwilligen Arbeitgeberleistungen eine bestimmte *Struktur mit Vergütungsgrundsätzen vorgeben*, noch kann der Tarifvertrag gar mit positiven oder negativen *Effektivklauseln* Zugriff auf das übertarifliche Entgelt nehmen¹⁴. Erlaubt ist dem Tarifvertrag nur, an freiwillige Arbeitgeberleistungen tatbestandlich in *Verdienstsicherungsklauseln* anzuknüpfen¹⁵.

Das heißt für den ERA-TV: Wenn dessen § 23 „andere als in diesem Tarifvertrag geregelte Entgeltgruppen, Arbeitsbewertungssysteme, andere Methoden zur Ermittlung des Leistungsergebnisses sowie Systeme zur Ermittlung der Belastungszulage“ einer Öffnungsklausel mit Zustimmungsvorbehalt der Tarifvertragsparteien unterstellt, kann dies von vornherein nicht das übertarifliche (Leistungs-)Entgelt erfassen. Der baden-württembergische ERA-TV stellt in § 1.2 die Bedeutung des Günstigkeitsprinzips ausdrücklich klar und nimmt in der Regelung zur Ermittlung des betrieblichen Durchschnittsentgeltes (§ 21.3) als solche ausgewiesene außer- und übertarifliche Entgeltbestandteile aus. Übertarifliche (Leistungs-)Entlohnung ist also tariffrei möglich.

3. Zentral: Grenzziehung zwischen tariflichem und übertariflichem Leistungsentgelt

Das führt zur entscheidenden Abgrenzung: Welche Vergütungsbestandteile sind tariflich geregelt (und regelbar) und welche tariffrei? Diese Abgrenzung verlangt und liefert letztlich das Günstigkeitsprinzip: Tariffrei sind Vergütungsbestandteile, die ihren *Rechtsgrund* nicht im Tarifvertrag, sondern im Arbeitsvertrag oder in der Betriebsvereinbarung haben. Das „Ob“ der Leistung muss also im Tarifvertrag selbst geregelt sein.

Für die konkrete Handhabung des Günstigkeitsprinzips kommt es darauf an, *welchen Inhalt der tarifliche Leistungsentgeltanspruch* beim einzelnen Arbeitnehmer hat – denn das Günstigkeitsprinzip zielt auf die individuelle Günstigkeit. Der ERA-TV gewährt nur einen grundsätzlichen Leistungsentgeltanspruch im „Ob“, legt aber Umfang und Höhe nicht fest, sondern strukturiert nur das Verfahren. Hinsichtlich der Entgelthöhe bewendet es bei einem Gesamtvolumen – zur Sicherung einer Durchschnittsvergütung.

¹⁴ BAG AP Nr. 2 zu § 4 TVG Effektivklausel = DB 1958, 843; BAG AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt = EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 61 = NZA 1998, 661; näher *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 823 ff.; *Wiedemann-Wank*, § 4 Rn. 524 ff.; *Stahlhacke*, RdA 1962, 223; dagegen *Däubler-Deinert*, TVG (2003), § 4 Rn. 792 ff.; *Kempen/Zachert/Stein* § 4 Rn. 381 ff., 385 ff.

¹⁵ BAG AP Nr. 9 zu § 4 TVG Effektivklausel = EzA § 4 TVG Effektivklausel Nr. 1; *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 830; *Staudinger-Richardi*, BGB, 13. Bearb. (1999), Vorbem. zu § 611 ff. Rn. 726 f.; zu Besitzstandsklauseln BAG AP Nr. 1 zu § 4 TVG Besitzstand mit krit. Anm. *Wiedemann* = EzA § 4 TVG Tariflohnerhöhung Nr. 7 = NZA 1986, 472.

Solche Entgeltstrukturtarifverträge schaffen also aus sich heraus keinen konkret bestimmten Leistungsentgeltanspruch sondern eine *Leistungsentgeltchance*: Das persönliche Leistungsentgelt kann durchaus Null betragen – aber auch deutlich über 15 oder 16% des individuellen Grundentgeltes hinausgehen. Insbesondere kann ein Arbeitgeber durch „zu gute“ Beurteilungen eine Entgelt drift innerhalb des tariflichen Entgeltsystems auslösen.

Für eine ähnliche Regelung in § 9 Lohnrahmenabkommen für die Metallindustrie Nordrhein-Westfalen vom 26. 9. 1967 und 15. 4. 1970 hat das BAG die Frage entschieden¹⁶. Auch dort war eine Leistungszulage je nach Leistung des Zeitlohnarbeiters vorgesehen verbunden mit einem Leistungszulagendurchschnitt. Das BAG stellte fest, dass damit die individuelle Leistungszulage noch nicht hinreichend bestimmt sei, weswegen eine echte individuelle Leistungszulage überhaupt nicht vorliege. Die Bezahlung sei nicht nach der Leistung des einzelnen Arbeitnehmers, sondern nach dem Lohndurchschnitt mehrerer Lohngruppen tariflich festgelegt. Es ging danach also immer nur um den *relativen Anteil des einzelnen Arbeitnehmers an einer Gesamtleistungszulage* und nicht um seine individuelle Leistung. Das konnte dazu führen, dass die Höhe der individuellen Leistungszulage trotz gleichbleibender Leistung in einem Jahr höher und im anderen Jahr geringer ausfiel. Der Arbeitnehmer hatte also allenfalls einen individuellen Anspruch auf richtige und zutreffende Berechnung seines Leistungsanteils an der Gesamtleistungszulage.

Zivilrechtlich ist das ERA-Leistungsentgelt ein unbestimmter Anspruch, der zu seiner Konkretisierung der Leistungsbestimmung nach §§ 315 ff. BGB harret. Konkret ist das Leistungsbestimmungsrecht dem Arbeitgeber zugewiesen – unter Mitwirkung des Betriebsrats. Das Leistungsentgelt ist also eine *individuelle, über § 315 BGB rechtlich gesicherte Verdienstchance*. Dabei kann der Tarifvertrag die Chancenintensität modifizieren, indem er einen anderen Maßstab als das billige Ermessen vorgibt¹⁷. Die tarifliche Durchschnittsregelung in § 21.1 ERA-TV sichert diese Chance mit dem Gesamtverteilungsvolumen nach unten. Der Arbeitgeber darf nicht gezielt zu geringe Leistungen festsetzen und damit das tarifliche Leistungsentgelt unterlaufen. Das Volumen dient der *rechnerischen Absicherung* der individuellen Leistungszulage *durch eine Verteilungsvorgabe*. Nach oben bedeuten die 15 oder 16% eine *Überforderungsgrenze* zum Schutz des Arbeitgebers – ähnlich wie bei Altersteilzeit und Vorruhestand. Das erlaubt dem Arbeitgeber, insbesondere bei der Verteilung des Zulagenvolumens bzw. bei der Zuordnung der Geldbeträge auch die nichtorganisierten Teilnehmer zu berücksichtigen (unter 5). Vor sich selbst muss der Arbeitgeber aber nicht geschützt werden. Er darf also diese Überforderungsgrenze ignorieren und ein tarifliches Leistungsentgelt zahlen, das diese übersteigt.

¹⁶ BAG EzA § 4 TVG Metallindustrie Nr. 7 = AP Nr. 3 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie = DB 1974, 2485.

¹⁷ BAG EzA § 315 BGB 2002 Nr. 1.

Tarifliche Entgeltstrukturregeln mit einem Durchschnittsentgelt enthalten also für die Vergütung eine *Regelungsoption für den Arbeitgeber*: Er kann seine Vergütung innerhalb des Tarifvertrags steigern, solange er dazu die Tarifstrukturen nutzt. Er kann aber ebensogut das zusätzliche Volumen als übertarifliches Entgelt zahlen, auf der Basis einer tariffremden Rechtsgrundlage, also Arbeitsvertrag oder Betriebsvereinbarung. Der Arbeitgeber und nur er entscheidet, ob er das zusätzliche Entgeltvolumen oberhalb der Überforderungsgrenze in das tarifliche Entgeltsystem einpeist oder ein anderes System damit betreibt¹⁸. Auch in diesem Punkt ist der ERA-TV (Baden-Württemberg) sehr klar: Nach § 21.3 kann der Arbeitgeber das tarifliche Leistungsentgelt erhöhen – wenn der „16% überschreitende Anteil [...] auf tariflichem Grundentgelt beruht und mit einer tariflichen Methode ermittelt wurde“.

Der Arbeitgeber kann aber ebensogut hiervon Abstand nehmen und „sein“ Leistungsentgelt auf eine anderweitige Entgeltgrundlage stützen. Er muss dann nur, wie § 21.3 ERA-TV selbst deutlich macht, „ausgewiesene außer- und übertarifliche Entgeltbestandteile“ erzeugen, die gerade nicht in die tarifliche Durchschnittsberechnung eingehen, sondern neben dem Tarifvertrag stehen. Der Arbeitgeber kann also durch solche Ausweisung seines zusätzlichen Leistungsentgeltes deutlich machen, dass er die Tarifstruktur verlassen will. Mit dem Erfordernis eines solchen Entgeltausweises kann der Tarifvertrag freilich die Grenze zwischen Tarifvertrag und günstigerer Entgeltregelung nicht verschieben. Deswegen ist dies kein besonderes Formerfordernis; maßgebend bleibt die Rechtsgrundlage, auf der das Entgelt gezahlt wird. Das Günstigkeitsprinzip garantiert dem Arbeitgeber die Entscheidungsfreiheit.

4. Ansatzpunkte für den Günstigkeitsvergleich

Das Günstigkeitsprinzip zielt auf den Vergleich zweier Regelungsinhalte – auf der Ebene des Einzelarbeitsverhältnisses. Dort muss das tarifliche Leistungsentgelt verglichen werden mit dem arbeitsvertraglichen Leistungsentgelt. Diese individuelle Günstigkeit kann in unterschiedlicher Weise bestimmt werden – weil das tarifliche Leistungsentgelt eine rechtlich gesicherte Chance (§ 315 BGB) aber kein bestimmter Anspruch ist:

a) Kumulatives Zusatzleistungsentgelt

„Maximale Rechtssicherheit“ lässt sich erreichen, indem das *arbeitsvertragliche Leistungsentgelt* „aufgesattelt“ wird. Das bedeutet eine „Verdoppelung“ der Leistungsentgeltsysteme: Zuerst muss für jeden Arbeitnehmer der Tarifvertrag „strikt“ angewandt werden, mit der Folge, dass eine Leistungserhebung nach Maßgabe des Tarifvertrags erfolgt und für alle Arbeitnehmer der vorgegebene Durchschnitt von

¹⁸ Zur Mitbestimmung und dem Regelungsinstrument der Betriebsvereinbarung sogleich III.

15% eingehalten wird. Kumulativ kann jedem einzelnen Arbeitnehmer ein zusätzliches Leistungsentgelt nach Maßgabe einer betrieblichen (oder individuellen) Regelung bezahlt werden – ebenfalls als Chance mit einem Individualentgelt von Null bis zum vom Arbeitgeber vorgegebenen Maximum. Dem Günstigkeitsprinzip ist stets genügt, weil der jeder Arbeitnehmer immer zumindest das tarifliche Leistungsentgelt erhält – auch wenn ihm konkret weniger als 15% des Grundentgelts zukommen. Der günstigere Arbeitsvertrag zielt hier auf das individuelle Zulagenergebnis.

b) Alternatives Gesamtleistungsentgelt

Rechtlich ist das nach meiner Auffassung nicht geboten: Der Arbeitgeber kann auf einen *Systemvergleich* zusteuern: Weil der Tarifvertrag dem einzelnen Arbeitnehmer nur eine Leistungsentgeltchance zuwendet, genügt es für die Günstigkeit, dass diese Chance nach dem betrieblichen Zulagensystem höher ausfällt. *Das Günstigkeitsprinzip vergleicht Regelungen und nicht deren Anwendungsergebnisse.* Der Arbeitsrichter muß im vorhinein sagen können, ob die betragliche Regelung günstiger ist. Insofern kann ein höheres Gesamtvolumen des betrieblichen Leistungsentgeltes verbunden mit einer eigenständigen Struktur-, Verfahrens- und Verteilungsregelung eine gegenüber dem Tarifvertrag verbesserte Individualchance bedeuten. Das hieße dann, dass das betriebliche Leistungsentgeltsystem insgesamt günstiger ist, als das tarifliche. In der Folge *entfallen* über das Günstigkeitsprinzip konsequenterweise auch alle *Struktur- und Verfahrensvorgaben des Tarifvertrags* – weil die betriebliche Regelung „insgesamt“ günstiger ist als der Tarifvertrag. So gesehen kann ein Leistungsentgelt mit seiner individuellen Entgeltchance sogar günstiger sein als ein tarifliches Fixum.

Das Problem liegt aber darin, dass auch diese *Günstigkeit individuell festzustellen* ist: Für jeden einzelnen Arbeitnehmer muss also die betriebliche Regelung eine konkret-individuelle Chance auf ein höheres Leistungsentgelt als nach dem Tarifvertrag ergeben. Sobald ein Arbeitnehmer geltend machen kann, er würde nach dem Tarifvertrag besser stehen – etwa weil nur die tariflichen Strukturvorgaben bestimmte individuelle Entgeltchancen in seiner Person oder Leistung wertschätzten – bliebe es für ihn bei der Tarifregelung. Ein solches Alternativsystem kann den Tarifvertrag insgesamt also nur dann verdrängen, wenn es für jeden Arbeitnehmer des Betriebes individuell günstiger ist. Wenn der Arbeitgeber etwa ein auf Leistungsträger zugeschnittenes Entgeltsystem anbietet, kann der Günstigkeitsvergleich dazu führen, dass das tarifliche Leistungsentgelt nurmehr für die „Fußkranken“ greift und dort seine Schutzfunktion erfüllt. Darin liegt aber keine unzulässige Stigmatisierung derjenigen Arbeitnehmer, die leistungsschwach und tarifgebunden sind. Denn ihnen bleibt stets der Tarifvertrag als Mindestarbeitsbedingung.

Auf der anderen Seite kann der Günstigkeitsvergleich nicht jeden Monat neu anhand der Ergebnisse des Vormonats angestellt werden. Denn auf diesem Wege würden doch wieder konkrete Regelungsergebnisse verglichen statt abstrakte Regelun-

gen. Es kommt also zwar auf die individuelle Chance des einzelnen Arbeitnehmers an – aber abstrakt gesehen.

Insofern bedeutet diese Methode für den Arbeitgeber ein erhebliches Risiko: Weil der Günstigkeitsvergleich von Chancen im Ungefähren bleibt, hat der Arbeitsrichter großen Entscheidungsspielraum. Wie er diesen nutzt, ist kaum vorherzusagen; die Neigung zur nachträglichen und rückwirkenden „sozialen“ Entgeltkorrektur wird sich nur schwer unterdrücken lassen.

c) Doppelte Entgeltermittlung

Weil das verdrängende Gesamtleistungsentgelt riskanter ist, kann der Arbeitgeber – vergleichbar dem Schattengehalt in der Entgeltumwandlung¹⁹ – neben dem tariflichen Leistungsentgelt ein unabhängiges betriebliches Leistungsentgelt anwenden, also zwei Leistungsentgelte errechnen, und jedem Arbeitnehmer das für ihn höhere Entgelt auszahlen. Diese strenge Alternation ist verfahrensaufwendig, aber rechtssicher.

5. Zusatzproblem: Durchschnittsentgelt und tariffreie Arbeitnehmer

a) Keine Betriebsnorm

Das Leistungsentgelt des ERA-TV gilt nur für die tarifgebundenen Arbeitnehmer des tarifgebundenen Arbeitgebers, § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG. Entgeltregeln sind Individualnormen und keine Betriebsnormen. Das gilt auch für den Betriebsdurchschnitt von 15 bis 16% der Summe der Grundentgelte abgehoben wird (§ 21.1 ERA-TV).

Die Idee, ein solcher Entgeltdurchschnitt sei als betriebseinheitliche notwendige Betriebsnorm erforderlich, weil sich anders die Idee einer gerechten Leistungsentlohnung nicht verwirklichen lasse²⁰, ist erstens abseitig, weil § 3 Abs. 2 TVG es den Gewerkschaften nicht gestattet, die tariffreien Arbeitnehmer ohne weiteres in den Dienst ihrer Tarifnormen zu nehmen. Die notwendig einheitliche Geltung ist nach der Rechtsprechung des BAG (zusätzliche) Grenze der Tarifmacht und nicht etwa Rechtfertigung des Zugriffs auf die Nichtorganisierten²¹.

Das Entgelt aber ist eine individuelle Arbeitsbedingung, die grundsätzlich nur in Individualnormen des Tarifvertrages – mit Wirkung also nur für die tarifgebundenen Arbeitnehmer geregelt werden kann. Zudem haben die Tarifparteien nicht einmal zum Ausdruck gebracht, dass das Leistungsentgeltvolumen von 15 bis 16% unter allen Beschäftigten zu verteilen ist.

¹⁹ Dazu *Hanau/Arteaga/Rieble/Veit*, Entgeltumwandlung, 2. Aufl. (2005), Rn. 173 ff.

²⁰ Vgl. für die notwendig einheitliche Geltung BAG AP Nr. 47 zu Art. 9 GG = NZA 1987, 233; AP Nr. 57 zu Art. 9 GG = NZA 1990, 850.

²¹ *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 105 ff.; *H. Hanau*, RdA 1996, 158; *ders.*, Anm. zu BAG v. 7. 11. 1995, AP Nr. 1 zu § 3 TVG Betriebsnormen.

Das zeigen Vergleiche mit anderen betrieblichen Durchschnittsregelungen:

- Hierher gehört die Quotenregelung der Metalltarife zur *Arbeitszeitverlängerung* (18%): Auch wenn das BAG in einem (ganz unnötigen, offenbar gewollten) obiter dictum gemeint hat, hier läge eine Betriebsnorm vor²² kann von einer notwendig betriebs einheitlichen Arbeitszeitregelung nicht die Rede sein. Denn der Arbeitgeber könnte sonst die Quote mit tariffreien Arbeitnehmern ausfüllen, für die der Tarifvertrag keine weitere Arbeitszeitvorgabe macht (dass die 35-Stunden-Woche Betriebsnorm sei, wird nicht behauptet). Deswegen ist die Arbeitszeitverlängerungsquote als Element der individuellen Arbeitszeitregelung notwendig nur Individualnorm²³.
- Auch der Tarifanspruch auf *Altersteilzeit* betrifft den Umfang der Arbeitszeit und mit Blick auf den etwaigen Lohnausgleich das Entgelt und damit den Inhalt des einzelnen Arbeitsverhältnisses. Ein Ansatzpunkt für eine Regelung durch Betriebsnormen besteht nicht. Das gilt auch für die mit Blick auf § 3 Abs. 1 Nr. 1 AltersteilzeitG in Tarifverträgen typischerweise geregelte Überforderungsgrenze, die den Arbeitgeber davor schützt, mehr als einem bestimmten Prozentsatz der Belegschaft in die (Alters-)Teilzeit zu schicken, denn die Belegschaft ist nur tatbestandlicher Anknüpfungspunkt und nicht Regelungsgegenstand. Insofern verhält es sich nicht anders als bei einem an das Betriebsergebnis anknüpfenden Weihnachtsgeld. Richtigerweise hat deshalb der Neunte Senat den Anspruch auf Altersteilzeit einschließlich der Überforderungsgrenze als *Individualnorm* qualifiziert²⁴.

Nichts zu tun mit der Frage der Normqualifikation hat die andere Frage, ob bei der Belastungsgrenze nur die tarifgebundenen oder alle in Altersteilzeit befindlichen Arbeitnehmer mitzählen. Auch das ist eine Frage nur der tatbestandlichen Anknüpfung, die mit dem BAG in letzterem Sinne zu beantworten ist. Die Tariffreien sind also mitzuzählen, solange sie (infolge einer arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel) nach Tarifvertrag behandelt werden. Das BAG hat zuvor schon Tarifvertragsklauseln, die einen tariflichen Anspruch für einen bestimmten Prozentsatz der Arbeitnehmer auf Wechsel in den *Vorrubestand* formulierten, korrigierend dahin ausgelegt, dass Nichtorganisierte bei der Ausfüllung dieses Leistungsrahmens gleichberechtigt zu berücksichtigen sind²⁵.

Daher gilt für das Leistungsentgelt nach § 21 ERA-TV folgendes: Es geht um *Entgelt* und damit um eine *auf tarifgebundene Arbeitnehmer beschränkte Regelung*. Das Gesamtleistungsentgeltvolumen regelt nur einen Leistungsentgelt durch-

²² BAG EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 4 mit abl. Anm. *Buchner* = AP Nr. 2 zu § 3 TVG Betriebsnormen = NZA 1998, 213; zustimmend *Ziepke/Weiss*, Kommentar zum Manteltarifvertrag für die Metallindustrie NRW, 4. Aufl. (1998), § 3 Anm. 14.4.

²³ Ähnlich *Buchner*, FS Dieterich (1999), S. 29, 41.

²⁴ BAG EzA § 4 Altersteilzeit Nr. 3 = AP Nr. 3 zu § 1 TVG Altersteilzeit = NZA 2002, 1161; weiter BAG EzA § 4 TVG Altersteilzeit Nr. 4 = AP Nr. 2 zu § 1 TVG Altersteilzeit = DB 2003, 1851.

²⁵ BAG AP Nr. 46 zu Art. 9 GG = DB 1987, 492; BAG AP Nr. 47 zu Art. 9 GG = NZA 1987, 233.

schnitt und ist damit eine Frage der Berechnungsgrundlage der individuellen Leistungsentgeltansprüche der tarifgebundenen Arbeitnehmer, insofern also eine tatbestandliche Anknüpfung. Insofern sind – kraft dieser tatbestandlichen Anknüpfung – die tariffreien Arbeitnehmer einzurechnen, solange sie nach dem Tarifvertrag vergütet werden.

b) Zweiteilung der Belegschaft?

Das könnte es – bei hinreichendem Mut des Arbeitgebers – nahe legen, für die tariffreien Arbeitnehmer ein eigenständiges vom Tarifvertrag abweichendes Entgeltssystem zu installieren. Diese Zweiteilung der Belegschaft ist tarifrechtlich zulässig, ja im TVG mit der Beschränkung der normativen Tarifgeltung auf die beiderseits Tarifgebundenen in §§ 4 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 1, 3 angelegt. Der Arbeitgeber ist rechtlich nicht gehalten, die tariffreien Arbeitnehmer über die Bezugnahme Klausel dem Tarifregime zu unterstellen.

Rechtlich ist es ihm (nur) untersagt, die Tariffreien gezielt besser zu stellen als die Tarifgebundenen – weil das auf eine mit der Koalitionsfreiheit nicht zu vereinbarende Diskriminierung der Gewerkschaftsmitglieder hinausläuft. Faktisch verbietet sich eine gezielte Schlechterstellung der tariffreien Arbeitnehmer, weil diese so in die Arme der Gewerkschaft getrieben würden. Damit bleibt für die Zweiteilung der Belegschaft vor allem die Entwicklung solcher Regelungssysteme, die nicht besser oder schlechter als der Tarifvertrag ausfallen, sondern „anders“. Weshalb keine 40-Stunden-Woche mit Nichtorganisierten? Und weshalb kein eigenständiges Leistungsentgeltssystem nur für tariffreie Arbeitnehmer?²⁶ Die Arbeitnehmer haben dann das „große“ Wahlrecht zwischen Tarifbindung und Nichtorganistenstatus – und müssen den Arbeitgeber über jede entsprechende Veränderung informieren, was durch entsprechende Vertragsgestaltung sicherzustellen ist²⁷.

III. Kollektivrechtliche Seite: Regelungsbefugnis der Betriebsparteien

1. Ausgangspunkt

Das ohnehin schwierige Verhältnis zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung²⁸ wird noch etwas komplizierter, wenn der Tarifvertrag von vornherein auf die Betriebsvereinbarung als Konkretisierungsinstrument setzt²⁹ – wie das bei ERA-TV der Fall ist. Insofern muss dogmatisch getrennt werden zwischen tarif-

²⁶ *Picker*, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, in: Walter-Raymond-Stiftung (Hrsg.), Tarifautonomie – Informationsgesellschaft – globale Wirtschaft (1997), S. 113 ff., 146 ff.; für die Entgeltflexibilisierung *Rieble/Gutzeit*, Individualarbeitsrechtliche Kontrolle erfolgsabhängiger Vergütungsformen, Jahrbuch des Arbeitsrechts Band 37 (2000), S. 47.

²⁷ Dazu *Rieble*, GS Heinze (2005), S. 687 ff.

²⁸ Statt vieler: *Fischer*, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen (1998).

²⁹ Grundsätzlich: *Schwarze*, Der Betriebsrat im Dienst der Tarifvertragsparteien (1991).

vertragsergänzenden Betriebsvereinbarungen „im Entgelttraum des Tarifvertrags“ und Betriebsvereinbarungen im übertariflichen Bereich – auch wenn die Abgrenzung recht schwierig ist.

Tarifvertragsergänzende Betriebsvereinbarungen sind solche, die *innerhalb des Regelungsbereichs* des Tarifvertrags ansetzen und vorhandene Normen oder Lücken des Tarifvertrags abändern oder ausfüllen, wenn dieser die Ergänzung ausdrücklich anordnet oder er keine abschließende Regelung enthält. ERA ist insofern weithin klar gefasst und definiert die Regelungsverantwortung der Betriebsparteien enumerativ. Offene tarifliche Entgeltstrukturen können aber die Wahl zwischen vom Tarifvertrag als gleichwertig angesehenen Entgeltmodellen allein dem Arbeitgeber eröffnen wollen. Theoretisch denkbar ist es auch, dem Arbeitnehmer ein entsprechendes Wahlrecht einzuräumen, vergleichbar seinem Anspruch auf Entgeltumwandlung nach § 1a BetrAVG. Kann der Tarifvertrag mit solchen Wahl- und Entscheidungsrechten mitbestimmungsfreie Bereiche schaffen? Oder ist der Betriebsrat notwendig zu beteiligen, weswegen die Tarifkonkretisierung praktischerweise durch Betriebsvereinbarung erfolgt.

Betriebsvereinbarungen im *übertariflichen Bereich* sind solche, die den Regelungsbereich des Tarifvertrags verlassen haben. Sie regeln Arbeitsbedingungen dort, wo der Tarifvertrag die Rechte und Pflichten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht mehr ordnet, wo er den Arbeitgeber nicht zu einer bestimmten Leistung verpflichtet; der Arbeitgeber erbringt diese vielmehr freiwillig. Dabei resultiert Freiwilligkeit auch mitbestimmungsrechtlich nicht schon daraus, dass ein bestimmter Entgeltanteil leistungsorientiert erbracht wird³⁰. Das tarifliche Leistungsentgelt ist geschuldet. Freiwillig und damit übertariflich wird ein Lohnbestandteil erst dann, wenn er diesen tariflich normierten Bereich verlässt; die Grenze zieht das Günstigkeitsprinzip (oben II 2). Für solche freiwilligen übertariflichen Leistungsentgelte ist vor allem die Frage nach der Regelbarkeit durch Betriebsvereinbarung aufgeworfen – also nach der Reichweite des Tarifvorbehalts in § 77 Abs. 3 BetrVG.

2. Betriebsvereinbarungen im Entgelttraum des Tarifvertrages

a) Mitbestimmung, Tarifvorrang und Regelungsspielraum

Ob der Betriebsrat im Geltungsbereich des Tarifvertrags eine betriebliche Regelung initiieren und erzwingen kann, hängt von § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG ab: Soweit der Tatbestand eines Mitbestimmungsrechts verwirklicht ist und der Tarifvertrag die betroffene Regelungsfrage nicht schon selbst abschließend regelt und damit selbst und unmittelbar den erforderlichen Arbeitnehmerschutz gewährleistet³¹, hat der Betriebsrat ein zwingendes Mitbestimmungsrecht. Wegen der Vor-

³⁰ BAG AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie = EZA § 87 BetrVG 1987 Leistungslohn Nr. 14 = NZA 1987, 568; weiter Wiedemann-Wank, § 1 Rn. 53; Kempen/Zachert, § 1 Rn. 196 ff.

³¹ Dazu BAG AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EZA § 87 BetrVG 1972 Betrieb-

rangtheorie des BAG³² schaltet das Mitbestimmungsrecht zugleich den Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG aus. Entscheidend kommt es darauf an, ob der Tarifvertrag dem Arbeitgeber einen *Regelungsspielraum* belässt, den die zwingende Mitbestimmung in Ansehung des § 87 zugrundeliegenden Schutzbedürfnisses ausfüllen muss, oder ob der Arbeitgeber die Regelung nur noch zu vollziehen hat, so dass die vom Belange der Arbeitnehmer ausreichend berücksichtigt sind und das Mitbestimmungsrecht deswegen entfällt³³.

Offene Entgeltstrukturtarifverträge sehen – wie auch ERA – vielfach die Konkretisierung durch Betriebsvereinbarung vor. Der Tarifvertrag kann auf die Entgeltmitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG setzen, weil diese dort aufleben, wo sich der Tarifvertrag durch seine Regelungsintensität zurücknimmt und den Betriebsparteien die Konkretisierung zuweist³⁴. Der Tarifvertrag könnte auch die Mitbestimmungsrechte ausweiten wollen³⁵.

Anschaulich wird das an der vielzitierten *Goldzack-Entscheidung* des BAG vom 16. 12. 1986³⁶. Dort ging es um einen Textiltarifvertrag, der den Betriebsparteien die Wahl zwischen unterschiedlichen Entlohnungsmodellen (vom Zeitlohn bis zur Prämienentlohnung) überließ – und auch die Ausgestaltung der Prämienleistungskurve. Der Tarifvertrag hatte dem Arbeitgeber gerade nicht das Recht zugesprochen, die Prämienleistungskurve einseitig festzulegen (weswegen das BAG auch nicht dazu Stellung nehmen musste, ob das rechtlich möglich ist). Die entscheidende, vom BAG gewonnene Erkenntnis liegt vielmehr darin, dass die Mitbestimmung über die Prämienleistungskurve zwar mittelbar die *Entgelthöhe* betrifft, dass dies aber nur die unbestimmte Regelung des Tarifvertrags konkretisiert. Dem Arbeitgeber wird also vom Betriebsrat gerade kein Leistungsentgelt abgezwungen, das er nicht schuldet; die gesetzliche Mitbestimmung konkretisiert nur die Tarifschuld und fußt insofern auf den Besonderheiten des Tarifvertrags. Die Grenze zwischen tariflich geschuldetem und „freiwilligem“ übertariflichem Entgelt ist hier fließend angelegt (schon II 3) – und folgt mithin der mitbestimmten Festle-

liche Lohngestaltung Nr. 30 = NZA 1992, 749; GKBetrVG-*Wiese*, 8. Aufl. (2005), § 87 Rn. 69ff.; Däubler/Kittner/Klebe-*Klebe*, BetrVG, 9. Aufl. (2004), § 87 Rn. 29f.; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebingner/Linsenmaier*, BetrVG, 22. Aufl. (2004), § 87 Rn. 38, 46.

³² BAG AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 30 = NZA 1992, 749; Däubler/Kittner/Klebe-*Klebe*, § 87 Rn. 32; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996), Rn. 1494; v. *Hoyningen-Huene/Meier-Krenz*, NZA 1987, 793, 795; *Löwisch/Kaiser*, BetrVG, 5. Aufl. (2002), § 77 Rn. 61. Dagegen die *Zwei-Schranken-Theorie*, etwa: GKBetrVG-*Kreutz*, § 77 Rn. 139ff. und GKBetrVG-*Wiese*, § 87 Rn. 48ff.

³³ BAG AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 30 = NZA 1992, 749; BAG AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit = EzA § 87 BetrVG 1972 Nr. 3 = NJW 1974, 1724; BAG AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang = EzA § 87 BetrVG 1972 Nr. 8 = DB 1982, 383; GKBetrVG-*Wiese*, § 87 Rn. 57, 69ff.

³⁴ BAG AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 3 = DB 1982, 1274; BAG AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie = EzA § 87 BetrVG 1987 Leistungslohn Nr. 14 = NZA 1987, 568.

³⁵ Aber noch bei Fn. 48.

³⁶ BAG AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie = EzA § 87 BetrVG 1987 Leistungslohn Nr. 14 = NZA 1987, 568 m. Anm. *D. Gaul*.

gung der Entgeltkurve, weswegen der Betriebsrat nicht „bei Gelegenheit“ der Tarifkonkretisierung Zusatzentgelte erzwingen darf³⁷.

Rechtlich bedeutsam ist die gegenteilige Frage: Könnte der Tarifvertrag dem Arbeitgeber ein *mitbestimmungsfreies Wahlrecht zwischen zwei Entgeltsystemen* zuordnen – weil die Tarifparteien beide Systeme als vollkommen gleichwertig ansehen? Und könnte der Tarifvertrag dem Arbeitgeber etwa die Bestimmung der Prämiensätze überlassen? Vor dem BAG landen bislang vor allem Fälle, in denen die Betriebsparteien dem Arbeitgeber einen einseitigen Entscheidungsspielraum zubilligen. So hat das BAG 2002 zugelassen, dass eine Betriebsvereinbarung zur Konkretisierung eines Tarifvertrags dem Arbeitgeber die konkrete Festsetzung der Vorgabezeiten in Vollzug einer in der Betriebsvereinbarung vorgegeben wissenschaftlichen Methode überlässt und ihm dabei einen gewissen Entscheidungsspielraum eröffnet³⁸. Immerhin hat das BAG zuvor erwogen, ob der Tarifvertrag das Mitbestimmungsrecht zugunsten einer Alleinentscheidungsbefugnis des Arbeitgebers ausschließt – und dies (mit Recht) daran scheitern lassen, dass für eine solche Auslegung des Tarifvertrags hinreichend sichere Anhaltspunkte fehlen. Das lässt aber erkennen, dass das BAG eine solche Tarifregelung für im Ausgangspunkt zulässig erachtet. In Arbeitszeitfragen lässt es das BAG mit Blick auf die arbeitsorganisatorische betriebliche Leitungsbefugnis des Arbeitgebers neuerdings sogar zu, dem Arbeitgeber in der Betriebsvereinbarung auch weitreichende Entscheidungsspielräume zuzubilligen; so dass ihm also nur „Grundsätze“ vorgegeben werden³⁹.

Das ist auf den Tarifvertrag zu übertragen. Denn Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen ist es in gleicher Weise untersagt, die zwingende gesetzliche Mitbestimmung abzubedingen. Für Tarifverträge können insoweit keine strengeren Maßstäbe gelten. Dort, wo die Betriebsvereinbarung dem Arbeitgeber mitbestimmungsfreie Entscheidungsspielräume eröffnen darf, darf das (über § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG) auch der Tarifvertrag⁴⁰. Insofern also muss das richtige Maß gefunden werden. Im Ausgangspunkt gilt jedenfalls: Die Tarifregelung muss nicht „vollständig“ sein, um „abschließend“ zu sein. Insofern ist die bislang vorherrschende Wendung, dem Arbeitgeber dürfe nur der Vollzug der Tarifnorm übertra-

³⁷ Zur Mitbestimmung über den Geldfaktor auch BAG AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Provision = EZA § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn Nr. 16 = NZA 1989, 109; GKBTarVG-Wiese, § 87 Rn. 991 ff., insbes. 996 f; konzeptionell anders Richardi-Richardi, BetrVG, 10. Aufl. (2006), § 87 Rn. 908 f, 913, für den der Tarifvorbehalt bei § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG keine Rolle spielt.

³⁸ BAG AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Akkord = EZA § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn Nr. 19 = DB 2003, 212.

³⁹ BAG AP Nr. 103 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit = EZA § 87 BetrVG 2001 Arbeitszeit Nr. 3 = NZA 2003, 1209; BAG AP Nr. 96 zu § 87 BetrVG 1972 = EZA § 87 BetrVG 1972 Nr. 65 = NZA 2003, 1352; BAG AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit = EZA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 20 = NZA 1987, 248.

⁴⁰ BAG AP Nr. 79 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit = EZA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 59 = NZA 1999, 662; Rieble, Anm. zu BAG v. 18. 4. 1989, AP Nr. 18 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang; *Gutzeit*, Die Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten, AR-Blattei SD 530.14.2, Rn. 38 f.

gen werden, jedoch kein Bestimmungsrecht⁴¹, deutlich zu eng. Selbstredend darf dem Arbeitgeber die Festsetzung von individuellen Entgelten nach einem tariflich vorgegebenen Maßstab mitbestimmungsfrei überlassen werden – auch wenn ihm dabei Bewertungs- und Entscheidungsspielräume offenstehen und er nicht auf bloßen (und rechnerischen) Vollzug von Regeln beschränkt ist.

Das richtige Maß zu finden, ist schwierig. Vor allem muss für jedes Mitbestimmungsrecht mit Blick auf die Betriebspraxis wie auf den Schutzzweck des Mitbestimmungsrechts, aber auch auf die Regelungsbedürfnisse der Tarif- wie der Betriebsparteien eine spezifische Lösung gefunden werden. Insbesondere Arbeitszeit- und Entgeltfragen sind nicht vergleichbar: Die Arbeitszeitmitbestimmung reicht einerseits (nach dem BAG) recht weit, bis hin zur individuellen Arbeitszeitlege – andererseits besteht dort mit Blick auf die Arbeitsorganisation ein starkes Bedürfnis nach mitbestimmungsfreien, schnellen und unbürokratischen Entscheidungen des Arbeitgebers. Auf der Entgeltseite reicht schon die Mitbestimmung nicht so weit: Das Individualentgelt unterfällt kaum der Mitbestimmung nach § 87 Abs.1 Nr.10 BetrVG, weil der Kollektivbezug hier nicht so intensiv wirkt⁴²; grundlegende System- und Widmungsentscheidungen sind gleichfalls mitbestimmungsfrei⁴³. Auf der anderen Seite kann der Arbeitgeber in Entgeltfragen nicht auf einen arbeitsorganisatorischen Zeitdruck verweisen. Beschränkt man die Mitbestimmung auf die systeminterne „betriebliche Lohngerechtigkeit“, kommt der Arbeitgeber weithin ohne besonders vorgesehene Entscheidungsrechte aus. Tarifverträge könnten auf diese Weise dem Arbeitgeber auch gestatten, zwischen grundverschiedenen Entgeltsystemen mitbestimmungsfrei auszuwählen – nach Art eines Cafétéria-Modells zur Differenzierung der Arbeitsbedingungen. Insofern kommt es darauf an, wie weit die Mitbestimmung über „Entlohnungsgrundsätze“ reicht, insbesondere ob der Betriebsrat die Systemscheidung „Zeit- oder Leistungsentgelt“ mitbestimmt, und ob ihm gar ein Initiativrecht für das Leistungsentgelt zukommt.

Schließlich bleibt ein Mitbestimmungs-Sonderproblem: Greift der Arbeitgeber zur individualrechtlich zulässigen *Zweiteilung der Belegschaft* (oben II 5 b), so ist der Betriebsrat an sich berufen, das vom Arbeitgeber für die Tariffreien vorgesehene eigenständige Entgeltsystem mitzubestimmen. Es käme also zu einer befremdlichen Mitbestimmung nur für tariffreie Arbeitnehmer, die mit der koalitionspolitischen Neutralität des Betriebsrats in Übereinstimmung zu bringen ist. Indes: Dass in einem Unternehmen für verschiedene Beschäftigtengruppen unterschiedliche

⁴¹ Vor allem GKBetrVG-Wiese, § 87 Rn. 71 ff., Rn. 78 f. mit Nachweisen.

⁴² Statt vieler GKBetrVG-Wiese, § 87 Rn. 816.

⁴³ Etwa BAG AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie = EzA § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn Nr. 6 = SAE 1984, 191; BAG AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 30 = NZA 1992, 749; BAG AP Nr. 17 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie = EzA § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn Nr. 18 = NZA 2001, 1154; GKBetrVG-Wiese, § 87 Rn. 808 ff.; v. Hoyningen-Huene, NZA 1998, 1081, 1087; Kraft, FS Molitor (1988), S. 207, 218.

Entgeltssysteme gelten, kommt vor und ist auch nicht zu beanstanden⁴⁴. Lehnt man mit der inzwischen herrschenden Meinung die Tarifeinheit ab und anerkennt Tarifpluralität⁴⁵, so können in ein und demselben Betrieb zwei tarifliche Entgeltssysteme nebeneinander gelten – und der Betriebsrat hätte die gesetzliche Aufgabe beide Systeme getrennt voneinander mitbestimmend zu konkretisieren. Dementsprechend muss der Betriebsrat im Rahmen seiner gesetzlichen Mitbestimmungsrechte auch unterschiedliche Arbeitszeitvolumina (etwa: 35 Stunden für Tarifgebundene, 42 Stunden für Tariffreie) auf die Wochentage verteilen und so mag er eben auch zwei unterschiedliche Entgeltssysteme – ein tarifliches und ein arbeitsvertragliches – begleiten. Insofern darf die Mitbestimmung für das Entgeltssystem der Nichtorganisierten nicht etwa mit dem BAG⁴⁶ – mit Blick auf § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG verweigert werden: Für sie entfaltet der Tarifvertrag keine Schutzfunktion, weswegen für den Tarifvorrang des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG (anders als für den Tarifvorbehalt) nicht die Tarifgebundenheit nur des Arbeitgebers genügen kann, sondern die konkrete Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG erforderlich ist⁴⁷. Konsequenz der BAG-Rechtsprechung wäre auch nicht, dass der Arbeitgeber an der Zweiteilung der Belegschaft gehindert wäre. Vielmehr würde der Entfall der Entgeltmitbestimmung dazu führen, dass der Arbeitgeber mitbestimmungsrechtlich frei wäre, ein willkürliches System der Leistungsvergütung einzuführen – ohne dass der Betriebsrat Einfluss nehmen könnte, und ohne dass die Nichtorganisierten durch die Lehre von der Wirksamkeitsvoraussetzung geschützt wären. Insofern gilt wie bei der Vorrangtheorie zu § 77 Abs. 3 BetrVG: Die Tarifparteien dürfen über die Reichweite der Mitbestimmung gegenüber Nichtorganisierten nicht entscheiden; dafür sind sie nicht legitimiert. Eine Grenze allerdings ist zu beachten: Der Tarifvertrag kann den Betriebsrat mit *zusätzlichen Mitbestimmungsrechten nur durch Betriebsnormen* nach §§ 4 Abs. 1 Satz 2, 3 Abs. 2 TVG versehen. Diese wiederum müssen notwendig betriebseinheitlich gelten – ein Mitbestimmungsrecht nur für tarifgebundene Arbeitnehmer kann

⁴⁴ BAG AP Nr. 81 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 53 = NZA 1996, 484; BAG AP Nr. 15 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung = EzA § 77 BetrVG 2001 Nr. 9 = NZA 2004, 803.

⁴⁵ Statt aller *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz (1999); zuletzt *Bayreuther*, BB 2005, 2633, 2639f.; auch die neue Entscheidung BAG AP Nr. 29 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = NZA 2005, 1003 = BB 2005, 2246 bestätigt den Zweifel an der überkommenen Tarifeinheitslehre. Nach jener nämlich wäre der gequälte Ausweg des BAG (Vorrang über die Bezugnahmeklausel) gar nicht erforderlich gewesen; der Haustarif hätte den Verbandstarif insgesamt und damit auch in den Arbeitsverhältnissen der Nichtorganisierten verdrängt.

⁴⁶ BAG AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972 = EzA § 87 BetrVG 1972 Nr. 10 = NZA 1987, 639; BAG AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Auszahlung = EzA § 87 BetrVG 1972 Lohn- und Arbeitsentgelt Nr. 14 = NZA 1988, 405. Ähnlich *ErfKomm-Hanau/Kania*, 5. Aufl. (2005), § 87 BetrVG Rn. 15; *Worzalla*, in: Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock, BetrVG, 6. Aufl. (2003) § 87 Rn. 55; *Däubler/Kittner/Klebe-Klebe*, § 87 Rn. 30; *MünchHdbArbR-Matthes*, 2. Aufl. (2000), § 332 Rn. 16; *Richard-Richardi*, § 87 Rn. 154ff.; *Stege/Weinspach/Schiefer*, BetrVG, 9. Aufl. (2002), § 87 Rn. 33.

⁴⁷ *Gutzeit* (Fn. 40), Rn. 31ff.; *GKBetrVG-Wiese*, § 87 Rn. 68 a. E.; ebenso *Löwisch/Kaiser*, § 87 Rn. 39.

der Tarifvertrag nicht schaffen⁴⁸. Deswegen kann ein offenes tarifliches Entgeltsystem grundsätzlich nur mit Hilfe gesetzlicher Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats konkretisiert werden. Dass die Tarifparteien den berühmt-berüchtigten Weg der Mitbestimmung über die Arbeitszeitdauer mit materieller Durchschnittsvorgabe für *alle* Arbeitnehmer⁴⁹ auch für Entgelte zu gehen suchen, kann als unwahrscheinlich gelten.

b) Freiwillige „tarifausdehnende“ Betriebsvereinbarungen?

Im Entgelttraum des „offenen“ Tarifvertrages bewegt sich die Betriebsvereinbarung auch, wenn sie versucht, das Tarifentgelt als solches zu erhöhen. Wie unter gesehen kann der Arbeitgeber tarifrechtlich frei entscheiden, ob er die Regelungsoption der Tarifparteien annimmt und zusätzliche Mittel „als“ tarifliches Leistungsentgelt ausschüttet.

Ein Mitbestimmungsrecht kommt dem Betriebsrat insofern gerade nicht zu, weil allein die mitbestimmungsfreie Höhe des Entgeltes betroffen ist und sich keine eigenständigen Verteilungsfragen stellen. Denn das Leistungsentgelt bewegt sich im der Mitbestimmung entzogenen tariflichen Strukturmodus – und den schon vorhandenen mitbestimmten Konkretisierungen. Wenn der Arbeitgeber die (ihn schützende) Überforderungsgrenze ignoriert und ein erhöhtes Gesamtvolumen als tarifliches Leistungsentgelt ausschüttet – nach Maßgabe der Tarifregeln über das Leistungsentgelt (konkretisiert durch mitbestimmte Betriebsvereinbarung) – durch seine Arbeitgeberentscheidungen (etwa Leistungsbeurteilungen) verteilt, so ist diese Verteilung des zusätzlichen Entgeltes für sich genommen nicht mitbestimmungspflichtig. Unberührt bleibt selbstredend die Mitbestimmung des Betriebsrats zur Konkretisierung der offenen tariflichen Leistungsentgeltvorgaben. Doch handelt es sich insofern um eine einheitliche Regelung. Der Betriebsrat ist nicht befugt, für das „erhöhte“ tarifliche Leistungsentgelt eine eigene und abweichende Verteilungsregelung zu fordern. Damit verstieße er gegen die Tarifvorgabe des einheitlichen Leistungsentgeltes. Zwar mag eine Erhöhung des Leistungsentgeltvolumens die mitbestimmte Verteilungsfrage anders stellen⁵⁰, doch ist dabei die Besonderheit des Leistungsentgeltes zu berücksichtigen, bei der die Entgeltverteilung nach dem Maß der Leistung des einzelnen Arbeitnehmers erfolgt. Verteilungsgerechtigkeit heißt hier: Leistungsgerechtigkeit. Insofern kann der Betriebsrat lediglich versuchen, die allgemeinen Betriebsvereinbarungen zur Konkretisierung des tariflichen Leistungsentgeltes zu modifizieren.

⁴⁸ Dazu *Rieble*, FS 50 Jahre BAG (2004), S. 831, 850 ff.; *Löwisch/Rieble*, TVG § 1 Rn. 904.

⁴⁹ BAG AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972 m. Anm. v. *Hoyningen-Huene* = SAE 1988, 97 mit kritischer Anm. *Löwisch* = NZA 1987, 779; eingehend *Löwisch* DB 1984, 245 ff., zur betriebsverfassungsrechtlichen Normsetzungsbefugnis auch *Beuthien*, ZfA 1988, 131, 135.

⁵⁰ Zum „umgekehrten Fall“ der Kürzung übertariflicher Zulagen grundlegend BAG AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 30 = NZA 1992, 749.

Für den Arbeitgeber stellt sich die praktische Frage, ob er mit dem Betriebsrat eine freiwillige Betriebsvereinbarung abschließen kann. Denn die Betriebsvereinbarung ist als effektives Regelungsinstrument (normative Wirkung) ohne Bestandschutz auch für den Arbeitgeber attraktiv, erst recht, wenn es sich um eine freiwillige Betriebsvereinbarung handelt, die nach § 77 Abs. 6 BetrVG nicht nachwirkt.

Die richtige herrschende Meinung misst Betriebsvereinbarungen im übertariflichen Bereich nur an § 77 Abs. 3 BetrVG und hält den Tarifvorrang in § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG für unmaßgeblich, weil der Tarifvertrag „nach oben“ keine abschließende Regelung treffen kann und § 88 BetrVG eine umfassende Öffnung für freiwillige Regelungen bedeute⁵¹. Die Kompetenzsperre des § 77 Abs. 3 BetrVG greift im für die Tarifparteien zentralen Entgeltbereich nicht nur für die unmittelbare Regelung der Entgelthöhe, sondern (zunächst) auch für methodische Fragen der Entgeltgestaltung⁵², damit nicht der Betriebsrat zur „beitragsfreien Ersatzgewerkschaft“ wird⁵³. Eine Entgelt-Betriebsvereinbarung hat mithin dann Bestand:

- wenn sich diese außerhalb des Geltungsbereichs eines Tarifvertrags bewegt, weil der Tarifvorbehalt dann tatbestandlich schon nicht greift⁵⁴;
- wenn sie im Tarifvertrag durch eine Öffnungsklausel erlaubt ist, § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG⁵⁵ oder
- wenn sie durch ein Mitbestimmungsrecht des § 87 gedeckt ist (Vorrangtheorie⁵⁶).

Für die tarifkonkretisierende Regelung der Leistungsentgelte ist ersteres von vornherein ausgeschlossen. Denn insofern bewegt sich jede Betriebsvereinbarung im Geltungs- und Regelungsbereich des Tarifvertrags.

Ob der jeweilige Strukturtarifvertrag eine entsprechende Öffnungsklausel aufweist, ist jeweils zu klären. Dabei gilt: Dass der Tarifvertrag ohnehin die Betriebsvereinbarung als Konkretisierungsinstrument vorsieht, bedeutet keine allgemeine Öffnung. Insofern ist der Betriebsvereinbarung ein konkreter tariflicher Regelungsrahmen und -zweck vorgegeben. Die Ausdehnung des Gesamtvolumens des Leistungsentgelts gehört dazu typischerweise nicht. Eine derartige Regelungsermächtigung müssen die Tarifparteien besonders aussprechen.

Die Vorrangtheorie hilft dem Betriebsrat auch nicht, weil die Erhöhung des Gesamtvolumens des Leistungsentgelts nach vorgegebenen tariflichen Verteilungs-

⁵¹ BAG AP Nr. 26 zu § 1 FeiertagslohnzahlungsG = BAGE 21, 332 = BB 1969, 717; GK BetrVG-Wiese, § 87 Rn. 65 f.; Richardi-Richardi, § 87 Rn. 169; Kraft (Fn. 43), S. 207, 215; a. A. nur Däubler/Kittner/Klebe-Klebe, § 87 Rn. 30.

⁵² BAG AP Nr. 1 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt = EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 39 = NZA 1991, 734; Fischer (Fn. 28), S. 191 ff.; Moll, Der Tarifvorrang im Betriebsverfassungsgesetz (1980), S. 44 ff.

⁵³ BAG AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 30 = NZA 1992, 749, für übertarifliche Zulagen; BAG AP Nr. 18 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt = EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 72 = NZA 2003, 393; BAG AP Nr. 1 zu § 21a BetrVG 1972 = NZA 2003, 1097; Löwisch/Rieble, § 4 Rn. 221.

⁵⁴ Statt vieler GK BetrVG-Kreutz, § 77 Rn. 97.

⁵⁵ BAG AP Nr. 18 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt = EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 72 = NZA 2003, 393.

⁵⁶ Schon Fn. 32.

maßstäben gerade nicht der Mitbestimmung unterfällt. Regelungsbedürftig ist nur die mitbestimmungsfreie Entgelthöhe; hinsichtlich der Verteilungsmaßstäbe enthält der Tarifvertrag – konkretisiert durch Betriebsvereinbarung – ein abschließendes System. Mithin ist die entgelterhöhende Betriebsvereinbarung in aller Regel unzulässig.

3. Betriebsvereinbarungen im übertariflichen Entgeltraum

Entscheidet sich der Arbeitgeber, ein zusätzliches Leistungsentgelt zu zahlen und insofern vom Regelungsoption des Tarifvertrags keinen Gebrauch zu machen, sondern ein eigenes „übertarifliches“ Entgeltsystem zu installieren, ist die Frage nach Mitbestimmung und Betriebsvereinbarung anders zu beantworten: Das BAG hatte einmal gemeint, im übertariflichen Bereich sei die Mitbestimmung des Betriebsrats ausgeschlossen⁵⁷, diese Rechtsprechung aber richtigerweise aufgegeben⁵⁸. In der Tat wird die Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer im übertariflichen Entgeltraum – also hinsichtlich Transparenz und Verteilungsgerechtigkeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG und hinsichtlich der Akkord- und Prämiensätze der Nr. 11 – nicht dadurch beseitigt, dass den Arbeitnehmern „als Sockel“ ein Tarifentgelt zusteht. Entscheidend kommt es insoweit also – sowohl für die Mitbestimmung des Betriebsrats aber auch für die Betriebsvereinbarung als Regelungsinstrument (Vorrangtheorie) – auf die Reichweite der Mitbestimmung im übertariflichen Entgeltraum an. Dabei sollen die Einzelheiten der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG hier auf sich beruhen⁵⁹. Für unsere Zwecke genügt, dass ein Leistungsentgeltsystem grundsätzlich nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungspflichtig ist und dass sich die (für den Arbeitgeber problematische, weil auf die Entgelthöhe durchschlagende) Mitbestimmung nach Nr. 11 dadurch vermeiden lässt, dass dem Leistungsentgelt keine „Normalleistung“ oder „Bezugsleistung“ zugrundeliegt⁶⁰.

Das eigentliche Problem ist wiederum die tarifliche Vorprägung der Entgeltstrukturen. Je offener ein Entgeltstrukturtarifvertrag konzipiert ist, desto eher umfasst er alle denkbaren Aspekte eines Leistungsentgeltes. So kann man sich kein Leistungsentgeltsystem vorstellen, das eine im ERA nicht angesprochene Entgeltmethode verwendet. Anders gewendet: Ist die Mitbestimmung nicht schon deswegen beschränkt, weil der Entgeltstrukturtarif alle denkbaren Formen des Leistungsentgeltes tariflich regelt?

⁵⁷ BAG AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 7 = NZA 1984, 1351; auch *Kraft* (Fn. 43), S. 207, 210f.

⁵⁸ BAG AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 30 = NZA 1992, 749; BAG AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 11 = NZA 1986, 364.

⁵⁹ Dazu eingehend GK BetrVG-Wiese, § 87 Rn. 803 ff. (insbes. 860 ff.), 961 ff.

⁶⁰ Statt vieler GK BetrVG-Wiese, § 87 Rn. 966 ff. m. zahlreichen Nachweisen.

Indes greift die individualarbeitsrechtliche Erkenntnis auch für die Betriebsverfassung: Die Tarifparteien können (wegen des Günstigkeitsprinzips) von vornherein keine Regelung für den übertariflichen Entgeltraum treffen; dieser ist notwendig tariffrei. Mag die Grenzziehung zwischen tariflichem und übertariflichem Entgelt auch diffus geraten, weil der tarifliche Anspruch auf das Leistungsentgelt abstrakt gesehen unbestimmt ist (§ 315 BGB), besteht die Grenze dennoch (oben II. 4. b). Wenn aber der offene Entgeltstrukturtarifvertrag keine Regelung für übertarifliches Entgelt bereit hält (und auch nicht bereit halten kann), besteht insoweit keine tarifliche Regelung i. S. v. § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG, die das Mitbestimmungsrecht ausschließen könnte. Der Arbeitgeber ist aus Sicht des Tarifvertrags ganz frei darin, wie er sein übertarifliches Entgelt regelt – eben deswegen besteht das Mitbestimmungsbedürfnis für übertarifliches Entgelt nach der Entscheidung des Großen Senats⁶¹. Insofern macht es keinen Unterschied, ob die Grenze zwischen dem Tarifentgelt und dem übertariflichen Entgelt exakt bestimmt ist oder der Leistungsbestimmung harrt.

Dass es für solche übertariflichen Entgelte *kaum Möglichkeiten einer gegenüber dem Tarifvertrag inhaltlich eigenständigen leistungsabhängigen Entgeltverteilung* gibt, besagt nichts. Andernfalls müsste ein Tarifvertrag letztlich nur alle denkbaren Leistungsentgeltformen und die zugrundeliegenden Messungs- und Beurteilungsverfahren als Möglichkeiten nennen – um dadurch die Mitbestimmung und jedwede Betriebsvereinbarung über Leistungsentgelt zu sperren. Übertarifliche Zielerreichungsprämien in einem Zielvereinbarungssystem wären mitbestimmungsfrei möglich, nur weil der Tarifvertrag die Option Zielvereinbarung regelt, auch wenn im Betrieb das tarifliche Leistungsentgelt in einem Prämiensystem vollzogen würde.

Auch dass der *Zweck* des übertariflichen Leistungsentgelts mit dem Tarifentgelt übereinstimmt, hindert weder Mitbestimmung noch Betriebsvereinbarung. Zwar betont das BAG in einer Entscheidung vom 9. 12. 1997⁶², dass die bloße Aufstockung des Tarifentgeltes durch Betriebsvereinbarung unzulässig sei, insbesondere keine Zweckübereinstimmung zwischen Tarifentgelt und Betriebsvereinbarungsentgelt bestehen dürfe. Das schlosse jedwede Betriebsvereinbarung über übertarifliche Leistungszulagen aus, wenn der Tarifvertrag mit seiner strukturellen Offenheit praktisch alle Leistungsaspekte erfasst.

Zugleich würde damit die Vorrangtheorie doch wieder negiert: Denn dass der Arbeitgeber über ein tarifliches Leistungsentgelt hinaus zusätzliches Leistungsentgelt zahlen darf, ist unbestreitbar. Und dass die Verteilung dieses zusätzlichen Leistungsentgeltes der Mitbestimmung des Betriebsrats bedarf, ist gleichfalls unbestreitbar. Eine Sperre der Betriebsvereinbarung ist nur dadurch möglich, dass das BAG die (richtige) Vorrangtheorie aufgibt, gemäß der *Zwei-Schranken-Theorie*

⁶¹ BAG AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 30 = NZA 1992, 749 unter C.III.

⁶² BAG AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt = EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 61 = NZA 1998, 661; auch Fischer (Fn. 28), S. 196, GK BetrVG-Kreutz, § 77 Rn. 111.

(Fn 32) der zwingenden Mitbestimmung das Regelungsinstrument der Betriebsvereinbarung nimmt und die Betriebsparteien auf die Regelungsabrede verweist. Sieht man näher hin, hat das BAG mitnichten die Vorrangtheorie angezweifelt, sondern lediglich den Tatbestand des § 77 Abs. 3 BetrVG isoliert und ohne Rücksicht auf Mitbestimmungsrechte angewandt⁶³. In der Tat ist § 77 Abs. 3 BetrVG schon tatbestandlich nicht einschlägig, wenn die in der Betriebsvereinbarung geregelte Leistung an andere tatbestandliche Voraussetzungen als die tarifliche Regelung anknüpft⁶⁴. Selbst wenn aber § 77 Abs. 3 BetrVG tatbestandlich einschlägig ist, kann der Tarifvorbehalt noch durch das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG verdrängt werden – solange und soweit sich Verteilungsfragen stellen. Unwirksam kann die Entgeltbetriebsvereinbarung mithin nur dann sein, wenn sie „das tarifliche Entgelt schlicht und für alle Arbeitnehmer gleichmäßig“, also linear, erhöht, also auf eine eigene Verteilungsregelung verzichtet⁶⁵.

Richtig betont das BAG in einer Entscheidung vom 5. 3. 1997⁶⁶, dass der Schutz der Mitbestimmung durch Betriebsvereinbarung (!) nicht an einer Tarifregelung scheitern dürfe. Doch solle sie sich auf die Regelung der mitbestimmungspflichtigen Verteilung beschränken und die mitbestimmungsfreie Höhe des Entgeltes unregelt lassen. Das ist nur mit Blick auf den entschiedenen Fall verständlich. Denn die dort beanstandete Betriebsvereinbarung enthielt in der Tat Regelungen, die sich auf die bloße Höhe der Entgelte und jährlichen Entgeltanpassungen beschränkten. Jene Betriebsvereinbarung war also ausnahmsweise teilbar in einen mitbestimmungsfreien und einen mitbestimmten Regelungsbereich. Nur deswegen konnte das BAG diejenigen Teile der Betriebsvereinbarung, die isoliert nur die Vergütungshöhe betrafen, ebenso isoliert an § 77 Abs. 3 BetrVG scheitern lassen. Typischerweise aber sind diese „teilmitbestimmten“ Entgeltbetriebsvereinbarungen, die Regelungen sowohl zur mitbestimmungsfreien Höhe wie zur mitbestimmungspflichtigen Verteilung enthalten, eine unteilbare Einheit. Das BAG betont dies vor allem in Ansehung der Nachwirkung nach § 77 Abs. 6 BetrVG, wenn der Arbeitgeber die freiwillige Leistung nicht vollständig entfallen lassen will, also ein gekürzter Dotierungsrahmen weiterhin zur Verteilung ansteht⁶⁷. Weil die Nachwirkung an die Mitbestimmungspflicht der Angelegenheit anknüpft, kann man schwerlich für die Nachwirkung eine Mitbestimmungseinheit annehmen und für

⁶³ Der aber im konkreten Fall nicht einschlägig gewesen ist – unter II 3 a bb der Gründe – wegen die Ausführungen ein obiter dictum sind.

⁶⁴ BAG BAG AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt = EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 61 = NZA 1998, 661; auch *Fischer* (Fn. 28), S. 190 ff., 196, GK BetrVG-Kreutz, § 77 Rn. 106, 111.

⁶⁵ BAG AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 11 = NZA 1986, 364; BAG AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 30 = NZA 1992, 749; BAG AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt = EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 61 = NZA 1998, 661.

⁶⁶ BAG AP Nr. 10 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt = EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 58 = NZA 1997, 951 unter II 2 b.

⁶⁷ Zentral: BAG AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung = EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 53 = NZA 1994, 572; BAG AP Nr. 15 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung = EzA § 77 BetrVG 2001 Nr. 9 = NZA 2004, 803; weiter GK BetrVG-Kreutz, § 77 Rn. 405 ff., 409.

den Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG eine mitbestimmungsrechtliche Teilbarkeit. Wer also insoweit § 77 Abs. 3 BetrVG zu Lasten der Betriebsvereinbarung effektuieren will, mag die Entgeltbetriebsvereinbarung auf den „Verteilungsschlüssel“ reduzieren und ihr die Erzeugung individueller Ansprüche verwehren. Dem Arbeitgeber könnte eine solche Rechtsprechungswende gleichgültig sein. Die Entgeltbetriebsvereinbarung wäre konsequenterweise teilnichtig, was die Position der Arbeitnehmer und des Betriebsrats schwächt. Der Arbeitgeber muss nur mit einer Angstklausel sicherstellen, dass die Betriebsvereinbarung nicht in eine Gesamtzusage umgedeutet werden kann⁶⁸.

Sobald also der Arbeitgeber sich entschließt, zusätzlich zum tariflichen Leistungsentgelt oder aber an seiner Stelle (zum Alternativentgelt) ein betriebliches Leistungsentgelt zu zahlen, ist dessen Verteilung mitbestimmungspflichtig und auch mitbestimmungsfähig, solange der Arbeitgeber entweder mit einem eigenständigen Leistungszweck (etwa beschränkt auf Vertriebsmitarbeiter), mit eigenständigen Leistungskriterien (etwa Kundenbefragung) oder durch ein insgesamt vom tariflichen Verteilungssystem und -verfahren in seiner betrieblichen Konkretisierung abweichenden Modus die individuellen Ansprüche regeln will.

Dabei stellt sich in der Praxis ein paradoxes Folgeproblem: Je stärker der Betriebsrat oder die Einigungsstelle versucht, das übertarifliche Entgelt auf die tariflichen Verteilungsprinzipien zu verpflichten, desto eher wird letztlich nur das tarifliche Leistungsentgelt erweitert. Damit aber sägen Betriebsrat oder Einigungsstelle am eigenen Ast. Eine bloße Aufstockung des Tarifentgeltes beseitigte die Verteilungsfrage, damit das Mitbestimmungsrecht und die Zuständigkeit der Einigungsstelle und ließe folgerichtig die Regelungssperre aus § 77 Abs. 3 BetrVG wieder greifen⁶⁹.

IV. Ergebnis

1. Moderne Entgelttarifverträge führen zur leistungsbezogenen Entgeltvariabilisierung. Dabei kann kein Tarifvertrag ein ausformuliertes Leistungsentgeltsystem für alle tarifgebundenen Unternehmen bereitstellen, weil die betrieblichen Gegebenheiten differenzierte Systeme erfordern. Das erforderliche Ausmaß der Systemdifferenzierung leistet die Tarifpraxis mit offenen Entgeltstrukturvorgaben, die von den Betriebsparteien konkretisiert werden sollen. Beispiel sind die Entgeltrahmenabkommen der Metallindustrie.

2. Die strukturelle Offenheit solcher Regelungen wirft Systemfragen auf: Ist der Tarifvertrag „nach oben offen“, so ist ein übertarifliches (Leistungs-)Entgelt nicht ohne weiteres zu konzipieren. Indes: Der Tarifvertrag kann wegen des Günstigkeitsprinzips von vornherein keine Regelung für übertarifliche Leistungen ent-

⁶⁸ BAG AP Nr. 10 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt = EZA § 77 BetrVG 1972 Nr. 58 = NZA 1997, 951 unter II 2 b.

⁶⁹ Zu dieser Frage beim Akkord: Däubler-Deinert § 4 Rn. 619; Wiedemann-Wank, § 4 Rn. 423.

halten; übertarifliche Entgelte sind auch in ihrer Struktur schlechthin tariffrei. Deswegen muss eine notwendig unscharfe Grenze zwischen tariflichem und übertariflichem Entgelt gezogen werden. Insofern kommt es nicht auf die Entgelthöhe, sondern auf den Rechtsgrund an.

3. Das Günstigkeitsprinzip erlaubt verschiedene Methoden des Günstigkeitsvergleiches. Das übertarifliche Leistungsentgelt kann selbständig und zusätzlich zum Tarifentgelt gezahlt werden. Der Arbeitgeber kann aber auch das tarifliche Leistungsentgeltsystem komplett durch ein arbeitsvertragliches ersetzen. Letzteres setzt sich im Günstigkeitsvergleich im Einzelarbeitsverhältnis dann durch, wenn es dem einzelnen Arbeitnehmer die bessere Verdienstchance eröffnet.

4. Weil der Tarifvertrag keine Höchstentgelte definieren kann, hat der Arbeitgeber auch die Möglichkeit, das unbestimmte Tarifentgelt durch ein höheres Verteilungsvolumen auszudehnen. Solche Entgeltstrukturregeln enthalten also eine Regelungsoption an den Arbeitgeber: Er kann seine Vergütung innerhalb des tariflichen Entgeltraumes steigern, solange er sich in den Tarifstrukturen bewegt.

5. Für tariffreie Arbeitnehmer kann der Arbeitgeber ein eigenständiges Entgeltsystem konzipieren. Durchschnittsleistungsentgelte sind keine Betriebsnormen.

6. Soweit der Arbeitgeber ein eigenständiges betriebliches Leistungsentgeltsystem mit eigener Verteilungssystematik schaffen will, ist er einerseits der Mitbestimmung des Betriebsrats unterworfen, und kann andererseits trotz §77 Abs.3 BetrVG die Betriebsvereinbarung als Regelungsinstrument nutzen. Das gilt sowohl für ein besonderes Entgeltsystem für tariffreie Mitarbeiter als auch für ein übertarifliches Entgelt. Will der Arbeitgeber dagegen nur das Tarifentgelt erhöhen, kann er das nach den Tarifregeln zu verteilende Entgeltvolumen ohne Zustimmung des Betriebsrats steigern – weil sich keine Verteilungsfrage i. S. v. §87 Abs. 1 Nr.10 BetrVG stellt.