

## VORTRAGSREIHE

Donnerstag, 16. März 2006  
17 Uhr

Joachim Vetter

Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht Nürnberg

# „INDIVIDUALRECHT UND MITBESTIMMUNG“

# Individualrecht und Mitbestimmung

Vortrag beim ZAAR in München am 16.03.2006

J. Vetter, VRiLAG Nürnberg

## I. Einführung

1. Wenn man sich mit den Gestaltungsfaktoren im Arbeitsrecht beschäftigt, kommt man schnell auf die sogenannte **Normenpyramide**. Es handelt sich einerseits um eine Pyramide, weil die Normen mit der höchsten Wertigkeit, die verfassungsrechtlichen Bestimmungen, vergleichsweise wenige sind, weil es weit mehr Gesetzesbestimmungen, noch mehr Tarifverträge, noch mehr Betriebsvereinbarungen und natürlich am meisten Arbeitsverträge gibt. Die Anordnung als Pyramide folgt also aus der Zahl der Bestimmungen einerseits, aus ihrer Wertigkeit andererseits.
2. Sieht man genauer hin, ist die **Wertigkeit der Normen** und das Verhältnis der Normen-Sockel zueinander **differenziert zu betrachten**. Es setzen sich nicht immer die Gesetze gegenüber den Tarifverträgen durch – ob dies der Fall ist, hängt von der Auslegung der Gesetzesbestimmung und ihrer zwingenden Wirkung ab. Dasselbe gilt etwa im Verhältnis Gesetz zu Einzelarbeitsvertrag. Etliche Gesetzesbestimmungen sind dispositiv, d.h. sie lassen auch ungünstigere vertragliche Absprachen zu. Letztlich muss jede Norm ausgelegt werden, wie sie sich zu Normen und Abreden, die auf einer „niedrigeren“ Basis, einem „niedrigeren Sockel“ abgeschlossen werden, verhalten. Beim Verhältnis der arbeitsrechtlich relevanten Normen zueinander ist daher im Einzelfall die Qualität der jeweiligen Rechtsnormen zu untersuchen. Die Normen können zwingender, einseitig zwingender, tarifdispositiver, betriebsvereinbarungsoffener oder vollständig gegenüber jeglicher abweichender Bestimmung oder Abmachung nachgiebiges Recht sein.
3. Im einzelnen könnte man – grob gesagt – folgende Feststellungen treffen:

### a. Verhältnis Gesetz zu Tarifvertrag

Das Verhältnis zwischen Gesetz und Tarifvertrag ist deswegen sensibel, weil die Tarifparteien sich auf die grundgesetzlich (Art. 9 Abs. 3 GG) geschützte Tarifautonomie berufen können. Sind also die Tarifparteien nur an die Grundrechte gebunden oder auch an den einfachen Gesetzgeber? Die Frage wird unterschiedlich gesehen. Der Gesetzgeber darf den Tarifparteien jedenfalls nicht jeglichen Spielraum nehmen. Andererseits hat das BVerfG die Kernbereichstheorie weitgehend aufgegeben. Die Gerichte halten die gesetzlichen Regelungen in der Regel für wirksam (vgl. gesetzliche Abkürzung der tariflichen Kündigungsfristen bei Insolvenz des Arbeitgebers; Unabdingbarkeit des Rechts zur außerordentlichen Kündigung auch bei Ausschluß durch TV, hier BAT).

Man unterscheidet also

- **Unabdingbar zwingendes** Gesetzesrecht (z.B. § 626 BGB)
- **Tarifdispositives** Gesetzesrecht (z.B. § 13 BurlG)  
(Abweichungen sind – zugunsten und zuungunsten des AN - nur durch Tarifvertrag möglich, nicht aber durch BV oder Einzelvertrag)
- **Einseitig zwingendes** Gesetzesrecht (z.B. § 1 BurlG)  
(sehr häufig: zwingende AN-Schutzvorschriften; durch TV, BV und Arbeitsvertrag kann nur zugunsten des AN abgewichen werden)
- **Dispositives** Gesetzesrecht (z.B. § 616 BGB)  
(es kann sowohl durch TV als auch durch BV als auch durch Arbeitsvertrag abgewichen werden; die Regelung ist nur insoweit relevant, als sonst keine anderweitige Regelung existiert)

#### **b. Verhältnis Gesetz zu Betriebsvereinbarung**

- Soweit eine gesetzliche Regelung besteht, ist eine Regelung durch BV nicht mehr möglich (§ 87 I S. 1 Eingangssatz BetrVG)
- Anderes gilt nur bei auch gegenüber Betriebsvereinbarung dispositivem (nachgiebigem) Gesetzesrecht

#### **c. Verhältnis Gesetz zu Arbeitsvertrag**

- von absolut zwingenden Gesetzesvorschriften kann auch durch Arbeitsvertrag nicht abgewichen werden, auch nicht zugunsten des AN (vgl. z.B. § 626 BGB)
- in der Regel können für AN günstigere Bedingungen vereinbart werden, weil die gesetzlichen Bestimmungen häufig AN-Schutzvorschriften darstellen (vgl. § 1 KSchG: zulässig ist eine Vereinbarung im Arbeitsvertrag, dass der Kündigungsschutz ab dem ersten Tag des Arbeitsverhältnisses gelten soll)
- von dispositiven Vorschriften kann auch zuungunsten des AN durch Arbeitsvertrag abgewichen werden

#### **d. Verhältnis Tarifvertrag zu Betriebsvereinbarung**

- grundsätzlich gilt das sog. **Ordnungsprinzip**, nicht das Günstigkeitsprinzip; das bedeutet, dass Betriebsvereinbarungen dort ausgeschlossen sind, wo tarifliche Regelungen bestehen
- dies gilt auch dann, wenn die Betriebsvereinbarungen dasselbe regeln wie die Tarifverträge (bei Inhaltsnormen würden dann ja die Tarifnormen nur für die gewerkschaftsangehörigen AN gelten, nicht für die nichtgebundenen AN, die also auch durch BV nicht gleichgestellt werden können)
- dies gilt auch, wenn Betriebsvereinbarungen günstiger sind als Tarifnormen
- die Grundnorm der Abgrenzung stellt § 77 Abs. 3 BetrVG dar; danach können ganze Gegenstände oder Bereiche, die tariflich geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein
- häufig wird hierbei übersehen, dass nach ständiger Rechtsprechung des BAG die Regelung des gesamten Gegenstandes schon dann ausgeschlossen ist, dass die Schranke des § 77 Abs. 3 also schon dann eingreift, wenn der **Geltungsbereich des Tarifvertrages eröffnet** ist – also **unabhängig von der Tarifbindung von Arbeitgeber und Arbeitnehmern**: Es soll die Konkurrenz zwischen Gewerkschaften und Betriebsrat verhindert werden. Dies ist um so wichtiger, wenn die Tarifregelung gar nicht gilt
- die Bedeutung dieser Vorschrift wird jedoch durch die „**Vorrang-Theorie**“ abgemildert: im Bereich der Mitbestimmungsrechte des § 87 BetrVG gilt, dass nur solche Regelungen – durch BV oder Regelungsabrede – ausgeschlossen sind, die nicht schon selbst abschließend durch Tarifvertrag geregelt sind („soweit ...“); soweit also Spielraum bleibt, sich die Regelung nicht unmittelbar aus dem Tarifvertrag ablesen lässt, bleibt in den Fällen des § 87 Abs. 1 das Mitbestimmungsrecht bestehen, das auch durch BV ausgeübt werden kann; im übrigen findet diese Schranke nur dann Anwendung, wenn der Arbeitgeber tarifgebunden ist. Ist er das nicht, greift in den Fällen des § 87 BetrVG weder die Schranke des § 87 Abs. 1 Eingangssatz noch diejenige des § 77 Abs. 3.
- selbstverständlich bleiben die Mitbestimmungsrechte, auch die Regelungsmöglichkeit durch Betriebsvereinbarung, erhalten, wenn der Tarifvertrag hierfür eine **Öffnungsklausel** enthält; derartige Öffnungsklauseln sind im Hinblick auf die negative Koalitionsfreiheit nicht unproblematisch, weil sie die Zuständigkeit zur Regelung eines Problems durch Betriebsvereinbarung auf nichtgebundene AN ausdehnen – und zwar auch zur Regelung eines Problems, das für den einzelnen betroffenen Arbeitnehmer nicht nur günstiger ist.

#### e. Verhältnis Tarifvertrag zu Arbeitsvertrag

- nach § 4 Abs. 3 TVG gilt das **Günstigkeitsprinzip**, d.h. Abweichungen zu Gunsten des AN durch Arbeitsvertrag sind zulässig
- streitig ist, ob dieses Günstigkeitsprinzip rein subjektiv aus Sicht des AN abgewogen werden muss oder – so die hM – nach einem objektivierten Maßstab
- das BAG wendet beim Günstigkeitsprinzip einen sog. „**Sachgruppenvergleich**“ an; die arbeitsvertragliche Regelung muss also für jede Sachgruppe für sich günstiger sein, zwischen verschiedenen Sachgruppen (z.B. Entgelt einerseits, Urlaub andererseits/Arbeitszeitmenge einerseits, Beschäftigungsgarantie andererseits) kann kein Vergleich angestellt werden. Im einzelnen ist vieles nicht so sehr klar
- auch hier sind Tarifregelungen (Öffnungsklauseln für Arbeitsverträge) denkbar, die abweichende Regelungen zuungunsten des AN zulassen (§ 4 Abs. 3 S. 2 TVG)

## II. Betriebsvereinbarung und Individualarbeitsvertrag

### 1. Einführung: Günstigkeitsprinzip

- a. Blickt man beim Versuch, das Verhältnis zwischen Betriebsvereinbarung und individuellen Vereinbarungen näher zu definieren, in die einschlägigen Kommentierungen, so findet man zunächst: Es gilt das **Günstigkeitsprinzip**. Sind Regelungen in Betriebsvereinbarungen für den Arbeitnehmer günstiger, gehen diese vor. Gibt es im Arbeitsvertrag für den Arbeitnehmer günstigere Regelungen, dann gelten diese (vgl. etwa Gaul in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht, § 77 BetrVG Rn. 59; Kania in ErfKomm. § 77 BetrVG Rn. 68; Koch in Schaub, 11. Aufl. 2005, § 231 Rn. 36; Richardi in Staudinger, §§ 611 – 615 BGB, Vorbem zu §§ 611 Rn. 1131). Dabei hält, wie Annuß in lesenswerter Abhandlung rügt, die Mehrheit der Literatur diese Geltung heute nicht mehr für begründungsbedürftig (NZA 2001, 756, 757).
- b. Die **dogmatische Begründung** dieses Günstigkeitsprinzips ist durchaus zweifelhaft. Stellt das Günstigkeitsprinzip wirklich ein „allgemeines Prinzip“ dar, das unser Arbeitsrecht prägt? Man findet diesen Grundsatz ausdrücklich in einigen – aber beileibe nicht allen – gesetzlichen Vorschriften (etwa § 622 Abs. 5 BGB). Ansonsten kennen wir die Vorschrift des § 4 Abs. 3 TVG für das Verhältnis zwischen Tarifvertrag und Arbeitsvertrag. Kann man daraus schon ein „allgemeines Prinzip“ ablesen? Vertreten wird, dass es sich hierbei um ein dem Arbeitsrecht als „allgemeines Schutzrecht“ innewohnendes Prinzip handelt. Vertreten wird, dass das Günstigkeitsprinzip einen „verfassungsmäßig anerkannten Grundsatz des kollektiven Arbeitsrechts“ darstelle. Schließlich wird mit dem „Sozialstaatsprinzip“ argumentiert. Abgestellt wird auch auf das „allgemeine verfassungsrechtliche Subsidiaritätsprinzip“ (Nachweise und dogmatische Erörterungen vgl. bei Blomeyer, NZA 1996, 337 ff.).
- c. Das BetrVG hat geht auf das Verhältnis zwischen Einzelabsprachen und Betriebsvereinbarungen nicht ein. Es sagt bekanntermaßen nur in **§ 77 Abs. 4 S. 1: „Betriebsvereinbarungen gelten unmittelbar und zwingend.“** Zwingend, das kann natürlich positiv sein gegenüber einzelvertraglichen Abreden; es kann aber auch im Sinne einer Geltung der kollektiven Norm gemeint sein, die jedenfalls auch negative Wirkungen gegenüber Einzelabsprachen nicht ausschließt.
- d. Mir persönlich gefällt zunächst die Meinung am besten, die auf das Vorliegen mehrerer Anspruchsgrundlagen abhebt: Hat der Arbeitnehmer einen Anspruch aus dem Arbeitsvertrag, dann kann er diesen gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen – unabhängig davon, was in einer Betriebsvereinbarung steht. Dasselbe gilt natürlich umgekehrt: Besteht ein Anspruch aus einer Betriebsvereinbarung, dann kann er dessen Erfüllung unabhängig von Regelungen seines Arbeitsvertrages verlangen.

Wenn man so will, ist dies eine Art Günstigkeitsprinzip (ähnlich schon BAG vom 21.09.1989, 1 AZR 454/88, EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 33: „unmittelbare Wirkung einer Betriebsvereinbarung bedeutet, dass die Bestimmungen des normativen Teils den Inhalt der Arbeitsverhältnisse unmittelbar (automatisch) gestalten, ohne dass es auf die Billigung oder Kenntnis der Vertragsparteien ankommt. Es bedarf dazu keiner Anerkennung, Unterwerfung oder Übernahme dieser Normen durch die Parteien des Einzelarbeitsvertrages (...). Das bedeutet zunächst nur, dass das Arbeitsverhältnis **auch** durch die Normen der Betriebsvereinbarung oder des Tarifvertrages gestaltet wird, diese Normen also neben die anderen das Arbeitsverhältnis gestaltenden Normen ... treten. ... Die Frage nach dem Zurücktreten einer Norm stellt sich erst, wenn Normen unterschiedlicher Rangstufe den gleichen Gegenstand regeln, also eine Normenkollision vorliegt. ... Ist eine einzelvertragliche Vereinbarung günstiger ..., so ist dies für den rechtlichen Bestand des Tarifvertrages oder der Betriebsvereinbarung ohne Bedeutung. Beide Ansprüche des Arbeitnehmers .. stehen nebeneinander, der Arbeitnehmer kann den für ihn günstigeren Anspruch geltend machen“).

- e. Fraglich ist, ob dieses Günstigkeitsprinzip unbeschränkt gilt. Es ist **anerkannt, dass Betriebsvereinbarungen auch negativ für den einzelnen Arbeitnehmer wirken können**. Man denke an die Entscheidung des BAG über Kurzarbeit (BAG vom 14.02.1991, 2 AZR 415/90, EzA § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit Nr. 1). Diese besagt bezüglich des vorliegenden Problems folgendes: Wenn im Arbeitsvertrag keine Regelung über Kurzarbeit enthalten ist, dann ist dem Arbeitgeber die einseitige Einführung gegenüber dem Arbeitnehmer nicht möglich mit der Folge, dass die Arbeitnehmer Anspruch auf Leistung und Zahlung ihrer regelmäßigen Arbeitsstundenzahl haben. Hat sich der Arbeitgeber mittels Regelungsabrede auf die Einführung von Kurzarbeit geeinigt, hilft ihm dies mangels normativer Wirkung, mangels Wirkung der Regelungsabrede in den Einzelarbeitsvertrag hinein, nichts. Es bleibt beim Anspruch auf Beschäftigung und Entgeltzahlung trotz vom Arbeitsamt genehmigter Kurzarbeit und trotz Zustimmung des Betriebsrats zur Kurzarbeit. Anders aber, so das BAG, wenn Arbeitgeber und Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung mit normativer Wirkung abgeschlossen hätten. Dann wäre die Arbeitszeit – und korrespondierend das Entgelt – wirksam verringert worden, ein Zahlungsanspruch der Arbeitnehmer bestünde insoweit nicht. Ist das nicht negativ? Wie verträgt sich dies mit dem Günstigkeitsprinzip?
- f. Ein weiterer – m.E. sehr eindrucksvoller – Fall findet sich in der **Festlegung einer Betriebsbußenordnung**. Das BAG (Beschluss vom 17.10.1989, 1 ABR 100/88, EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebsbuße Nr. 8) führt hier aus: „Das von der Rechtsprechung des BAG bejahte Recht der Betriebspartner zur Aufstellung einer Bußenordnung und zur Verhängung von Betriebsbußen folgt aus der den Betriebspartnern in § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG gewährten Befugnis, Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb gemeinsam und in der Regel durch Betriebsvereinbarung normativ zu regeln. Diese betriebliche Ordnung als Gegenstand der Mitbestimmung ist das Regelwerk, das das Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer im Betrieb ordnet. Zweck der Mitbestimmung des Betriebsrats ist es, den Arbeitnehmern an der Gestaltung dieser betrieblichen Ordnung eine gleichberechtigte Teilhabe zu gewähren. ... Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ist jedoch nicht auf die bloße Normierung solcher allgemeingültiger und verbindlicher Verhaltensregeln beschränkt. Inhalt des auf die betriebliche Ordnung bezogenen Regelwerkes können auch Regeln sein, die der Durchsetzung und Bewahrung dieser betrieblichen Ordnung dienen, sei es, dass sie besondere Anreize zur Beachtung der betrieblichen Ordnung schaffen, sei es, dass sie die Überwachung und Einhaltung dieser betrieblichen Ordnung regeln. Das Regelwerk kann auch Vorschriften darüber enthalten, wie Verstöße gegen diese betriebliche Ordnung zu sanktionieren sind, und das Verfahren regeln, in dem solche Sanktionen verhängt werden.“ Auch dies kommt mir für den Arbeitnehmer, der Betriebsbußen zahlen soll, sehr negativ vor.

## 2. Einschränkungen des Günstigkeitsprinzips

- a. In Ansehung solcher Konstellationen wird versucht, allgemeine Regeln zu formulieren, die dieses Günstigkeitsprinzip in bestimmten Konstellationen einschränken. So wird beispielsweise gefordert, das Günstigkeitsprinzip dann nicht anzuwenden, wenn einzelvertragliche Absprachen nicht auf das Verhältnis zum Arbeitgeber beschränkt bleiben, sondern unmittelbar zu Nachteilen bei anderen Arbeitnehmern führen („**Drittwirkungsfälle**“; Nachweise bei Annuß, a.a.O.). Oder das Günstigkeitsprinzip soll dann nicht gelten, wenn die Ausübung des Mitbestimmungsrecht **bei den in § 87 BetrVG geregelten Gegenständen erzwingbarer Mitbestimmung** erfolgt (Leinemann, DB 1990, 732, 737). Oder es soll ein Günstigkeitsvergleich dann nicht angesetzt werden mit der Folge der Geltung der Betriebsvereinbarung auch gegenüber der Einzelabrede, wenn die **Betriebsvereinbarung „die betriebliche Ordnung zum Gegenstand“** hat; diese könne „nur sinnvoll sein und Bestand haben, wenn sie – jedenfalls im Grundsatz – uneingeschränkt gilt und für alle Arbeitnehmer verbindlich ist (Matthes in Münchner Handbuch Arbeitsrecht, § 327 Rn. 78).“ „Nur soweit die Mitbestimmungsrechte auf einen **Ausgleich widerstreitender Individualinteressen** innerhalb der Belegschaft gerichtet ist, dürfen sie nicht durch eine vertragsrechtlich festgelegte Regelung entwertet werden (Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 150).“ „Zwar ist als allgemeine Grenze der in § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG mit überschießender Wirkung angeordneten Normwirkung das Günstigkeitsprinzip zu beachten, doch findet es keine Anwendung, sofern das BetrVG den Betriebsparteien eine Kompetenz zum Eingriff in Individualvereinbarungen zuweist. Das ist im Bereich des 87 Abs. 1 BetrVG bei jenen Mitbestimmungsrechten anzunehmen, die auch auf die Herstellung eines Ausgleiches zwischen widerstreitenden Arbeitnehmerinteressen gerichtet sind. ... kann in echte Einzelfallabreden, die sich als Reaktion des Arbeitgebers auf die in einem bestimmten Arbeitsverhältnis bestehenden Besonderheiten darstellen, auch nicht unter Berufung auf die Ausgleichsfunktion der Betriebsvereinbarung und den drittbelastenden Charakter der Individualabrede durch Betriebsvereinbarung eingegriffen werden“ (Annuß, NZA 2001, 763). „Eine nachträgliche individuelle Ausnahme etwa von einem Rauchverbot verletzt die durch Betriebsvereinbarung eingeräumten Rechte der Nichtraucher und scheitert daher an der **Unzulässigkeit des Vertrages zu Lasten Dritter** .... Liegt die günstigere Individualabrede zeitlich vor der ungünstigeren Betriebsvereinbarung, bleibt sie aufgrund des Günstigkeitsprinzips wirksam. Der Arbeitgeber, der die Betriebsvereinbarung im Bewusstsein der abweichenden Individualabrede geschlossen hat, ist aber nach Maßgabe seiner Durchführungspflicht zur Beseitigung der Individualabrede verpflichtet“ (Blomeyer, NZA 1996, 343). „... kann es unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes geboten sein, den **Vorrang günstigerer einzelvertraglicher Vereinbarungen mit kollektivem Bezug einzuschränken, wenn dieser zu einer Privilegierung eines Teils der Arbeitnehmer gegenüber einer Betriebsvereinbarung ohne sachlichen Grund führen würde**“ (Berg in Däubler, BetrVG, § 77 Rn. 19d). Das BAG geht im Grundsatz vom Günstigkeitsprinzip aus.

Die Aufzählung – früher wurde die Geltung des Günstigkeitsprinzips zum Teil auch bei formellen Arbeitsbedingungen im Gegensatz zu materiellen Arbeitsbedingungen verneint – erhebt bei weitem keinen Anspruch auf Vollzähligkeit.

- b. Wichtig erscheint es zunächst, die **auf arbeitsvertraglicher Ebene bestehenden Regelungen zu unterscheiden**. In Betracht kommen
- Regelungen im Arbeitsvertrag, die in Wahrheit gar keine Vertragsbestandteile sind, sondern nur Hinweise
  - Regelungen, die von vornherein – ausdrücklich oder konkludent – als „Betriebsvereinbarungs-offen“ ausgestaltet sind
  - Ansprüche, die aufgrund Einzelzusage oder ausdrücklicher vertraglicher Regelung im Wege einer Einheitsregelung begründet wurden
  - Ansprüche, die aufgrund Gesamtzusage entstanden sind
  - ausdrückliche Regelungen im Arbeitsvertrag vor Abschluss einer Betriebsvereinbarung oder in Unkenntnis einer Betriebsvereinbarung

- ausdrückliche Regelungen im Arbeitsvertrag in Kenntnis einer abweichenden Betriebsvereinbarung
- c. Untersucht man nun die Wirkung von Betriebsvereinbarungen auf diese Regelungen, kann man das **Problem der Konkurrenz erheblich eingrenzen:**
- (1) Regelungen im Arbeitsvertrag, die keine Vertragsbestandteile sind, sondern nur **deklaratorischer Natur**, treten überhaupt nicht in Konkurrenz zur Betriebsvereinbarung. Sie schaffen selbst keine Ansprüche. Eine Betriebsvereinbarung kann solche vermeintlichen Regelungen – ebenso wie im Regelungsbereich des § 106 GewO auch der Arbeitgeber mittels Direktionsrechtes – abändern, unabhängig davon, ob man sich im Bereich erzwingbarer Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG bewegt, ob andere Arbeitsverhältnisse oder die Ordnung des Betriebes betroffen sind oder nicht. So hat das BAG für die einzelvertragliche Bestimmung „Nr. 7: Für das Anstellungsverhältnis gelten die Bestimmungen der Betriebsvereinbarung ...“ gesagt: „In aller Regel bringen Vertragsparteien durch eine solche Verweisung nur zum Ausdruck, dass nicht sämtliche für das Arbeitsverhältnis maßgeblichen Bestimmungen im Text des Arbeitsvertrags wiedergegeben, sondern darüber hinaus in den genannten kollektiven Vereinbarungen enthalten sind. Die Verweisklausel stellt dann schon kein Rechtsgeschäft dar. Ihr liegen keine Willenserklärungen zugrunde. Durch Willenserklärungen sollen Rechtsfolgen bewirkt werden. Bei der Verweisung handelt es sich aber nur um einen Hinweis. Selbst wenn Nr. 7 des Arbeitsvertrages einen rechtsgeschäftlichen Inhalt hätte, würde sich dieser in der deklaratorischen Abrede erschöpfen, es sollten die jeweils geltenden Betriebsvereinbarungen im Arbeitsverhältnis Anwendung finden“ (BAG vom 18.11.2003, 1 AZR 604/02, EzA § 77 BetrVG 2001 Nr. 9). Selbst wenn ich den Unterschied zwischen „bloßem Hinweis ohne rechtsgeschäftlichem Charakter“ und „deklaratorischer Abrede“ nicht nachvollziehen kann – ist das nicht dasselbe? -: Im Ergebnis stimme ich dem BAG hier in vollem Umfang zu. Oder: „Für die Höhe des Gehaltes bei Beginn der Beschäftigung ist die Vergütungsgruppe A 13 Nr. 27 des Vergütungsgruppenkataloges A festgesetzt. Danach beträgt Ihr monatliches Gehalt in der Vergütungsgruppenstufe 7 einschließlich des erhöhten Ortszuschlages von DM 85,14 für 1 Kind brutto DM 3.325,44. Hinzu kommt ein Kleidergeldzuschlag von brutto DM 30,-- monatlich. Außerdem übernehmen wir für Sie den Arbeitnehmerbeitragsanteil zur Rentenversicherung von z. Zt. DM 331,85 ...“ Die Höhe entsprach dem Tarifvertrag, der dann verschlechtert wurde. Das BAG hat angenommen, die Auslegung der Vorinstanzen, die Parteien hätten die Übernahme des Arbeitnehmeranteils vereinbart, sei rechtsfehlerhaft. Die Benennung im Arbeitsvertrag sei nicht als konstitutive Zusage zu verstehen (BAG vom 01.08.2001, 4 AZR 7/01, EzA § 133 BGB Nr. 23). „Grundsätzlich“, so das BAG im Urteil vom 24.09.2003 (10 AZ 34/03, EzA § 133 BGB 2002 Nr. 3), „trifft es zu, dass Verweisungen auf ohnehin anwendbare Vorschriften, seien sie gesetzlich, tariflich oder betriebsverfassungsrechtlich begründet, im Zweifel lediglich deklaratorisch gemeint sind. Eine konstitutive Regelung liegt nur vor, wenn der Wille zur Schaffung einer eigenständigen Regelung im Vertrag einen hinreichend erkennbaren Ausdruck gefunden hat“. Im entschiedenen Fall hat dies das BAG (konstitutive Bedeutung) durch Auslegung angenommen. Nach diesen Kriterien wird auch die im Arbeitsvertrag enthaltene Regelung, die „betriebliche Arbeitszeit ist 8.00 Uhr bis 17.00 Uhr“, deklaratorischen Charakter haben, zumindest wenn andere Auslegungsgesichtspunkte nicht vorhanden sind. Das gilt auch dann noch, wenn die Regelung lautet: „Arbeitszeit: 8.00 Uhr bis 17.00 Uhr“ – und wenn dies der damaligen betrieblichen Arbeitszeit entsprochen hat. M.E. kann der Arbeitnehmer in solchen Fällen nicht davon ausgehen, dass der Arbeitgeber sich seines nach § 106 GewO gegebenen Direktionsrechtes begeben und einen Anspruch auf diese Arbeitszeit schaffen will. In diesem Fall würde ich auch die „Unklarheitenregel“ des § 305c Abs. 2 BGB nicht anwenden. Anders wird der Fall liegen, wenn diese Arbeitszeitregelung ausdrücklich auf Wunsch des Arbeitnehmers in den Vertrag aufgenommen wurde oder wenn sie der damaligen betrieblichen Arbeitszeit nicht entsprochen hat. Auch eine Formu-

lierung mit dem Inhalt „im übrigen gelten die betrieblichen Regelungen“ wird man als deklaratorisch interpretieren können.

- (2) Regelungen, die als „**Betriebsvereinbarungs-offen**“ ausgestaltet sind, findet man zuhauf. Ein solcher Hinweis kann ausdrücklich „vorbehaltlich anderweitiger Regelungen durch Betriebsvereinbarung“ oder „im übrigen gelten die betrieblichen Regelungen“ oder auch konkludent „nach derzeitiger betrieblicher Regelung“ im Arbeitsvertrag enthalten sein. Auch soweit auf die jeweils geltende Arbeitsordnung Bezug genommen wird, wird darin – soweit nicht ohnehin deklaratorisch – eine Vereinbarung möglicher Abänderungen zu sehen sein. Vieles spricht dafür, für Formulierungen ohne ausdrückliche Jeweiligkeitsklausel, die auf eine betriebliche Regelung verweisen, ebenfalls eine Abänderungsmöglichkeit durch Betriebsvereinbarung als vereinbart anzusehen. Offen für abweichende Betriebsvereinbarungen sind natürlich auch solche Regelungen, bei denen der Arbeitgeber sich den Widerruf vorbehalten hat. M.E. sind solche Klauseln so auszulegen, dass sie auch den Abschluss einer Betriebsvereinbarung erfassen, ohne dass eine dem einzelnen Arbeitnehmer zugehende ausdrückliche Widerrufserklärung nötig ist.
- (3) Ansprüche, die durch eine „**vertragliche Einheitsregelung**“ begründet worden ist, haben nach der Entscheidung des Großen Senats des BAG vom 16.09.1986 (1 GS 1/82) einen „kollektiven Einschlag“. Der begünstigte Arbeitnehmer hat diese Ansprüche nicht wegen seiner Person, sondern als Teil der begünstigten Belegschaft oder Arbeitnehmergruppe erhalten. Aus diesem Grund können derartige Leistungen im Wege einer ablösenden Betriebsvereinbarung umstrukturiert werden – was auch dazu führen kann, dass der betroffene Arbeitnehmer eine geringere Leistung als bisher erhält. Entscheidend ist, dass die Betriebsvereinbarung insgesamt „kollektiv“ günstiger ist als die vorherige Gesamtzusage.

Das BAG führt – eine Gesamtzusage bzw. vertragliche Einheitsregelung für Jubiläumsleistungen (den Arbeitnehmern wurde bei Einstellung eine Broschüre übergeben, in der auf die Leistungen hingewiesen wurde) wurde durch eine Betriebsvereinbarung zum Nachteil des klagenden Arbeitnehmers geändert – aus: „Inhaltsnormen einer nachfolgenden Betriebsvereinbarung können vertraglich begründete Ansprüche der Arbeitnehmer mit kollektivem Bezug, die auf eine vom Arbeitgeber gesetzte Einheitsregelung oder Gesamtzusage zurückgehen, einschränken, wenn die Neuregelung insgesamt bei kollektiver Betrachtung keine Nachteile für die Belegschaft zur Folge hat. Wenn die geplanten Aufwendungen des Arbeitgebers für die Sozialleistung konstant bleiben oder erweitert werden sollen, steht das Günstigkeitsprinzip einer Neuregelung nicht entgegen, selbst wenn einzelne Arbeitnehmer dadurch schlechter gestellt werden. Andererseits gehen vertraglich begründete Ansprüche einer nachfolgenden Betriebsvereinbarung dann vor, wenn durch die Betriebsvereinbarung der Gesamtaufwand des Arbeitgebers verringert werden soll.“

Innerhalb der Grenzen, die den Parteien einer Betriebsvereinbarung durch das kollektive Günstigkeitsprinzip gezogen sind, können sie nicht schrankenlos in Besitzstände der Arbeitnehmer eingreifen. Alle Eingriffe müssen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren; sie müssen am Zweck der Maßnahme gemessen geeignet, erforderlich und proportional sein. Insoweit gelten für die umstrukturierende Betriebsvereinbarung dieselben Grundsätze wie für die Ablösung einer Betriebsvereinbarung durch eine zeitlich nachfolgende Betriebsvereinbarung.“ Diese müsse Besitzstände wahren, wie die Entscheidungen zur Altersversorgung zeigten.

Die Folgeentscheidung des 8. Senats vom 03.11.1987 (8 AZR 316/81, EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 20) zeigt übrigens, dass es auf derartige Überlegungen letztlich nicht ankam. Der Senat ist nämlich zum Ergebnis gekommen, der Arbeitgeber habe bei der Einstellung auf Richtlinien verwiesen, die mit dem Konzernbetriebsrat „abgestimmt waren“. Hieraus habe auch der Kläger entnehmen können, dass

der Arbeitgeber die Zuwendungen „jeweils nach den Richtlinien“ habe näher bestimmen wollen. Die Zusage sei von vornherein „Betriebsvereinbarungs-offen“ gewesen. Nur in einem obiter dictum bejaht der 8. Senat dann – für den Fall, dass die vertragliche Einheitsregelung vorbehaltlos gestaltet sei –, dass die Betriebsvereinbarung einem kollektiven Günstigkeitsvergleich standhalte.

Das BAG geht in der oben genannten Entscheidung ohne weitere Prüfung von einer „vertraglichen Einheitsregelung“ aus. Es macht dabei keinen Unterschied, ob diese Regelungen im Wege einer einseitigen Zusage ohne Zustimmung der Arbeitnehmer – dies dürfte häufig dann der Fall sein, wenn die Zusage dem Arbeitnehmer persönlich gemacht wird, ohne dass er seine Zustimmung erklärt, wie bei der Aushändigung einer Versorgungsordnung im laufenden Arbeitsverhältnis – oder mit der ausdrücklich erklärten mündlichen oder schriftlichen Zustimmung gemacht worden ist, meist etwa bei Vertragsschluss. Entscheidend ist, dass der Arbeitgeber die Zusage erkennbar nicht von seiner Person oder Leistung abhängig macht, sondern dass deutlich wird, dass es sich um eine allgemein sämtlichen Belegschaftsangehörigen oder Gruppenmitgliedern handelt, die jeder Gruppenangehörige unabhängig von seiner Person erhalten soll.

Diese Rechtsprechung über die ablösende Betriebsvereinbarung ist durch das Urteil vom 28.03.2000 (1 AZR 366/99, EzA § 77 BetrVG 1972 Ablösung Nr. 1) präzisiert und wohl auch eingeschränkt worden. Das BAG sagt hier, dass eine ablösende Betriebsvereinbarung nur dann möglich sei, wenn es um Sozialleistungen gehe, die untereinander ein Bezugssystem bilde: Zum einen auf der Grundentscheidung über die Höhe der insgesamt einzusetzenden Mittel, zum anderen auf die Bestimmung der Verteilungsgrundsätze. Beide Entscheidungen seien nur in einem geschlossenen Regelungssystem erreichbar und müssten notwendigerweise verfehlt werden, wenn einzelne Ansprüche einzelner Arbeitnehmer isoliert betrachtet würden. Eine ablösende Betriebsvereinbarung sei daher nur möglich für Ansprüche, die in einem Regelungssystem zueinander ständen und damit einen kollektiven Bezug aufwiesen. Nur dann könne von einem Dotierungsrahmen, innerhalb dessen die Mittel verteilt werden könnten, gesprochen werden.

Das BAG führt aus, dass diese Überlegungen für andere arbeitsvertragliche Ansprüche nicht zutreffe, vor allem nicht für Ansprüche auf das eigentliche Arbeitsentgelt als Gegenleistung für geschuldete Arbeit, auf Zahlung von Mehrarbeit, Nachtarbeit, Urlaub, Urlaubsvergütung, Entgeltfortzahlung, Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit oder Kündigungsfristen. Das BAG hat es als zweifelhaft angesehen, ob dem Anspruch auf Urlaubsgeld ein Dotierungsrahmen zugrunde liege; man könne zwar einen „Topf“ durch Addition aller Urlaubsgeldansprüche errechnen. Im konkreten Fall handele es sich jedoch um betriebsüblich gewordene Anwendung des tariflichen Urlaubsgeldes, auf dessen Höhe der Arbeitgeber selbst gerade keinen Einfluss habe. Letztlich lässt das BAG die Ablösung daran scheitern, dass ein kollektiver Günstigkeitsvergleich nicht möglich sei. Die Betriebsvereinbarung hatte auch andere Regelungsinhalte – nämlich über die dort niedergelegte Anwendung des BAT auch Arbeitszeit, Entgelt usw. –, für die ein Dotierungsrahmen ausscheide. Dadurch sei ein Günstigkeitsvergleich nicht denkbar, weil die Betriebsvereinbarung als einheitlich anzusehen sei.

- (4) Nach der genannten Rechtsprechung gelten diese Grundsätze in derselben Weise auch für **Gesamtzusagen**. Diese werden letztlich nicht dem einzelnen Arbeitnehmer gegenüber abgegeben, sondern gegenüber der Belegschaft als Ganzes oder einer Gruppe der Belegschaft. Dies ist auch für den Arbeitnehmer erkennbar. Damit haben Gesamtzusagen „kollektiven Einschlag“. Sie können durch Betriebsvereinbarungen, die einem kollektiven Günstigkeitsvergleich standhalten, geändert werden.

- (5) Ansprüche aus **betrieblicher Übung** stellen nach heutiger Rechtsprechung echte Individualansprüche des Arbeitnehmers dar. Allerdings haben sie – eine bestehende betriebliche Übung erfasst das Arbeitsverhältnis unabhängig davon, wie lange der betroffene Arbeitnehmer beschäftigt ist, und unabhängig von seiner persönlichen Lage: einfach deswegen, weil er als Arbeitnehmer im Betrieb beschäftigt ist – ebenfalls einen „kollektiven Einschlag“. Es handelt sich ebenfalls um „allgemeine Arbeitsbedingungen“. Für ihre Ablösung gilt daher das zur vertraglichen Einheitsregelung bzw. zur Gesamtzusage Dargelegte in gleicher Weise (so ohne weitere Differenzierung BAG vom 28.03.2000, a.a.O., das vom Bestehen einer betrieblichen Übung ausgeht).
- (6) Eine Ausnahme von dieser Rechtsprechung hat das BAG für durch allgemeine Arbeitsbedingungen begründete Leistungen auf betriebliche Altersversorgung gemacht, die vor Bekanntwerden des Urteils vom 12.08.1982 (6 AZR 1117/79, EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 9) durch Betriebsvereinbarung verschlechtert wurden. Insoweit gelte der Vertrauensgrundsatz. Die Abänderung sei ohne Rücksicht auf kollektive Günstigkeit wirksam (BAG vom 20.11.1990, 3 AZR 573/89, EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 38; auch BAG vom 18.09.2001, 3 AZR 679/00, EzA § 1 BetrAVG Ablösung Nr. 29).
- (7) Auf **ausdrückliche individuelle Zusagen**, auf ausdrückliche arbeitsvertragliche Regelungen, findet diese Rechtsprechung zur ablösenden Betriebsvereinbarung keine Anwendung. Das BAG (Urteil vom 21.09.1989, 1 AZR 454/88, EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 33) wendet sich gegen die Annahme des Landesarbeitsgerichts, in der vertraglichen Vereinbarung, dass auf das Arbeitsverhältnis die Metalltarifverträge Anwendung fänden, sei eine arbeitsvertragliche Einheitsregelung zu sehen. Das BAG meint, hiermit sei trotz gleichlautender Formulierung in sämtlichen Arbeitsverträgen weder eine vertragliche Einheitsregelung begründet noch ein Vorbehalt der Abänderung durch Betriebsvereinbarungen zum Ausdruck gebracht. Den Inhalt des Arbeitsvertrages aber könne der Arbeitgeber nur mit individualrechtlichen Mitteln ändern – mit Änderungsverträgen oder Änderungskündigungen. Ähnliches ergibt sich aus der Entscheidung des Großen Senats vom 07.11.1989 (GS 3/85, EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 34). Dort wurde die in allen Arbeitsverträgen außertariflicher Angestellter vereinbarte Altersgrenze von 65½ Jahren durch Betriebsvereinbarung auf 65 Jahre verkürzt. Das BAG hat hier einen individuellen Günstigkeitsvergleich angestellt, weil die Altersgrenzenvereinbarungen keinen kollektiven Bezug hätten; nur bei solchen durch kollektiven Bezug geprägten inhaltlich besonders gearteten Ansprüchen könne auch ein kollektiver Günstigkeitsvergleich angestellt werden. Nur dann sei „das Bild der vertraglichen Einheitsregelung“ durch kollektive Voraussetzungen und einen Verteilungsplan bestimmt.
- d. Man wird es wohl – entgegen der Rechtsprechung des Großen Senats im Beschluss vom 16.09.1986 – heute als herrschende Meinung ansehen können, dass vertragliche **Einheitsregelungen**, die im Wege einer Betriebsvereinbarung mit kollektiver Günstigkeit abgeändert worden sind, **nach Beendigung dieser Betriebsvereinbarung wieder aufleben**. Fraglich ist dabei, ob dies schon im „Nachwirkungszeitraum“ dieser Betriebsvereinbarung geschieht. Zu beachten ist dabei, dass es sich bei solchen Betriebsvereinbarungen über Sozialleistungen ausschließlich um „teilmitbestimmungspflichtige“ Betriebsvereinbarungen handeln dürfte; solange der Arbeitgeber eine solche Leistung noch erbringen will, besteht die Mitbestimmung. Will er die Sozialleistung vollständig zum Wegfall bringen, besteht kein Verteilungsspielraum mehr, so dass auch das Mitbestimmungsrecht entfällt. Unterstellt man dies, dürften auch derartige „ablösende“ Betriebsvereinbarungen nachwirken. Es bleibt ja ein Verteilungsspielraum, weil die einzelvertraglichen Ansprüche der Arbeitnehmer vertraglich festgelegt sind, weil der Arbeitgeber diesen „Topf“ im Hinblick auf die Gesamtzusage oder Betriebliche Übung nicht beseitigen kann. Damit wirken solche Betriebs-

vereinbarungen nach. Ein Aufleben der arbeitsvertraglichen Regelungen ist nach bloßer Kündigung der Betriebsvereinbarung nicht vorstellbar. Anderes gilt nur dann, wenn Betriebsrat und Arbeitgeber die ablösende Betriebsvereinbarung unter Ausschluss der Nachwirkung abgeschlossen haben oder wenn sie die Nachwirkung einvernehmlich aufheben.

- e. Für das Verhältnis von Arbeitsvertragsansprüchen und Betriebsvereinbarung erscheint auch folgende Fallgestaltung von Bedeutung (BAG vom 26.10.2004, 1 ABR 31/03(A), EzA § 87 BetrVG 2001 Arbeitszeit Nr. 7): Betriebsrat und Arbeitgeber stritten sich darum, ob die Streichung der bisher durch betriebliche Übung gewährten Freizeit am Faschingsdienstag der Mitbestimmung unterliegt. Das BAG hat in solchen Fällen – bezahlte Freistellung oder nicht – das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 grundsätzlich für gegeben erklärt, wobei es die Frage der Entgeltspflicht oder nicht – soweit ich das richtig verstanden habe – von der bloßen Arbeitszeitfestlegung getrennt hat. Es hat ein Mitbestimmungsrecht im konkreten Fall verneint, weil es eine allgemeine Betriebsvereinbarung mit der Festlegung einer täglichen Stundenzahl gab, bei welcher der Faschingsdienstag nicht ausgenommen war. Das Mitbestimmungsrecht sei also bereits ausgeübt. Andererseits hat das BAG ein Initiativrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 für gegeben erachtet, und zwar unabhängig davon, ob die Arbeitnehmer einen einzelvertraglichen Anspruch aus betrieblicher Übung haben. Auch dies wäre im Hinblick auf die Möglichkeit zur „ablösenden“, umstrukturierenden Betriebsvereinbarung gut vertretbar. Die Begründung lautet allerdings insoweit wie folgt: „Für das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts kommt es – anders als die Vorinstanzen und die Beteiligten gemeint haben – nicht darauf an, ob die Arbeitnehmer – etwa auf Grund betrieblicher Übung - individualrechtlich einen Anspruch auf Arbeitsbefreiung an einem bestimmten Tag des Jahres erworben haben. Das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 2 besteht unabhängig davon, ob die Beschäftigten vertraglich eine bestimmte Arbeitszeitgestaltung verlangen können. Erst bei Ausübung des Mitbestimmungsrechts ist darauf Bedacht zu nehmen, dass die kollektiven Arbeitszeitregelungen auch individualrechtlich umsetzbar sein müssen. So mag es für den Arbeitgeber unzumutbar sein, sich auf eine kollektive Arbeitszeitregelung einzulassen, die mit betriebsvereinbarungsfesten Vertragspositionen von Arbeitnehmern kollidiert, die nur durch Änderungskündigung beseitigt werden könnten.“ Immerhin hält das BAG solche Änderungskündigungen für denkbar und womöglich auch sozial gerechtfertigt!
- f. Berücksichtigt man diese – durch die Rechtsprechung geklärten – Überlegungen und Entscheidungen, dann lassen sich viele Fallgestaltungen für den Fachjuristen – nicht unbedingt für die betroffene Vertragspartei – befriedigend lösen. **Zu prüfen** wäre etwa:
- Zunächst ist zu prüfen, ob überhaupt eine konstitutive Vertragsregelung – und nicht nur ein deklaratorischer Hinweis – gegeben ist. Dies wird vielfach die Auslegung des Vertrages – auch gegen seinen scheinbaren Wortlaut – ergeben.
  - Sodann ist zu prüfen, ob die Regelung nicht einen Änderungsvorbehalt enthält („Widerrufsklausel“). Ist dies – im Hinblick auf die Schuldrechtsreform und die AGB-Prüfung – der Fall, dann kann der Arbeitgeber dem Grundsatz nach einseitig widerrufen; möglich sind auch für den Arbeitnehmer nachteilige Änderungen durch Betriebsvereinbarung. Dieser Änderungsvorbehalt gerade für Änderungen durch Betriebsvereinbarung ergibt sich häufig ebenfalls durch Auslegung.
  - Liegt eine konstitutive Vertragsregelung ohne Änderungsvorbehalt vor, kann eine dem Arbeitnehmer nachteilige Änderung dann erfolgen, wenn das Prinzip der ablösenden Betriebsvereinbarung greift. Dies ist der Fall bei Sozialleistungen, die in einem Bezugssystem zueinander stehen, die im Weg allgemeiner Arbeitsbedingungen (vertragliche Einheitsregelung, Gesamtzusage, Betriebsübung) begründet worden sind. Allerdings darf die Betriebsvereinbarung kollektiv nicht ungünstiger sein als die Gesamtheit der bisherigen Zusagen (kollektiver Günstigkeitsvergleich).

- Liegt eine individuelle Absprache für andere Gegenstände als Sozialleistungen, ohne kollektiven Bezug und ohne Zusammenhang mit Ansprüchen der anderen Belegschaftsangehörigen vor, kann dem Grundsatz nach eine Abänderung zum Nachteil des Arbeitnehmers nicht erfolgen.

- g. **Nicht befriedigend geklärt sind bisher diejenigen Sachverhalte, in denen eine vertragliche Regelung gleich welcher Qualität und Herkunft gerade nicht besteht, eine Betriebsvereinbarung gleichwohl für alle oder einzelne Arbeitnehmer objektiv nachteilig ist oder subjektiv als nachteilig empfunden wird.** Nach der Rechtsprechung des BAG besitzen die Betriebsparteien eine „umfassende Regelungskompetenz“. Zu beachten seien jedoch „**Innenschranken**“ wie der „kollektivfreie Individualbereich“ des Arbeitnehmers (vgl. etwa BAG vom 06.08.1991, 1 AZR 3/90, EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 40). Die Betriebsvereinbarung darf nicht in die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Privatsphäre des Arbeitnehmers eingreifen (wie es bei der Teilnahmepflicht am Betriebsausflug der Fall wäre).

Verboten sind **Lohnverwendungsabreden**, so dass auch die Festlegung der Beteiligung der Arbeitnehmer an den Kosten des Kantinenessens für unzulässig erklärt wurde (BAG vom 11.07.2000, 1 AZR 551/99, EzA § 87 BetrVG 1972 Sozialeinrichtung Nr. 17). Das BAG betont in der Entscheidung, dass den Betriebspartnern eine umfassende Regelungskompetenz in sozialen Angelegenheiten zukommt, soweit diese nicht durch § 77 Abs. 3 BetrVG gesperrt sind. Es führt dann aus: „Grenzen ergeben sich aber neben dem gegenüber vertraglichen Regelungen zu beachtenden Günstigkeitsprinzip aus der Arbeitgeber und Betriebsrat nach § 75 Abs. 2 BetrVG obliegenden Verpflichtung, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern. Lohnverwendungsbestimmungen, die den Arbeitnehmer ausschließlich belasten, sind danach grundsätzlich unzulässig. Sie führen zu Einschränkungen der dem Arbeitnehmer zustehenden Freiheit, über seinen Lohn zu verfügen, und greifen damit in seine außerbetriebliche Lebensgestaltung ein.“ Strittig ist die Einführung von **Wettbewerbsverboten, Nebentätigkeitsverboten und Altersgrenzen**.

Hingewiesen sei auf einige ausgewählte Bereiche:

- **Kurzarbeit:** Im Arbeitsvertrag ist die 40-Stunden-Woche festgelegt ohne Einräumung eines Anordnungsrechtes für Kurzarbeit (BAG vom 14.02.1991, 2 AZR 415/90, a.a.O.). Die Festlegung von Kurzarbeit durch Betriebsvereinbarung ist zulässig. Dogmatisch kann man dies im Hinblick auf die obigen Grundsätze m.E. in verschiedener Weise erklären. Zum einen könnte man für die heutige Rechtslage insoweit ein Direktionsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO annehmen. Dagegen spricht, dass der Gesetzgeber mit der Änderung der GewO zum 01.01.2003 keine zusätzlichen Rechte der Arbeitgeber schaffen wollte. Für die frühere Rechtslage hat das BAG aber einen sich stillschweigend aus dem Arbeitsvertrag ergebenden Vorbehalt einer einseitigen Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers aber abgelehnt. Des weiteren könnte man bei fehlender arbeitsvertraglicher Regelung eine Befugnis zur Festlegung auch negativer Änderungen aus § 87 Abs. 1 BetrVG unterstellen. Mir gefiele am besten eine Interpretation des Arbeitsvertrages: Jeder Arbeitnehmer weiß, dass es Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld gibt und dass es auch seinen Betrieb treffen kann. Ist dies so, kann man unterstellen, dass die Vertragsparteien bei genehmigter Kurzarbeit auch den Arbeitnehmer nicht ausnehmen wollten. Dann müsste allerdings auch – in betriebsratslosen Betrieben oder nach Abschluss einer entsprechenden Regelungsabrede – die einseitige Anordnung durch den Arbeitgeber möglich sein.
- **Arbeitszeitverlängerung:** Auf Dauer angelegte Arbeitszeitverlängerungen können – soweit nicht in gewissem Umfang im Arbeitsvertrag ausdrücklich vorbehalten – nicht im Wege von Betriebsvereinbarungen geregelt werden. Die Arbeitszeit ist zwingend im Arbeitsvertrag festgelegt. Ist sie nicht geregelt, muss durch Aus-

legung ermittelt werden, welche Arbeitszeitmenge gewollt war. Einseitige Anordnungsbefugnisse des Arbeitgebers sind nur in begrenztem Umfang zulässig, weil sie letztlich zu einer Entwertung des Kündigungsschutzrechts führen. Es könnte sich hierbei, da weder das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 noch dasjenige der Nr. 3 betroffen ist, nur um freiwillige Betriebsvereinbarungen handeln. Betriebsvereinbarungen dürfen nicht ins Synallagma von Leistung und Gegenleistung eingreifen. Der von Arbeitgeber und Arbeitnehmer festgelegte Umfang der Arbeitsleistung ist als rechtsgeschäftliche Vorgabe – dies gilt auch für Teilzeitbeschäftigte – von den Betriebspartnern hinzunehmen.

- **Arbeitszeitverlegung:** Der Arbeitnehmer hat – ohne dass hierdurch die ohnehin kaum bejahte „Konkretisierung“ des Arbeitsvertrags eingetreten wäre, seit Jahren Nachtschicht gearbeitet. Jetzt bestimmt eine Betriebsvereinbarung, dass die Nachtschicht gestrichen wird. Der Fall ist schon deswegen unproblematisch, weil der Arbeitgeber die Arbeitszeitänderung auch im Wege des Direktionsrechts nach § 106 GewO gegenüber dem Arbeitnehmer durchsetzen könnte.
- **Schichtarbeit:** Im Arbeitsvertrag findet sich keinerlei Regelung über Wechsel- oder Nachtschicht, bisher wurde nie Wechsel- oder Nachtschicht gearbeitet. Ist diese Konstellation auch noch durch § 106 GewO erfasst, wie der Wortlaut vermuten lässt? Wenn nein, dürfte eine Einführung der Wechsel- oder Nachtschicht durch Betriebsvereinbarung – objektiv lässt sich nicht feststellen, ob Wechsel- oder Nachtschicht günstiger für den Arbeitnehmer ist – dies könnte man allerdings wegen der bekannten Belastungen für die Arbeitnehmer durchaus bezweifeln. In diesem Fall ist eine – vielleicht für den einzelnen Arbeitnehmer subjektiv als nachteilig empfundene Betriebsvereinbarung mit Nachtschicht wohl zulässig.
- **Überstunden:** Bei der Anordnung von Überstunden wird man davon ausgehen müssen, dass diese nicht durch § 106 GewO ermöglicht wird. Entgegen dem Wortlaut bezieht sich diese Vorschrift wohl nur auf die Lage der Arbeitszeit, nicht auf das Volumen. Schweigt der Arbeitsvertrag zum Anordnungsrecht des Arbeitgebers, hilft womöglich die Auslegung. Gehören Überstunden in gewissem Rahmen nicht seit jeher dazu? Vertritt man diese Auffassung, etwa mit Blick auf das NachweisG, nicht, dann könnte eine Betriebsvereinbarung, die Überstunden anordnet, in der Tat vom Arbeitnehmer als nachteilig empfunden werden. Er muss diese auch gegen seinen Willen leisten. M.E. lässt sich allerdings im Hinblick darauf, dass Überstunden von vielen Arbeitnehmern auch gewünscht werden, letztlich keine Regel aufstellen, dass das Nichtleisten von Überstunden für die Arbeitnehmer objektiv günstiger wäre. Vertritt man dies, erscheint eine umstrukturierende Betriebsvereinbarung nicht als nachteilig mit der Folge, dass sie als zulässig anzusehen ist.

Nach BAG vom 03.06.2003 (1 AZR 349/02, EzA § 77 BetrVG 2001 Nr. 5) bedarf die unfreiwillige Heranziehung zu Überstunden im Verhältnis der Arbeitsvertragsparteien einer besonderen Rechtsgrundlage; sie ist nicht selbstverständlicher Bestandteil des Direktionsrechts. Das BAG führt weiter aus: „Neben der arbeitsvertraglich – ausdrücklich oder konkludent – erklärten Bereitschaft zur Ableistung von Überstunden, einer entsprechenden tarifvertraglichen Verpflichtung und einer sich im Einzelfall aus besonderen Umständen ergebenden Nebenpflicht des Arbeitnehmers kann auch eine Betriebsvereinbarung rechtliche Grundlage für die Verpflichtung zur Leistung von Überstunden sein. Gemäß § 77 Abs. 4 sind Betriebsvereinbarungen in der Lage, unmittelbar gegenseitige Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien zu begründen, soweit auf diese Weise nicht zu Lasten der Arbeitnehmer in hiergegen gesicherte individualrechtliche Positionen und Ansprüche eingegriffen wird. In diesen Grenzen vermag eine Betriebsvereinbarung deshalb die individuellen Arbeitsverträge auch hinsichtlich der

Dauer der Arbeitszeit ohne Rücksicht auf den Willen der Arbeitnehmer vorübergehend zu ändern. Die erforderliche rechtliche Ermächtigung folgt aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG selbst. Unter „vorübergehend“ hat das BAG in der Entscheidung im übrigen auch eine für vier Jahre nicht kündbare Betriebsvereinbarung angesehen, die für die Arbeitnehmer jeweils allerdings nur Verpflichtungen in geringem Umfang vorgesehen hat.

- **Vertragsstrafen:** Das BAG hat es im Urteil vom 06.08.1991 (1 AZR 3/90, EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 40) grundsätzlich für möglich und zulässig gehalten, dass die Betriebsparteien auch Vertragsstrafen im Sinne von § 339 BGB zu Lasten der Arbeitnehmer normieren dürften. Begründet wird dies damit, es bestehe eine umfassende Regelungskompetenz der Betriebspartner; diese könnten in einer Betriebsvereinbarung alle Fragen regeln, die auch Inhalt des Arbeitsvertrages sein könnten.

Das BAG hat angeführt, dass in der Literatur vertreten werde, diese Regelungskompetenz sei an „Innenschranken“ gebunden, es gehe Individualschutz vor Kollektivschutz. Dies brauche jedoch nicht entschieden zu werden: Die Betriebspartner missbrauchten nämlich ihre Regelungskompetenz, wenn sie das Regelungsinstrument der Betriebsvereinbarung zweckwidrig einsetzten. Genau dies sei in der gegebenen Konstellation der Fall, weil die Betriebsvereinbarung, welche die Vertragsstrafen eingeführt hatte, andere Regelungen in den Einzelarbeitsverträgen ausdrücklich zuließ. Das BAG meint: „Mit dieser Bestimmung wird der Zweck einer Betriebsvereinbarung zur Regelung von Arbeitsbedingungen in sein Gegenteil verkehrt.“ Zweck sei es u.a., „einzelvertragliche Vereinbarungen wegen der dabei gestörten Vertragsparität zurückzudrängen. Durch Ausübung des Mitbestimmungsrechtes zustande gekommene Betriebsvereinbarungen sollen aufgrund ihrer unmittelbaren zwingenden Wirkung nach § 77 Abs. 4 dem Arbeitnehmer Mindestarbeitsbedingungen gewährleisten, die durch einzelvertragliche Abreden nicht zu Lasten der Arbeitnehmer verändert werden können. § 77 Abs. 4 gilt in gleicher Weise für Betriebsvereinbarungen über Angelegenheiten, die nicht dem erzwingbaren Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unterliegen.“ Zumindest in dieser Entscheidung wird die Kompetenz für derartige, den Arbeitnehmern ohne einzelvertragliche Regelung von Vertragsstrafen nachteilige Betriebsvereinbarungen nicht mit den Mitbestimmungstatbeständen des § 87 begründet.

- **Betriebsbußen:** M.E. erscheint es als fraglich, ob eine Betriebsbußenordnung, die monetäre Leistungspflichten des Arbeitnehmers bei Verstoß vorsieht, als wirksam angesehen werden kann.
- **Rauchverbot/Alkoholverbot:** Rauch- und Alkoholverbote dürften heute unproblematisch sein. Da es sich nach § 106 S. 2 GewO um Fragen der Ordnung des Betriebes handelt, besteht – soweit nicht durch Arbeitsvertrag ausdrücklich ausgeschlossen – ein Direktionsrecht des Arbeitgebers. Darüber hinaus lässt sich nicht feststellen, ob die das Rauchverbot regelnde Betriebsvereinbarung für den einzelnen Arbeitnehmer objektiv günstiger ist oder nicht. Schließlich gilt auch hier die Eingriffsbefugnis durch Betriebsvereinbarung über §§ 87 Abs. 1 Nr. 1, 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG.
- **Wegezeiten:** In Betracht kommt die Festlegung einer bestimmten Zeitspanne zwischen Stempeluhr und Arbeitsort, die im Rahmen einer Betriebsvereinbarung über die Stempelpflicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG festgelegt wird. Durch Betriebsvereinbarung werden also einige Minuten von der durch die Stempeluhr festgehaltenen Zeiten abgezogen. Entscheidend ist hierbei, dass die im Synallagma stehende zu bezahlende Arbeitszeit am Arbeitsplatz beginnt. Behauptet der Arbeitnehmer, er benötige jeweils nicht so lange von der Stempeluhr bis zum Arbeitsplatz, die Betriebsvereinbarung führe also dazu, dass er bei Arbeitsbeginn und Arbeitsende unbezahlt arbeiten müsse, erscheint dies auf den ersten Blick nachvollziehbar. Entspricht die festgelegte Zeitspanne allerdings ungefähr dem tatsächlich benötigten Zeitaufwand, dürfte eine Pauschalierung im Hinblick auf

das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 zulässig sein. Es kommt hinzu: Der Arbeitnehmer ist in einem solchen Fall nicht gehalten, sich möglichst schnell an seinen Arbeitsplatz zu begeben. Er kann die pauschalierte Zeit ausnützen. Betrachtet man dies, erscheint mir der Zusammenhang mit der Einrichtung der Stempelzeit als naheliegend.

- **Spesenpauschale:** Zu beachten ist zunächst, dass nach Auffassung des BAG ein Mitbestimmungsrecht bei der Festlegung von Spesen – weil Aufwendungsersatz – nicht besteht (Beschluss vom 27.10.1998, 1 ABR 3/98, EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 66). Begründet wird dies damit, dass diese Leistungen keinen Vergütungscharakter haben. Dies gelte auch im Fall einer Pauschalierung, welche die Handhabung vereinfachen solle. Auch § 87 Abs. 1 Nr. 1 sei nicht betroffen, da mit dem Spesensatz im entschiedenen Fall kein Arbeitnehmerverhalten gesteuert werden solle. Legt man dies zugrunde, dann wird man selbst bei Bestehen einer freiwilligen Betriebsvereinbarung mit Regelung einer Spesenpauschale dem Arbeitnehmer den Nachweis höherer Spesen im Einzelfall nicht abschneiden können. Er wird aber beweisen müssen, dass die Pauschalierung nicht insgesamt – unter Berücksichtigung von Monaten mit geringerem tatsächlichem Aufwand – aufkommensneutral war. Unabhängig davon wäre daran zu denken, ob sich eine monatliche Entgegennahme der pauschalen Spesen auch in Zeiten geringeren tatsächlichen Anfalles ohne Protest nicht als konkludentes Einverständnis mit der Handhabung interpretieren lässt.

**h. Offen ist nach dem Bisherigen auch, wie dann zu verfahren ist, wenn der Arbeitgeber Arbeitnehmer bewusst begünstigt und damit die Betriebsvereinbarung als Gestaltungsmittel „aushebelt“.**

- **Höheres Gehalt:** In der Regel wird die Vereinbarung eines höheren Gehalts schon deswegen für die vorliegende Problematik irrelevant sein, weil keine Mitbestimmungspflicht besteht – häufig wird, gerade wenn der Arbeitnehmer ohne ein solches Gehalt kein Arbeitsverhältnis begründet hätte, kein „kollektiver Bezug“ gegeben sein. Ein Zusammenhang mit den Gehaltsansprüchen anderer Arbeitnehmer besteht in der Regel nicht. Die Vereinbarung unterliegt freier Verhandlung.
- **Höhere Mietzulage:** Anders kann es aussehen, wenn der Arbeitgeber einem oder mehreren Arbeitnehmer ohne jeden Vorbehalt ausdrücklich eine Mietzulage verspricht – dies soll für kollektiven Bezug bürgen –, anderen aber nicht. Soweit es sich in einem solchen Fall nicht um eine vertragliche Einheitsregelung handelt, besteht ein individueller Anspruch der betroffenen Arbeitnehmer auf Zahlung. Andererseits kann der Betriebsrat – die kollektiv versprochene Zulage kann auf einen Dotierungsrahmen, einen „Topf“, hochgerechnet werden, die Verteilung der Zulage auf sämtliche betroffenen Arbeitnehmer verlangen. Sind z.B. 100 Arbeitnehmer in gleicher Miet-Lage, hat der Arbeitgeber aber nur 10 Arbeitnehmern die Zulage versprochen, hilft auch die Verteilung des Zulagentopfes auf die anderen Arbeitnehmer nur wenig: Der Arbeitgeber muss zwar den Topf verdoppeln, hat sein Ziel der mitbestimmungswidrigen Bevorzugung der 10 Arbeitnehmer dennoch erreicht. M.E. ist das in Kauf zu nehmen. Auch durch Betriebsvereinbarung kann diese versprochene Zulage – vielleicht vom schwer festzustellenden Ausnahmefall eines kollusiven, bewusst mitbestimmungswidrigen Verhaltens auch der Arbeitnehmer abgesehen – nicht beseitigt werden. Den Arbeitnehmern hilft gegebenenfalls ein Anspruch über den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.
- **Höhere Leistungszulage:** Der Arbeitgeber gewährt mehreren Arbeitnehmern einen individuellen Sonderbonus für großen Einsatz usw. Der Betriebsrat fordert, über den Gesamtbetrag des individuellen Sonderbonus mitbestimmen zu dürfen.

Das BAG (14.06.1994, 1 ABR 63/93, EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 45) hat dieses Ansinnen bejaht. Die Tatsache, dass an manche Arbeitnehmer mitbestimmungswidrig ausgezahlt worden sei, dass der Rückforderung kaum überwindbare praktische „und möglicherweise rechtliche Hindernisse“ entgegenstehen würden, führe nicht zu einer Beseitigung dieser Mitbestimmung. Es wird so getan, als ob der Arbeitgeber die Mittel noch nicht verteilt hätte. Der „Topf“ kann nochmals gemeinsam mit dem Betriebsrat verteilt werden. Die zusätzliche Belastung habe sich der Arbeitgeber wegen der Verletzung der Mitbestimmung selbst zuzurechnen. Interessant ist diese Entscheidung insofern, als sie davon ausgeht, dass den mitbestimmungswidrig bedachten Arbeitnehmern das Zugeflossene verbleiben kann.

- **Versprechen von Überstunden:** Verspricht der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer, dass dieser, immer wenn Überstunden anfallen, als erster gefragt wird und dass er eine bestimmte Anzahl von Überstunden leisten darf, wäre wohl zu differenzieren. Wenn es sich um eine Maßnahme mit kollektivem Bezug handelt – wobei hier der bloße Wunsch des Arbeitnehmers nach einer solchen Bevorzugung allein den kollektiven Bezug nicht ausschließen dürfte – dann würde ich vorgehen wie bei anderen arbeitsvertraglichen Vereinbarungen: Die Vereinbarung bleibt wirksam, der Arbeitgeber darf den Arbeitnehmer mitbestimmungsrechtlich und durch Unterlassungsanspruch des Betriebsrats durchsetzbar nicht zu den Überstunden einsetzen. Soweit er sich nach dem Einzelvertrag allerdings hierzu verpflichtet hat, muss er die – fiktiv angefallenen – Überstunden bezahlen.
- **Späterer Arbeitszeitbeginn:** Wenn der Arbeitgeber dem Wunsch des Arbeitnehmers entspricht und ihm zubilligt, trotz des allgemeinen Arbeitsbeginns um 7.00 Uhr erst um 10.00 Uhr kommen zu müssen, spricht vieles für eine Maßnahme ohne kollektiven Bezug. Die Vereinbarung ist mitbestimmungsfrei. Sie ist m.E. auch zulässig, soweit eine anderslautende Betriebsvereinbarung besteht.

Anders kann dies aber aussehen, wenn hierdurch Belange anderer Arbeitnehmer betroffen sind. Vorstellbar ist eine Konstellation, in der die anderen Arbeitnehmer zunächst nicht betroffen waren, weil sie ihre Arbeitszeit gemäß einer Gleitzeitbetriebsvereinbarung ebenfalls einteilen konnten. Jetzt wird diese gekündigt, der Arbeitgeber verlangt und verhandelt mit dem Betriebsrat, dass die Büros ab 6.00 Uhr besetzt werden. Können Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich darauf berufen, diese Betriebsvereinbarung könne das Arbeitsverhältnis nicht erfassen, die Individualregelungen nicht ändern? Wohl ja. Aber kann der Arbeitgeber in einem derartigen Fall mit einer Änderungskündigung Erfolg haben, die dem Arbeitnehmer seine explizit eingeräumten Rechte wieder nimmt mit der Begründung, der Betriebsrat verlange dies – und setze dies notfalls mit einem Erzwingungsantrag durch – im Sinne einer gerechten Lösung im Betrieb? Mit der Folge, dass der Arbeitnehmer erhebliche Nachteile davon hat oder sogar, etwa wegen anderer Verpflichtungen, seinen Arbeitsplatz aufgeben muss?

- i. Zu fragen ist, wie zu verfahren ist, **wenn Einzelabsprachen zugunsten einzelner Arbeitnehmer unmittelbar zur Benachteiligung oder Beeinträchtigung anderer Arbeitnehmer führen.**
  - **Zusicherung, dass Rauchen gestattet ist:** In einem solchen Fall sind eindeutig Rechte anderer Arbeitnehmer, nämlich der Nichtraucher, betroffen. M.E. muss sich der Arbeitgeber durch Änderungskündigung von einer solchen Verpflichtung lösen können. Die Verpflichtung wird für sich aber wohl nicht automatisch unwirksam sein. Im Zusammenhang mit der Änderungskündigung muss gegebenenfalls – falls sich eine anderweitige räumliche Lösung unter keinen Umständen verwirklichen lässt – ein zeitlicher (Rauchpausen) oder finanzieller Ausgleich zugunsten des betroffenen Arbeitnehmers stattfinden.

- **Unkündbarkeitsvereinbarung/Beschäftigungszeitenanrechnung:** Auch hier erscheint fraglich, ob der Arbeitgeber, der den betroffenen Arbeitnehmer natürlich begünstigen darf, dies so tun kann, dass es im Ergebnis zu Lasten der anderen Arbeitnehmer wirkt. Bezogen auf die gesetzlichen Regelungen (etwa § 1 Abs. 3 KSchG) ist dies nicht zulässig; der Arbeitgeber muss ggf. dennoch kündigen; er dürfte sich allerdings dem Arbeitnehmer gegenüber schadensersatzpflichtig machen. Soweit eine solche Unkündbarkeitsregelung gegen eine Betriebsvereinbarung, eine Auswahlrichtlinie, verstößt, dürfte m.E. dasselbe gelten. Der Arbeitgeber ist zur Einhaltung der Betriebsvereinbarung gezwungen. Es kann gegenüber dem betroffenen Arbeitnehmer, wenn die Einhaltung der einzelvertraglichen Verpflichtung zur Unwirksamkeit der Kündigung aller sozial schutzwürdiger Arbeitnehmer führen würde, nur einen Ausgleich in Geld geben.

### III. Mitbestimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung („Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung“)

1. Das BAG vertritt seit langem die Auffassung (vgl. etwa BAG vom 22.12.1980, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf), dass eine Maßnahme des Arbeitgebers, die der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt, auch **dem Arbeitnehmer gegenüber** rechtswidrig und damit unwirksam sein kann, wenn die Mitbestimmung nicht gewahrt ist. Der 2. Senat des BAG, zuständig für Kündigungen, beschränkt diese Wirkung **auf einseitige Maßnahmen des Arbeitgebers, die dieser kraft seines Direktionsrechts** ausspricht.
2. Für **Änderungen des Arbeitsvertrags** gilt diese Theorie nach der Rechtsprechung des 2. Senats nicht: Sie sind demnach auch ohne Zustimmung des Betriebsrats **wirksam**: Sie geben dem Arbeitgeber aber **nur die Möglichkeit, künftig** ohne Zustimmung des Arbeitnehmers eine Änderung mittels Direktionsrechts durchzuführen (etwa die Versetzung vorzunehmen), die Änderung selbst darf er erst nach Durchführung der Mitbestimmung vornehmen. Der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, einer mitbestimmungswidrigen Weisung des Arbeitgebers nachzukommen – unabhängig davon, dass der Betriebsrat ggf. eigene Möglichkeiten hat, die Unterlassung derartiger Maßnahmen des Arbeitgebers gerichtlich aus eigenem Recht durchzusetzen.

*Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung bedeutet also, dass Voraussetzung für die Wirksamkeit einer einseitigen Anordnung des Arbeitgebers neben der individualrechtlichen Zulässigkeit auch die betriebsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, also die Wahrung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, ist. Diese Theorie gilt aber nicht uneingeschränkt, sondern muss für jeden Mitbestimmungstatbestand gesondert begründet werden.*

3. Das BAG vertritt diese „Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung“, auch „Theorie der notwendigen Mitbestimmung“ genannt, **zumindest für eine Verletzung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 BetrVG**, darüber hinaus für die Durchführung von **Versetzungen nach §§ 99, 95 III BetrVG**.
  - Wie dargestellt gilt sie nicht für die bloße Vereinbarung oder Änderung von Verträgen. Sie erfasst also nicht den **Einstellungsvertrag**: Der Abschluss des Vertrags ist auch ohne die Einhaltung von Mitbestimmungsrechten wirksam. M.E. kann – dazu später – auch aus der Entscheidung des BAG vom 02.03.2004 (1 AZR 271/03) mit den Formulierungen „die Vergütungsabrede gilt nicht“ und „eine Maßnahme, die der notwendigen Mitbestimmung entbehrt, ist rechtswidrig und unwirksam. Dies gilt sowohl für einseitige Maßnahmen ... als auch für einzelvertragliche Vereinbarungen“ noch nicht auf eine Abkehr von dieser Rechtsprechung geschlossen werden.
  - Sie erfasst nicht **Kündigungen**: Zwar ist bei einer **Änderungskündigung, die gleichzeitig die Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes bedeutet**, der Betriebsrat wegen des Kündigungsteils nach § 102 Abs. 1 zu beteiligen, wegen des Umset-

zungsangebots nach § 99 BetrVG (weil sie gleichzeitig zu einer „Versetzung“ in diesem Sinn führt). Unabhängig davon, dass die Rechtsfolge bei Kündigungen in § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG abschließend geregelt ist, ist eine ohne Einhaltung des § 99 BetrVG ausgesprochene **Änderungskündigung** nicht über die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung unwirksam. Genauso, wie der Vertrag einvernehmlich geändert werden kann, kann er auch durch Änderungskündigung geändert werden, ohne dass der Betriebsrat dies verhindern könnte. Nur: Der Arbeitgeber darf weder die einvernehmlich vereinbarte noch die durch Änderungskündigung erreichte Zuweisung des anderen Arbeitsplatzes durchführen, wenn er die Zustimmung des Betriebsrats zu dieser Versetzung nicht besitzt.

- Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung erfasst auch nicht **Umgruppierungen**: Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer „richtig“ einzugruppieren. Wenn er ihn ohne Mitbestimmung des Betriebsrats in die richtige Gruppe umgruppiert, verletzt er zwar seine Verpflichtungen nach § 99 I BetrVG. Dies führt jedoch nicht dazu, dass der Arbeitnehmer nunmehr Ansprüche erwirbt, die er vorher nicht hatte.
- Ähnliches gilt für die **mitbestimmungswidrige Besserstellung** von einzelnen Arbeitnehmern: Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung kann dazu führen, dass ohne eine nach § 87 I Nr. 10 BetrVG notwendige Mitbestimmung vorgenommene Kürzungen von Sonderzahlungen dem Arbeitnehmer gegenüber unwirksam sind. Sie kann nicht dazu führen, dass der Arbeitnehmer Ansprüche auf Leistungen oder höhere Leistungen erwirbt, auf die er auch ohne Mitbestimmung keinen rechtlichen Anspruch hat.
- Sie führt nicht dazu, dass den Arbeitnehmern, die Anweisungen des Arbeitgebers befolgt und etwa Überstunden geleistet haben, Ansprüche auf das Entgelt für die erbrachten Leistungen verlieren würden, weil der Betriebsrat den Überstunden nicht zugestimmt hat. Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung soll den Arbeitgeber sanktionieren, der mitbestimmungswidrig gehandelt hat, nicht aber die Arbeitnehmer bestrafen.

4. **Allgemein gültige Grundsätze** für die Folgen mitbestimmungswidrigen Handelns des Arbeitgebers hat der 2. Senat des **BAG im Urteil vom 05.04.2001** aufgestellt (2 AZR 580/99, NZA 2001, 893). Dort hatte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nach einer Wiedereinstellung Arbeit zugewiesen, obwohl der Betriebsrat nicht nach § 99 BetrVG beteiligt worden war. Der Betriebsrat hatte sich trotz Kenntnis von dieser Arbeitszuweisung nicht gemeldet, der Arbeitnehmer aber die Arbeit (er war der Ansicht, der zugewiesene Arbeitsplatz entspreche nicht den im Vertrag festgelegten Bedingungen) mit der Begründung verweigert, die Zuweisung der Arbeit sei unbeachtlich, weil die Betriebsratsbeteiligung nach § 99 nicht vorliege. Das BAG sagt hierzu:

Bei der Bestimmung der Rechtsfolgen einer fehlenden bzw. nicht ordnungsgemäß erfolgten Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen gemäß § 99 BetrVG ist zwischen der individualrechtlichen und der kollektiven Ebene zu unterscheiden.

- Ein Zustimmungserfordernis führt zunächst nur dann automatisch zur Unwirksamkeit der individualrechtlichen Maßnahme, wenn diese wie bei der Zustimmung zu Kündigungen gemäß §§ 102, 103 BetrVG selbst Gegenstand des Mitbestimmungsrechts ist.
- Bei den personellen Einzelmaßnahmen iSd § 99 BetrVG ist dies nicht der Fall. Die Durchführung einer personellen Maßnahme ohne Zustimmung des Betriebsrats stellt zunächst **nur** einen **Pflichtverstoß gegenüber dem Betriebsrat** dar, die Maßnahme ist betriebsverfassungsrechtlich unwirksam.
- Eine **gleichzeitige individualrechtliche Unwirksamkeit** kommt lediglich in Betracht, **wenn Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts ein Durchschlagen**

**der Rechtswidrigkeit von der kollektiven auf die individualrechtliche Ebene zwingend erfordern** (vgl. Raab Individualrechtliche Auswirkungen der Mitbestimmung gemäß §§ 99, 102 BetrVG ZfA 1995, 515 f.).

- Ob eine ohne Zustimmung des Betriebsrats durchgeführte personelle Einzelmaßnahme unwirksam ist, kann daher nicht einheitlich beantwortet werden, vielmehr ist für die Entscheidung dieser Frage **vom Schutzzweck des jeweils betroffenen Mitbestimmungsrechts auszugehen**
- Das **Mitbestimmungsrecht bei der Versetzung** dient auch dem Schutz des von der Versetzung betroffenen Arbeitnehmers (vgl. § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG). Die fehlende Zustimmung des Betriebsrats hat daher zur Folge, dass die Versetzung auch individualrechtlich unwirksam ist und der Arbeitnehmer das Recht hat, die Arbeit zu den geänderten Bedingungen zu verweigern
- Demgegenüber steht das **Mitbestimmungsrecht bei der Einstellung** dem Betriebsrat zum Schutz der kollektiven Interessen der von ihm repräsentierten Belegschaft zu. Der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG, der allein der Wahrung der Interessen des betroffenen Arbeitnehmers dient, kommt grundsätzlich nur bei Versetzungen, nicht bei Einstellungen in Betracht. Dies verdeutlicht auch der vorliegende Fall. Die (Wieder-)Einstellung entsprach gerade dem Wunsch des Klägers. Er kann nicht durch die Einstellung als solche benachteiligt sein, sondern allenfalls durch die Konditionen, zu denen er eingestellt wurde. Auf die Vertragsbedingungen erstreckt sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aber nicht.
- Da sich das **Mitbestimmungsrecht bei der Einstellung auf die tatsächliche Beschäftigung** des Arbeitnehmers bezieht, ist der Arbeitsvertrag auch dann wirksam, wenn die Einstellung ohne Zustimmung des Betriebsrats erfolgt; allerdings führt die mitbestimmungswidrige Einstellung zu einem betriebsverfassungsrechtlichen Beschäftigungsverbot. Nach § 101 Satz 1 BetrVG kann der Betriebsrat verlangen, dass der Arbeitgeber die ohne Zustimmung des Betriebsrats durchgeführte personelle Maßnahme wieder aufhebt.
- Auch ein betriebsverfassungsrechtliches Beschäftigungsverbot greift in die individualrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber insofern ein, als es die Erfüllung eines aus dem Arbeitsverhältnis fließenden Beschäftigungsanspruchs des Arbeitgebers ausschließt. Eine gerichtliche Anordnung nach § 101 BetrVG kann sich ihrer Natur nach nicht auf die Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat beschränken. Die Gestaltungsakte, deren Aufhebung dem Arbeitgeber vom Gericht aufgegeben wird, haben nämlich immer das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zum Gegenstand. Daraus folgt, dass der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer **keinen durchsetzbaren Beschäftigungsanspruch** mehr hat und der Arbeitnehmer dementsprechend im Verhältnis zum Arbeitgeber nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, **wenn der Betriebsrat die Aufhebung der mitbestimmungswidrigen Einstellung nach § 101 BetrVG tatsächlich verlangt**.
- Die weitergehende Frage, ob der Arbeitnehmer auch dann berechtigt ist, die Arbeit zu verweigern, wenn der Betriebsrat die Aufhebung der mitbestimmungswidrigen Einstellung überhaupt nicht betreibt, ist unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Norm zu beurteilen. Die **Mitbestimmung bei Einstellungen dient dem Schutz der kollektiven Interessen**, nicht der Interessenwahrnehmung des betroffenen Arbeitnehmers. Dieser Schutzzweck, dem durch das Verfahren nach § 101 BetrVG Genüge getan ist, erfordert es nicht, dem Arbeitnehmer ein Recht zur Arbeitsverweigerung auch dann zuzugestehen, wenn der Betriebsrat ein Verfahren nach § 101 BetrVG nicht eingeleitet hat. Der Arbeitnehmer kann sich auf das betriebsverfassungsrechtliche Beschäftigungsverbot vielmehr nur berufen, wenn der Betriebsrat selbst die Aufhebung der Einstellung betreibt.

5. Ob diese **Theorie auch im Bereich anderer Mitbestimmungsrechte** gilt, muss im Einzelfall entschieden werden.

## 6. Einige ausgewählte Entscheidungen des BAG

- (1) **BAG Großer Senat vom 16.09.1986** (GS 1/82, EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 17):  
Grundlagenentscheidung zur Ablösung der durch vertragliche Einheitsregelung Arbeitsvertragsinhalt gewordene Sonderzuwendung durch ablösende Betriebsvereinbarung.

Zur Auswirkung auf Arbeitsverträge meint der Große Senat hier noch: „Über die Rechtsfolgen bei Verletzung von Mitbestimmungsrechten besteht keine einheitliche Auffassung. Soweit Maßnahmen des Arbeitgebers mitbestimmungspflichtig sind und ihre Durchführung den Arbeitnehmer belastet, ist die Unwirksamkeitsfolge eine geeignete Sanktion. Bei der Festlegung von Akkord- und Stücklohnsätzen musste das BAG immerhin schon dahin entscheiden, dass die Vergütung für bereits geleistete Dienste nicht von der Unwirksamkeitsfolge betroffen ist. Richardi (ZfA 1976, 1, 37) schlägt deshalb ein bewegliches System von Sanktionen vor. Leitgedanke müsse sein, dass dem Arbeitgeber aus der Pflichtwidrigkeit kein Rechtsvorteil im Rahmen des Arbeitsverhältnisses erwachsen dürfe. Danach gibt es keine einheitliche Sanktion, die im Fall einer ablösenden Betriebsvereinbarung Kollisionsregeln entbehrlich machte. Die Rechtsfolgen müssen den unterschiedlichen Fallgestaltungen angepasst werden.“

- (2) **BAG Großer Senat vom 03.12.1991** (GS 2/90, EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 30): Grundlagenentscheidung zur Mitbestimmung bei Zulagen.

Hier hat das BAG zunächst festgehalten, dass die sich aus dem Arbeitsvertrag ergebende „Automatik“ einer Anrechnung mitbestimmungspflichtig ist, weil auch hier eine Entscheidung des Arbeitgebers, die Tariferhöhungen anzurechnen und doch nicht weiterzugeben, zugrunde liegt. Kein Mitbestimmungsrecht besteht bekanntermaßen, wenn der Arbeitgeber die Zulagen vollständig zum Wegfall bringt, wenn er sie bei jedem Arbeitnehmer im selben Verhältnis – und damit unter Fortführung des bisherigen Verteilungsprinzips – verringert (also etwa alle betroffenen gleichartigen Zulagen um 30% kürzt) oder wenn er die Zulagen vollständig und gleichmäßig mit den Tariferhöhungen verrechnet. Im letzten Fall ändert er zwar die Verteilungsgrundsätze, aber die Unternehmerentscheidung, es bei der Anrechnung zu belassen, ist als mitbestimmungsfrei hinzunehmen. Im Fall des BAG waren die Zulagen freiwillig und widerruflich. M.E. ist die Systematik dann leicht verständlich, wenn man sich klarmacht, dass unabhängig von tariflichem oder vertraglichem Gehalt allein auf die vorhandenen und künftigen Zulagen (natürlich nur solche gleichen Zwecks, die den „Topf“ bilden) abzustellen ist. Wichtig ist an der Entscheidung auch, dass das BAG klarstellt, dass diese Regeln nur für Tatbestände gelten, die im Bereich des § 87 BetrVG einen „kollektiven Bezug“ aufweisen, weil ansonsten das Mitbestimmungsrecht des § 87 BetrVG gar nicht eröffnet ist.

Hinsichtlich der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung sagt das BAG: „Es entspricht der herrschenden Meinung im Schrifttum und in der Rechtsprechung des BAG, dass die Verletzung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer jedenfalls zur Unwirksamkeit von Maßnahmen oder Rechtsgeschäften führt, die den Arbeitnehmer belasten (...). Diese Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ist entwickelt worden, um zu verhindern, dass der Arbeitgeber dem Einigungszwang mit dem Betriebsrat durch Rückgriff auf arbeitsvertragliche Gestaltungsfaktoren ausweicht. Die Rechtsunwirksamkeit von arbeitsvertraglichen Maßnahmen und Abreden soll zugleich eine Sanktion dafür sein, dass der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats verletzt hat. Derjenige, der sich betriebsverfassungswidrig verhält, soll sich Dritten (hier den Arbeitnehmern) gegenüber nicht auf diese Verletzung berufen können (...). Dieser Sanktion bedarf es gerade auch bei der

Verletzung des Mitbestimmungsrechts bei der Änderung der Verteilungsgrundsätze infolge Anrechnung, weil der Arbeitgeber auf andere Weise nicht zur Beachtung des Mitbestimmungsrechtes anzuhalten ist.“

- (3) **BAG vom 30.09.1993** (2 AZR 283/93, EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 118): Ausspruch einer Änderungskündigung, die gleichzeitig zu einer Versetzung nach § 95 Abs. 3 BetrVG führt, ohne dass der Betriebsrat nach § 99 BetrVG beteiligt worden wäre.

Das BAG erklärt hier: „Will der Arbeitgeber mit einer fristgerechten Änderungskündigung eine Versetzung des Arbeitnehmers im Sinne des § 95 Abs. 3 bewirken, so ist die Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG Wirksamkeitsvoraussetzung nur für die tatsächliche Zuweisung des neuen Arbeitsbereiches. Fehlt die Zustimmung des Betriebsrats nach § 99, führt dies nicht zur Unwirksamkeit der Änderungskündigung. Der Arbeitgeber kann die geänderten Vertragsbedingungen nicht durchsetzen, solange das Verfahren nach § 99 nicht ordnungsgemäß durchgeführt ist; der Arbeitnehmer ist dann in seinem alten Arbeitsbereich weiterzubeschäftigen, der ihm nicht wirksam entzogen ist.“ Die Entscheidung weicht damit von früheren Auffassungen (etwa von BAG vom 27.10.1989, a.a.O.), ab. Dort hatte es geheißen, eine Änderungskündigung mit dem Ziel, die Arbeitsverträge dahingehend zu ändern, dass eine andere Gehaltsgruppenordnung maßgebend sein solle, sei unwirksam, wenn „hinsichtlich der Änderung mit dem Betriebsrat nicht zuvor eine Einigung erzielt worden sei).

Die Eingruppierung des Arbeitnehmers in eine tarifliche Vergütungsgruppe sei Rechtsanwendung und kein Akt der rechtlichen Gestaltung. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats sei daher kein Mitgestaltungsrecht, sondern nur ein Mitbeurteilungsrecht. Der Arbeitnehmer könne die ihm zustehende Vergütung auch verlangen, wenn der Betriebsrat der Eingruppierung nicht zugestimmt habe. Andererseits gehe der Grundsatz der Wirksamkeitsvoraussetzung nicht so weit, dass bei Verletzung eines Mitbestimmungsrechts Zahlungsansprüche entstünden, die bisher nicht bestanden hätten. Bei den Rechtsfolgen unterbliebener Mitbestimmung sei zwischen den betriebsverfassungsrechtlichen Folgen und den Rechtsfolgen im Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu unterscheiden. Es sei zu fragen, ob sich aus der Verletzung von Mitbestimmungsrechten ein individualrechtlicher Anspruch des Arbeitnehmers ergeben könne. Dies sei bei Ein- und Umgruppierung zu verneinen, da es keinen rechtlichen Anhaltspunkt dafür gebe, wie sich aus der Verletzung dieses Mitbestimmungsrechtes ein vertraglicher Erfüllungsanspruch des Arbeitnehmers ergeben solle.

- (4) **BAG vom 17.06.1998** (2 AZR 336/97, EzA § 2 KSchG Nr. 30): Die Arbeitnehmer erhielten nach einer dem Vertrag beigefügten Regelung Fernauslöse in Höhe von 58,15 DM täglich unabhängig von der tatsächlichen Entfernung vom Wohnort. Der Arbeitgeber sprach Änderungskündigungen hin zur Abgeltung des tatsächlichen Aufwands (0,70 DM/km, zusätzlich Pauschale von 25,- DM/Tag) aus. Das LAG hatte diese für unwirksam erklärt mit der Begründung, der Arbeitgeber hätte die Regelung ohne Kündigung mit Hilfe einer Betriebsvereinbarung erreichen können.

Das BAG hat dies abgelehnt. Es hat dabei festgestellt, dass § 87 Abs. 1 Nr. 10 betroffen ist, weil die bisherige Fernauslöse eine Lohngestaltung darstelle; die Mitbestimmung sei nicht durch gesetzliche Regelung ausgeschlossen, weil § 670 BGB abdingbar sei. Mitbestimmungsfrei sei ein eventuell auf gesetzlicher Grundlage bestehender Aufwendungsersatzanspruch, der ggf. festgestellt werden müsse. Hier handele es sich um eine Neugestaltung der Verteilungsgrundsätze. Dass noch etwas zu verteilen sei, zeige die Pauschale. Die Abänderung der vertraglichen Regelung durch ablösende Betriebsvereinbarung sei schon deswegen nicht möglich, weil es dem Arbeitgeber um eine Reduzierung der Aufwendungen gehe, so dass eine Ablösung am kollektiven Günstigkeitsvergleich scheitere. Der Arbeitgeber müsse zunächst durch Änderung des Arbeitsvertrags eine Ablösungsmöglichkeit schaffen. Solange der Betriebsrat den geänderten Verteilungsgrundsätzen allerdings nicht zugestimmt habe, sei der Arbeitgeber unab-

hängig von der Änderungskündigung, die eine vertragliche Kürzungsmöglichkeit herbeiführen solle, gehindert, die Änderungen einzuführen. Dies habe mit der Prüfung der Änderungskündigung nichts zu tun.

- (5) **BAG vom 11.08.1992** (1 AZR 279/90, EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 32): Der von einem anderen Arbeitgeber übernommene Arbeitnehmer erhält nach seinem Arbeitsvertrag einen bestimmten Monatslohn. Der jetzige Arbeitgeber ist tarifgebunden. In den Arbeitsvertrag ist aufgenommen: „der den Tariflohn übersteigende Teil des Lohnes ist keine Leistungszulage und wird ohne Rechtspflicht unter dem Vorbehalt der Anrechnung bei Lohntariferhöhungen gewährt.“ Der Arbeitgeber rechnet beim Kläger vollständig an, bei einigen anderen Arbeitnehmern nicht.

Das BAG hat zunächst festgestellt, dass kein vertraglicher Anspruch auf die Erhöhung besteht, so dass die Anrechnung einzelvertraglich möglich wäre. Allerdings sei bei einigen anderen Arbeitnehmern nicht angerechnet worden; dies sei unter Verletzung des Mitbestimmungsrechts gegeben. Die Anrechnung sei dem Kläger gegenüber daher unwirksam.

- (6) **BAG vom 28.09.1994** (1 AZR 870/93, EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 44): Der Arbeitgeber hat – ohne Mitbestimmung des Betriebsrats – drei Gehaltsgruppen für die außertariflichen Angestellten geschaffen. Im Zusammenhang mit einer Tariferhöhung erhöht er zum Teil die Gehälter der AT-Angestellten.

Das BAG hat eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts bejaht, weil eine Gehaltsgruppenordnung für die AT-Angestellten bestanden habe und damit Entlohnungsgrundsätze vorhanden seien; daran ändere nichts, dass die Gehälter individuell im Arbeitsvertrag vereinbart seien. Die Erhöhung anlässlich der Tariferhöhung stelle auch einen kollektiven Tatbestand dar. Der Arbeitgeber habe die Verteilungsgrundsätze geändert und damit § 87 Abs. 1 Nr. 10 verletzt. Aber: Diese Verletzung des Mitbestimmungsrechts könne nicht einen Anspruch des Klägers auf Erhöhung seines Gehalts begründen. Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung mit ihrer Sanktion der Rechtsunwirksamkeit könne dem Arbeitnehmer nur bei Maßnahmen zugute kommen, mit denen ein Eingriff des Arbeitgebers in Ansprüche des Arbeitnehmers verbunden sei. Dies sei bei bisher gewährten Zulagen der Fall. Es könnten aber nicht Ansprüche begründet werden, die vorher nicht bestanden hätten. Soweit die Vertragsparteien das Gehalt nach der AT-Gehaltsgruppenordnung ohne Rücksicht auf das Tarifgehalt festgelegt hätten und soweit auch die AT-Gehaltsgruppenordnung keinen Bezug zum Tarifgehalt aufweise, sei der Anspruch daher nicht begründet.

- (7) **BAG vom 31.10.1995** (1 AZR 276/95, EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 54): Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung hilft den Arbeitnehmern nicht, wenn der Arbeitgeber seine Entscheidung, die Tariferhöhung vollständig auf alle Zulagen anzurechnen, versehentlich bei einigen Arbeitnehmern unterlässt. In solchen Fällen hat er auch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht verletzt. Allerdings ist er für das Vorliegen eines Versehens darlegungs- und beweispflichtig.

- (8) **BAG vom 07.02.1996** (1 AZR 657/95, EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 55): Ist es dem Arbeitgeber nach dem Arbeitsvertrag gar nicht gestattet, über tarifliche Zulagen auf Tariflohnerhöhungen anzurechnen, so kann sich insoweit eine mitbestimmungspflichtige Frage der betrieblichen Lohngestaltung nicht stellen. Wenn der Arbeitgeber die Zulage dennoch vertragswidrig anrechnet, ergibt sich daraus kein Mitbestimmungsrecht; die „Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung“ greift nicht.

- (9) **BAG vom 09.07.1996** (1 AZR 690/95; ebenso vom 23.10.1996, 1 AZR 299/96, EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nrn. 56 und 59): Verletzt der Arbeitgeber

ber bei der Anrechnung übertariflicher Zulagen auf eine Tariferhöhung das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, führt dies zur Unwirksamkeit der Anrechnung gegenüber jedem betroffenen Arbeitnehmer in ihrer vollen Höhe.

- (10) **BAG vom 14.08.2001** (1 AZR 744/00, EzA § 88 BetrVG 1972 Nr. 1): Arbeitgeber und Betriebsrat können das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats durch Regelungsabrede erweitern. Eine solche Erweiterung des Mitbestimmungsrechts – hier: für jede Anrechnung von Tariflohnerhöhungen auf Zulagen unabhängig vom gesetzlichen Mitbestimmungsrecht – führt aber nicht dazu, dass die Anrechnung gegenüber dem Arbeitnehmer unwirksam ist. Das BAG sagt: „Nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung führt die Verletzung gesetzlicher Mitbestimmungsrechte durch den Arbeitgeber im Verhältnis der Arbeitsvertragsparteien zur Unwirksamkeit solcher Rechtsgeschäfte, die den Arbeitnehmer belasten. Die gesetzlichen Mitbestimmungsrechte beschränken die Gestaltungsmacht des Arbeitgebers. Missachtet er diese Grenze, so folgt aus dem fehlenden rechtlichen Können die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts. Das soll verhindern, dass der Arbeitgeber dem Einigungszwang mit dem Betriebsrat auf zulässige arbeitsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten ausweicht. ... Im Gegensatz dazu begrenzt eine Regelungsabrede, durch die ein Mitbestimmungsrecht erst geschaffen wird, nicht die rechtliche Gestaltungsmacht des Arbeitgebers im Verhältnis zum Arbeitnehmer. Eine Regelungsabrede ... verpflichtet den Arbeitgeber nur gegenüber dem Betriebsrat, von seinen vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten in bestimmter Weise Gebrauch zu machen. ... Sie verschafft keine über die vertragliche Abmachung hinausgehenden Rechte. Auch die Durchsetzung der Rechte des Betriebsrats verlangt nicht die Sanktion der Unwirksamkeit der Anrechnung. Zur Durchsetzung der Regelungsabrede steht dem Betriebsrat ein Unterlassungsanspruch zur Verfügung.“

- (11) **BAG vom 08.06.2004** (1 AZR 308/03, EzA § 87 BetrVG 2001 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 5): Tarifvertrag sieht Entgelterhöhung in zwei Stufen vor. Arbeitgeber verrechnet die erste Stufe nicht, die zweite Stufe dagegen gleichmäßig und in vollem Umfang auf übertarifliche Zulagen an.

Das BAG meint: „Bei einer im Rahmen des rechtlich Möglichen vollständig und gleichmäßig vorgenommenen Anrechnung besteht kein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10. Beschließt der Arbeitgeber bereits bei der Entscheidung über die Nichtanrechnung der ersten Stufe die Anrechnung der zweiten Stufe, verbleibt ein Spielraum für eine andere Verteilungsregelung. Schon an der Entscheidung über die Nichtanrechnung der ersten Stufe ist der Betriebsrat daher zu beteiligen. Verletzt der Arbeitgeber in einem solchen Fall das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, führt dies nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung zur Unwirksamkeit der Anrechnung. Die Zulage ist in der bisherigen Höhe weiterzuzahlen.“

- (12) **BAG vom 02.03.2004** (1 AZR 271/03, EzA § 87 BetrVG 2001 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 4): Der Arbeitgeber war an einen Haustarifvertrag gebunden; dieser ist gekündigt. Der Haustarifvertrag sah u.a. ein Grundgehalt mit Lebensaltersstufen vor. Demzufolge erhielt der befristet beschäftigte Arbeitnehmer insgesamt 4.597,66 DM. Später wurde derselbe Arbeitnehmer neu eingestellt. Er wurde entsprechend dem Tarifvertrag eingruppiert. Allerdings sah der Arbeitsvertrag für ihn wie für alle neu eingestellten Arbeitnehmer keine Vergütungserhöhungen aufgrund höheren Lebensalters mehr vor. Der Arbeitnehmer erhielt eine persönliche Zulage, so dass er wieder auf 4.597,66 DM kam. Der Arbeitnehmer klagt auf Erhöhung wegen Erreichens der nächsten Lebensaltersstufe.

Das BAG hat der Klage stattgegeben. Zwar sei der Arbeitgeber durch den Grundsatz der Gleichbehandlung nicht gehindert, nach Wegfall der Tarifbindung neu eingestellte Arbeitnehmer für die gleiche Arbeit geringer zu vergüten als Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis dem nachwirkenden Tarifvertrag unterliegt. Allerdings stelle eine tarifliche Vergütungsordnung auch nach Wegfall der Tarifbindung des Arbeitgebers „die im

Betrieb geltende Vergütungsordnung im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG dar“. Es bedürfe hierzu keines neuen kollektiven oder individuellen Geltungsgrundes. Solange der Betriebsrat einer Änderung nicht zugestimmt habe, müsse der Arbeitgeber deshalb auch die Vergütung neu eingestellter Arbeitnehmer an der Struktur der bisherigen Vergütungsordnung ausrichten. Das BAG formuliert in den Gründen, der Arbeitgeber habe ohne Zustimmung des Betriebsrats neue Entlohnungsgrundsätze im Betrieb eingeführt. „Dies ist nicht nur im Verhältnis zum Betriebsrat rechtswidrig. Die getroffene Vergütungsabrede gilt vielmehr auch im Verhältnis zum Kläger nicht, soweit sie zu dessen Nachteil auf der nicht mitbestimmten neuen Vergütungsordnung beruht. ... Eine Maßnahme des Arbeitgebers, die der notwendigen Mitbestimmung entbehrt, ist rechtswidrig und unwirksam. Dies gilt sowohl für einseitige Maßnahmen, die in Ausübung des Direktionsrechts vorgenommen wurden, als auch für einzelvertragliche Vereinbarungen. ... Die Beklagte hatte deshalb auch mit neu eingestellten Arbeitnehmern eine Vergütung zu vereinbaren, die der inneren Struktur der bisherigen Vergütungsordnung entsprach. ... Der Kläger hatte Anspruch auf Anwendung der bestehenden Vergütungsordnung auf die mit ihm getroffene Vergütungsabrede und damit Anspruch auf eine Vergütung, die dieser Struktur zugrunde lag.“ Mitbestimmungsfrei hätte der Arbeitgeber allerdings unter Anwendung der Vergütungsstruktur ein niedrigeres Grundgehalt vereinbaren können.

M.E. ist das Ergebnis durchaus konsequent; allerdings erscheint mir die Formulierung zweifelhaft. Es entspricht der bisherigen Rechtsprechung, von der der 1. Senat nach seinem Begründungswortlaut auch nicht abweicht, dass die nunmehr getroffene Vergütungsabrede derzeit – bis zu einer mitbestimmten Änderung der Vergütungsordnung – nicht durchgeführt werden darf. Aber ist deswegen auch die Vergütungsabrede als solche unwirksam?

- (13) **BAG vom 18.09.2002** (1 AZR 668/01, EzA § 87 BetrVG 2001 Arbeitszeit Nr. 1): In einer allgemeinen Betriebsvereinbarung war vereinbart, dass und unter welchen Voraussetzungen der Betriebsrat mit befristeter Wechselschicht einverstanden sei; der Zeitraum sollte im Antrag des Arbeitgebers angegeben sein. Auf Antrag des Arbeitgebers erklärte der Betriebsrat sein Einverständnis für zwei Monate. Der Arbeitgeber kehrte nach einem Monat wieder zur Normalarbeitszeit zurück. Der Arbeitnehmer verlangt trotz dieser Rückkehr Weiterzahlung der Wechselschichtzulage für den zweiten Monat.

Das BAG hält die Anweisung, ab dem zweiten Monat wieder in Normalarbeitszeit zu arbeiten, für unwirksam. Arbeitgeber und Betriebsrat hätten die Wechselschicht festgelegt. Der Arbeitgeber könne Arbeiten an anderen Zeiten nicht ohne Zustimmung des Betriebsrats anordnen. Die Anweisung mit der Änderung greife in bestehende Rechtspositionen des Arbeitnehmers ein. Anderes ergebe sich auch nicht deswegen, weil zur „Normalarbeitszeit“ zurückgegangen worden sei. Zum einen gebe es – anders als beim Nichtabrufen von Überstunden – keine „übliche“, „normale“ Arbeitszeit. Die Auslegung der mit dem Betriebsrat geschlossenen Regelungsabrede ergebe nicht, dass der Betriebsrat einer vorzeitigen Rückkehr zugestimmt habe.

- (14) **BAG vom 26.09.2004** (5 AZR 559/03, EzA § 87 BetrVG 2001 Arbeitszeit Nr. 5): Durch Einigungsstellenspruch war die Lage verschiedener Schichten festgelegt worden. Dieser enthielt für den Wechsel von Schichten die Festlegung, dass ein solcher nur mit einer Ankündigungsfrist von 4 Tagen gegenüber Arbeitnehmer und Betriebsrat erfolgen dürfe. Der Kläger, der in die Tagschicht wechseln sollte, hat weiterhin Einsatz in Dauernachtschicht verlangt.

Das BAG hat ihm recht gegeben. Es hat die Regelung im Einigungsstellenspruch für unzureichend gehalten, weil dabei keine Regelung der Zuordnung der einzelnen Arbeitnehmer zur Schicht erfolgt sei, sondern insoweit dem Arbeitgeber freie Hand gegeben werde. Zwar könne eine Betriebsvereinbarung vorsehen, dass der Arbeitgeber unter bestimmten in der Betriebsvereinbarung geregelten Voraussetzungen eine Maß-

nahme auch ohne Betriebsrat treffen könne. Durch eine solche Regelung dürfe das Mitbestimmungsrecht – hier § 87 Abs. 1 Nr. 2 – nicht in seiner Substanz beeinträchtigt sein. Es müssten Kriterien und Grundsätze aufgestellt sein. Da dies hier fehle, sei die Anweisung des Arbeitgebers über die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung unwirksam, die Klage des Klägers begründet.

M.E. geht dies zu weit. Zwar kann man gut vertreten, dass der Spruch der Einigungsstelle unvollständig und das Mitbestimmungsrecht damit nicht vollständig ausgeübt, die Entscheidungsbefugnis nicht vollständig ausgeschöpft ist. Dass dies aber auch für Betriebsvereinbarungen gelten soll, erscheint nicht als zwingend. Warum soll, wie kann ein Mitbestimmungsrecht beachtet werden, wenn der Betriebsrat in einer Vereinbarung erklärt, er wolle in solchen Fällen nicht mitbestimmen? Vielleicht ist diese Vereinbarung nicht wirksam, so dass der Betriebsrat ohne Kündigungsfrist „ab sofort“ wieder mitreden kann. Aber: Führt die Mitteilung des Betriebsrats, er wolle nicht mitbestimmen, nicht zu einer Situation, wie wenn es im Betrieb keinen Betriebsrat gäbe? Was soll der Arbeitgeber machen? Die Einigungsstelle bemühen, wenn der Betriebsrat gar nicht mitbestimmen will? M.E. hätte die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung hier nicht greifen dürfen.

- (15) **BAG 02.12.1999** (2 AZR 724/98, NZA 2001, 107): Kündigung aufgrund Falschbeantwortung einer Frage auf einem Personalfragebogen bei Einstellung, wenn der Personalfragebogen ohne Mitwirkung des Personalrats zustande gekommen ist
- Die fehlende Zustimmung des Personalrats zu einem **Personalfragebogen** (§ 75 III Nr. 8 BPersVG) nimmt dem Arbeitgeber jedoch nicht seine individualrechtlichen Befugnisse, bei wahrheitswidriger Beantwortung zulässigerweise gestellter Fragen durch den Arbeitnehmer diesen zu entlassen.
  - Bei den Rechtsfolgen unterbliebener Mitbestimmung ist **zwischen den betriebsverfassungs-/personalvertretungsrechtlichen Rechtsfolgen** und den **Rechtsfolgen im Arbeitsverhältnis** zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu unterscheiden. Nicht jede Verletzung von Mitbestimmungsrechten bietet einen rechtlichen Anknüpfungspunkt für konkrete Rechtsfolgen im Individualarbeitsverhältnis. So hat etwa eine mitbestimmungswidrige korrigierende Rückgruppierung eines Arbeitnehmers noch nicht dessen höheren Vergütungsanspruch zur Folge.
  - Durch die Einschaltung des Betriebsrats bei der Erstellung von Personalfragebogen soll sichergestellt werden, dass die Fragen und Angaben auf Gegenstände beschränkt bleiben, an denen der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis haben kann. Schon individualrechtlich sind jedoch Fragen des Arbeitgebers unzulässig, die für den konkreten Arbeitsplatz ohne Bedeutung sind. Die Zulässigkeit der Fragen hängt eng mit dem Anforderungsprofil zusammen, das der Arbeitgeber in Ausübung seiner unternehmerischen Freiheit für die persönliche und fachliche Qualifikation seiner Arbeitnehmer aufstellt. Der Betriebsrat hat deshalb im wesentlichen **nur ein Mitbeurteilungsrecht**. Dem würde es widersprechen, wollte man auch in dem Fall, dass eine in einem Fragebogen gestellte Frage zulässig war und der Betriebsrat die Aufnahme dieser Frage in den Fragebogen im Ergebnis nicht hätte verhindern können, dem Arbeitgeber für den Fall einer unwahren Beantwortung sein individualrechtlich bestehendes Recht zu Entlassung des Arbeitnehmers bzw. zur Anfechtung des Arbeitsvertrages abschneiden.
- (16) **BAG vom 26.07.2005** (1 ABR 29/04, EzA § 95 BetrVG 2001 Nr. 1 = NZA 2005, 1372): Verwendung eines Punkteschemas für eine Sozialauswahl ohne Vereinbarung dieses Schemas mit dem Betriebsrat.

In diesem Zusammenhang hat es zur Begründung dafür, dass ein „allgemeiner Unterlassungsanspruch“ gegeben sei, festgehalten:

- Unter Berücksichtigung der konkreten Ausgestaltung des dem Betriebsrat bei Auswahlrichtlinien für Kündigungen durch § 95 Abs. 1 BetrVG verliehenen Mitbestimmungsanspruchs ist ein allgemeiner Unterlassungsanspruch gegeben. Dem

Betriebsrat steht kein anderer wirksamer Weg zur Durchsetzung dieses Mitbestimmungsrechts zur Verfügung. Dessen Sicherung ist auch nicht auf andere Weise gewährleistet. Dem Arbeitgeber drohen für den Fall der Verletzung des Mitbestimmungsrechtes – anders als etwa im Fall des § 102 (§ 102 I S. 3) oder des § 111 (§ 113 III) – keine Sanktionen. Auch gibt es – anders als etwa in den Fällen des § 99 (§ 101) – kein eigenes für den Fall der Verletzung des Mitbestimmungsrechts vorgesehenes gesetzliches Verfahren.

Man kann dem also entnehmen, dass insoweit die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung nicht gelten dürfte.