

PD Dr. Clemens Latzel, München*

Gestufte Grundrechtsbindungen, tückische Ausschlussfristen, gesetzliche Allgemeinverbindlichkeiten, träge Betriebsräte und mehr

Rechtsprechungsanalyse Kollektivarbeitsrecht 2019

Inhaltsübersicht

-
- I. Rechtsprechung zum Tarifvertragsrecht
 - 1. Merkmale und Erkennbarkeit eines Tarifvertrags
 - a) Schriftliche Vereinbarung von tariffähigen Parteien
 - b) Auslegung einer Vereinbarung als Tarifvertrag
 - 2. Grundrechtsbindung privater Tarifvertragsparteien
 - a) Keine unmittelbare Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien
 - b) Mittelbare Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien
 - c) Stichtagsregelung und Art. 3 Abs. 1 GG
 - d) Stichtagsregelung und Art. 12 Abs. 1 GG
 - e) Sozialplanabhängige Tarifgeltung und Art. 3 Abs. 1 GG
 - f) Nebentätigkeitsverbot und Art. 12 Abs. 1 GG
 - 3. Grundrechtsbindung staatlicher Tarifvertragsparteien
 - 4. Grundrechtsbindung des Staates bei Allgemeinverbindlicherklärungen
 - 5. Tarifvertragliche Ausschlussfristen
 - a) Erfassung von Ansprüchen auf den gesetzlichen Mindestlohn
 - b) Erfassung unionsrechtlicher Staatshaftungsansprüche
 - aa) Sachverhalt und Voraussetzungen des Staatshaftungsanspruchs
 - bb) Erstreckung der Ausschlussfrist auf Staatshaftungsansprüche
 - cc) Unionsrechtskonformität von Ausschlussfristen
 - (1) Vereinbarkeit mit dem Äquivalenzprinzip
 - (2) Vereinbarkeit mit dem Effektivitätsprinzip
 - dd) Maßgeblicher Ausschlussfristenbeginn
 - ee) Eindeutige Geltendmachung von Ansprüchen
 - ff) Bewertung
- II. Rechtsprechung zu tarifvertraglichen Sozialkassen
 - 1. Entwicklung der Rechtslage zu Sozialkassen der Bauwirtschaft
 - a) Wirtschaftliche und tarifvertragliche Rahmenbedingungen
 - b) Rechtsprechungs- und Gesetzesentwicklung bis 2019
 - 2. Verfassungsmäßigkeit des SokaSiG
 - a) Vereinbarkeit des SokaSiG mit Grundrechten
 - b) Verfassungsmäßigkeit der Rückwirkung des SokaSiG
 - c) Verfassungsmäßigkeit der zeitlich tarifabhängigen Gesetzesgeltung
 - 3. Verfassungsmäßigkeit des SokaSiG2
 - 4. Rückforderung von Sozialkassenbeiträgen
 - 5. Verzug mit rückwirkend begründeten Zahlungspflichten
 - a) Verzugsvoraussetzungen
 - b) Vereinbarkeit des Verzugszinses mit Art. 3 Abs. 1 GG
- III. Rechtsprechung zu kollektivarbeitsrechtlichen Folgen von Betriebsübergängen
 - 1. Kongruente Ablösung von Tarifverträgen beim Betriebserwerber
 - a) Sachverhalt
 - b) Verdrängungswirkung eines reaktivierten Erwerber-Tarifvertrags
 - c) Verschlechternde Ablösung sofort nach Betriebsübergang?
 - d) Ablösungswirkung nachwirkender Tarifverträge?
 - 2. Normative und transformierte Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen nach Betriebsübergang
 - a) Sachverhalt
 - b) Normative Fortgeltung und Kündbarkeit von Betriebsvereinbarungen nach Betriebsübergang

* Der Autor ist Privatdozent für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Europarecht und Wirtschaftsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. *Svenja Zintl* hat an dem Beitrag tatkräftig mitgewirkt.

- c) Transformation von Betriebsvereinbarungen nach Betriebsübergang
- d) Transformation von Betriebsvereinbarungen bei mehreren Betriebsübergängen
- 3. Kündigung transformierter Betriebsvereinbarungen durch Betriebserber
 - a) Sachverhalt
 - b) Ablösung transformierter Betriebsvereinbarungen
 - c) Kündbarkeit transformierter Betriebsvereinbarungen
- 4. Eingeschränkte Ablösung von kollektiven Betriebsrentenregelungen
 - a) Sachverhalt
 - b) Betriebsrentenrechtliches Drei-Stufen-Schema
 - c) Erschwerte Ablösung von bAV-Betriebsvereinbarungen durch Betriebsvereinbarung
 - aa) Drei-Stufen-Schema bei bAV-Ablösung
 - bb) Materielles Besserstellungsverbot für Betriebserber?
 - d) Ablösung von bAV-Regelungen durch Tarifvertrag
- 5. Rechtsquellenklarheit nach Betriebsübergang
- IV. Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsrecht
 - 1. Gerichtliche Bestellung des Wahlvorstands für eine Betriebsratswahl
 - a) Sachverhalt
 - b) Gerichtliche Bestellung des Wahlvorstands nach nur einem Wahlgang
 - c) Verfassungsmäßigkeit von § 17 Abs. 4 BetrVG
 - 2. Tendenzprivileg gemischter Gemeinschaftsbetriebe
 - a) Sachverhalt
 - b) Kein Wirtschaftsausschuss in Tendenzunternehmen
 - c) Wirtschaftsausschuss in Unternehmen mit Gemeinschaftsbetrieben
 - d) Wirtschaftsausschuss in tendenzgemischten Unternehmen
 - e) Vereinbarkeit mit der AnhörungsRL 2002/14/EG
 - aa) Vermeintliche Grenzen unionsrechtskonformer Rechtsfortbildung
 - bb) Keine Richtlinienanwendung zwischen Privaten
 - cc) Keine Vorlagepflicht bei Auslegungsunmöglichkeit
- 3. Betriebsvereinbarungsoffenheit von Gesamtzusagen
 - a) Sachverhalt
 - b) Merkmale von Gesamtzusagen
 - c) Ablösung von Gesamtzusagen durch Betriebsvereinbarungen
- 4. Keine Nachwirkung gekündigter Regelungsabreden
 - a) Sachverhalt
 - b) Keine analoge Anwendung von § 77 Abs. 6 BetrVG auf Regelungsabreden
- 5. Tarifvorrang nach § 77 Abs. 3 BetrVG
 - a) Tatbestand von § 77 Abs. 3 BetrVG
 - aa) Sachverhalt
 - bb) Tarifvorrang im Geltungsbereich eines Tarifvertrages
 - cc) Rechtsfolge von Verstößen gegen § 77 Abs. 3 BetrVG
 - b) Tarifvorrang auch gegenüber bAV-Betriebsvereinbarungen
 - c) Kein Tarifvorrang bei Zustimmung der Tarifvertragsparteien
 - d) Verhältnis von § 77 Abs. 3 zu § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG
- 6. Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Personaleinsatzplanung
 - a) Sachverhalt
 - b) Anspruch auf Durchführung einer Betriebsvereinbarung
 - c) Eilkompetenz des Arbeitgebers in sozialen Angelegenheiten
 - d) Reichweite der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG
 - e) Bewertung
- 7. Missbräuchliche Rechtsausübung durch den Betriebsrat
 - a) Sachverhalt
 - b) Einwand unzulässiger Rechtsausübung gegen Unterlassungsansprüche
 - c) Missbräuchliche Unterlassungsverlangen in sozialen Angelegenheiten
 - aa) Mitwirkungspflicht des Betriebsrats
 - bb) Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers
 - d) Bewertung

V. Zusammenfassung

Das BAG hat im Jahre 2019 weit über 100 Entscheidungen zum kollektiven Arbeitsrecht verkündet¹, von denen hier eine Auswahl – teils eingehend, teils knapp – vorgestellt wird. Die Entscheidungen werden nach folgender Gliederung sortiert, wobei einzelne Entscheidungen an mehreren Stellen auftauchen: I. Rechtsprechung zum Tarifvertragsrecht, II. Rechtsprechung zu tarifvertraglichen Sozialkassen, III. Rechtsprechung zu kollektivarbeitsrechtlichen Folgen von Betriebsübergängen, IV. Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsrecht. Die ausgewählten Entscheidungen werden jeweils nur auszugsweise vorgestellt und nicht durchweg kommentiert.

1 Eigene Erhebung v. Mai 2020 via juris.bundesarbeitsgericht.de; nicht mitgezählt sind Parallelenentscheidungen und Entscheidungen, die im Schwerpunkt die Tarifauslegung, Eingruppierung, Leistungsanrechnung, Personalvertretung oder Verfahrensfragen betreffen.

I. Rechtsprechung zum Tarifvertragsrecht

1. Merkmale und Erkennbarkeit eines Tarifvertrags

Was macht eine Vereinbarung zwischen Sozialpartnern zu einem Tarifvertrag i.S.d. § 1 TVG? Mit dieser Frage hat sich der Dritte Senat im Rahmen einer Entscheidung zum Schicksal der betrieblichen Altersversorgung (bAV) nach Betriebsübergang befasst² (dazu unten III.4.), wobei auch eine Erklärung der Sozialpartner entscheidend war.

a) Schriftliche Vereinbarung von tariffähigen Parteien

Nicht jede schriftliche Vereinbarung zwischen tariffähigen Akteuren über Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist ein Tarifvertrag i.S.d. TVG. Welche Rechtsqualität die Parteien ihrer Vereinbarung zumessen, ist nach den allgemeinen Regeln über schuldrechtliche Verträge zu ermitteln, sprich: durch Auslegung der Vereinbarung nach §§ 133, 157 BGB³. Hier ging es um die „Erklärung der Tarifvertragsparteien zu § 3 Nr. 2 Überleitungstarifvertrag“, die ein Betriebserwerber mit den Gewerkschaften, mit denen er den Überleitungstarifvertrag geschlossen hatte, abgegeben hatte. In der Erklärung wurde u.a. vereinbart, dass der Betriebserwerber seine Ruhegeldordnungen für die Arbeitnehmer des übernommenen Betriebs einmalig öffnet und sie entsprechend ihrer Betriebszugehörigkeit in seine Ruhegeldordnung eingliedert. „Damit wird sichergestellt, dass für alle Arbeitnehmer [des Betriebserwerbers] für die Zukunft Versorgungsansprüche auf einheitlicher Basis begründet werden“, hieß es in der Erklärung⁴.

b) Auslegung einer Vereinbarung als Tarifvertrag

Der Dritte Senat stellt klar, dass Tarifverträge nicht als solche bezeichnet werden müssen, ist sich aber offenbar uneins, ob Sozialpartner im Zweifel einen oder keinen Tarifvertrag schließen wollen. Wenn die Bezeichnung „Tarifvertrag“ fehlt, soll das regelmäßig darauf hindeuten, dass die Parteien einen solchen nicht abschließen wollten⁵. Doch: „Auch eine gemeinsame Erklärung kann ein Tarifvertrag sein, wenn dies nicht dem erklärten Willen der tariffähigen Vertragspartner widerspricht, die Einigung der Sache nach als Tarifvertrag anzusehen ist und die Schriftform nach § 1 Abs. 2 TVG – wie hier – gewahrt ist“⁶. Was gilt nun? Der Senat betont im nächsten Absatz, es sei „ein erklärter Wille der Tarifvertragsparteien, keinen Tarifvertrag abzuschließen zu wollen“, festzustellen, um von einer nicht-tarifvertraglichen Koalitionsvereinbarung auszugehen⁷. Also ist im Zweifel offenbar von einem Tarifvertrag auszugehen.

2 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571.

3 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 84.

4 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 13.

5 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 86.

6 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 86.

7 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 87.

Entscheidend ist, ob die Parteien Rechte und Pflichten geregelt haben, die den Inhalt der Arbeitsverhältnisse verbindlich betreffen sollen, denn daraus ergibt sich – wie der Senat zutreffend erkennt – der Zweck einer Vereinbarung⁸. Die Tarifvertragsparteien wollten hier die bAV beim Betriebserwerber für die Zukunft einheitlich regeln und eine Gleichbehandlung der Arbeitnehmer herbeiführen; das war rechtssicher nur über eine normative Wirkung möglich⁹. Im Ergebnis löste der Tarifvertrag den Tarifvorrang gem. § 77 Abs. 3 BetrVG aus (dazu unten IV.5.a)) und verdrängte damit eine Betriebsvereinbarung zur bAV¹⁰ (zu den materiellen Grenzen unten III.4.d)).

2. Grundrechtsbindung privater Tarifvertragsparteien

Einen Schwerpunkt der tarifrechtlichen Rechtsprechung des BAG im Jahre 2019 bildete die Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien. In der Regel ging es in den zugrunde liegenden Fällen um tarifvertragliche Leistungen, deren Voraussetzungen die klagenden Arbeitnehmer nicht erfüllten und deswegen die Rechtmäßigkeit der Voraussetzungen bezweifelten. In einem paradigmatischen Sachverhalt, über den der Zehnte Senat zu entscheiden hatte¹¹, begehrte der klagende Arbeitnehmer eine tarifvertragliche Sonderzahlung, die unter folgender Voraussetzung stand:

„Der Anspruch auf Jahresleistung setzt voraus, dass sich der Anspruchsberechtigte am 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres in ungekündigter Stellung befindet; vom Arbeitgeber ausgesprochene betriebsbedingte Kündigungen oder vertragliche Befristungen aus betriebsbedingten Gründen berühren den Anspruch nicht, soweit das Arbeitsverhältnis bis zum 31.12. besteht.“¹²

Der Arbeitnehmer hatte allerdings vor Jahresende die Eigenkündigung erklärt. In Streit stand vor allem noch, ob diese Tarifvertragsklausel mit höherrangigem Recht, insbesondere Grundrechten des Arbeitnehmers vereinbar ist¹³.

a) Keine unmittelbare Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien

Der Zehnte Senat (wie auch der Sechste Senat in anderen Entscheidungen aus dem Jahre 2019¹⁴) bestätigt die ständige Rechtsprechung des BAG, wonach die Tarifvertragsparteien nicht unmittelbar an Grundrechte gebunden sind, wenn sie tarifliche Normen setzen¹⁵:

8 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 89.

9 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 89.

10 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 91.

11 BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 300/18, NZA 2019, 1440 ff.

12 BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 300/18, NZA 2019, 1440, 1441.

13 Zur ebenfalls streitigen AGB-Kontrolle arbeitsvertraglich in Bezug genommener Tarifverträge: BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 300/18, NZA 2019, 1440 Rz. 13 ff.

14 BAG v. 11.7.2019 – 6 AZR 460/18, ZTR 2019, 599 Rz. 29; BAG v. 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 Rz. 18 ff.

15 BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 300/18, NZA 2019, 1440 Rz. 17 unter Verweis auf BAG v. 27.5.2004 – 6 AZR 129/03, NZA 2004, 1399, 1401; BAG v. 26.4.2017 – 10 AZR 856/15, NZA-RR 2017, 478 Rz. 28.

„Mit der kollektiv ausgeübten privatautonomen Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge ist eine unmittelbare Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien nicht zu vereinbaren. Sie führte zu einer umfassenden Überprüfung tarifvertraglicher Regelungen am Maßstab der Verhältnismäßigkeit und damit zu einer ›Tarifzensur‹ durch die Arbeitsgerichte“¹⁶.

b) Mittelbare Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien

Private Tarifparteien können wegen ihrer normativen Regelungsmacht (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG sowie § 77 Abs. 3, § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG) dennoch nicht die Grundrechte völlig ignorieren, weil die normativ Tarifgebundenen sonst der Gestaltungsmacht der Tarifparteien ausgeliefert wären¹⁷. Das BAG sieht den Staat daher in einer Schutzpflicht gegenüber den tarifgebundenen Arbeitnehmern und Arbeitgebern, weshalb den Tarifparteien bei der Tarifsetzung Grenzen zu ziehen sind. Wenn das BAG formuliert, dass die „Schutzpflichtdimension der Grundrechte“ die Gestaltungsmacht der Tarifvertragsparteien beschränkt¹⁸, ist das freilich unpräzise, denn die Schutzpflicht trifft den Staat und kann mithin für die privaten Tarifparteien keine unmittelbare Wirkung entfalten¹⁹. Vielmehr ist es der im Arbeitsrecht nach wie vor starke Ersatzgesetzgeber in Gestalt der Arbeitsgerichte²⁰, der ohne einfachgesetzlichen „Aufhänger“ Tarifverträge einfach so an Freiheits- und Gleichheitsgrundrechten prüft²¹ – eben wegen der „Schutzpflichtdimension der Grundrechte“.

Weil Tarifvertragsparteien auch selbst Grundrechtsträger, nämlich der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie sind, gewährt ihnen das BAG einen „weiten Gestaltungsspielraum“ (tatbestandlicher Beurteilungsspielraum und rechtsfolgenseitiger Ermessensspielraum)²². „Die Gerichte dürfen nicht eigene Gerechtigkeitsvorstellungen an die Stelle von Bewertungen der zuständigen Verbände setzen“, zitiert der Zehnte Senat die Gerichtspräsidentin²³. Im Ergebnis zieht sich das BAG – und zwar nicht nur für Gleichbehandlungsfragen – auf eine Evidenzkontrolle zurück, weil es zum Schutz der Grundrechte der Tarifgebundenen genügen lässt, wenn eine Tarifregelung einen „sachlich vertretbaren Grund“ hat²⁴. Welche genauen Grenzen diese Grundrechtsbindung light den Tarifparteien

16 BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 300/18, NZA 2019, 1440 Rz. 17; ebenso BAG v. 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 Rz. 19; zur Definition von Tarifzensur als staatlicher Tarifregelungsanmaßung *Vielmeier*, Tarifzensur, 2013, S. 81 ff.

17 BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 300/18, NZA 2019, 1440 Rz. 18; ebenso BAG v. 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 Rz. 19, 21 ff.

18 BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 300/18, NZA 2019, 1440 Rz. 18.

19 Zu weiterer Kritik *Jacobs/Frieling*, SR 2019, 108, 110 ff.

20 Das BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 300/18, NZA 2019, 1440 Rz. 18, nennt auch nur „die Rechtsprechung“ als Schutzverpflichtete.

21 Krit. *Jacobs/Frieling*, SR 2019, 108, 111 f.

22 BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 300/18, NZA 2019, 1440 Rz. 19; ebenso BAG v. 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 Rz. 26.

23 BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 300/18, NZA 2019, 1440 Rz. 19, unter Verweis auf *I. Schmidt*, Erfurter Kommentar, 19. Aufl. 2019, Einl. GG Rz. 55.

24 BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 300/18, NZA 2019, 1440 Rz. 19; ebenso BAG v. 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 Rz. 26.

zieht und wie flexibel die Arbeitsgerichte ihre Kontrolle ausüben, muss die Rechtsprechung im Einzelfall zeigen.

c) Stichtagsregelung und Art. 3 Abs. 1 GG

Wie weit reicht die mittelbare Bindung der Tarifvertragsparteien an Art. 3 Abs. 1 GG? Da der Gleichheitssatz keinen Schutzbereich hat, gibt es eigentlich nur zwei Möglichkeiten: entweder volle oder keine Bindung²⁵. Der Sechste Senat formuliert im Ausgangspunkt eine recht strenge Gleichbehandlungskontrolle:

„Der Gleichheitssatz bildet als fundamentale Gerechtigkeitsnorm eine ungeschriebene Grenze der Tarifautonomie [...] Tarifnormen sind deshalb im Ausgangspunkt uneingeschränkt auch am Gleichheitssatz als fundamentaler Gerechtigkeitsnorm zu messen“²⁶.

Unumwunden geht auch der Zweite Senat davon aus, dass die „Schutzfunktion der Grundrechte“ die Arbeitsgerichte verpflichte, „Tarifregelungen die Durchsetzung zu verweigern, die zu gleichheits- und sachwidrigen Differenzierungen führen und deshalb Art. 3 Abs. 1 GG verletzen“²⁷. Der Zweite Senat will auch – analog zum BVerfG²⁸ – mit zunehmendem personalen Bezug und Nähe der Differenzierungsmerkmale zu den Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG die Rechtfertigungsanforderungen erhöhen²⁹ und übernimmt auch sonst eins zu eins die Maßstäbe des BVerfG³⁰. Dadurch verkommt der nolens volens mitzitierte „weite Gestaltungsspielraum“ der Tarifvertragsparteien³¹ zur Floskel, wird doch der Tarifvertrag theoretisch wie ein Gesetz geprüft (praktisch freilich doch nicht, vgl. unten I.2.e)).

Mehr Augenmaß³² lässt der Zehnte Senat erkennen: Um dem Gleichheitssatz zu genügen, müssen tarifvertragliche Differenzierungen durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein, die sich am Zweck der Differenzierung orientieren³³. Die eingangs wiedergegebene Stichtagsklausel hält dieser Sachgrundkontrolle stand: Die Auslegung der Klausel ergibt, dass die Sonderzahlung sowohl erbrachte Arbeitsleistung vergüten als auch vergangene und zukünftige Betriebstreue belohnen soll und diesem Mischcharakter auch gerecht wird³⁴. Freilich ist die Nähe zum Zirkelschluss gering, wenn aus ein und derselben Klausel erst ihre intendierte Wirkung abgeleitet und sodann diese Wirkung mit derselben Klausel gerechtfertigt wird. Überzeugend konstatiert der Senat, dass Art. 3 Abs. 1 GG von den Tarifvertragsparteien

25 *Jacobs/Frieling*, SR 2019, 108, 112 f., die auch auf die vom BVerfG neuerdings propagierte „Ausstrahlungswirkung“ von Art. 3 Abs. 1 GG auf das Privatrecht hinweisen, vgl. BVerfG v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09 – Stadionverbot – NW 2018, 1667 Rz. 40 f.

26 BAG v. 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 Rz. 25; ebenso BAG v. 19.12.2019 – 6 AZR 59/19, NZA 2020, 732 Rz. 15 f.

27 BAG v. 24.10.2019 – 2 AZR 158/18, NZA-RR 2020, 199 Rz. 34.

28 BVerfG v. 10.4.2018 – 1 BvR 1236/11 – Gewerbesteuer, NJW 2018, 1379 Rz. 103 f.

29 BAG v. 24.10.2019 – 2 AZR 158/18, NZA-RR 2020, 199 Rz. 34.

30 BAG v. 24.10.2019 – 2 AZR 158/18, NZA-RR 2020, 199 Rz. 36 ff.

31 BAG v. 24.10.2019 – 2 AZR 158/18, NZA-RR 2020, 199 Rz. 34, 44.

32 Zu den *im Ergebnis* geringen Divergenzen der BAG-Senate zur Bindung von Tarifvertragsparteien an Art. 3 Abs. 1 GG: *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rz. 666.

33 BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 300/18, NZA 2019, 1440 Rz. 21.

34 BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 300/18, NZA 2019, 1440 Rz. 21 ff.

nicht verlangt, im Tarifvertrag Ausnahmen von der Stichtagsregelung auch für Arbeitnehmer vorzusehen, deren Arbeitsverhältnis nach dem Stichtag aufgrund einer Befristung enden wird:

„Stichtagsregelungen sind ‚Typisierungen in der Zeit‘. Sie sind Ausdruck einer pauschalisierenden Betrachtung und aus Gründen der Praktikabilität – ungeachtet damit eventuell verbundener Härten im Einzelfall – zur Abgrenzung der begünstigten Personenkreise sachlich gerechtfertigt, wenn sich die Wahl des Stichtags am gegebenen Sachverhalt orientiert“³⁵.

d) Stichtagsregelung und Art. 12 Abs. 1 GG

Der Zehnte Senat sieht in der eingangs zitierten Tarifvertragsklausel zwar eine Einschränkung der Berufsfreiheit der Arbeitnehmer aus Art. 12 Abs. 1 GG, weil die Klausel die „selbstbestimmte Arbeitsplatzaufgabe“ verzögert oder gar verhindert, was aber zugleich legitimer Zweck der Regelung ist und diese Einschränkung mithin rechtfertigt³⁶. Am Ergebnis ist wenig auszusetzen – monetäre Anreize (Bleibepremien) begünstigen zweifelsohne die Betriebstreue, weil Menschen ihr Verhalten nicht nur von negativen Anreizen (Bestrafungen), sondern auch von positiven Anreizen (Verstärkungen) lenken lassen³⁷.

Zu unspezifisch ist allerdings die Feststellung, dass Stichtags- und Rückzahlungsregelungen „andere Bindungswirkung“ als Kündigungsfristen entfalten³⁸. Verhaltenslenkung über finanzielle Anreize macht sich die wirtschaftliche Vernunft der Lenkungsadressaten zunutze, die erst dann dem Verhaltenslenker zurechenbar ist, wenn die finanziellen Anreize eine objektiv verhaltenslenkende Tendenz erkennen lassen³⁹. Diese ist bei Sonderzahlungen, die ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis voraussetzen, zweifelsohne gegeben. Die Rechtfertigung solch finanzieller Lenkungen durch den Staat richtet das BVerfG danach aus, ob ein „angemessener Spielraum“ für eigenverantwortliche Freiheitsbetätigung bleibt⁴⁰. Im Kern bemisst sich die Eingriffsintensität also danach, wie sensibel die Lenkungsadressaten für finanzielle Anreize sind (sein dürfen). Das erfordert die Prüfung des Verhältnisses von Anreiz und Lenkungszweck. Der Senat sieht hingegen eine Verhältnismäßigkeitskontrolle einzig in den auf Tarifverträge nicht anwendbaren §§ 307 ff. BGB angelegt⁴¹.

Wenn das BAG bei Sonderzahlungen den Tarifvertragsparteien explizit einen „weiten“ Beurteilungs- und Ermessensspielraum zubilligt, der über das arbeitsvertraglich Zulässige⁴² hinausgeht⁴³, wird damit den eigenen Maßstäben zur Grundrechtsbindung light (dazu oben I.2.b)) entsprochen. Eine Entbindung von jeglicher Verhältnismäßigkeitskontrolle lässt sich

35 BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 300/18, NZA 2019, 1440 Rz. 26.

36 BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 300/18, NZA 2019, 1440 Rz. 27 ff.

37 Latzel, Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie, 2020, S. 6.

38 BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 300/18, NZA 2019, 1440 Rz. 41.

39 Latzel, Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie, 2020, S. 551 ff.

40 BVerfG v. 16.5.1961 – 2 BvF 1/60 – Zusatzumsatzsteuer, NJW 1961, 1395.

41 BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 300/18, NZA 2019, 1440 Rz. 41.

42 Zur AGB-Kontrolle von Bindungs- und Rückzahlungsvereinbarungen arbeitsvertraglicher Sonderzahlungen: BAG v. 24.10.2007 – 10 AZR 825/06, NZA 2008, 40 Rz. 12 ff.

43 BAG v. 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 Rz. 34.

damit indes nicht rechtfertigen. Im Ausgangsfall ging es um eine jährliche Sonderzahlung i.H.v. 140 % eines tariflichen Monatsgehalts, was beim klagenden Arbeitnehmer einer Sonderzahlung i.H.v. rund 4.200 € entsprach. Ob eine Sonderzahlung dieser Höhe die eigenverantwortliche Entscheidung des Arbeitnehmers, am Arbeitsverhältnis festzuhalten oder es zu beenden, noch verhältnismäßig beschränkt, hätte zumindest diskutiert werden können. Im Ergebnis spricht allerdings ein Vergleich mit der im Rahmen von § 308 Nr. 4 BGB von der Rechtsprechung akzeptierten Widerrufsgrenze für Sonderzahlungen mit Gegenleistungscharakter von 25 Prozent des Gesamtverdienstes⁴⁴ (auf die zugunsten der Tarifvertragsparteien ein deutlicher Aufschlag gerechtfertigt ist), eindeutig für die Verhältnismäßigkeit der Sonderzahlung.

e) Sozialplanabhängige Tarifgeltung und Art. 3 Abs. 1 GG

Der Zweite Senat hatte- nach seinen Maßstäben (dazu oben I.2.c)) – über nicht weniger als die Verfassungsmäßigkeit tarifvertraglich differenzierender Kündigungsfristen, insbesondere ihre Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG⁴⁵ zu entscheiden⁴⁶: Nach dem streitgegenständlichen Tarifvertrag betrug die Kündigungsfrist „bei Anwendung von Sozialplänen“ (unabhängig von deren Inhalt) stets nur einen Monat zum Monatsende, während sie im Übrigen aufsteigend nach Beschäftigungsdauer bis zu neun Monate zum Ende eines Kalenderhalbjahrs betrug.

Die Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer je nachdem, ob ihr Arbeitsverhältnis einem Sozialplan unterfällt oder nicht, hält der Zweite Senat für gerechtfertigt, weil der Schutz der Arbeitnehmer mit langer Beschäftigungsdauer, der u.a. durch verlängerte Kündigungsfristen erreicht wird, typischerweise auch durch den Sozialplan gewährleistet sei, denn verlängerte Kündigungsfristen und Sozialpläne hätten beide Überbrückungsfunktion⁴⁷. Die Abfindungen aus dem Sozialplan sollten die voraussichtlich entstehenden wirtschaftlichen Nachteile eines Arbeitsplatzverlustes ausgleichen oder zumindest abmildern, was einem „parallel gelagerten Zweck“ zu verlängerten Kündigungsfristen entspreche:

„Die Tarifvertragsparteien konnten davon ausgehen, dass es der Überbrückungsfunktion einer verlängerten Kündigungsfrist nicht bedarf, wenn ein Sozialplan diese Überbrückung typischerweise gewährleistet“⁴⁸.

Ob die Sozialplanleistungen dem Kündigungsfristenschutz tatsächlich gleichkommen, insbesondere die Abfindungen ähnlich hoch wie der während der Kündigungsfrist auflaufende Verdienst (abzgl. eines – freilich regelmäßig unterbleibenden – Freizeitabschlags) sind, hält der Senat für „unerheblich“:

44 BAG v. 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465, 467; für Sonderzahlungen offengelassen, jedoch in diese Richtung tendierend: BAG v. 24.10.2007 – 10 AZR 825/06, NZA 2008, 40 Rz. 28.

45 Zur Vereinbarkeit mit dem AGG: BAG v. 24.10.2019 – 2 AZR 158/18, NZA-RR 2020, 199 Rz. 50 ff.

46 BAG v. 24.10.2019 – 2 AZR 158/18, NZA-RR 2020, 199 Rz. 32 ff.; dazu diverse Parallelentscheidungen u.a. BAG v. 24.10.2019 – 2 AZR 168/18, juris.

47 BAG v. 24.10.2019 – 2 AZR 158/18, NZA-RR 2020, 199 Rz. 44 ff.

48 BAG v. 24.10.2019 – 2 AZR 158/18, NZA-RR 2020, 199 Rz. 47.

„Bei der Regelung von Massenerscheinungen liegt es in der Natur der Sache, dass es zu Randunschärfen kommt, und die von den Tarifvertragsparteien gefundene Lösung nicht jedem Einzelfall gerecht werden kann“⁴⁹.

Damit hat der Senat zum einen klargestellt, dass sich der Kündigungsfristenschutz tarifvertraglich „abkaufen“ lässt (vgl. § 622 Abs. 4 BGB) – und zwar schon durch einen beliebigen Sozialplan. Zum anderen zeigt der Senat, dass er seine gesetzberggleiche Bindung der Tarifvertragsparteien an Art. 3 Abs. 1 GG im Ergebnis doch nur auf eine lockere Willkürkontrolle zurückführt: Wenn der Gesetzgeber jedes sozialplanbefangene Arbeitsverhältnis unabhängig vom Inhalt des Sozialplans einer einmonatigen Kündigungsfrist unterstellte und für andere Arbeitsverhältnisse die Kündigungsfristenstaffel des § 622 Abs. 2 BGB aufrecht erhielte, würde kein Gericht zwischen beiden Arbeitnehmergruppen „Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht, dass sie unterschiedliche Kündigungsfristen rechtfertigen können“⁵⁰, erblicken. Wenigstens eine Kontrolle auf grobe Unverhältnismäßigkeit hätte der Senat nach seinen vom BVerfG übernommenen Maßstäben schon anwenden müssen, um glaubwürdig zu bleiben. So drängt sich aber der Eindruck auf, dass der Berichterstatter nicht der das Ergebnis tragenden Senatsmehrheit angehörte.

f) Nebentätigkeitsverbot und Art. 12 Abs. 1 GG

Der Sechste Senat hatte über die Verfassungsmäßigkeit des Nebentätigkeitsverbotes aus § 3 Abs. 4 TV-L zu entscheiden⁵¹, der auszugsweise wie folgt lautet:

„¹Nebentätigkeiten gegen Entgelt haben die Beschäftigten ihrem Arbeitgeber rechtzeitig vorher schriftlich anzuzeigen. ²Der Arbeitgeber kann die Nebentätigkeit untersagen oder mit Auflagen versehen, wenn diese geeignet ist, die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten der Beschäftigten oder berechnigte Interessen des Arbeitgebers zu beeinträchtigen.“

Zutreffend legt der Senat § 3 Abs. 4 TV-L im Einklang mit der Berufsfreiheit der Arbeitnehmer aus, obwohl die Norm eigentlich die Untersagung der Nebentätigkeit nicht zwingend an eine Interessenabwägung knüpft: Der Arbeitgeber darf die Nebentätigkeit nur untersagen oder mit Auflagen versehen, wenn sie geeignet ist, die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten der Beschäftigten und (nicht: oder) die berechnigten Interessen des Arbeitgebers zu beeinträchtigen. Bei der Interessenabwägung sind überdies die Interessen beider Tarifvertragsparteien zu berücksichtigen. Somit ist es eine Frage des Einzelfalls, ob eine Untersagung oder Einschränkung der angezeigten Nebentätigkeit nach § 3 Abs. 4 Satz 2 TV-L gerechtfertigt ist⁵². Konkret muss die angezeigte Nebentätigkeit objektiv geeignet sein, berechnigte Interessen des Arbeitgebers zu beeinträchtigen⁵³. Berechnigte Interessen des Ar-

49 BAG v. 24.10.2019 – 2 AZR 158/18, NZA-RR 2020, 199 Rz. 48.

50 BAG v. 24.10.2019 – 2 AZR 158/18, NZA-RR 2020, 199 Rz. 43.

51 BAG v. 19.12.2019 – 6 AZR 23/19, NJW 2020, 2050.

52 BAG v. 19.12.2019 – 6 AZR 23/19, NJW 2020, 2050 Rz. 23.

53 BAG v. 19.12.2019 – 6 AZR 23/19, NJW 2020, 2050 Rz. 25.

beitgebers sind im Regelfall beeinträchtigt, wenn sich die Nebentätigkeit negativ auf die Wahrnehmung des Arbeitgebers in der Öffentlichkeit auswirkt⁵⁴.

Hier war der klagende Arbeitnehmer Niederlassungsberater bei einer kassenärztlichen Vereinigung und in der Praxis seiner Lebensgefährtin nebenher Verwaltungstätigkeiten verrichten; die Lebensgefährtin betreute allerdings auch Kassenpatienten im Zuständigkeitsbereich der beklagten Vereinigung, obgleich nicht des klagenden Arbeitnehmers⁵⁵. Diese Nebentätigkeit hielt der Senat für ausreichend, die Integrität der Vereinigung zu gefährden, weil damit zwangsläufig das Risiko verbunden sei, dass andere Vertragsärzte die Objektivität der Beratung durch Vertreter der Vereinigung anzweifeln⁵⁶.

3. Grundrechtsbindung staatlicher Tarifvertragsparteien

Der Sechste Senat hatte über die unmittelbare Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien des öffentlichen Dienstes zu befinden und hat sie unzutreffend abgelehnt: Zwar gehe das BVerfG von einer weiten Grundrechtsbindung staatlichen Handelns gem. Art. 1 Abs. 3 GG aus, doch sei davon nicht auszugehen, „wenn die VKA für die Kommunen, die TdL für die Länder oder der Bund Tarifnormen nicht einseitig setzen, sondern gemeinsam mit den nicht grundrechtsverpflichteten Gewerkschaften als gleichgewichtigem Koalitionspartner auf Arbeitnehmerseite nach den üblichen Kriterien und Verfahrensweisen, was Arbeitskämpfmaßnahmen einschließt, aushandeln“⁵⁷. Die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes seien deshalb uneingeschränkt durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt und unterlägen keinen weitergehenden Bindungen als Tarifverträge der Privatwirtschaft⁵⁸.

Diese „Flucht ins Kollektivarbeitsrecht“ steht in Widerspruch zur Linie des BVerfG, wonach es keine Bereichsausnahmen für die Grundrechtsbindung des Staates gibt, insbesondere keine „Flucht aus der Grundrechtsbindung in das Privatrecht mit der Folge, dass der Staat unter Freistellung von Art. 1 Abs. 3 GG als Privatrechtssubjekt zu begreifen wäre“⁵⁹. Wie das BVerfG in seiner Entscheidung zum Einsatz von Beamten als Streikbrecher entschieden hat, betätigt sich der Staat als Privatrechtssubjekt, wenn er Arbeitnehmer auf privatrechtlicher Grundlage beschäftigt, und muss hierbei Art. 9 Abs. 3 GG der Arbeitnehmer achten; Eingriffe bedürfen einer gesetzlichen (nicht einer judikativen) Grundlage⁶⁰. Der Staat kann sich als Gesetzgeber selber eine einfachgesetzliche Tarifautonomie schaffen (das TVG gilt auch für öffentliche Arbeitgeber) und auf die Unternehmerfreiheit nach § 1 GewO berufen⁶¹. Der Rückgriff auf Art. 9 Abs. 3 GG steht ihm als Grundrechtsverpflichtete-

54 BAG v. 19.12.2019 – 6 AZR 23/19, NJW 2020, 2050 Rz. 29.

55 BAG v. 19.12.2019 – 6 AZR 23/19, NJW 2020, 2050 f.

56 BAG v. 19.12.2019 – 6 AZR 23/19, NJW 2020, 2050 Rz. 31 ff.

57 BAG v. 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 Rz. 20.

58 BAG v. 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 Rz. 20.

59 BVerfG v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06 – Fraport, NJW 2011, 1201 Rz. 47 f.

60 BVerfG v. 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85 – Streikbrecher, NJW 1993, 1379, 1380.

61 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rz. 823, 825.

ten indes nicht zu (Konfusionsargument⁶²). Das hat das BVerwG eine Woche vor dem Sechsten Senat zutreffend entschieden:

„Staatliche Arbeitgeber können sich nicht auf Art. 9 Abs. 3 GG berufen [...] Staatlich getragene Arbeitgeber sind [...] unmittelbar an Grundrechte gebunden. Sie können als Teil des grundrechtsgebundenen Staats nicht gleichzeitig Adressat und Berechtigter von Grundrechten sein“⁶³.

Damit ist die unmittelbare Grundrechtsbindung des Staates als Arbeitgeber einstweilen klargestellt. Womöglich wird aber erst der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder das BVerfG in der Sache das letzte Wort sprechen.

Übrigens ist auch im Unionsrecht eine rein privatrechtliche Behandlung des Staates als Arbeitgeber nicht anerkannt, sondern wird er als Staat behandelt, auch soweit er als Arbeitgeber auftritt⁶⁴.

4. Grundrechtsbindung des Staates bei Allgemeinverbindlicherklärungen

Die Grundrechtsbindung des Staates beim Erlass von Allgemeinverbindlicherklärungen (AVE) beschäftigte den Zehnten Senat auch im Jahre 2019. Obwohl der Senat bereits im Vorjahr die AVE eines Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (dazu unten II.) für rechtmäßig befunden hatte⁶⁵, prüfte der Senat nun eingehend die Vereinbarkeit der zwingenden Bindung an den allgemeinverbindlichen Tarifvertrag mit den Grundrechten der betroffenen Arbeitgeber⁶⁶. Streitgegenstand waren u.a. die Verzugszinsen für rückständige Sozialkassenbeiträge, die der beklagte Arbeitgeber für grundrechtswidrig hielt⁶⁷ (dazu unten II.5.).

Der Zehnte Senat hat offengelassen, ob nur die AVE oder auch der für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag am Maßstab der Grundrechte zu prüfen ist, weil jedenfalls auch die streitgegenständliche Zinsregelung des Tarifvertrags grundrechtskonform sei⁶⁸. Dass der Staat bei der AVE die Grundrechte der Betroffenen beachten muss, folgt unproblematisch aus Art. 1 Abs. 3 GG, wie der Senat zutreffend erkannt hat⁶⁹. Gleiches hat das BVerfG einst

62 Dazu BVerfG v. 6.12.2016 – 1 BvR 2821/11 u.a. – Atomausstieg, NJW 2017, 217 Rz. 187 ff. – mit Ausnahmen für Rundfunkanstalten, Universitäten, Kirchen und von ausländischen Staaten gehaltene juristische Personen des Privatrechts.

63 BVerwG v. 12.12.2019 – 8 C 8/19, NZA 2020, 677 Rz. 25 f.; dazu auch Pressemitteilung Nr. 92/2019 vom selben Tag.

64 Zur unmittelbaren Bindung staatlicher Arbeitgeber an Richtlinienvorgaben, auch soweit die Voraussetzungen unmittelbarer Richtliniengeltung zwischen Privaten nicht erfüllt sind: EuGH v. 24.1.2012 – C-282/10 – Dominguez, NJW 2012, 509 Rz. 38 f.

65 BAG v. 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beilage 2018, 8 Rz. 132 ff. – zur AVE v. 6.7.2015 des VTV v. 3.5.2013 i.d.F. des letzten Änderungstarifvertrags v. 10.12.2014 (AVE VTV 2015).

66 BAG v. 28.8.2019 – 10 AZR 549/18, NZA 2019, 1732; zur entsprechenden Regelung im Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe v. 3.5.2013 i.d.F. v. 3.12.2013 (VTV 2013 II) i.V.m. § 7 Abs. 3 i.V.m. Anlage 28 SokaSiG: BAG v. 18.12.2019 – 10 AZR 322/17, NZA 2020, 741 Rz. 23 ff.

67 BAG v. 28.8.2019 – 10 AZR 549/18, NZA 2019, 1732, 1733.

68 BAG v. 28.8.2019 – 10 AZR 549/18, NZA 2019, 1732 Rz. 42 ff.

69 BAG v. 28.8.2019 – 10 AZR 549/18, NZA 2019, 1732 Rz. 45.

für den allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag angenommen⁷⁰, woran ein Teil der Literatur auch heute festhält⁷¹. Nach anderer Ansicht beschränkt sich die unmittelbare Grundrechtsbindung (zur mittelbaren Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien I.2. b)) auf den Akt der AVE, weil nur das staatliche Rechtsetzung sei⁷².

Im Ergebnis ist die volle grundrechtliche Kontrolle der durch staatlichen Zwang angeordneten Mindestarbeitsbedingungen unumgänglich, weil Art. 1 Abs. 3 GG keine Lücken im Grundrechtsschutz der Bürger gegenüber dem Staat zulässt (dazu soeben I.3.). Wenn ein Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt wird und damit auch für diejenigen gilt, die sich seiner Geltung nicht durch Verbandsmitgliedschaft oder vertraglich unterworfen haben (§ 5 Abs. 4 TVG), dürfen die Betroffenen nicht nur durch die Grundrechtsbindung light der Tarifvertragsparteien (dazu oben I.2.b)) geschützt sein, weil sonst der Staat über die AVE größere Zumutungen auferlegen könnte, als er als Gesetzgeber dürfte. Mithin dürfen nur solche Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt werden, die einer vollen Grundrechtskontrolle standhalten, also faktisch auch als Gesetz erlassen werden könnten⁷³. Das hat derselbe Senat im Zusammenhang mit dem SokaSiG (dazu unten II.2.) drei Monate später selbst eingeräumt: Die durch das SokaSiG statisch in Bezug genommenen Tarifverträge „unterliegen ebenso wie für allgemeinverbindlich erklärte Tarifnormen der Bindung an die Grundrechte nach Art. 1 Abs. 3 GG“⁷⁴.

5. Tarifvertragliche Ausschlussfristen

Der Vierte und der Sechste Senat haben im Jahre 2019 die Rechtmäßigkeit tarifvertraglicher Ausschlussfristen (Verfallklauseln) bestätigt, auch wenn die Klauseln keine Ausnahme für Mindestlohnansprüche oder unionsrechtliche Staatshaftungsansprüche vorsehen.

a) Erfassung von Ansprüchen auf den gesetzlichen Mindestlohn

Ausschlussklauseln in Arbeitsverträgen, die seit dem Jahr 2015 geschlossen wurden und keine Mindestlohnausnahme vorsehen, sind insoweit unwirksam (§ 3 Satz 1 MiLoG) und als AGB wegen dieser Teilunwirksamkeit zugleich intransparent und mithin insgesamt unwirksam (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB)⁷⁵. Da Tarifverträge nicht der AGB-Kontrolle unterfallen (§ 310 Abs. 4 Satz 1 BGB), sind tarifvertragliche Ausschlussfristen ohne Mindestlohnausnahme nur teilunwirksam, wie der Vierte Senat zutreffend entschieden hat⁷⁶. Im konkreten Fall beehrte ein Arbeitnehmer die Eingruppierung in eine höhere Tarifentgeltgruppe und

70 BVerfG v. 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 u.a., NJW 1981, 215.

71 Nachweise bei BAG v. 28.8.2019 – 10 AZR 549/18, NZA 2019, 1732 Rz. 47.

72 Nachweise bei BAG v. 28.8.2019 – 10 AZR 549/18, NZA 2019, 1732 Rz. 48.

73 Klumpp, MHdB ArbR, 4. Aufl. 2019, § 248 Rz. 36; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 5 Rz. 146; Franzen, Erfurter Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 5 TVG Rz. 18.

74 BAG v. 27.11.2019 – 10 AZR 476/18, juris Rz. 88.

75 BAG v. 18.9.2018 – 9 AZR 162/18, NJW 2019, 456 Rz. 34 ff.; dazu Seiwerth, NZA 2019, 17 ff., der auch Ausschlussfristen in Altverträgen für intransparent und damit gesamtunwirksam erachtet.

76 BAG v. 23.1.2019 – 4 AZR 541/17, juris Rz. 41.

machte gegen seinen Arbeitgeber entsprechende Differenzlohnansprüche geltend. Diese unterfielen allerdings folgender tarifvertraglichen Ausschlussfrist:

„Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und alle Ansprüche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, sind innerhalb von sechs Kalendermonaten nach Fälligkeit schriftlich gegenüber der anderen Vertragspartei geltend zu machen. Nach ablehnendem Bescheid durch die Gesellschaft sind Ansprüche innerhalb einer weiteren Frist von drei Kalendermonaten gerichtlich geltend zu machen. Werden die vorgenannten Fristen nicht eingehalten, sind die Ansprüche verfallen.“

Der Senat hielt die vom Kläger begehrten Differenzlohnansprüche teilweise für verfallen. Obgleich die Klausel die gem. § 3 Satz 1 MiLoG unverfallbaren Ansprüche auf den gesetzlichen Mindestlohn nicht ausklammert, ist die Ausschlussklausel nicht gänzlich unwirksam, sondern – wie auch § 3 Satz 1 MiLoG anordnet – nur „insoweit“⁷⁷. Damit schließt sich der Vierte Senat der entsprechenden Rechtsprechung des Fünften Senats aus dem Jahre 2018⁷⁸ an, der auch die tarifvertragliche Unabdingbarkeit von § 3 MiLoG für vereinbar mit Art. 9 Abs. 3 GG befunden hatte⁷⁹.

Welche Folgen die Teilunwirksamkeit einer Tarifklausel für die Klausel oder den Tarifvertrag im Übrigen hat, folgt indes nicht aus § 3 Satz 1 MiLoG („insoweit“), sondern aus den Prinzipien des Tarifrechts. Demnach hängt es vom jeweiligen Tarifvertrag ab, ob er ohne den gesetzeswidrigen und damit nichtigen Teil noch eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung trifft⁸⁰. Davon ist bei Ausschlussfristen, die den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn nicht ausklammern, in aller Regel auszugehen. Im Ergebnis steht einer geltungserhaltenden Reduktion auf die gesetzlich zulässigen Fälle des Anspruchsausschlusses nichts entgegen, weil kein vernünftiger Zweifel daran besteht, dass die Tarifvertragsparteien, wenn sie die Unwirksamkeit gekannt hätten, die auf das zulässige Maß reduzierte Bestimmung getroffen hätten⁸¹.

b) Erfassung unionsrechtlicher Staatshaftungsansprüche

Der Sechste Senat hatte sich mit der außergewöhnlichen Frage zu befassen, ob unionsrechtliche Staatshaftungsansprüche⁸² unter eine tarifvertragliche Ausschlussfrist fallen⁸³.

77 BAG v. 23.1.2019 – 4 AZR 541/17, juris Rz. 41.

78 BAG v. 20.6.2018 – 5 AZR 377/17, NJW 2018, 3472 Rz. 19 ff. – zu Ansprüchen aus § 3 EFZG, die in Höhe des Mindestlohns ebenfalls gem. § 3 Satz 1 MiLoG unverfallbar sein sollen (Rz. 33), was vor allem wegen § 4 Abs. 4 EFZG zweifelhaft ist.

79 BAG v. 20.6.2018 – 5 AZR 377/17, NJW 2018, 3472 Rz. 26 ff.

80 BAG v. 9.5.2007 – 4 AZR 275/06, NZA 2007, 1439 Rz. 37; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rz. 580, 654.

81 Vgl. *Löwisch*, BB 2020, 1140, 1141 – zur geltungserhaltenden Reduktion einer zu langen tarifvertraglichen Höchstdauer für sachgrundlose Befristungen.

82 Zur Herleitung: EuGH v. 5.3.1996 – C-46/93 u.a. – *Brasserie du Pêcheur* u.a., NJW 1996, 1267 Rz. 17 ff.

83 BAG v. 11.4.2019 – 6 AZR 104/18, NZA 2019, 1004.

aa) Sachverhalt und Voraussetzungen des Staatshaftungsanspruchs

Wie konnte es dazu kommen? Zunächst muss der Staat Arbeitgeber sein, sonst können keine Staatshaftungsansprüche aus einem Arbeitsverhältnis folgen. Das war hier bei der beklagten brandenburgischen Stadt der Fall, bei der der klagende Arbeitnehmer im feuerwehrtechnischen Dienst angestellt war.

Sodann muss der Staat zurechenbar gegen eine Norm des Unionsrechts verstoßen haben, die zumindest auch den Schutz des Betroffenen bezweckt, dieser Verstoß muss hinreichend qualifiziert sein und unmittelbar kausal zu einem Schaden bei dem Betroffenen geführt haben⁸⁴. Hier sah die streitgegenständliche brandenburgische Arbeitszeitverordnung unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit vor, auf Antrag der Beamten diesen Schichtdienst von bis zu 56 Stunden wöchentlich im Jahresdurchschnitt zu bewilligen, was gegen Art. 22 Abs. 1 lit. b ArbeitszeitRL 2003/88/EG verstieß⁸⁵. Der Arbeitnehmer, auf dessen Arbeitsverhältnis die Verordnung entsprechende Anwendung fand, hatte einen entsprechenden Antrag gestellt und außerdem erklärt, dass er aus der etwaigen Unionsrechtswidrigkeit der Regelung folgende Ansprüche vorsorglich fristwährend geltend mache⁸⁶. Schließlich klagte er für die unionsrechtswidrig geleisteten Überstunden eine Vergütung i.H.v. insgesamt über 14.000 € vor dem ArbG⁸⁷ ein. Die Klage blieb in allen Instanzen erfolglos – zu Unrecht.

bb) Erstreckung der Ausschlussfrist auf Staatshaftungsansprüche

Der Senat wollte sich ersichtlich um die inhaltliche Prüfung des Staatshaftungsanspruchs drücken, den das BVerwG freilich bereits zwei Jahre zuvor in eben diesen Fällen dem Grunde nach bejaht hatte⁸⁸. Der Senat erachtete lieber die Ansprüche jedenfalls für verfallen⁸⁹. Der hier anwendbare § 37 Abs. 1 TVöD-V sah eine sechsmonatige Ausschlussfrist für „Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis“ vor. Da der Senat hierfür nicht die materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage, sondern den „Entstehungsbereich“ des Anspruchs für maßgeblich erachtet, erfasst die Ausschlussfrist seiner Auffassung nach auch etwaige Staatshaftungsansprüche⁹⁰.

cc) Unionsrechtskonformität von Ausschlussfristen

Zutreffend prüft der Senat sodann die Vereinbarkeit der Ausschlussfrist mit dem Unionsrecht, genauer: mit den Grundsätzen der äquivalenten sowie der effektiven Unionsrechtsumsetzung⁹¹. Demnach müssen die Mitgliedstaaten die Verfahrensmodalitäten so regeln,

84 EuGH v. 5.3.1996 – C-46/93 u.a. – Brasserie du Pêcheur, NJW 1996, 1267 Rz. 51.

85 VG Cottbus v. 28.2.2013 – 5 K 914/11, juris; OVG Berlin-Brandenburg v. 18.6.2015 – 6 B 32/15, juris; BVerwG v. 20.7.2017 – 2 C 36/16, juris – Parallelentscheidung: BVerwG v. 20.7.2017 – 2 C 31/16, NVwZ 2018, 419.

86 BAG v. 11.4.2019 – 6 AZR 104/18, NZA 2019, 1004, 1005.

87 Die ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte für Staatshaftungsansprüche (§ 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG) gilt nicht für die allgemeine Innenhaftung, M. Feldmann, BeckOK-GVG, 7. Ed. (5/2020) – § 71 Rz. 5.

88 BVerwG v. 20.7.2017 – 2 C 31/16, NVwZ 2018, 419 Rz. 9 ff.

89 BAG v. 11.4.2019 – 6 AZR 104/18, NZA 2019, 1004 Rz. 16.

90 BAG v. 11.4.2019 – 6 AZR 104/18, NZA 2019, 1004 Rz. 16.

91 BAG v. 11.4.2019 – 6 AZR 104/18, NZA 2019, 1004 Rz. 17 ff.

dass diese nicht weniger günstig ausgestaltet sind als die entsprechenden innerstaatlichen Modalitäten (Äquivalenz) und die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivität)⁹². Die Grundsätze sind hier anwendbar, weil dem Arbeitnehmer womöglich sein unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch genommen und er damit in einem durch die Unionsrechtsordnung gewährten Recht beschränkt wird.

(1) Vereinbarkeit mit dem Äquivalenzprinzip

Die Äquivalenz der tarifvertraglichen Ausschlussfrist bejaht der Senat mit der Begründung, dass der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch hier mit sonstigen Zahlungsansprüchen des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, insbesondere mit einer Klage auf finanziellen Ausgleich für geleistete Überstunden vergleichbar sei, für die die Ausschlussfrist gleichermaßen gelte⁹³. Das ist allerdings nicht die ganze Wahrheit, denn etwa für Mindestlohnansprüche (dazu oben I.5.a)), Ansprüche auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall in Höhe des Mindestlohns⁹⁴ und Haftung wegen Vorsatzes (§ 202 Abs. 1 BGB) gelten tarifvertragliche Ausschlussfristen wie § 37 TVöD-V nicht. Sind diese Ansprüche dem unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch wegen Überstundenvergütung ähnlich? Oder bilden eher Staatshaftungsansprüche aus § 839 BGB den Vergleichsmaßstab, die grds. nur der Regelverjährung nach § 195, § 199 Abs. 1 BGB unterliegen, aber ebenfalls aus dem Arbeitsverhältnis „entstehen“⁹⁵ und deshalb womöglich der tarifvertraglichen Ausschlussfrist unterfallen?

Der EuGH wendet das Äquivalenzprinzip auf Ansprüche mit „ähnlichem Gegenstand und Rechtsgrund“ an⁹⁶ und stellt die Prüfung der Äquivalenz dem nationalen Gericht anheim, „das allein eine unmittelbare Kenntnis der Verfahrensmodalitäten für Klagen im Bereich des Arbeitsrechts besitzt, sowohl den Gegenstand als auch die wesentlichen Merkmale der als vergleichbar dargestellten Klagen des innerstaatlichen Rechts zu prüfen“⁹⁷. Demnach halten die gesetzlichen Ausschlussklauseln für Ansprüche wegen Diskriminierung (§ 15 Abs. 4, § 61b ArbGG) dem Äquivalenzvergleich wohl stand⁹⁸. Für Staatshaftungsansprüche gegen den Staat als Arbeitgeber kann das ebenfalls angenommen werden, weil sie keine reine Vorsatzhaftung darstellen⁹⁹ (wie die Fälle des § 202 Abs. 1 BGB) und nicht der Existenzsicherung dienen (wie die Mindestlohnfälle).

92 EuGH v. 27.2.2020 – C-773/18 u.a. – TK u.a., NVwZ 2020, 944 Rz. 61.

93 BAG v. 11.4.2019 – 6 AZR 104/18, NZA 2019, 1004 Rz. 21.

94 BAG v. 20.6.2018 – 5 AZR 377/17, NJW 2018, 3472 Rz. 19 ff.

95 Zur Drittgerichtetheit von Amtspflichten zwischen Beamten im haftungsrechtlichen Sinne: Dörr, BeckOK/BGB, Stand: 15.4.2020, § 839 Rz. 378 ff.

96 EuGH v. 8.7.2010 – C-246/09 – Bulicke, NZA 2010, 869 Rz. 26; EuGH v. 27.2.2020 – C-773/18 u.a. – TK u.a., NVwZ 2020, 944 Rz. 67.

97 EuGH v. 8.7.2010 – C-246/09 – Bulicke, NZA 2010, 869 Rz. 28; ebenso EuGH v. 27.2.2020 – C-773/18 u.a. – TK u.a., NVwZ 2020, 944 Rz. 66.

98 EuGH v. 8.7.2010 – C-246/09 – Bulicke, NZA 2010, 869 Rz. 34, unter dem Vorbehalt der eingehenden Prüfung durch das nationale Gericht.

99 Vorsätzlichkeit des Unionsrechtsverstößes ist aber ein Abwägungskriterium für einen hinreichend qualifizierten Unionsrechtsverstoß, EuGH v. 5.3.1996 – C-46/93 u.a. – Brasserie du Pêcheur u.a., NJW 1996, 1267 Rz. 56.

(2) Vereinbarkeit mit dem Effektivitätsprinzip

Das Effektivitätsprinzip hält der Senat ebenfalls für gewahrt, weil die Ausschlussfrist für Rechtssicherheit sorgt und der EuGH Ausschlussfristen im Arbeitsrecht prinzipiell für vereinbar mit dem Effektivitätsprinzip erachtet¹⁰⁰. Das ist angesichts der gegenständlichen Fristdauer von sechs Monaten ab Fälligkeit des Anspruchs (nicht bereits ab Anspruchsentstehung) vertretbar.

Der Senat macht die Fälligkeit des Staatshaftungsanspruchs von der Kenntnis des Arbeitnehmers von den anspruchsbegründenden Tatsachen abhängig¹⁰¹. Das verwundert nur auf den ersten Blick, sind doch Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der anspruchsbegründenden Umstände und der Person des Schuldners sonst nur Voraussetzungen für den Verjährungsbeginn (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB), während Schadensersatzansprüche sofort mit ihrer Entstehung fällig werden (§ 271 Abs. 1 BGB). Der Senat überträgt offenbar die Rechtsprechung zum Fälligkeitsbegriff des § 37 TVöD, wonach Schadensersatzansprüche frühestens fällig werden, wenn der Gläubiger vom Schadensereignis Kenntnis erlangt oder bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt Kenntnis erlangt hätte¹⁰², auf den TVöD-V.

Das ist unionsrechtlich gerechtfertigt, weil der EuGH verlangt, dass der Beginn der Ausschlussfristen nicht so festgesetzt wird, dass ein Arbeitnehmer möglicherweise nicht innerhalb der Frist die anspruchsbegründenden Tatsachen erkennen kann, so dass ihm die Geltendmachung seiner Ansprüche unmöglich wird¹⁰³. Das ist indes keine generelle Maßgabe, sondern nur für die Gesamtbetrachtung der Fristlänge relevant, und außerdem lässt der EuGH auch grobfahrlässige Unkenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen genügen¹⁰⁴. Innerhalb von sechs Monaten ab Anspruchsentstehung den Haftungsanspruch gegen den Arbeitgeber geltend machen zu müssen, kann gerade bei strittigen Rechtsfragen die Rechtsdurchsetzung der Arbeitnehmer unzulässig erschweren, wie der EuGH zu altersdiskriminierender Beamtenbesoldung in Sachsen-Anhalt später entschieden hat¹⁰⁵. Gerade wenn Verwaltungsbehörden einer EuGH-Rechtsprechung erst zu folgen bereit sind, wenn das BVerwG oder wenigstens die Mehrheit der Verwaltungsgerichte entschieden hat, dass die EuGH-Rechtsprechung auch für deutsche Behörden und ähnliche Betroffenengruppen maßgeblich ist¹⁰⁶, kann der Fristbeginn nicht an der ersten EuGH-Entscheidung anknüpfen, aus der sich die richtige Rechtslage ableiten lässt.

100 BAG v. 11.4.2019 – 6 AZR 104/18, NZA 2019, 1004 Rz. 22 ff.; vgl. EuGH v. 8.7.2010 – C-246/09 – Bulicke, NZA 2010, 869 Rz. 35 ff.; EuGH v. 27.2.2020 – C-773/18 u.a. – TK u.a., NVwZ 2020, 944 Rz. 68 ff.

101 BAG v. 11.4.2019 – 6 AZR 104/18, NZA 2019, 1004 Rz. 24.

102 BAG v. 16.5.1984 – 7 AZR 143/81, NZA 1985, 124.

103 EuGH v. 8.7.2010 – C-246/09 – Bulicke, NZA 2010, 869 Rz. 40; EuGH v. 27.2.2020 – C-773/18 u.a. – TK u.a., NVwZ 2020, 944 Rz. 71.

104 EuGH v. 27.2.2020 – C-773/18 u.a. – TK u.a., NVwZ 2020, 944 Rz. 73.

105 EuGH v. 27.2.2020 – C-773/18 u.a. – TK u.a., NVwZ 2020, 944 Rz. 77 ff.

106 So bei der altersdiskriminierenden Beamtenbesoldung, EuGH v. 27.2.2020 – C-773/18 u.a. – TK u.a., NVwZ 2020, 944 Rz. 87 ff.

dd) Maßgeblicher Ausschlussfristenbeginn

Den geschilderten Anforderungen des Effektivitätsprinzips wurde der Senat hier indes (zehn Monate vor der oben zitierten Klarstellung durch den EuGH) noch nicht gerecht, sondern entschied vielmehr:

„Mit Ableistung der aus Sicht des Kl. unionsrechtswidrigen Zuvielarbeit hatte er jeweils Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen.“¹⁰⁷

Indes hat das BVerwG erst nach der streitgegenständlichen Zuvielarbeit, nämlich im Juli 2017 einen offenkundigen Verstoß der hier maßgeblichen Arbeitszeitverordnung gegen die ArbeitszeitRL festgestellt¹⁰⁸; das VG Cottbus zwar schon im Februar 2013¹⁰⁹, aber die beklagte Stadt hatte dem Arbeitnehmer mitgeteilt, dass sie diese Entscheidung nicht für sich als verbindlich betrachte und bis zur endgültigen Klärung der Rechtslage die bisherige Dienstorganisation beibehalte¹¹⁰.

Überdies geht der Senat im Subsumtionsteil nun auf einmal davon aus, dass sich die Fälligkeit des Anspruchs nach § 24 Abs. 1 Satz 4 TVöD-V richte, weil es sich bei dem unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch wegen Zuvielarbeit letztlich um eine nicht in Monatsbeträgen festgelegte Gegenleistung für zu viel geleistete Dienste handele¹¹¹. § 24 Abs. 1 Satz 4 TVöD-V legt die Fälligkeit für Entgeltbestandteile, die nicht in Monatsbeträgen festgelegt sind, auf den letzten Tag des zweiten Kalendermonats, der auf ihre Entstehung folgt, fest. Ohne auf die zuvor versprochene Wahrung des Effektivitätsprinzips einzugehen, geht der Senat nun stur davon aus, dass der Kläger seine Ansprüche jeweils acht Monate nach ihrem Entstehen hätte geltend machen müssen¹¹². Der Senat verliert kein Wort zur Kenntnis oder grobfahrlässigen Unkenntnis der anspruchsbegründenden Umstände, insbesondere der (aus Arbeitnehmersicht) unklaren Rechtslage. Das ist unverständlich. Das Effektivitätsprinzip hätte hier dazu führen müssen, dass die Ausschlussfrist frühestens mit der Entscheidung des BVerwG zu laufen beginnt, weil die Beklagte sich vorher erklärtermaßen nicht unionsrechtskonform verhalten wollte. Wenn man sodann § 24 Abs. 1 Satz 4 i.V.m. § 37 Abs. 1 Satz 1 TVöD-V anwendet, wäre die Ausschlussfrist erst acht Monate nach dem BVerwG-Urteil abgelaufen und wäre der Kläger mit seiner Klage vom Dezember 2016 jedenfalls rechtzeitig gewesen.

Hingewiesen sei darauf, dass beamtete Feuerwehrmänner in einer vergleichbaren Situation wie der Kläger ab dem Monat Ersatz für ihre unionsrechtswidrige Zuvielleistung verlangen können, der auf die schriftliche Geltendmachung der Ansprüche folgt – Ausschlussfristen gelten für sie nicht¹¹³.

107 BAG v. 11.4.2019 – 6 AZR 104/18, NZA 2019, 1004 Rz. 26.

108 BVerwG v. 20.7.2017 – 2 C 31/16, NVwZ 2018, 419.

109 VG Cottbus v. 28.2.2013 – 5 K 914/11, juris.

110 BAG v. 11.4.2019 – 6 AZR 104/18, NZA 2019, 1004, 1005.

111 BAG v. 11.4.2019 – 6 AZR 104/18, NZA 2019, 1004 Rz. 26.

112 BAG v. 11.4.2019 – 6 AZR 104/18, NZA 2019, 1004 Rz. 27.

113 BVerwG v. 20.7.2017 – 2 C 31/16, NVwZ 2018, 419 Rz. 43 ff.

ee) Eindeutige Geltendmachung von Ansprüchen

Schließlich hat der Senat einem vorsorglichen Geltendmachungsschreiben des Arbeitnehmers keine fristwahrende Bedeutung beigemessen¹¹⁴. Das Schreiben, mit dem der Kläger den begehrten Anspruch geltend machen wollte, lautete auszugsweise:

„[...] sollten den hauptamtlichen Kräften im Hinblick auf das Urteil des Verwaltungsgerichtes in Cottbus vom 28. Februar 2013 (AZ.: VG 5 K 914/11) etwaige Ansprüche entstehen, möchten wir diese fristwährend geltend machen“¹¹⁵.

Das war nach Ansicht des Senats weder in zeitlicher Hinsicht hinreichend spezifiziert, noch drückte der Kläger damit ein eindeutiges Erfüllungsverlangen aus¹¹⁶. Der Anspruchsgegner müsse ausgehend von seinem Empfängerhorizont erkennen können, um welche Forderung es sich handle, wobei die Art des Anspruchs und die Tatsachen, auf die er gestützt wird, erkennbar sein müssten¹¹⁷. Sehr kleinlich meint der Senat, dass der hier vom Kläger verwendete Ausdruck „entstehen“ (im Gegensatz zum passenderen „bestehen“) nicht klar mache, ob Ansprüche für die Zukunft oder auch für die Vergangenheit geltend gemacht werden sollen. Das Erfüllungsverlangen scheitere daran, dass dem Schreiben nicht deutlich genug zu entnehmen sei, ob der Kläger überhaupt schon davon ausgegangen sei, Inhaber eines Anspruchs zu sein. Stattdessen mache er die Geltendmachung des Anspruchs von einer weitergehenden Prüfung des VG abhängig. Das reiche für eine vorsorgliche Geltendmachung des Anspruchs nicht aus¹¹⁸.

Bei wohlwollender Anwendung der §§ 133, 157 BGB analog¹¹⁹ hätte die Erklärung des Arbeitnehmers unproblematisch als Geltendmachung der Vergütungsansprüche für unionsrechtswidrige Zuvielarbeit ausgelegt werden können, weil das zitierte VG-Urteil dieselbe Arbeitgeberin zu einer Geldentschädigung aus unionsrechtlichem Staatshaftungsanspruch wegen Zuvielarbeit verurteilt hatte. Diese Entschädigung begehrte der Kläger auch, wie der Senat selbst einräumt, wenn er in dem Schreiben eine „Bitte um [...] Gleichbehandlung mit den hauptamtlichen (beamteten) Feuerwehrleuten“ sieht¹²⁰. Das unionsrechtliche Effektivitätsprinzip, das der Senat im Maßstäbe-Teil zutreffend dargestellt hat, hätte er hier ebenfalls anwenden müssen.

ff) Bewertung

Die Entscheidung ist ersichtlich vom Willen getragen, den Fall über die tarifvertragliche Ausschlussfrist zu lösen, ohne auf den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch materiell eingehen zu müssen. Der Sechste Senat erkennt zwar im Ausgangspunkt, dass die Anfor-

114 BAG v. 11.4.2019 – 6 AZR 104/18, NZA 2019, 1004 Rz. 31 ff.

115 BAG v. 11.4.2019 – 6 AZR 104/18, NZA 2019, 1004, 1005.

116 BAG v. 11.4.2019 – 6 AZR 104/18, NZA 2019, 1004 Rz. 32.

117 BAG v. 11.4.2019 – 6 AZR 104/18, NZA 2019, 1004 Rz. 33.

118 BAG v. 11.4.2019 – 6 AZR 104/18, NZA 2019, 1004 Rz. 36.

119 Für rechtsgeschäftsähnliche Handlungen (wie die Geltendmachung eines Anspruchs) gelten die Regeln für Willenserklärungen entsprechend, BAG v. 11.12.2003 – 6 AZR 539/02, ZTR 2004, 264.

120 BAG v. 11.4.2019 – 6 AZR 104/18, NZA 2019, 1004 Rz. 36.

derungen des Effektivitätsprinzips an Ausschlussfristen recht hoch und arbeitnehmerfreundlich sind, will daraus aber partout nicht den Schluss ziehen, dass die Frist hier wegen unklarer Rechtslage nicht vor rechtskräftiger Entscheidung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens abgelaufen sei. Hätte der Senat die TK-Entscheidung des EuGH bereits gekannt, hätte er den Fall anders entscheiden müssen. Im Ergebnis bleiben 42 Randnummern, die die öffentlichen Kassen schonen und zeigen, wie man zutreffenden Rechtsmaßstäben auf Subsumtionsebene die Wirkung nehmen kann.

II. Rechtsprechung zu tarifvertraglichen Sozialkassen

Nachdem der Zehnte Senat und der Gesetzgeber in den vergangenen Jahren den Rechtsrahmen für tarifvertragliche Sozialkassen vor allem in der Bauwirtschaft (SOKA-Bau) erheblich umgestaltet hatten (dazu 1.), bekräftigte der Senat im Jahre 2019 nochmals die Verfassungsmäßigkeit des SokaSiG (dazu 2.), erstreckte diese Rechtsprechung auf das SokaSiG2 (dazu 3.) und klärte einige Folgefragen: u.a. die Rückforderung von Sozialkassenbeiträgen (dazu 4.) und den Verzug mit rückwirkend begründeten Zahlungspflichten (dazu 5.).

1. Entwicklung der Rechtslage zu Sozialkassen der Bauwirtschaft

a) Wirtschaftliche und tarifvertragliche Rahmenbedingungen

Der Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren (VTV) in der Bauwirtschaft trägt den Besonderheiten der Branche Rechnung, indem eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien i.S.d. § 4 Abs. 2 TVG errichtet wird. Die SOKA-Bau, in der die Sozialkassen der Bauwirtschaft zusammengefasst sind, setzt das Sozialkassenverfahren als Umlageverfahren um, indem sie von den erfassten Bauunternehmen Beiträge einfordert, diese verwaltet und Arbeitnehmern sowie Arbeitgebern Leistungen aus den eingezogenen Beiträgen erbringt. Hauptsächlich geht es hierbei darum, Urlaubsansprüche arbeitgeberübergreifend zu sichern, Betriebsrentenbeihilfen zu finanzieren und die Berufsausbildung zu fördern¹²¹ (vgl. Maßnahmen im Katalog des § 5 Abs. 1a Satz 1 TVG n.F.). Wegen der weiten Verbreitung kurzzeitiger Beschäftigungsverhältnisse, hoher Fluktuation und häufiger witterungsbedingter Ausfallzeiten im Bau gilt ein solches Ausgleichsverfahren als sinnvoll, kann es doch Arbeitnehmern wie Unternehmen halbwegs ausgeglichene Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen verschaffen. Die VTV werden i.d.R. für allgemeinverbindlich erklärt, um – ergänzend zur allgemeinen sozialen und wettbewerblichen Schutzfunktion¹²² – die Funktionsfähigkeit der Sozialkassen zu garantieren: Wenn die Sozialleistungen von allen Unternehmen der Branche unabhängig von ihrer Verbandsmitgliedschaft getragen werden, kann das umlagebasierte System eine möglichst große Wirkung entfalten¹²³.

121 Braig, LGP 2019, 158 f.; Thüsing, NZA-Beilage 2017, 3.

122 Franzen, Erfurter Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 5 TVG Rz. 1 f.

123 Entwurfsbegründung zum SokaSiG, BT-Drucks. 18/10631, 1 f.; Greiner/P. Hanau/Preis, SR-Sonderheft 1/2014, 2; Ulber, NZA-Beilage 2018, 3.

b) Rechtsprechungs- und Gesetzesentwicklung bis 2019

Die VTV wurden regelmäßig nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt¹²⁴. Der Zehnte Senat hat indes in den Jahren 2016 und 2017 die AVE VTV 2008 und 2010¹²⁵, AVE VTV 2012¹²⁶, AVE VTV 2013 I und II¹²⁷ sowie AVE VTV 2014¹²⁸ für unwirksam erklärt. Die Gründe waren formeller Art:

- Nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG a.F. konnte ein Tarifvertrag nur für allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn die bereits tarifgebundenen Arbeitgeber mindestens 50 % der unter den Geltungsbereich des betreffenden Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen. Hierbei ist das BMAS von ungeeigneten Schätzungsgrundlagen ausgegangen, weil es u.a. nur die Anzahl der Arbeitnehmer ermittelt hatte, die im Geltungsbereich des jeweiligen VTV beschäftigt waren. Das waren erheblich mehr, als tatsächlich tarifgebunden waren, weil der VTV selbst seinen Geltungsbereich einschränkte¹²⁹. Weil die zum Zeitpunkt der AVE maßgebliche Arbeitnehmerzahl nicht mehr zweifelsfrei ermittelt werden konnte, waren die positiv festzustellenden Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG a.F. nicht gegeben¹³⁰.
- Darüber hinaus waren die AVE VTV 2008, 2010 und 2013 I auch deshalb unwirksam, weil sich der zuständige Minister nicht ausreichend mit der Angelegenheit befasst hatte und den AVE damit die demokratische Legitimation fehlte¹³¹. Aus dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) folgt, dass sich der zuständige Minister (oder wenigstens sein Staatssekretär¹³²) persönlich zustimmend mit der AVE befasst haben muss, und das hätte wegen des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) auch aktenkundig dokumentiert werden müssen¹³³. In den angeführten Fällen waren die AVE jedoch lediglich von Minis-

124 VTV v. 20.12.1999 i.d.F. v. 20.8.2007 und 5.12.2007 am 15.5.2008 für allgemeinverbindlich erklärt (BAnz. v. 15.7.2008 – AVE VTV 2008); VTV v. 18.12.2009 am 25.6.2010 für allgemeinverbindlich erklärt (BAnz. v. 2.7.2010 – AVE VTV 2010); VTV v. 18.12.2009 i.d.F. v. 21.12.2011 am 3.5.2012 für allgemeinverbindlich erklärt (BAnz. AT v. 22.5.2012 B4 – AVE VTV 2012); VTV v. 18.12.2009 i.d.F. v. 17.12.2012 am 29.5.2013 für allgemeinverbindlich erklärt (BAnz. AT v. 7.6.2013 B5 – AVE VTV 2013 I); VTV v. 3.5.2013 allgemeinverbindlich erklärt am 25.10.2013 (BAnz. AT v. 4.11.2013 B2, berichtigt in BAnz. AT v. 14.3.2014 B2 – AVE VTV 2013 II); VTV v. 3.5.2013 i.d.F. v. 3.12.2013 am 14.3.2014 für allgemeinverbindlich erklärt (BAnz. AT v. 19.3.2014 B1 – AVE VTV 2014).

125 BAG v. 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, NZA-Beilage 2017, 12.

126 BAG v. 25.1.2017 – 10 ABR 43/15, NZA 2017, 731.

127 BAG v. 25.1.2017 – 10 ABR 34/15, juris.

128 BAG v. 21.9.2016 – 10 ABR 48/15, BAGE 156, 289.

129 BAG v. 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, NZA-Beilage 2017, 12 Rz. 201 ff.; BAG v. 25.1.2017 – 10 ABR 43/15, NZA 2017, 731 Rz. 64 ff.; BAG v. 25.1.2017 – 10 ABR 34/15, juris Rz. 76 ff.; BAG v. 21.9.2016 – 10 ABR 48/15, BAGE 156, 289 Rz. 185 ff.

130 BAG v. 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, NZA-Beilage 2017, 12 Rz. 205 ff.; BAG v. 25.1.2017 – 10 ABR 43/15, NZA 2017, 731Rz. 68 ff.; BAG v. 25.1.2017 – 10 ABR 34/15, juris Rz. 80 ff.; BAG v. 21.9.2016 – 10 ABR 48/15, BAGE 156, 289 Rz. 189 ff.

131 BAG v. 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, NZA-Beilage 2017, 12 Rz. 138 ff.; BAG v. 25.1.2017 – 10 ABR 34/15, juris Rz. 89 ff.

132 BAG v. 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, NZA-Beilage 2017, 12 Rz. 163 ff.

133 BAG v. 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, NZA-Beilage 2017, 12 Rz. 146 ff.

terialbeamten mit dem Zusatz „i. A.“ unterzeichnet worden, was keine hinreichende Befassung des Ministers oder seines Vertreters erkennen ließ¹³⁴.

Wegen dieser verfassungsgemäßen¹³⁵ BAG-Entscheidungen fürchtete der Gesetzgeber, dass die Sozialkassen des Baugewerbes nun mit umfangreichen Rückforderungsansprüchen konfrontiert würden und ihre Akzeptanz generell schwinden würde¹³⁶. Um den Fortbestand der SOKA-Bau zu sichern, wurde das SokaSiG erlassen¹³⁷, das am 25.5.2017 in Kraft trat. Das SokaSiG ordnet an, dass die ursprünglich für allgemeinverbindlich erklärten VTV rückwirkend allgemeinverbindlich gelten und schafft so eine eigenständige gesetzliche Rechtsgrundlage für die Sozialkassen im Baugewerbe¹³⁸.

Im Jahre 2018 hat der Zehnte Senat sodann die AVE VTV 2015¹³⁹ und AVE VTV 2016¹⁴⁰ für wirksam befinden können, weil sich die Gesetzeslage zwischenzeitlich geändert hatte: § 5 Abs. 1 TVG wurde mit Inkrafttreten des Tarifautonomiestärkungsgesetzes am 16.8.2014 aufgrund der anhaltend nachlassenden Tarifbindung¹⁴¹ dahingehend geändert, dass statt eines 50-Prozent-Quorums für eine AVE lediglich erforderlich ist, dass die AVE im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Zwar spricht § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TVG n.F. davon, dass ein öffentliches Interesse in der Regel dann geboten erscheint, wenn der Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich überwiegende Bedeutung erlangt hat und das ist nach Ansicht des Zehnten Senats so zu lesen, dass die „Mehrzahl der Arbeitsverhältnisse im Geltungsbereich des Tarifvertrags durch diesen gestaltet wird“¹⁴². Jedoch hat der Senat klargestellt, dass die Erfüllung eines Regelbeispiels nur eine gesetzliche Vermutung begründet, das öffentliche Interesse sich aber auch aus anderen Kriterien ergeben kann¹⁴³. Außerdem erfüllten die AVE VTV 2015 und 2016 die Voraussetzungen des ebenfalls mit dem Tarifautonomiestärkungsgesetz neu eingefügten § 5 Abs. 1a TVG¹⁴⁴.

2. Verfassungsmäßigkeit des SokaSiG

Die in § 7 Abs. 4–7 SokaSiG angeordnete Geltungserstreckung der VTV im Baugewerbe auf nicht tarifgebundene Arbeitgeber hält der Zehnte Senat für verfassungsgemäß. Das hat der

134 BAG v. 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, NZA-Beilage 2017, 12 Rz. 183 f.; BAG v. 25.1.2017 – 10 ABR 34/15, juris Rz. 91.

135 BVerfG (Kammer) v. 10.1.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253 – zu BAG v. 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, NZA-Beilage 2017, 12; BVerfG (Kammer) v. 10.1.2020 – 1 BvR 1459/17, juris – zu BAG v. 25.1.2017 – 10 ABR 34/15, juris.

136 Vgl. Entwurfsbegründung zum SokaSiG, BT-Drucks. 18/10631, 1 ff.

137 Gesetz zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe, BGBl. I 2017, 1210.

138 BT-Drucks. 18/10631, 3.

139 BAG v. 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beilage 2018, 8 Rz. 51 ff.

140 BAG v. 20.11.2018 – 10 ABR 12/18, NZA 2019, 628 Rz. 27 ff.

141 Entwurfsbegründung zum Tarifautonomiestärkungsgesetz, BT-Drucks. 18/1558, 1.

142 BAG v. 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beilage 2018, 8 Rz. 117; krit. *Forst*, RdA 2015, 25, 28: 50-Prozent-Quorum „durch die Hintertür“.

143 BAG v. 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beilage 2018, 8 Rz. 104, 117.

144 BAG v. 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beilage 2018, 8 Rz. 132; BAG v. 20.11.2018 – 10 ABR 12/18, NZA 2019, 628 Rz. 27 ff.

Senat erstmals im Jahre 2018 entschieden¹⁴⁵ und 2019 wiederholt bestätigt, wobei er seine Begründung auf starke Revisionsangriffe hin vertieft hat¹⁴⁶. Das letzte Wort hat im Jahre 2020 eine Kammer des BVerfG gesprochen und eine Verfassungsbeschwerde gegen das SokaSiG mangels Erfolgsaussichten nicht zur Entscheidung angenommen¹⁴⁷.

a) Vereinbarkeit des SokaSiG mit Grundrechten

Den Eingriff in die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG der nicht tarifgebundenen Arbeitgeber erachtet der Senat für gerechtfertigt, weil das SokaSiG den Fortbestand der Sozialkassen im Baugewerbe sichere, ohne die koalitionsspezifischen Verhaltensweisen der Tarifvertragsparteien oder den materiellen Inhalt der tariflichen Regelungen zu berühren, und der mittelbare Eintrittsdruck in die VTV-schließenden Tarifverbände nicht so erheblich sei, dass die negative Koalitionsfreiheit verletzt würde¹⁴⁸. Auch die rückwirkende Beseitigung schuldrechtlicher Rückerstattungsansprüche gegen die SOKA-Bau wegen Unwirksamkeit der AVE sei ein gerechtfertigter Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG, denn der Gesetzgeber durfte den Fortbestand der SOKA-Bau als erheblich gefährdet ansehen und der Ausschluss etwaiger Erstattungsansprüche sei geeignet, erforderlich und angemessen, um die im Interesse des Gemeinwohls erstrebte Sicherung der Sozialkassen zu erreichen¹⁴⁹.

b) Verfassungsmäßigkeit der Rückwirkung des SokaSiG

Die faktische echte Rückwirkung des SokaSiG sei mit dem Rückwirkungsverbot aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG vereinbar, weil sich durch die AVE kein schützenswertes Vertrauen der betroffenen Arbeitgeber¹⁵⁰ habe aufbauen können, selbst nicht, nachdem die AVE vom BAG für unwirksam erklärt wurden, weil mit einem Eingreifen des Gesetzgebers zu rechnen gewesen sei¹⁵¹. Insbesondere in diesem Punkt hat der Senat im Jahre 2019 seine Auffassung vertieft begründet¹⁵² und betont:

„Objektiv durfte niemand auf die Unwirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärungen vertrauen, weil die weit überwiegende Rechtsansicht sie jedenfalls bis zu den Entscheidungen des Senats vom 21.9.2016 für wirksam gehalten hatte“¹⁵³.

145 BAG v. 20.11.2018 – 10 AZR 121/18, NZA 2019, 552 Rz. 42 ff.

146 U.a. BAG v. 27.3.2019 – 10 AZR 318/17, NZA 2019, 1518 Rz. 47 ff.; BAG v. 8.5.2019 – 10 AZR 559/17, NZA 2019, 1503 Rz. 29 ff.; BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 499/17, NZA 2019, 1725 Rz. 81 ff.; BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 498/17, NZA 2020, 64 Rz. 39 ff.; BAG v. 28.8.2019 – 10 AZR 550/18, NZA 2020, 59 Rz. 23 ff.; BAG v. 28.8.2019 – 10 AZR 549/18, NZA 2019, 1732 Rz. 84 ff.; BAG v. 24.9.2019 – 10 AZR 562/18, NZA 2019, 1713 Rz. 20 ff.

147 BVerfG (Kammer) v. 11.8.2020 – 1 BvR 2654/17.

148 BAG v. 20.11.2018 – 10 AZR 121/18, NZA 2019, 552 Rz. 45 ff.; BAG v. 27.3.2019 – 10 AZR 318/17, NZA 2019, 1518 Rz. 48 ff.

149 BAG v. 20.11.2018 – 10 AZR 121/18, NZA 2019, 552 Rz. 56 ff.

150 Zur verfassungskonformen Auslegung für die zunächst nicht betroffenen Arbeitgeber: BAG v. 20.11.2018 – 10 AZR 121/18, NZA 2019, 552 Rz. 97 ff.

151 BAG v. 20.11.2018 – 10 AZR 121/18, NZA 2019, 552 Rz. 68 ff.; BAG v. 27.3.2019 – 10 AZR 318/17, NZA 2019, 1518 Rz. 58 ff.

152 BAG v. 27.11.2019 – 10 AZR 476/18, juris Rz. 66 ff.

153 BAG v. 27.11.2019 – 10 AZR 476/18, juris Rz. 72.

c) Verfassungsmäßigkeit der zeitlich tarifabhängigen Gesetzesgeltung

Außerdem hat sich der Senat mit dem Einwand auseinandergesetzt, dass das SokaSiG rechtsstaatswidrig sei, weil es die zeitliche Geltungsanordnung der VTV teilweise von der Beendigung der VTV und damit vom Willen der Tarifvertragsparteien abhängig macht (vgl. § 7 Abs. 1 SokaSiG). Das sei einerseits kompensiert durch die Informationspflicht der Tarifparteien nach § 7 Abs. 1 Satz 1 TVG und die Bekanntmachungspflicht des BMAS nach § 9 Abs. 2 SokaSiG¹⁵⁴ und andererseits habe sich damit der Gesetzgeber nicht seiner Rechtsetzungsbefugnis entäußert¹⁵⁵. Schließlich hält der Senat die Gesetzgebungstechnik durch Verweis auf Anlagen zum Gesetz für verfassungsrechtlich unbedenklich, weil das Bestimmtheitsgebot dadurch gewahrt werde, dass die statisch in Bezug genommenen Tarifverträge zusammen mit dem SokaSiG im Bundesgesetzblatt abgedruckt wurden¹⁵⁶.

3. Verfassungsmäßigkeit des SokaSiG2

Noch bevor das SokaSiG vom BAG für verfassungskonform befunden wurde, hat der Gesetzgeber bereits im Jahre 2017 das Gesetz zur Sicherung der tarifvertraglichen Sozialkassenverfahren (SokaSiG2) verabschiedet¹⁵⁷, das am 8.9.2017 in Kraft getreten ist. Das SokaSiG 2 gilt für die VTV der Sozialkassen abseits des Baugewerbes, und soll sie gesetzlich absichern, bevor Arbeitsgerichte auch die Unwirksamkeit der AVE der ihnen zugrunde liegenden VTV wegen ähnlicher Mängel wie die AVE der VTV im Baugewerbe feststellen¹⁵⁸.

Der Zehnte Senat hat im Jahre 2019 die Verfassungsmäßigkeit des SokaSiG2 analog zum SokaSiG (dazu oben II.2.) anhand des VTV des Gerüstbauerhandwerks bestätigt¹⁵⁹. Die gesetzliche Tariferstreckung auf Außenseiter durch das SokaSiG2 ist nach Auffassung des Senats mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar, weil das den Fortbestand der Sozialkassen sichere, ohne die koalitionspezifischen Verhaltensweisen der Tarifvertragsparteien oder den materiellen Inhalt der tariflichen Regelungen zu berühren; der mittelbare Beitrittsdruck zu den tarifschließenden Verbänden sei jedenfalls nicht so erheblich, dass die negative Koalitionsfreiheit verletzt würde¹⁶⁰. Der Gesetzgeber brauchte nicht zu warten, ob die AVE der einzelnen Verfahrenstarifverträge für unwirksam erklärt werden würden, sondern konnte bereits im Vorgriff handeln¹⁶¹. Der Eingriff in die Eigentumsfreiheit durch Beseitigung etwaiger Rückforderungsansprüche der Arbeitgeber gegen die Sozialkassen sei zur Sicherung der Sozialkassen gerechtfertigt¹⁶². Die Rückwirkungsproblematik stellte sich hier in geringerem Maße als beim SokaSiG, weil die AVE der vom SokaSiG2 erfassten Tarifverträge noch nicht

154 BAG v. 27.11.2019 – 10 AZR 476/18, juris Rz. 77 f.

155 BAG v. 27.11.2019 – 10 AZR 476/18, juris Rz. 79 ff.

156 BAG v. 27.11.2019 – 10 AZR 476/18, juris Rz. 82 ff., unter Verweis auf den Anlageband zu BGBl. I 2017 Nr. 29 v. 24.5.2017.

157 BGBl. I 2018, 3356.

158 BAG v. 27.3.2019 – 10 AZR 211/18, NZA 2019, 1512 Rz. 62.

159 BAG v. 27.3.2019 – 10 AZR 211/18, NZA 2019, 1512 Rz. 31 ff.

160 BAG v. 27.3.2019 – 10 AZR 211/18, NZA 2019, 1512 Rz. 34 ff.

161 BAG v. 27.3.2019 – 10 AZR 211/18, NZA 2019, 1512 Rz. 39.

162 BAG v. 27.3.2019 – 10 AZR 211/18, NZA 2019, 1512 Rz. 43.

für unwirksam erklärt wurden. Damit habe sich bei den betroffenen Arbeitgebern, die nicht originär tarifgebunden waren, erst recht kein schützenswertes Vertrauen darauf bilden können, von Beitragszahlungen verschont zu bleiben¹⁶³.

4. Rückforderung von Sozialkassenbeiträgen

Infolge der Nichtigerklärung der AVE des Baugewerbes (dazu oben II.1.b)) forderten etliche Arbeitgeber ihre Beiträge von den Sozialkassen nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zurück. Ohne wirksame AVE seien die Zahlungen rechtsgrundlos und das SokaSiG sei verfassungswidrig¹⁶⁴. Da der Zehnte Senat von der Verfassungsmäßigkeit des SokaSiG, insbesondere auch seiner Rückwirkung überzeugt ist (dazu oben II.2.), konnte er die Klagen auf Beitragsrückerstattung ohne großes Federlesen als unbegründet abweisen¹⁶⁵. In einem Fall wollte der Arbeitgeber zwar seine Beiträge von einer Zusatzversorgungskasse zurückfordern, die die Beiträge von einer anderen Stelle einziehen ließ, welche die Beiträge dann an die Kasse abführte¹⁶⁶. Ein Anspruch gegen die Einzugsstelle aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB scheiterte hier indes schon daran, dass die Einzugsstelle die Beiträge nicht durch bewusste und zweckgerichtete Vermögensmehrung vom Arbeitgeber erlangt hatte; ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB scheiterte am Vorrang der Leitungskondiktion¹⁶⁷.

5. Verzug mit rückwirkend begründeten Zahlungspflichten

Schließlich mussten infolge des Inkrafttretens des SokaSiG einige Arbeitgeber Beiträge zu den Sozialkassen des Baugewerbes nachzahlen, die sich bisher geweigert hatten. Interessant war insofern noch, für welchen Zeitraum die Sozialkassen Verzugszinsen beanspruchen durften.

a) Verzugsvoraussetzungen

In einem Fall ging es um Verzug während einer unwirksamen AVE¹⁶⁸, in einem anderen um Verzug während einer wirksamen AVE¹⁶⁹. Der Zehnte Senat hat in beiden Fällen Verzug der Arbeitgeber und damit einen Anspruch der Sozialkasse auf Verzugszinsen aus § 286, § 288 BGB bejaht¹⁷⁰. Bei Verzug während wirksamer AVE, die nachträglich durch das SokaSiG abgesichert wurde, war das unproblematisch. Mit einer rückwirkenden Geltungsanordnung eines ohnehin für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags muss ge-

163 BAG v. 27.3.2019 – 10 AZR 211/18, NZA 2019, 1512 Rz. 52 ff.

164 BAG v. 24.9.2019 – 10 AZR 562/18, NZA 2019, 1713 f.; BAG v. 27.11.2019 – 10 AZR 399/18, juris Rz. 5.

165 BAG v. 24.9.2019 – 10 AZR 562/18, NZA 2019, 1713 Rz. 20 ff.; BAG v. 27.11.2019 – 10 AZR 399/18, juris Rz. 26 ff.

166 BAG v. 27.11.2019 – 10 AZR 399/18, juris.

167 BAG v. 27.11.2019 – 10 AZR 399/18, juris Rz. 24 ff.

168 BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 499/17, NZA 2019, 1725 ff.; ebenso im Fall des BAG v. 18.12.2019 – 10 AZR 322/17, NZA 2020, 741 ff.

169 BAG v. 28.8.2019 – 10 AZR 549/18, NZA 2019, 1732 ff.

170 BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 499/17, NZA 2019, 1725 Rz. 52; BAG v. 28.8.2019 – 10 AZR 549/18, NZA 2019, 1732 Rz. 29; BAG v. 18.12.2019 – 10 AZR 322/17, NZA 2020, 741 Rz. 16 ff.

rechnet werden, wenn damit nur die Allgemeinverbindlichkeit des Tarifvertrags erneuert oder geändert wird¹⁷¹.

Im Fall der unwirksamen AVE lässt sich der zwischenzeitliche Zahlungsverzug indes nicht so leicht begründen, weil bis zum Inkrafttreten des rückwirkenden SokaSiG der Arbeitgeber nicht zur Beitragszahlung verpflichtet war. Zieht man die h.M. zu § 184 BGB heran, kann die Rückwirkung der Genehmigung nicht ebenso rückwirkend den Schuldner in Verzug setzen¹⁷². Freilich kann eine Leistungspflicht samt Leistungszeitbestimmung rückwirkend für die Vergangenheit vertraglich oder gesetzlich begründet werden und damit der Schuldner ex tunc mit seiner Leistung säumig sein, doch setzt Schuldnerverzug Vertretenmüssen voraus (§ 286 Abs. 4 BGB). Erst ab dem Moment, in dem eine nachholbare Leistungspflicht mit bereits abgelaufenem Leistungszeitraum rückbewirkt wird und der Schuldner davon Kenntnis erlangt oder hätte erlangen können, befindet er sich in Leistungsverzug¹⁷³.

Von solch einer trotz rückbewirkter Leistungspflicht schuldhaften Nichtleistung ist der Zehnte Senat hier ausgegangen, denn selbst einer ex tunc für unwirksam erklärten AVE kommt „als staatlichem Rechtsakt der erste Anschein der Rechtmäßigkeit zugute“¹⁷⁴. Das bestätigt sich in § 98 Abs. 6 Satz 2 f. ArbGG, wonach das Arbeitsgericht bei Zweifeln über die Wirksamkeit einer AVE den Schuldner dennoch zur vorläufigen Zahlung verpflichten muss, wenn die Unwirksamkeit nicht offensichtlich ist¹⁷⁵. Die Argumentation überzeugt, hätte der Senat indes auch an das Vertretenmüssen nach § 286 Abs. 4 BGB knüpfen können. Insofern erwägt der Senat nur einen unverschuldeten Rechtsirrtum und lehnt ihn ab, da es im Verzugszeitraum der überwiegenden Rechtsauffassung entsprochen habe, dass die maßgeblichen Tarifverträge wirksam für allgemeinverbindlich erklärt worden seien¹⁷⁶.

b) Vereinbarkeit des Verzugszinses mit Art. 3 Abs. 1 GG

Die Höhe des Verzugszinses für die Sozialkassenbeiträge der Arbeitgeber im Baugewerbe beträgt pauschal ein Prozent pro Verzugsmonat. Diese Regelung hat der Zehnte u.a. an Art. 3 Abs. 1 GG gemessen und dabei zutreffend dieselben Maßstäbe angelegt, wie das BVerfG an Gesetze¹⁷⁷ (zur Grundrechtsbindung bei AVE oben I.4.). Dass die Beitragsansprüche der Sozialkasse gegen die Arbeitgeber nicht ebenso verzinst werden wie etwaige Erstattungsansprüche der Arbeitgeber gegen die Kasse, sieht der Senat dadurch gerechtfertigt, dass der mit den Zinssätzen verbundene erhöhte Zahlungsdruck bei den Kassen nicht nötig sei, weil den VTV die Annahme zugrunde liege, dass die Sozialkassen ihre Verpflichtungen ordnungsgemäß erfüllen. Das sei „von dem den Tarifvertragsparteien eingeräumten

171 BAG v. 28.8.2019 – 10 AZR 549/18, NZA 2019, 1732 Rz. 29 ff.

172 Statt vieler *Ellenberger* in Palandt, 79. Aufl. 2020, § 184 BGB Rz. 2; *Bayreuther*, MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2018, § 184 Rz. 13 m.w.N.

173 *Latzel*, AcP 216 (2016), 674, 696 f.

174 BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 499/17, NZA 2019, 1725 Rz. 57.

175 BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 499/17, NZA 2019, 1725 Rz. 51 ff.;

176 BAG v. 3.7.2019 – 10 AZR 499/17, NZA 2019, 1725 Rz. 60 ff.; BAG v. 18.12.2019 – 10 AZR 322/17, NZA 2020, 741 Rz. 20 ff.

177 BAG v. 28.8.2019 – 10 AZR 549/18, NZA 2019, 1732 Rz. 50 ff.

Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum gedeckt¹⁷⁸. Die Formulierung erinnert an die lediglich mittelbare Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien (dazu oben I.2.b)) und ist hier unpassend, weil es auf die Einschätzung des Staates ankommt, der sich durch die AVE den Tarifinhalt zu eigen macht. In der Sache ergibt sich allerdings kein Unterschied, weil der Staat dieselbe Annahme willkürfrei treffen darf.

Zutreffend erachtet der Senat die Zinsregelung auch insofern verfassungskonform, als sie nicht nach der Verzugsdauer innerhalb eines Monats zu differenziert. Diese pauschalierende Betrachtung steht dem Gesetzgeber unzweifelhaft offen (vgl. § 24 Abs. 1 Satz 1 SGB IV, § 240 Abs. 1 Satz 1 AO) und ist damit auch in allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen zulässig¹⁷⁹.

III. Rechtsprechung zu kollektivarbeitsrechtlichen Folgen von Betriebsübergängen

Geht ein Betrieb durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt der Betriebserberwerber in die Rechte und Pflichten aus den übergewandenen Arbeitsverhältnissen ein (§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB). Die kollektivarbeitsrechtlichen Herausforderungen beginnen damit, dass diese Rechte und Pflichten Inhalt der übergewandenen „Arbeitsverhältnisse“ werden, wenn sie beim bisherigen Betriebsinhaber durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung geregelt waren; dann dürfen sie beim Erwerber auch ein Jahr lang nicht zum Nachteil der Arbeitnehmer geändert werden (§ 613a Abs. 1 Satz 2 BGB). Das Verschlechterungsverbot gilt aber dann nicht, wenn die vormals kollektivvertraglich geregelten Rechte und Pflichten beim Erwerber durch Rechtsnormen einer anderen Kollektivregelung mit demselben Regelungsgegenstand normativ geregelt sind (§ 613a Abs. 1 Satz 3 BGB). Das BAG hatte im Jahre 2019 Gelegenheit, einige der insoweit strittigen Rechtsfolgen zu klären.

1. Kongruente Ablösung von Tarifverträgen beim Betriebserberwerber

a) Sachverhalt

Die Parteien stritten darüber, welcher Tarifvertrag nach einem Betriebsübergang auf das übergewandene Arbeitsverhältnis der gewerkschaftsangehörigen Arbeitnehmerin anzuwenden war¹⁸⁰. Der für den Betriebserberwerber geltende Tarifvertrag war bereits vor dem Betriebsübergang von der Gewerkschaft gekündigt worden. Anderthalb Jahre nach Wirksamwerden der Kündigung, aber noch vor dem Betriebsübergang, schlossen der Betriebserberwerber und die Gewerkschaft einen Änderungsarbeitsvertrag (ÄTV), der auf den gekündigten Tarifvertrag Bezug nahm. Die auf Differenzvergütung klagende Arbeitnehmerin meinte, dass der gekündigte Tarifvertrag nicht wieder wirksam in Kraft gesetzt worden sei und den beim bisherigen Betriebsinhaber normativ geltenden, für die Arbeitnehmerin günstigeren Tarifvertrag nicht abgelöst habe.

178 BAG v. 28.8.2019 – 10 AZR 549/18, NZA 2019, 1732 Rz. 53.

179 BAG v. 28.8.2019 – 10 AZR 549/18, NZA 2019, 1732 Rz. 55 ff.

180 BAG v. 23.1.2019 – 4 AZR 445/17, NZA 2019, 922, 923 f.

b) Verdrängungswirkung eines reaktivierten Erwerber-Tarifvertrags

Nach § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB gilt Satz 2 nicht, wenn die vormalig durch einen normativ geltenden Tarifvertrag bestimmten Rechte und Pflichten durch einen Tarifvertrag mit demselben Regelungsgegenstand, an den der Betriebserwerber und der Arbeitnehmer gebunden sind, geregelt werden (kongruente Ablösung)¹⁸¹. Derselbe Regelungsgegenstand ist dann betroffen, wenn dem Tarifvertrag beim Erwerber zu entnehmen ist, dass er die im Arbeitsverhältnis fortwirkenden Tarifregelungen insgesamt ablösen sollte¹⁸². Der Vierte Senat hat entschieden, dass hier beim Betriebserwerber mit Abschluss des ÄTV der gekündigte, nur noch nachwirkende Tarifvertrag wieder in Kraft gesetzt wurde und damit nach § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB das Arbeitsverhältnis der gewerkschaftsangehörigen Arbeitnehmerin diesem Tarifvertrag unterfiel¹⁸³. Zwar fehle eine ausdrückliche Wiederinkraftsetzung. Eine solche sei aber von den Tarifvertragsparteien gewollt gewesen, wie die Auslegung des ÄTV ergebe. Eine bloße Bezugnahme auf nachwirkende Regelungen – ob eine solche möglich ist, hat der Senat offengelassen – sei dem Parteiwillen nicht zu entnehmen¹⁸⁴.

c) Verschlechternde Ablösung sofort nach Betriebsübergang?

Der Vierte Senat lehnt bei der kongruenten Ablösung nach § 613a Abs. 1 Satz 3 ein Verschlechterungsverbot ab:

„Anders als bei der individualvertraglichen Bezugnahme auf Tarifverträge bedarf es eines kollektivrechtlich begründeten Mindeststandards beim Betriebsübergang nach § 613 Abs. 1 Satz 3 BGB dann nicht, wenn ein für das Arbeitsverhältnis aufgrund kongruenter Tarifgebundenheit des Erwerbers und des Arbeitnehmers legitimer Mindeststandard vorhanden ist“¹⁸⁵.

Die Verschlechterungsmöglichkeit hält der Senat für unionsrechtskonform und sieht für vernünftige Zweifel keinen Raum, weshalb er die Frage auch nicht dem EuGH vorlegt („*acte clair*“)¹⁸⁶. Ähnlich haben sich auch der Erste Senat und (sehr knapp) der Dritte Senat eingelassen, die ein unionsrechtliches Verschlechterungsverbot durch beim Erwerber geltende Kollektivregeln in der BetriebsübergangsRL 2001/23/EG nicht verankert sehen und weder der Scattolon-Entscheidung¹⁸⁷ noch der Unionen-Entscheidung¹⁸⁸ des EuGH Entsprechendes entnehmen wollen¹⁸⁹.

181 *Annuß*, Staudinger, 2019, § 613a BGB Rz. 236 f.; *Preis*, Erfurter Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 613a BGB Rz. 123.

182 BAG v. 23.1.2019 – 4 AZR 445/17, NZA 2019, 922 Rz. 24.

183 BAG v. 23.1.2019 – 4 AZR 445/17, NZA 2019, 922 Rz. 23 ff.

184 BAG v. 23.1.2019 – 4 AZR 445/17, NZA 2019, 922 Rz. 29 ff.

185 BAG v. 23.1.2019 – 4 AZR 445/17, NZA 2019, 922 Rz. 34.

186 BAG v. 23.1.2019 – 4 AZR 445/17, NZA 2019, 922 Rz. 35 f.

187 EuGH v. 6.9.2011 – C-108/10 – Scattolon, ZIP 2012, 1366.

188 EuGH v. 6.4.2017 – C-336/15 – Unionen, ZIP 2017, 1038.

189 BAG v. 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, 1203 Rz. 80 ff.; BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 59.

Bei unbefangener Lektüre von Art. 3 Abs. 3 BetriebsübergangsRL 2001/23/EG könnten indes „vernünftige Zweifel“ im Sinne der Acte-clair-Doktrin¹⁹⁰ aufkommen:

„Nach dem Übergang erhält der Erwerber die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen bis zur Kündigung oder zum Ablauf des Kollektivvertrags bzw. bis zum Inkrafttreten oder bis zur Anwendung eines anderen Kollektivvertrags in dem gleichen Maße aufrecht, wie sie in dem Kollektivvertrag für den Veräußerer vorgesehen waren.

Die Mitgliedstaaten können den Zeitraum der Aufrechterhaltung der Arbeitsbedingungen begrenzen, allerdings darf dieser nicht weniger als ein Jahr betragen.“

Daraus kann ein einjähriges Verschlechterungsverbot für beim früheren Betriebsinhaber geltende Kollektivverträge abgeleitet werden. Indes hat der EuGH bereits entschieden, dass der Betriebserwerber die nach dem bei ihm geltenden Kollektivvertrag vorgesehenen Arbeitsbedingungen „ab dem Zeitpunkt des Übergangs“ anwenden darf¹⁹¹. Allerdings hat der EuGH auch entschieden, dass die BetriebsübergangsRL 2001/23/EG verhindern will, dass sich die Lage der übergegangenen Arbeitnehmer allein auf Grund dieses Übergangs verschlechtert¹⁹². Deswegen darf die Geltung der Kollektivverträge des Erwerbers auf die übergegangenen Arbeitsverhältnisse nicht zur Folge haben, „dass diesen Arbeitnehmern insgesamt schlechtere Arbeitsbedingungen als die vor dem Übergang geltenden auferlegt werden“¹⁹³. Der Vierte Senat gibt diese EuGH-Rechtsprechung zutreffend wieder, behauptet aber im Anschluss, der EuGH gehe dennoch „von der grundsätzlichen unionsrechtlichen Zulässigkeit einer nationalen Regelung“ aus, die wie § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB eine Ablösung der beim Veräußerer geltenden Kollektivvereinbarungen „auch durch ungünstigere kollektivvertragliche Regelungen beim Erwerber“ vorsieht¹⁹⁴. Garniert mit etlichen zustimmenden Literaturmeinungen und dem Hinweis darauf, dass andere Ansichten die Besonderheiten des Ausgangsfalls der Scattolon-Entscheidung und den Grundsatz der Ablösung von Tarifverträgen unberücksichtigt gelassen hätten¹⁹⁵, wischt der Senat Zweifel beiseite.

Ebenso verfährt der Senat mit der Unionen-Entscheidung des EuGH, in der es hieß:

„Ist der Erwerber zum Zeitpunkt des Übergangs bereits durch einen anderen Kollektivvertrag gebunden, der damit auf die übernommenen Arbeitnehmer Anwendung findet, so ist seine Pflicht zur Aufrechterhaltung der die Arbeitsbedingungen betreffenden Klauseln aus dem beim Veräußerer geltenden Kollektivvertrag zu Gunsten der übernommenen Arbeitnehmer daher auf einen Zeitraum von einem Jahr ab dem Unternehmensübergang beschränkt“¹⁹⁶.

190 Wohl am häufigsten von dt. ArbG zitierte EuGH-Entscheidung: EuGH v. 6.10.1982 – 283/81 – CILFIT, NJW 1983, 1257; seither st. Rspr., etwa EuGH v. 9.9.2015 – C-72/14 u.a. – van Dijk, ZESAR 2016, 333 Rz. 55 ff.

191 EuGH v. 6.9.2011 – C-108/10 – Scattolon, NZA 2011, 1077 Rz. 74.

192 EuGH v. 6.9.2011 – C-108/10 – Scattolon, NZA 2011, 1077 Rz. 75, 77.

193 EuGH v. 6.9.2011 – C-108/10 – Scattolon, NZA 2011, 1077 Rz. 76.

194 BAG v. 23.1.2019 – 4 AZR 445/17, NZA 2019, 922 Rz. 44.

195 BAG v. 23.1.2019 – 4 AZR 445/17, NZA 2019, 922 Rz. 44; ebenso BAG v. 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, 1203 Rz. 93 f.

196 EuGH v. 6.4.2017 – C-336/15 – Unionen, NZA 2017, 585 Rz. 28.

Das ist vollkommen aus dem Zusammenhang (schwedischen Arbeitsrecht) gerissen und rechtfertigt kein einjähriges Verschlechterungsverbot für kollektivvertragliche Ablösungen beim Erwerber, meint der Vierte Senat¹⁹⁷. Andere Ansichten, die den EuGH zwar aus triftigen Gründen für seinen volatilen Umgang mit Art. 3 BetriebsübergangsRL 2001/23/EG kritisieren, aber dennoch ernst nehmen¹⁹⁸, würden das verkennen¹⁹⁹. Eine Vorlage erübrige sich, denn die Zulässigkeit der prinzipiellen Ablösung von Kollektivvereinbarungen sei durch den EuGH – was zutrifft – geklärt (*acte éclairé*) und für Zweifel an der prinzipiellen Zulässigkeit der verschlechternden Ablösung sei – was vertretbar ist – kein Raum (*acte clair*)²⁰⁰. Nur was ist mit der verschlechternden Ablösung sofort nach Betriebsübergang, jedenfalls im ersten Jahr nach selbigem? *Acte pas clair*²⁰¹!

Es ist also abermals Zeit für die Standardvorlagefrage deutscher Arbeitsgerichte: „Gilt die Rechtsprechung des EuGH (hier: in Sachen Scattolon und Unionen) auch für Deutschland?“ Liebe Richterinnen und Richter an den Arbeits- und Landesarbeitsgerichten, haben Sie Mut, sich Ihres eigenen Vorlagerechts (Art. 267 Abs. 2 AEUV) zu bedienen²⁰²! Je früher Rechtsklarheit hergestellt wird, desto geringer wird ein etwaiges böses (und teures) Erwachen, wenn sich die BAG-Rechtsprechung widererwartend doch als unionsrechtswidrig herausstellen sollte²⁰³ – und dann höchstwahrscheinlich rückwirkend. Eine weitere Vorlageverweigerung schützt zwar die – in sich durchaus stimmige – BAG-Dogmatik, gibt der Rechtspraxis aber keine Rechtssicherheit. Vertrauensschutz in unionsrechtswidrige nationale Rechtsprechung will der EuGH nur noch selbst und unter sehr engen Voraussetzungen gewähren²⁰⁴, die hier angesichts der Scattolon- und Unionen-Entscheidungen gewiss nicht erfüllt sind. Deswegen wird schon über Staatshaftung der Bundesrepublik spekuliert²⁰⁵, wofür freilich die erschwerten Voraussetzungen der Haftung für judikatives Unrecht erfüllt sein müssen: ein offenkundiger und unentschuldbarer Unionsrechtsverstoß²⁰⁶. Die Schwelle für einen Entzug des gesetzlichen Richters i.S.d. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist niedriger²⁰⁷.

d) Ablösungswirkung nachwirkender Tarifverträge?

Ausdrücklich offengelassen hat der Vierte Senat, ob auch ein lediglich nachwirkender Tarifvertrag beim Betriebserwerber die Ablösung nach § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB bewirken

197 BAG v. 23.1.2019 – 4 AZR 445/17, NZA 2019, 922 Rz. 47.

198 Namentlich der luzide Beitrag von *Witschen*, EuZA 2017, 534, 539 ff.; vgl. *Witschen*, NZA 2019, 1180 ff.

199 BAG v. 23.1.2019 – 4 AZR 445/17, NZA 2019, 922 Rz. 47; BAG v. 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, 1203 Rz. 94.

200 BAG v. 23.1.2019 – 4 AZR 445/17, NZA 2019, 922 Rz. 48; ebenso BAG v. 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, 1203 Rz. 90 ff.

201 Ebenso *Witschen*, EuZA 2017, 534, 543; *Witschen*, NZA 2019, 1180, 1181 f.

202 Zum richtigen Formulieren eines Vorabentscheidungsersuchens *Latzel/T. Streinz*, NJOZ 2013, 97 ff.; *Latzel*, ZESAR 2016, 458 ff.

203 Das befürchtet *Witschen*, EuZA 2017, 534, 543; *Witschen*, NZA 2019, 1180, 1183.

204 EuGH v. 19.4.2016 – C-441/14 – Dansk Industri, NZA 2016, 537 Rz. 38 ff.

205 *Witschen*, NZA 2019, 1180, 1183.

206 EuGH (Plenum) v. 30.9.2003 – C-224/01 – Köbler, NJW 2003, 3539 Rz. 53 ff.

207 BVerfG v. 19.12.2017 – 2 BvR 424/17, NJW 2018, 686 Rz. 37 ff.

kann²⁰⁸. Die besseren Argumente sprechen gegen eine Ablösung, weil sich die Nachwirkung einer Tarifregelung inhaltlich darauf beschränkt, den Zustand zu erhalten, der bei Beendigung des Tarifvertrags bestanden hat²⁰⁹. Ebenso wie die Transformation nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB ist die Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG²¹⁰ auf diejenigen Arbeitsverhältnisse beschränkt, für die der Tarifvertrag schon normativ gegolten hat²¹¹. Die für § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB erforderliche kongruente Tarifbindung kann ein bloß nachwirkender Tarifvertrag nicht herstellen, weil sich seine Nachwirkung auf diejenigen Arbeitsverhältnisse beschränkt, die bereits bei Ablauf des Tarifvertrags bestanden haben; nicht hingegen auf solche erstreckt, die erst im Nachwirkungszeitraum begründet werden²¹². Deshalb werden auch diejenigen Arbeitsverhältnisse von der Nachwirkung nicht erfasst, die erst im Nachwirkungszeitraum auf den Betriebserwerber übergehen.

2. Normative und transformierte Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen nach Betriebsübergang

a) Sachverhalt

In einem Fall, über den der Erste Senat zu entscheiden hatte, ging es um die Geltung einer bAV nach mehreren Betriebsübergängen²¹³ (zur Ablösung von kollektivrechtlichen bAV noch unten III.4.). Der klagende Arbeitnehmer war bei einer Arbeitgeberin beschäftigt, die mit dem Betriebsrat 1992 eine bAV in einer Betriebsvereinbarung geregelt hatte. 1999 übertrug die Arbeitgeberin den Geschäftsbereich des Arbeitnehmers (identitätswahrend) an einen neuen Inhaber. 2013 wurde der Betrieb in den Betrieb eines wiederum neuen Inhabers (nicht identitätswahrend) integriert. Dort galt seit 2008 eine Gesamtbetriebsvereinbarung über eine andere bAV. Der Arbeitnehmer wollte u.a. festgestellt bekommen, dass für ihn die bAV des ersten Betriebs aus dem Jahre 1992 Anwendung findet.

b) Normative Fortgeltung und Kündigung von Betriebsvereinbarungen nach Betriebsübergang

Bei einem identitätswahrenden Betriebsübergang kann der Betriebserwerber in die für den Betrieb bislang geltenden Betriebsvereinbarungen einrücken und an sie gem. § 77 Abs. 4 BetrVG normativ gebunden sein, ohne dass es auf § 613a Abs. 1 BGB ankommt. Selbst wenn der Erwerber keinen Betriebsrat hat, bleibt er an die Betriebsvereinbarungen gebunden. Der vorübergehende oder endgültige Wegfall des Betriebsrats lässt bestehende Be-

208 BAG v. 23.1.2019 – 4 AZR 445/17, NZA 2019, 922 Rz. 29.

209 BAG v. 20.6.2001 – 4 AZR 295/00, NZA 2002, 517, 519.

210 Für den Gleichlauf noch BAG v. 20.6.2001 – 4 AZR 295/00, NZA 2002, 517, 520; davon distanziert sich BAG v. 22.4.2009 – 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41 Rz. 63, aber nur wegen der Abänderbarkeit nachwirkender Tarifverträge auch zu Lasten der Arbeitnehmer, was bei Transformation nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB für ein Jahr ausgeschlossen ist.

211 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 3 Rz. 483.

212 BAG v. 7.5.2008 – 4 AZR 288/07, NZA 2008, 886 Rz. 15; Franzen, Erfurter Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 4 TVG Rz. 53.

213 BAG v. 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, 1203.

triebsvereinbarungen in ihrer normativen Wirkung unberührt²¹⁴. Mit Beendigung des Übergangsmandats ohne unmittelbare Betriebsratsneuwahl kann der Betriebserwerber die unmittelbare und zwingende Wirkung der Betriebsvereinbarung allerdings dadurch beenden, dass er einheitlich gegenüber allen betroffenen Arbeitnehmern des Betriebs die Kündigung der Betriebsvereinbarung erklärt²¹⁵ (zur Kündbarkeit von ins Arbeitsverhältnis transformierten Kollektivnormen unten III.3.c)).

c) Transformation von Betriebsvereinbarungen nach Betriebsübergang

Wird die Identität eines Betriebs bei seinem Übergang nicht gewahrt, kann eine Betriebsvereinbarung den Betriebserwerber nicht mehr nach § 77 Abs. 4 BetrVG normativ binden²¹⁶. Dann werden die Inhaltsnormen der Betriebsvereinbarung des übergehenden Betriebs gem. § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB in die übergehenden Arbeitsverhältnisse transformiert, indes ohne deshalb auf den Rang der Arbeitsverträge abzurutschen. Die nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB transformierten Inhaltsnormen von Kollektivvereinbarungen – also Regelungen in Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträgen, die Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien regeln²¹⁷ – behalten beim Erwerber ihren kollektivrechtlichen Charakter²¹⁸.

d) Transformation von Betriebsvereinbarungen bei mehreren Betriebsübergängen

Kommt es nach einem nicht die Identität währenden Betriebsübergang zu einem weiteren Betriebsübergang – wie hier – behält der transformierte Normenbestand seine besondere rechtliche Qualifikation, wie der Erste Senat klargestellt hat:

„Da die nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB transformierten Bestimmungen eines Tarifvertrags oder einer Betriebsvereinbarung ihren kollektivrechtlichen Charakter beibehalten, müssen sie auch bei einem weiteren Betriebsübergang – vorbehaltlich der Regelung in § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB – nach Maßgabe von § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB in das Arbeitsverhältnis mit dem neuen Betriebserwerber transformiert werden“²¹⁹.

Damit ist zugleich gesagt, dass der zweite Betriebserwerber an diese Regelungen nicht nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB gebunden ist, denn sie werden nicht Inhalt des Arbeitsvertrags, sondern des Arbeitsverhältnisses²²⁰. Der Unterschied zu den individualvertraglich begrün-

214 BAG v. 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, 1203 Rz. 34.

215 BAG v. 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, 1203 Rz. 36.

216 BAG v. 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, 1203 Rz. 37, 41.

217 BAG v. 19.11.2019 – 1 AZR 386/18, NZA 2020, 297 Rz. 16 – für Betriebsvereinbarungen; BAG v. 16.5.2012 – 4 AZR 320/10 – ZInsO 2012, 1895 Rz. 21 – für Tarifverträge (vgl. § 1 Abs. 1 TVG).

218 BAG v. 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, 1203 Rz. 44; BAG v. 19.11.2019 – 1 AZR 386/18, NZA 2020, 297 Rz. 16; grundlegend BAG v. 22.4.2009 – 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41 Rz. 61 ff. – für Transformation von Tarifverträgen nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB.

219 BAG v. 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, 1203 Rz. 46.

220 BAG v. 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, 1203 Rz. 46; anders noch BAG v. 20.4.1994 – 4 AZR 342/93, NZA 1994, 1140, 1141 f.; die Differenzierung von Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis wurde eingeführt durch BAG v. v. 22.4.2009 – 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41 Rz. 61, 83.

deten Rechten und Pflichten besteht bei transformiert weitergeltenden Kollektivnormen in ihrer einseitig zwingenden Wirkung innerhalb der einjährigen Sperrfrist des § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB²²¹ (insoweit auch im Unterschied zu nachwirkenden Tarifverträgen²²²). Außerdem können transformierte Kollektivregeln nach § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB sofort – nach Meinung des BAG auch verschlechternd (dazu oben III.1.c)) wie im Ausgangsverfahren – beim Erwerber durch normativ geltende Kollektivnormen abgelöst werden²²³:

„Rechte aus einer Betriebsvereinbarung, die im Zuge eines Betriebsübergangs gem. § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB Inhalt des Arbeitsverhältnisses werden, sind vor einer Ablösung durch eine zum Zeitpunkt des Übergangs bereits existierende oder später in Kraft tretende Betriebsvereinbarung im Erwerberbetrieb nicht in weiterem Umfang geschützt, als wenn sie kollektivrechtlich weitergefolgt hätten“²²⁴.

3. Kündigung transformierter Betriebsvereinbarungen durch Betriebserwerber

Betriebsvereinbarungen, die nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB in die übergehenden Arbeitsverhältnisse transformiert werden, können beim Erwerber nicht nur durch normativ geltende Kollektivregelungen abgelöst werden, sondern kann der Betriebserwerber u.U. auch kündigen, wie der Erste Senat entschieden hat.

a) Sachverhalt

Die Parteien stritten über die Geltung einer Betriebsvereinbarung über Kleindarlehen für Arbeitnehmer. Die Betriebsabteilung, in welcher der klagende Arbeitnehmer zunächst tätig war und für die die Betriebsvereinbarung galt, wurde auf einen anderen Inhaber übertragen, der die Geschäfte zusammen mit anderen Abteilungen in einem neugegründeten Betrieb (nicht identitätswahrend) fortführte. In der Folge gewährte der Betriebserwerber dem Kläger zunächst auf der Grundlage der Betriebsvereinbarung Kleindarlehen. Später kündigte der Erwerber gegenüber dem Betriebsrat sowie Gesamtbetriebsrat die Betriebsvereinbarung. Der Arbeitnehmer forderte dennoch auf Grundlage der Betriebsvereinbarung die Bewilligung eines weiteren Darlehens²²⁵.

b) Ablösung transformierter Betriebsvereinbarungen

Werden infolge eines nicht identitätswahrenden Betriebsübergangs die Inhaltsnormen von Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen, die beim bisherigen Betriebsinhaber normativ galten, nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB in die übergehenden Arbeitsverhältnisse transformiert, gelten sie beim Erwerber zunächst ein Jahr einseitig zwingend weiter. Abweichungen sind in dieser Zeit nur zugunsten der Arbeitnehmer oder durch beim Erwerber normativ

221 BAG v. 22.4.2009 – 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41 Rz. 63 – für transformierte Tarifverträge.

222 BAG v. 22.4.2009 – 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41 Rz. 63; dazu auch oben III.1.d).

223 BAG v. 19.11.2019 – 1 AZR 386/18, NZA 2020, 297 Rz. 16.

224 BAG v. 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, 1203 Rz. 50.

225 BAG v. 19.11.2019 – 1 AZR 386/18, NZA 2020, 297.

geltende Kollektivnormen möglich (§ 613a Abs. 1 Satz 3 BGB, dazu oben III.1.). Zulasten der Arbeitnehmer von transformierten Betriebsvereinbarungen abweichende Betriebsvereinbarungen²²⁶ kann der Erwerber in Angelegenheiten der erzwingbaren Mitbestimmung notfalls über die Einigungsstelle nach § 87 Abs. 2 BetrVG einführen, deren Spruch die Einigung der Betriebsparteien ersetzt und damit die Ablösung transformierter Kollektivnormen nach § 613a Abs. 1 Satz 3 bewirkt²²⁷.

c) Kündbarkeit transformierter Betriebsvereinbarungen

Die transformierten Betriebsvereinbarungen kann der Betriebserwerber aber nicht nur durch normativ geltende Kollektivvereinbarungen ablösen, sondern sie auch – und zwar ohne Rücksicht auf die Jahresfrist – kündigen. Will der Betriebserwerber von teilmittelbestimmten transformierten Betriebsvereinbarungen wegkommen (etwa Betriebsvereinbarungen über finanzielle Leistungen i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, deren Dotierungsrahmen der Arbeitgeber frei bestimmen kann²²⁸), kann eine Ablösung wegen § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB eigentlich nur durch eine normativ geltende Betriebsvereinbarung herbeigeführt werden, die aber bei teilmittelbestimmungspflichtigen Angelegenheiten nicht über die Einigungsstelle erzwungen werden kann²²⁹.

Hier hilft der Erste Senat dem Betriebserwerber und gestattet ihm die Kündigung der transformierten teilmittelbestimmten Betriebsvereinbarungen²³⁰. Andernfalls wären transformierte teilmittelbestimmte Betriebsvereinbarung weitergehend vor Veränderungen geschützt als erzwingbare Betriebsvereinbarungen, erörtert der Erste Senat zutreffend²³¹. § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB soll verhindern, dass sich „die vor dem Betriebsübergang bestehende kollektivrechtliche Rechtsposition der Arbeitnehmer“ im Zuge des Betriebsübergangs verschlechtert²³² (zum in materieller Hinsicht negierten Verschlechterungsverbot oben III.1.c)). Die Kündigung ist gegenüber dem beim Erwerber bestehenden Betriebsrat zu erklären²³³ (ohne Betriebsrat gegenüber allen betroffenen Arbeitnehmern einheitlich, vgl. oben III.2.b)). Die gekündigten transformierten Betriebsvereinbarungen können zwar prinzipiell nach § 77 Abs. 6 BetrVG nachwirken, aber nicht dann, wenn – wie hier – die vollständige Beseitigung der teilmittelbestimmten Leistungen intendiert ist, weil das kein Fall der zwingenden Mitbestimmung ist, was für die Nachwirkung gem. § 77 Abs. 6 BetrVG aber erforderlich ist²³⁴.

Sodann erläutert der Erste Senat noch die Vereinbarkeit seiner Rechtsprechung mit Art. 3 Abs. 3 BetriebsübergangsRL 2001/23/EG (Normwiedergabe oben III.1.c)). In der Abände-

226 Zur nach wie vor umstr. Überkreuzablösung von transformierten Tarifverträgen durch Betriebsvereinbarungen: Preis, Erfurter Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 613a BGB Rz. 126.

227 BAG v. 19.11.2019 – 1 AZR 386/18, NZA 2020, 297 Rz. 17.

228 BAG v. 5.10.2010 – 1 ABR 20/09, NZA 2011, 598 Rz. 19; BAG v. 21.2.2017 – 1 ABR 12/15, NZA 2017, 801 Rz. 30.

229 BAG v. 19.11.2019 – 1 AZR 386/18, NZA 2020, 297 Rz. 18.

230 BAG v. 19.11.2019 – 1 AZR 386/18, NZA 2020, 297 Rz. 18.

231 BAG v. 19.11.2019 – 1 AZR 386/18, NZA 2020, 297 Rz. 18.

232 BAG v. 19.11.2019 – 1 AZR 386/18, NZA 2020, 297 Rz. 19 f.

233 BAG v. 19.11.2019 – 1 AZR 386/18, NZA 2020, 297 Rz. 22.

234 BAG v. 19.11.2019 – 1 AZR 386/18, NZA 2020, 297 Rz. 23 f.

rungssperre des Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 BetriebsübergangsRL 2001/23/EG sieht der Senat zu Recht keine Hürde, weil der EuGH bereits klargestellt hat, dass der Unterabs. 2 gegenüber Unterabs. 1 subsidiär ist, nicht zuletzt damit der Erbwerber die „erforderlichen Anpassungen“ vornehmen kann²³⁵. Hier geht der Erste Senat deshalb insoweit zutreffend von einem *acte clair* aus, als er dem Betriebserwerber formell mindestens dieselben Lösungsmöglichkeiten von transformierten Kollektivvereinbarungen einräumt wie dem bisherigen Betriebsinhaber.

4. Eingeschränkte Ablösung von kollektiven Betriebsrentenregelungen

Die verschlechternde Ablösung von kollektiven bAV-Regelungen ist wegen des Besitzstands- und Vertrauensschutzes der Arbeitnehmer auch im Zuge von Betriebsübergängen nur eingeschränkt möglich. Der Dritte Senat hat nun seine Rechtsprechung insofern verschärft.

a) Sachverhalt

Streitig war die bAV des klagenden Betriebsrentners²³⁶. Bei seiner früheren Arbeitgeberin galten verschiedene bAV-Betriebsvereinbarungen. Dann kam es zu einem (identitätswahrenden) Betriebsübergang im Wege der Verschmelzung mit einem anderen Unternehmen, bei dem verschiedene andere Gesamtbetriebsvereinbarungen zur bAV galten. Eine Rolle spielte außerdem eine Erklärung, die das BAG als Tarifvertrag auslegte (dazu oben I.1.), wonach Einzelheiten zur bAV in einer Gesamtbetriebsvereinbarung geregelt werden sollten, die auch geschlossen wurde. Der Kläger begehrte nun Zahlung einer Betriebsrente nach den (für ihn besseren) Konditionen der Betriebsvereinbarungen vor dem Betriebsübergang.

b) Betriebsrentenrechtliches Drei-Stufen-Schema

Nach dem in ständiger Rechtsprechung angewandten Drei-Stufen-Schema des Dritten Senats sind den abgestuften Besitzständen der Arbeitnehmer entsprechend abgestufte, unterschiedlich gewichtete Eingriffsgründe des Arbeitgebers gegenüberzustellen²³⁷:

- 1. Stufe: Der unter der Geltung der bisherigen Ordnung und in dem Vertrauen auf deren Inhalt bereits erdiente und entsprechend § 2 Abs. 1, § 2a Abs. 1 BetrAVG ermittelte Teilbetrag kann nur aus zwingenden Gründen entzogen werden.
- 2. Stufe: Zuwächse, die sich – wie etwa bei endgehaltsbezogenen Zusagen – dienstzeitunabhängig aus dynamischen Berechnungsfaktoren ergeben (erdiente Dynamik), können nur aus triftigen Gründen geschmälert werden.
- 3. Stufe: Für Eingriffe in dienstzeitabhängige, noch nicht erdiente Zuwachsraten genügen sachlich-proportionale Gründe.

235 EuGH v. 9.3.2006 – C-499/04 – Werhof, NZA 2006, 376 Rz. 30 f.

236 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 ff.

237 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 62; st. Rspr. seit BAG v. 17.4.1985 – 3 AZR 72/83, NZA 1986, 57, 58.

c) Erschwerte Ablösung von bAV-Betriebsvereinbarungen durch Betriebsvereinbarung

Während der Erste Senat im Juni 2019 noch primär die hergebrachte Doktrin anwandte, wonach ein Betriebsübergang betriebsrentenrechtlich nur nicht dazu führen darf, dass die Arbeitnehmer bis zum Ablösungsstichtag erdiente Besitzstände verlieren²³⁸, gibt der Dritte Senat im Oktober 2019 eine neue Devise aus:

aa) Drei-Stufen-Schema bei bAV-Ablösung

Nun gilt das Drei-Stufen-Schema auch bei einem Betriebsübergang (unabhängig von der Identitätswahrung), wenn eine bisher im Betrieb geltende Betriebsvereinbarung durch eine im Erwerberunternehmen geltende (Gesamt-)Betriebsvereinbarung abgelöst wird:

„Zwar tritt die beim Erwerber geltende Gesamtbetriebsvereinbarung in diesen Fällen kraft Gesetzes an die Stelle der noch beim Veräußerer geltenden Betriebsvereinbarung. Das beruht auf der Regelungsmacht der Betriebsparteien auf der Unternehmensebene. Ihre rechtlichen Möglichkeiten setzen sich auch gegenüber der im übernommenen Betrieb geltenden Betriebsvereinbarung durch. Sind diese Regelungsmöglichkeiten jedoch rechtlich begrenzt, gilt dies ebenfalls für die gesetzlichen Rechtsfolgen bereits geschlossener Gesamtbetriebsvereinbarungen. Da die Gesamtbetriebsparteien lediglich unter Beachtung der Voraussetzungen des dreistufigen Prüfungsschemas berechtigt sind, Betriebsvereinbarungen über die betriebliche Altersversorgung abzulösen, kann die gesetzliche Wirkung einer bestehenden Gesamtbetriebsvereinbarung nicht weitergehen, als es sonst bei der Ablösung gälte“²³⁹.

Der Dritte Senat legt sodann auch den hier wegen identitätswahrenden Betriebsübergangs eigentlich nicht anwendbaren²⁴⁰ § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB zur Klarstellung²⁴¹ einschränkend dahin aus, dass eine beim Erwerber geltende bAV-Betriebsvereinbarung eine beim Veräußerer geltende bAV-Betriebsvereinbarung infolge des Betriebsübergangs nur insoweit ablösen kann, als das dreistufige Prüfungsschema das zulässt²⁴². Der Senat versucht das als teleologische Reduktion einzuordnen, räumt aber selber ein, dass § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB eigentlich gerade betriebseinheitliche Arbeitsbedingungen fördern soll²⁴³.

bb) Materielles Besserstellungsverbot für Betriebserwerber?

Eine Frage ist, ob ein Betriebserwerber formell mindestens dieselben Lösungsmöglichkeiten von (transformierten wie normativ fortgeltenden) Kollektivvereinbarungen haben muss wie

238 BAG v. 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, 1203 Rz. 67, unter Verweis auf BAG v. 24.7.2001 – 3 AZR 660/00, NZA 2002, 520, 522 f.; indes bereits mit hilfsweiser Prüfung am Drei-Stufen-Schema BAG v. 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, 1203 Rz. 75 ff.

239 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 63.

240 Vgl. BAG v. 5.5.2015 – 1 AZR 763/13, NZA 2015, 1331 Rz. 47.

241 Zum Streit um die kollektivrechtliche Sukzession *Preis*, Erfurter Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 613a BGB Rz. 112 m.w.N.

242 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 65.

243 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 65, 68.

der bisherige Betriebsinhaber. Eine andere Frage ist, ob ein Betriebserberwerber materiell nicht weitergehende Lösungsmöglichkeiten haben darf als der bisherige Betriebsinhaber. Der Erste Senat hat die erste Frage zutreffend bejaht (dazu oben III.3.c)), der Dritte Senat verneint die zweite Frage, weil § 613a Abs. 1 BGB generell das Ziel verfolge, die übergewandten Arbeitnehmer vor Verschlechterungen „weitgehend“ zu schützen:

„Soweit der Ablösung einer kollektiven Regelung beim Veräußerer Grenzen gesetzt waren, müssen diese auch beim Erwerber eingehalten werden“²⁴⁴.

Doch ob ein Betriebsübergang den Betriebserberwerber materiell nicht mehr Spielraum verschaffen darf als der Betriebsveräußerer gehabt hat, ist alles andere als klar. Vielmehr drängt sich das Gegenteil auf, weil der EuGH die unternehmerische Freiheit des Betriebserberwerbers (Art. 16 GRC) nicht nur sieht, sondern daraus auch ableitet, dass der Erwerber erforderliche Anpassungen der auf ihn übergegangenen Arbeitsverhältnisse vornehmen können muss²⁴⁵. Selbstredend ist der bAV-Besitzstand der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang zu schützen. Nur nach welchen Regeln?

Von der Ausnahmeoption des Art. 3 Abs. 4 BetriebsübergangsRL 2001/23/EG für die bAV hat Deutschland keinen Gebrauch gemacht, wie der Dritte Senat in einem anhängigen Vorlagebeschluss selbst einräumt²⁴⁶. Deshalb hätte die Geltung des Drei-Stufen-Schemas beim Betriebsübergang dem EuGH vorgelegt werden müssen (Art. 267 Abs. 3 AEUV)²⁴⁷. Das hätte indes die Gefahr mit sich gebracht, dass der EuGH den Bestandsschutz der Arbeitnehmer (Art. 17 GRC, vielleicht auch Art. 31 Abs. 1 GRC) im Verhältnis zur unternehmerischen Freiheit des Betriebserberwerbers (Art. 16 GRC) anders gewichtet als der Senat. Der Senat meint, Besitzstand und Erwartungen der Arbeitnehmer bezüglich bAV seien „anders“ zu behandeln als sonstige Besitzstände und Erwartungen²⁴⁸. Ob der EuGH diese (durchaus plausible) Einschätzung teilt, will der Senat indes lieber nicht wissen. Offenbar stecken den Richtern noch die „erforderlichen Anpassungen“, die der Betriebserberwerber vornehmen können muss²⁴⁹, und die unverändert geltende Werhof-Doktrin in den Knochen, wonach die BetriebsübergangsRL 2001/23/EG nur bezweckt, „die am Tag des Übergangs bestehenden Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer zu wahren; bloße Erwartungen und somit hypothetische Vergünstigungen, die sich aus zukünftigen Entwicklungen der Kollektivverträge ergeben könnten, sollten durch sie nicht geschützt werden“²⁵⁰. Das harmoniert nicht mit

244 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 69 f.

245 EuGH v. 9.3.2006 – C-499/04 – Werhof, NZA 2006, 376 Rz. 31; EuGH v. 18.7.2013 – C-426/11 – Alemo-Herron u.a., NZA 2013, 835 Rz. 25 ff.; EuGH v. 27.4.2017 – C-680/15 u.a. – Asklepios, NJW 2017, 2178 Rz. 22.

246 BAG v. 16.10.2018 – 3 AZR 878/16 (A), 3 AZR 139/17 (A) – jeweils Vorlagefrage I; anhängig EuGH – C-674/18 – TMD Friction und C-675/18 – TMD Friction EsCo.

247 Die Wirksamkeit der Ablösung war hier wohl auch entscheidungserheblich, obwohl die nach dem Betriebsübergang beim Erwerber fortgeltende Betriebsvereinbarung später gem. § 77 Abs. 3 BetrVG verdrängt wurde (BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 82 ff.; dazu unten IV.5.b)).

248 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 71 f.

249 EuGH v. 18.7.2013 – C-426/11 – Alemo-Herron u.a., NZA 2013, 835 Rz. 25; EuGH v. 27.4.2017 – C-680/15 u.a. – Asklepios, NJW 2017, 2178 Rz. 22.

250 EuGH v. 27.4.2017 – C-680/15 u.a. – Asklepios, NJW 2017, 2178 Rz. 18, unter Verweis auf EuGH v. 9.3.2006 – C-499/04 – Werhof, NZA 2006, 376 Rz. 29.

dem vom Dritte Senat bei Betriebsübergängen nun eingeführten Schutz von bAV-Besitzständen auf 2. und 3. Stufe.

Freilich erlaubt Art. 8 BetriebsübergangsRL 2001/23/EG den Mitgliedstaaten, für Arbeitnehmer günstigere Regelungen zu treffen, worauf sich auch der Senat beruft²⁵¹. Doch sieht der EuGH darin zu Recht keinen Freibrief für Beschränkung der unternehmerischen Freiheit des Betriebserwerbers²⁵². Der Senat antizipiert das und meint, dass das Drei-Stufen-Schema dem Arbeitgeber Änderungen für die Zukunft in ausreichendem Maße ermöglichen²⁵³. Sodann verweist der Senat aber nur auf die Änderungsmöglichkeiten der (hier einzig einschlägigen) dritten Stufe, auf der der Arbeitgeber nur nachvollziehbare, aner kennenswerte und damit willkürfreie Gründe benötigt²⁵⁴. Ein Vereinheitlichungsinteresse des Betriebserwerbers solle eine Verschlechterung der bAV indes nicht rechtfertigen können²⁵⁵; der Erste Senat sah das übrigens vier Monate zuvor noch anders²⁵⁶.

Die Folge ist – wieder einmal²⁵⁷ – Rechtsunsicherheit: Das Schicksal von bAV-Betriebsvereinbarungen nach Betriebsübergang auf einen Erwerber mit schlechteren bAV-Regeln bleibt unklar, bis der EuGH – wahrscheinlich auf Vorlage eines Instanzgerichts und ohne Vertrauensschutz²⁵⁸ in unionsrechtswidrige nationale Rechtsprechung zuzulassen²⁵⁹ – für Klarheit sorgt. Wer im Betriebsübergangsinformationsschreiben die Rechtsprechung des Dritten Senats abschreibt, sollte also zumindest ergänzen, dass die Prüfung selbiger an höherrangigem Recht noch aussteht. Die Übernahme von Betrieben mit hohen bAV-Lasten wird durch die Rechtsprechung ohnehin nicht attraktiver²⁶⁰.

d) Ablösung von bAV-Regelungen durch Tarifvertrag

Der Dritte Senat wendet das Drei-Stufen-Modell übrigens generell nicht, auch bei Betriebsübergängen nicht an, wenn eine bAV durch Tarifvertrag (und zwar unmittelbar durch diesen²⁶¹) abgelöst werden soll (vgl. Tarifdispositivität gem. § 19 Abs. 1 BetrAVG)²⁶². In diesen Fällen gelten nur die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit, wie sie aus der mittelbaren Bindung der Tarifvertragsparteien an die Grundrechte (dazu oben I.2.b)) und an das Rechtsstaatsprinzip folgen²⁶³. Faktisch wendet der Senat ein vereinfachtes

251 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 75.

252 EuGH v. 18.7.2013 – C-426/11 – Alemo-Herron u.a., NZA 2013, 835 Rz. 25; dazu *Latzel*, RdA 2014, 110, 114 f.

253 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 76 f.

254 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 77.

255 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 78.

256 BAG v. 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, 1203 Rz. 78.

257 Zur weiterhin unklaren Fortgeltung dynamischer Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang trotz EuGH v. 27.4.2017 – C-680/15 u.a. – Asklepios, NJW 2017, 2178; *Latzel*, GPR 2017, 301, 303.

258 Zu den Anforderungen: EuGH v. 13.12.2018 – C-385/17 – Hein, NZA 2019, 47 Rz. 56 ff.

259 EuGH v. 19.4.2016 – C-441/14 – Dansk Industri, NZA 2016, 537 Rz. 38 ff.; a.A. *Latzel*, EuR 2015, 415, 436.

260 *Diller*, BetrAV 2020, 192 f.; *Diller*, ArbRAktuell 2020, 115: „Sanierungskiller ersten Ranges“.

261 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 102.

262 BAG v. 18.9.2012 – 3 AZR 382/10, juris Rz. 40 ff.

263 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 101.

Drei-Stufen-Modell an, indem er den erdienten Besitzstand einer Versorgungsanwartschaft unter starken Schutz (Art. 14 Abs. 1 GG) stellt und im Übrigen (erdiente Dynamik und künftige dienstzeitabhängige Zuwächse) für die mit einer Änderung verbundenen Nachteile für die Arbeitnehmer sachliche Gründe ausreichen lässt, wenn die Nachteile nicht schwerwiegend sind²⁶⁴. Als sachlichen Grund lässt der Dritte Senat hier – im Gegensatz zu Beschränkungen auf 3. Stufe durch ablösende Betriebsvereinbarungen (dazu soeben) III.4.c) bb) – das Interesse des Betriebserwerbers an der Vereinheitlichung der BAV nach einer Unternehmensverschmelzung genügen²⁶⁵.

5. Rechtsquellenklarheit nach Betriebsübergang

Hingewiesen sei darauf, dass infolge eines Betriebsübergangs Betriebsvereinbarungen unwirksam werden können, die vorher wirksam waren, wenn sie nun gegen den Grundsatz der Rechtsquellenklarheit verstoßen. Diesen Grundsatz leitet das BAG seit 2008 aus dem Schriftformgebot des § 1 Abs. 2 TVG ab²⁶⁶ und wendet ihn konsequent auch auf das Verhältnis von Gesamt- und Einzelbetriebsvereinbarungen (schriftformbedürftig gem. § 77 Abs. 2 Satz 1 und 2 BetrVG) an²⁶⁷. Die Rechtsquellenklarheit stellt für die Normunterworfenen die Urheberschaft klar:

„Erst aufgrund dessen kann beurteilt werden, wer für die Normsetzung wem gegenüber verantwortlich ist, ob sie von der Normsetzungskompetenz gedeckt und wer zu ihrer Ablösung berechtigt ist, sowie wem entsprechende Durchführungs- und Einwirkungspflichten obliegen“²⁶⁸.

In einem vom Dritte Senat entschiedenen Fall war zwar die Rechtsquellenklarheit noch bei Abschluss der Vereinbarung zwischen zwei separaten Unternehmen und deren jeweils zuständigem Gesamt- bzw. Einzelbetriebsrat gegeben, doch mit dem späteren Betriebsübergang fielen die Arbeitgeberrollen zusammen und standen auf Betriebsratsseite nunmehr Betriebsrat und Gesamtbetriebsrat dem einzig verbliebenen Arbeitgeber gegenüber, was der Zuständigkeitstrennung nach § 50 BetrVG widersprach²⁶⁹.

IV. Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsrecht

1. Gerichtliche Bestellung des Wahlvorstands für eine Betriebsratswahl

Einen Standardfall der gerichtlichen Wahlvorstandsbestellung für eine Betriebsratswahl hat der Siebte Senat zum Anlass genommen, um die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen

264 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 101, unter Verweis auf BAG v. 18.9.2012 – 3 AZR 382/10, juris Rz. 42 ff.

265 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 110.

266 BAG v. 15.4.2008 – 1 AZR 86/07, NZA 2008, 1074 Rz. 18 ff.

267 BAG v. 30.1.2019 – 5 AZR 450/17, NZA 2019, 1065 Rz. 90; BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 56.

268 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 56, unter Verweis auf BAG v. 15.4.2008 – 1 AZR 86/07, ZIP 2008, 1544 Rz. 17 ff.

269 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 58.

Möglichkeit, einen Betriebsrat auch gegen den Willen der Mehrheit der Belegschaft zu installieren, zu bestätigen.

a) Sachverhalt

In einem bislang betriebsratslosen Betrieb (im Unternehmen bestand weder Gesamt- noch Konzernbetriebsrat) fand eine Betriebsversammlung zur Wahl eines Wahlvorstands für eine Betriebsratswahl statt. Beim ersten Wahlgang konnte allerdings keiner der Kandidaten die absolute Mehrheit der Stimmen der anwesenden Arbeitnehmer auf sich vereinigen. Ein zweiter Wahlgang fand nicht statt. Daraufhin stellten vier wahlberechtigte Arbeitnehmer beim ArbG den Antrag, einen Wahlvorstand einzusetzen²⁷⁰.

b) Gerichtliche Bestellung des Wahlvorstands nach nur einem Wahlgang

Ein Wahlvorstand kann nach § 17a Nr. 4 i.V.m. § 17 Abs. 4 BetrVG auch dann gerichtlich bestellt werden, wenn nur ein Wahlgang durchgeführt wurde und dieser nicht zur erforderlichen Mehrheit geführt hat. Zwar steht es den Arbeitnehmern frei, mehrere Wahlgänge durchzuführen, und wird das auch in der Literatur teilweise als erforderlich angesehen²⁷¹, doch ist das nicht zwingende Voraussetzung für die gerichtliche Bestellung des Wahlvorstands. Der Vorrang der Belegschaft, selbst einen Wahlvorstand zu wählen, wird nicht dadurch geschmälert, dass nur ein Wahlgang durchgeführt wird. Jedem Teilnehmer der Betriebsversammlung steht es nämlich frei, einen weiteren Wahldurchgang zu beantragen²⁷².

Aus welchen Gründen die Wahl eines Wahlvorstands letztlich unterbleibt, ist für das gerichtliche Bestellungsverfahren unerheblich²⁷³. Der in den Wahlvorschriften des BetrVG vorgesehene Grundsatz der demokratischen Wahl besagt zwar, dass die Rechte der Belegschaft gegenüber staatlichen Eingriffen vorrangig sind. Jedoch bleibt es der Belegschaft unbenommen, in einer weiteren Betriebsversammlung einen Wahlvorstand selbst zu wählen, solange die Bestellung des Wahlvorstands durch das ArbG noch nicht rechtskräftig ist. Die Selbstorganisation wird durch eine gerichtliche Bestellung mithin nicht beschränkt²⁷⁴.

c) Verfassungsmäßigkeit von § 17 Abs. 4 BetrVG

Außerdem nahm der Siebte Senat noch zur generellen Verfassungsmäßigkeit von § 17 Abs. 4 BetrVG Stellung. Die Arbeitgeberin hielt es nämlich für verfassungswidrig, dass ein Wahlvorstand auf Antrag von nur drei wahlberechtigten Arbeitnehmern oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft vom ArbG bestellt werden kann. Diese Bedenken werden in

270 BAG v. 20.2.2019 – 7 ABR 40/17, NZA 2019, 1147.

271 *Kreutz*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, Rz. 49; *Thüsing* in Richardi, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 17 Rz. 24.

272 BAG v. 20.2.2019 – 7 ABR 40/17, NZA 2019, 1147 Rz. 37 ff.

273 BAG v. 20.2.2019 – 7 ABR 40/17, NZA 2019, 1147 Rz. 36.

274 BAG v. 20.2.2019 – 7 ABR 40/17, NZA 2019, 1147 Rz. 40 f.

der Literatur teilweise geteilt²⁷⁵, denn dadurch ist eine Betriebsratswahl selbst dann möglich, wenn die Mehrheit der Belegschaft die Bildung eines Betriebsrats ablehnt.

Der Siebte Senat sieht allerdings kein verfassungsrechtliches Problem, insbesondere weder Art. 14 Abs. 1 GG noch Art. 12 Abs. 1 GG verletzt²⁷⁶. Zweifelhaft sei schon, ob bei der gerichtlichen Bestellung eines Wahlvorstands überhaupt Grundrechte betroffen sind, was der Senat allenfalls beim Arbeitgeber und seinen geschützten Positionen aus Art. 14 Abs. 1 GG für gegeben hält²⁷⁷. Die anschließende Wahl des Betriebsrats schränke dann zweifelsohne die Eigentumsgarantie des Arbeitgebers ein, doch wegen der „erhöhten Sozialbindung des Eigentums des betriebsratsfähigen Arbeitgebers“ seien die Regelungen zur Mitbestimmung aus dem BetrVG verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmungen i.S.d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG²⁷⁸. Der „soziale Bezug“ der unternehmerischen Freiheit, die „über das Unternehmen hinausreichenden Auswirkungen der Wahrnehmung dieser Freiheit und der Umstand, dass die Grundrechte der Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG funktionell aufeinander bezogen sind“, rechtfertige auch die Beschränkungen der unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers²⁷⁹. Beschränkungen der Vertrags- und Berufsausübungsfreiheit der Arbeitnehmer seien schon deshalb hinzunehmen, weil die zwingenden Regeln des Arbeitsrechts überhaupt erst den Rahmen schaffen, in dem Arbeitnehmer ihr Berufsgrundrecht wahrnehmen können. Auch dass die Betriebsparteien nach § 75 Abs. 1 Satz 1 BetrVG die Freiheitsrechte schützen müssen und eine unverhältnismäßige Beschränkung individueller Positionen jederzeit gerichtlich überprüfbar ist, garantiere, dass die Berufsausübungsfreiheit der Arbeitnehmer hinreichend geschützt werde²⁸⁰.

Durch die Aufteilung von Wahlvorstandswahl und Betriebsratsrechten gelingt dem Senat scheinbar mühelos die Rechtfertigung von erheblichen Einschränkungen der unternehmerischen Freiheit. Dass diese Einschränkung ins Belieben einer sehr kleinen Zahl von Arbeitnehmern oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft (ein Gewerkschaftsmitglied in der Belegschaft genügt²⁸¹) gestellt ist, blendet der Senat auf diese Weise geschickt aus. Diese Rechtfertigungslinie könnte nur überzeugen, wenn bei der Betriebsratswahl die Arbeitnehmer auch über die Nichtwahl eines Betriebsrats abstimmen könnten. Das können sie aber nicht. Sobald wenigstens in einem Wahlgang drei Arbeitnehmer für die Wahlvorstandswahl kandidieren, sodann Arbeitnehmer für das Betriebsratsamt kandidieren und von ausreichend Unterstützern zur Wahl vorgeschlagen werden, steht die Errichtung eines Betriebsrats grds. fest. Nach der Argumentation des Senats wäre indes auch ein gesetzlicher Betriebsratszwang für jeden tendenzfreien Betrieb verfassungskonform, weil sich alle demo-

275 Bonanni/Hiebert, ArbRB 2015, 282 ff.; Löwisch, BB 2006, 664; Rieble, ZIP 2001, 133, 135; Thüsing in Richardi, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 17 Rz. 30; a.A. Koch in Schaub, Arbeitsrechthandbuch, 18. Aufl. 2019, § 217 Rz. 1b.

276 BAG v. 20.2.2019 – 7 ABR 40/17, NZA 2019, 1147 Rz. 43 ff.

277 BAG v. 20.2.2019 – 7 ABR 40/17, NZA 2019, 1147 Rz. 44.

278 BAG v. 20.2.2019 – 7 ABR 40/17, NZA 2019, 1147 Rz. 48.

279 BAG v. 20.2.2019 – 7 ABR 40/17, NZA 2019, 1147 Rz. 49, unter Verweis auf BVerfG v. 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 u.a., NJW 1979, 699, 708 – zur Unternehmensmitbestimmung.

280 BAG v. 20.2.2019 – 7 ABR 40/17, NZA 2019, 1147 Rz. 50.

281 Kreuzt, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 16 Rz. 49.

kratiethoretischen Fragen²⁸² allein an das Wie und nicht das Ob der Mitbestimmung richten.

2. Tendenzprivileg gemischter Gemeinschaftsbetriebe

Ist ein Gemeinschaftsbetrieb aus einem Tendenzunternehmen und einem tendenzfreien Unternehmen nach § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG von der betrieblichen Mitbestimmung (hier: der Errichtung eines Wirtschaftsausschusses nach § 106 BetrVG) befreit? Der Siebte Senat hat entschieden, dass die Frage zu bejahen ist, wenn die Zahl der Arbeitnehmer des Tendenzunternehmens die Zahl der Arbeitnehmer des tendenzfreien Unternehmens deutlich überwiegt²⁸³. Betriebsverfassungsrechtlich ruft die Entscheidung keinen Widerspruch hervor, unionsrechtlich hingegen schon.

a) Sachverhalt

Eine stationäre und eine ambulante Einrichtung zur medizinischen Rehabilitation mit jeweils eigenen Rechtsträgern (Arbeitgebern) bildeten einen Gemeinschaftsbetrieb i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG. Die stationäre Einrichtung beschäftigte mehr als 200, die ambulante nur 20 Arbeitnehmer jeweils ausschließlich in diesem Gemeinschaftsbetrieb. Seit 1987 war im Betrieb ein Wirtschaftsausschuss gebildet. Die zunächst gewinnorientierte stationäre Einrichtung änderte im Jahre 2013 ihren Gesellschaftszweck hin zur „Förderung der Krankenpflege sowie des Wohlfahrtswesens“. Laut Handelsregisterauszug ist die Gesellschaft „selbstlos tätig; sie verfolgt nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke“. Die stationäre Einrichtung wurde bald darauf steuerrechtlich als gemeinnützig anerkannt. Beide Rechtsträger des Gemeinschaftsbetriebs beantragten daraufhin beim ArbG, dass in ihrem Gemeinschaftsbetrieb kein Wirtschaftsausschuss mehr gebildet werden muss.

b) Kein Wirtschaftsausschuss in Tendenzunternehmen

Gemäß § 106 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist in jedem Unternehmen ein Wirtschaftsausschuss zu bilden, das in der Regel mehr als 100 Arbeitnehmer ständig beschäftigt. Das gilt gem. § 118 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 i.V.m. Satz 1 BetrVG u.a. nicht für solche Unternehmen und Betriebe, die „unmittelbar und überwiegend“ karitativen Bestimmungen dienen²⁸⁴. Hier erfüllte das Unternehmen, das die stationäre Einrichtung unterhielt, die Voraussetzungen des Tendenzschutzes nach § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG seit seiner Gemeinnützigkeitsbindung, so dass bei dem Unternehmen eigentlich kein Wirtschaftsausschuss zu bilden war²⁸⁵. Beim Unternehmen, das die ambulante Einrichtung betrieb, scheiterte die Pflicht zur Bildung eines Wirtschaftsausschusses schon an der erforderlichen Beschäftigtenzahl²⁸⁶.

282 Krit. zu demokratiethoretischen Begründungen der betrieblichen Mitbestimmung *Kolbe*, Mitbestimmung und Demokratieprinzip, 2013, S. 86 ff.

283 BAG v. 19.11.2019 – 7 ABR 3/18, NZA 2020, 598 Rz. 29 ff.

284 Zur Verfassungsmäßigkeit des entsprechenden Tendenzschutzes für karitative Unternehmen in der Unternehmensmitbestimmung *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010, Rz. 297.

285 BAG v. 19.11.2019 – 7 ABR 3/18, NZA 2020, 598 Rz. 21 ff.

286 BAG v. 19.11.2019 – 7 ABR 3/18, NZA 2020, 598 Rz. 28.

c) Wirtschaftsausschuss in Unternehmen mit Gemeinschaftsbetrieben

Der Siebte Senat sah beim Gemeinschaftsbetrieb beider Einrichtungen die Voraussetzung für die Errichtung eines Wirtschaftsausschusses gem. § 106 BetrVG analog nicht gegeben²⁸⁷. Nach ständiger Rechtsprechung ist § 106 BetrVG analog anzuwenden und mithin schon dann ein Wirtschaftsausschuss zu bilden, wenn ein einheitlicher Betrieb mit in der Regel mehr als 100 ständig beschäftigten Arbeitnehmern mehreren rechtlich selbstständigen Unternehmen zuzuordnen ist, bei denen jeweils für sich die Anforderungen an die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer nach § 106 Abs. 1 BetrVG nicht erfüllt sind²⁸⁸. Bei Schaffung von § 106 BetrVG war die Figur des Gemeinschaftsbetriebs mehrerer Unternehmen noch nicht bekannt, weshalb die gesetzliche Anknüpfung an die Beschäftigtenzahl des Unternehmens nicht bezweckte, in Betrieben mit mehr als 100 Arbeitnehmern die Bildung eines Wirtschaftsausschusses auszuschließen²⁸⁹. Deshalb wird § 106 BetrVG analog angewendet, wenn ein Gemeinschaftsbetrieb mehr als 100 Arbeitnehmer beschäftigt, die den Betrieb führenden Unternehmen jedoch jeweils weniger als 100 Arbeitnehmer. In einem solchen Fall werden die Arbeitnehmer des Gemeinschaftsbetriebs addiert, als hätte er einen einheitlichen Rechtsträger²⁹⁰. Hier hatte der Gemeinschaftsbetrieb eigentlich die erforderliche Arbeitnehmerzahl.

d) Wirtschaftsausschuss in tendenzgemischten Unternehmen

Für Mischunternehmen, die sowohl tendenzgeschützte als auch tendenzfreie Zwecke verfolgen, hängen die Tendenzprivilegien des § 118 Abs. 1 BetrVG von der überwiegenden Tendenzausrichtung des Betriebs i.S.d. § 118 Abs. 1 BetrVG ab. Dabei sind wegen des Wortlauts („überwiegend“) nur quantitative Gesichtspunkte maßgebend.²⁹¹ Es kommt darauf an, in welcher Größenordnung das Unternehmen seine personellen und sonstigen Mittel zur Verwirklichung seiner tendenzgeschützten und seiner nicht tendenzgeschützten Ziele regelmäßig einsetzt. Bei personalintensiven Betätigungen ist primär der Personaleinsatz für die Tendenzzwecke maßgeblich²⁹². Da hier die Arbeitnehmerzahl des durchweg der Tendenzverwirklichung dienenden Unternehmens die des tendenzfreien Unternehmens weit überwiegt, war von einem quantitativen Überwiegen der tendenzgeschützten Bestimmung des Gemeinschaftsbetriebs auszugehen²⁹³.

e) Vereinbarkeit mit der AnhörungsRL 2002/14/EG

Im Ausgangspunkt zutreffend prüft der Siebte Senat sein Zwischenergebnis auf Vereinbarkeit mit der AnhörungsRL 2002/14/EG und Art. 27 GRC²⁹⁴. Der Ausschluss von Tendenz-

287 BAG v. 19.11.2019 – 7 ABR 3/18, NZA 2020, 598 Rz. 15 ff.

288 BAG v. 19.11.2019 – 7 ABR 3/18, NZA 2020, 598 Rz. 30, unter Verweis auf BAG v. 22.3.2016 – 1 ABR 10/14, NZA 2016, 969 Rz. 12 und BAG v. 1.8.1990 – 7 ABR 91/88, NZA 1991, 643, 644.

289 BAG v. 1.8.1990 – 7 ABR 91/88, NZA 1991, 643, 644.

290 BAG v. 19.11.2019 – 7 ABR 3/18, NZA 2020, 598 Rz. 32.

291 BAG v. 19.11.2019 – 7 ABR 3/18, NZA 2020, 598 Rz. 33.

292 BAG v. 19.11.2019 – 7 ABR 3/18, NZA 2020, 598 Rz. 33.

293 BAG v. 19.11.2019 – 7 ABR 3/18, NZA 2020, 598 Rz. 34.

294 BAG v. 19.11.2019 – 7 ABR 3/18, NZA 2020, 598 Rz. 36 ff.

unternehmen von der Pflicht, einen Wirtschaftsausschuss einzurichten, wird in der Literatur überwiegend für richtlinienkonform erachtet²⁹⁵. Dafür spricht Art. 3 Abs. 2 AnhörungsRL 2002/14/EG:

„Die Mitgliedstaaten können – unter Einhaltung der in dieser Richtlinie festgelegten Grundsätze und Ziele – spezifische Bestimmungen für Unternehmen oder Betriebe vorsehen, die unmittelbar und überwiegend politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen oder Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung dienen, falls das innerstaatliche Recht Bestimmungen dieser Art zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Richtlinie bereits enthält“.

aa) Vermeintliche Grenzen unionsrechtskonformer Rechtsfortbildung

Der Siebte Senat wollte indes nicht Stellung beziehen oder gar den EuGH zur Reichweite der Ausnahme des Art. 3 Abs. 2 AnhörungsRL 2002/14/EG befragen, sondern lieber durchentscheiden – und das auf hartem Weg: Selbst wenn Tendenzunternehmen einen Wirtschaftsausschuss zu bilden hätten, lasse sich das nicht im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung dem BetrVG entnehmen und sei mithin wegen des Verbots der Contra-legen-Auslegung de lege lata ausgeschlossen²⁹⁶! Das verwundert sehr, gehen doch andere BAG-Senate mit dem Wortlaut des Gesetzes deutlich lockerer um (vor allem im Urlaubsrecht, wo „drei“ durchaus als „15“ gelesen wird²⁹⁷). Außerdem ist die Grenze der Auslegung nach der Doktrin des BGH nicht der Wortlaut, sondern der erkennbar entgegenstehende Wille des Gesetzgebers, und ist im Zweifel vom Willen des Gesetzgebers zur unionsrechtskonformen Rechtsetzung selbst dann auszugehen, wenn sich die Unionsrechtslage erst nach der Verabschiedung eines Gesetzes geklärt oder geändert hat²⁹⁸.

Der Siebte Senat will indes den „Gesetzgeber“ an „seiner“ Antwort auf eine Anfrage der EU-Kommission festhalten, in der „er“ mitgeteilt habe, dass „er“ hinsichtlich der AnhörungsRL 2002/14/EG keinen Umsetzungsbedarf im deutschen Recht sehe²⁹⁹. Indes ist es nicht der Gesetzgeber im Sinne der deutschen Rechtsdogmatik, der der EU-Kommission (für die hiesige Rechtsanwendung ohnehin unverbindliche) Auskünfte zur deutschen Rechtslage erteilt, sondern die Bundesregierung, die Deutschland gegenüber der EU vertritt³⁰⁰. Der Gesetzgeber von 1972 wusste bei Erlass von § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG noch

295 Übersicht zum Meinungsstand bei BAG v. 19.11.2019 – 7 ABR 3/18, NZA 2020, 598 Rz. 37.

296 BAG v. 19.11.2019 – 7 ABR 3/18, NZA 2020, 598 Rz. 37 f.

297 BAG v. 7.8.2012 – 9 AZR 353/10, NZA 2012, 1216 Rz. 23 ff. – zu § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrtG, wenn der Arbeitnehmer seinen Urlaub im Bezugszeitraum unverschuldet nicht nehmen konnte.

298 BGH v. 12.10.2016 – VIII ZR 103/15, NJW 2017, 1093 Rz. 38, 44 f., 51 – zu § 476 BGB a.F.; strenger nunmehr BGH v. 31.3.2020 – XI ZR 198/19 – Kaskadenverweisung, BKR 2020, 253 Rz. 10 ff. – zu Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 EGBGB a.F., gegen EuGH v. 26.3.2020 – C-66/19 – JC/Kreissparkasse Saarlouis, NJW 2020, 1423 Rz. 46 ff.

299 BAG v. 19.11.2019 – 7 ABR 3/18, NZA 2020, 598 Rz. 39, unter Verweis auf Mitteilung der Kommission über die Überprüfung der Anwendung der Richtlinie 2002/14/EG in der EU v. 17.3.2008, KOM(2008) 146 endg., S. 4.

300 *Classen* in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 23 Rz. 64.

nicht, dass die weitreichende Tendenz Ausnahme einst mit der AnhörungsRL 2002/14/EG in Konflikt geraten könnte. Alte Gesetze können durchaus so auszulegen sein, dass sie mit deutlich jüngerem Unionsrecht konform gehen. Bloß weil die Bundesregierung keinen Umsetzungsbedarf sieht, also von der Unionsrechtskonformität des deutschen Rechts ausgeht, sind die deutschen Gerichte von ihrer Pflicht zur unionsrechtskonformen Rechtfortbildung nicht entbunden. Es ist mithin ohne weiteres möglich, § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG unionsrechtskonform auszulegen und notfalls fortzubilden, sofern die Norm mit der AnhörungsRL 2002/14/EG nicht vereinbar sein sollte. Die vermeintlichen Mühen einer Vorabentscheidung spart sich der Senat aber lieber und schürt damit Rechtsunsicherheit, die stattdessen von einem ArbG oder LAG durch eine EuGH-Vorlage ausgeräumt werden muss.

bb) Keine Richtlinienanwendung zwischen Privaten

Der Senat fragt sich stattdessen (und aus seiner Sicht konsequent), ob § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG bei Unionsrechtswidrigkeit unangewendet bleiben muss. Der Senat geht davon aus, dass das auf eine unmittelbare Anwendbarkeit der AnhörungsRL 2002/14/EG zwischen Privaten hinausliefere³⁰¹, die – das ist zutreffend – der EuGH nicht fordert³⁰². Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts, der auch zur Nichtanwendung einer Norm zwischen Privaten führen kann³⁰³, erfasst nur für jedermann unmittelbar und zwingendes Recht, also vor allem Verordnungen und (sekundärrechtlich aktivierte) Unionsgrundrechte und -grundfreiheiten³⁰⁴. Manche Unionsgrundrechte sollen zwar (trotz Art. 51 Abs. 1 GRC) unter Umständen aus sich selbst heraus unmittelbare Pflichten für Private begründen können³⁰⁵, doch hat der EuGH dem hier einschlägigen Art. 27 GRC die für die Direktwirkung nötige Unbedingtheit bereits abgesprochen³⁰⁶. Art. 27 GRC ist sekundärrechtlich aktivierungsbedürftig³⁰⁷ und kann mithin keine unmittelbare Geltung zwischen Privaten beanspruchen und damit auch nicht der AnhörungsRL 2002/14/EG zur unmittelbaren Drittwirkung verhelfen, wie der Senat zutreffend erkannt hat³⁰⁸.

301 BAG v. 19.11.2019 – 7 ABR 3/18, NZA 2020, 598 Rz. 41 ff.; auch der BGH v. 14.5.2020 – VII ZR 174/19 – HOAI, NJW 2020, 2328 Rz. 36, sieht keinen Unterschied, „ob dem Einzelnen durch eine Richtlinie unmittelbare Verpflichtungen auferlegt oder ihm durch eine Richtlinie nach nationalem Recht bestehende subjektive Rechte unmittelbar genommen werden“.

302 EuGH v. 15.1.2014 – C-176/12 – AMS, NZA 2014, 193 Rz. 36; vgl. EuGH v. 6.11.2018 – C-684/16 – Max-Planck-Gesellschaft, NZA 2018, 1474 Rz. 66 f.

303 BAG v. 9.9.2010 – 2 AZR 714/08, NZA 2011, 34 – zu § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F.

304 EuGH v. 6.11.2018 – C-684/16 – Max-Planck-Gesellschaft, NZA 2018, 1474 Rz. 75 ff.

305 EuGH v. 14.5.2019 – C-55/18 – CCOO, NZA 2019, 683 Rz. 50 – für Art. 31 Abs. 2 GRC.

306 EuGH v. 15.1.2014 – C-176/12 – AMS, NZA 2014, 193 Rz. 41 ff.

307 Zu dieser Grundrechtskategorie *Latzel*, EuZW 2015, 658, 661 f.

308 BAG v. 19.11.2019 – 7 ABR 3/18, NZA 2020, 598 Rz. 44 ff.; vgl. zur zweifelhaften Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit bei reinen Inlandssachverhalten über Art. 15 DienstleistungsRL 2006/123/EG BGH v. 14.5.2020 – VII ZR 174/19 – HOAI, NJW 2020, 2328 Rz. 36.

cc) Keine Vorlagepflicht bei Auslegungsunmöglichkeit

Aus seiner Sicht konsequent lehnt der Senat eine Vorlagepflicht an den EuGH ab, weil die Unionsrechtskonformität von § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG aus seiner Sicht nicht entscheidungserheblich ist³⁰⁹. Er sieht sich nicht in der Lage, die Norm unionsrechtskonform auszulegen, und würde also § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG selbst dann anwenden, wenn der EuGH entschiede, dass der vollständige Ausschluss von Tendenzunternehmen von den Pflichten der AnhörungsRL 2002/14/EG unionsrechtswidrig wäre. Somit bleibt dem streitführenden Betriebsrat eigentlich nur noch, einen unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch gegen die Bundesrepublik geltend zu machen (zu den Voraussetzungen oben I.5.b)aa)), doch wird sich der hierfür erforderliche wirtschaftliche Schaden kaum finden lassen, zumal ein qualifizierter Unionsrechtsverstoß angesichts der Unbestimmtheit von Art. 3 Abs. 2 AnhörungsRL 2002/14/EG zweifelhaft ist. Ein Vertragsverletzungsverfahren kann bei der EU-Kommission angeregt werden.

3. Betriebsvereinbarungsoffenheit von Gesamtzusagen

Teile des BAG gehen bekanntlich davon aus, dass AGB-förmige Arbeitsverträge konkludent für Abänderungen durch Betriebsvereinbarungen offen sind³¹⁰. Nun bejahte der Fünfte Senat auch die Betriebsvereinbarungsoffenheit von Gesamtzusagen, die der Dritte Senat für Betriebsrenten³¹¹ (auch solchen aufgrund betrieblicher Übung³¹²) bereits bejaht hatte.

a) Sachverhalt

Der klagende Arbeitnehmer stritt mit der Arbeitgeberin (einem ÖPNV-Unternehmen) über die Gewährung von kostenlosen Fahrausweisen für seine Ehefrau. Die Arbeitgeberin gewährte männlichen Angestellten sowie deren Ehefrauen früher kostenlose Fahrausweise für den von ihr betriebenen Nahverkehr. Bei Anstellung des Arbeitnehmers im Jahre 1997 warb die Arbeitgeberin öffentlich mit dem Slogan „Als Mitarbeiter der EVAG haben Sie und Ihre Frauen [sic] immer freie Fahrt“. Die Voraussetzungen für die Bereitstellung kostenloser Fahrausweise für Mitarbeiter waren in hausinternen Bestimmungen geregelt, die seit 1958 galten, im Laufe der Zeit mehrmals geändert wurden und zuletzt nur noch Fahrkarten einer niedrigen Tarifstufe gratis gewährten. Tatsächlich wurden indes unverändert Fahrausweise für höhere Tarifstufen durch die Arbeitgeberin gratis ausgegeben. 2015 schloss die Arbeitgeberin mit dem Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung, wonach nur Fahrausweise einer niedrigen Tarifstufe und auch nur an die Arbeitnehmer selbst gewährt werden sollten. Als die Arbeitgeberin daraufhin der Ehefrau des Klägers zwar weiterhin einen kostenlosen Fahrausweis, aber nur einen der niedrigen Tarifstufe gewährte, machte der Klä-

309 BAG v. 19.11.2019 – 7 ABR 3/18, NZA 2020, 598 Rz. 47.

310 BAG v. 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916 Rz. 58 ff.; BAG v. 11.7.2019 – 6 AZR 40/17, NZA-RR 2019, 590 Rz. 21 (anders für kirchliche Betriebsvereinbarungen, Rz. 22); skeptisch BAG v. 11.4.2018 – 4 AZR 119/17, NZA 2018, 1273 Rz. 48 ff.: „grundsätzlich erhebliche Bedenken“; dazu *Kolbe*, ZFA 2019, 579, 605 ff.

311 BAG v. 10.3.2015 – 3 AZR 56/14, NZA-RR 2015, 371 Rz. 31 ff.

312 BAG v. 23.2.2016 – 3 AZR 44/14, NZA 2016, 961 Rz. 49.

ger einen Anspruch auf einen Fahrausweis für die bislang gewährte höhere Tarifstufe für seine Frau geltend. Der Fünfte Senat wies den Anspruch ab³¹³.

b) Merkmale von Gesamtzusagen

Der Senat geht davon aus, dass sich die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer gegenüber im Wege einer Gesamtzusage verpflichtet hatte, ihm und seiner Ehefrau kostenfreie Fahrausweise gemäß den jeweils bei ihr geltenden Bestimmungen zur Verfügung zu stellen³¹⁴. Eine Gesamtzusage ist bekanntlich eine an die Arbeitnehmer in allgemeiner Form gerichtete ausdrückliche Willenserklärung des Arbeitgebers, bestimmte Leistungen erbringen zu wollen; die Arbeitnehmer nehmen das Angebot in der Regel stillschweigend an, ohne dass die Annahmeerklärung dem Arbeitgeber zuzugehen braucht (§ 151 Satz 1 BGB)³¹⁵. Demnach hat sich hier die Arbeitgeberin gegenüber den Arbeitnehmern im Wege einer Gesamtzusage zu einer freiwilligen Sozialleistung in Gestalt kostenloser Fahrausweise verpflichtet³¹⁶.

c) Ablösung von Gesamtzusagen durch Betriebsvereinbarungen

Kernaussage der Entscheidung ist, dass die Gesamtzusage durch eine Betriebsvereinbarung verschlechternd abgelöst werden konnte³¹⁷. Die Betriebsvereinbarung aus dem Jahr 2015 regelte abschließend, an wen und unter welchen Voraussetzungen die Arbeitgeberin unentgeltlich oder vergünstigt Fahrausweise zur Verfügung zu stellen hat. Danach sind die Ehegatten von Beschäftigten und Betriebsrentnern ab Inkrafttreten der Betriebsvereinbarung vom Bezug kostenfreier Tickets ausgeschlossen³¹⁸.

Diese Betriebsvereinbarung konnte die Gesamtzusage aufheben, weil letztere betriebsvereinbarungsoffen war. Von einer betriebsvereinbarungsoffenen Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern geht der Senat regelmäßig dann aus, wenn der Vertragsgegenstand in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist und einen kollektiven Bezug hat – beides ist bei Gesamtzusagen stets der Fall:

„Da Allgemeine Geschäftsbedingungen ebenso wie Bestimmungen in einer Betriebsvereinbarung auf eine Vereinheitlichung der Regelungsgegenstände gerichtet sind, kann aus Sicht eines verständigen und redlichen Arbeitnehmers nicht zweifelhaft sein, dass es sich bei den vom Arbeitgeber gestellten Arbeitsbedingungen um solche handelt, die einer, möglicherweise auch verschlechternden Änderung durch Betriebsvereinbarung zugänglich sind“³¹⁹.

Anderes könne nur dann gelten, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausdrücklich Bedingungen vereinbaren, die unabhängig von einer normativen Regelung Anwendung finden

313 BAG v. 30.1.2019 – 5 AZR 450/17, NZA 2019, 1065 ff.

314 BAG v. 30.1.2019 – 5 AZR 450/17, NZA 2019, 1065 Rz. 46.

315 BAG v. 30.1.2019 – 5 AZR 450/17, NZA 2019, 1065 Rz. 46.

316 BAG v. 30.1.2019 – 5 AZR 450/17, NZA 2019, 1065 Rz. 48 ff.

317 BAG v. 30.1.2019 – 5 AZR 450/17, NZA 2019, 1065 Rz. 55 ff.

318 BAG v. 30.1.2019 – 5 AZR 450/17, NZA 2019, 1065 Rz. 55.

319 BAG v. 30.1.2019 – 5 AZR 450/17, NZA 2019, 1065 Rz. 60.

sollen³²⁰. Ausführlich setzt sich der Senat mit kritischer Literatur auseinander, die in der Annahme einer Betriebsvereinbarungsoffenheit eine reine Unterstellung sieht³²¹, lässt sich aber davon nicht überzeugen. Der „generalisierende Charakter“ der AGB bringe sie „in die Nähe von Betriebsvereinbarungen“, die ebenfalls betriebsbezogen wirken; dieser Vereinheitlichungszweck wäre mit rein individuell änderbaren Abreden nicht zu erreichen, namentlich der Weg über Änderungskündigungen sei impraktikabel³²². Insbesondere wenn ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bestehe (hier aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG), müsse dem verständigen Arbeitnehmer bei Vertragsschluss nach § 157 BGB klar sein, dass die vertraglichen Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarungen verschlechtert werden können³²³.

Im Grunde ist es freilich lebensfern, Arbeitnehmern die Kenntnis der Kollektivarbeitsrechtsslage zu unterstellen, und dogmatisch zumindest interessant, dafür § 157 BGB zu bemühen. Nach § 157 BGB sind empfangsbedürftige Willenserklärungen dahin auszulegen, „was der Adressat nach seinem Empfängerhorizont als Willen des Erklärenden verstehen konnte“³²⁴. Da es hier aber um eine Gesamtzusage (nicht eine Arbeitsvertragsklausel im engeren Sinne) ging, der der kollektive Bezug auch aus Laiensicht gleichsam auf die Stirn geschrieben stand, war es – ungeachtet der berechtigten Kritik an der generellen Betriebsvereinbarungsoffenheit von AGB – noch vertretbar, von einer Betriebsvereinbarungsoffenheit auszugehen³²⁵.

Der Senat findet außerdem, dass das Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB seiner Auffassung nicht entgegenstehe, jedenfalls nicht unter Zuhilfenahme der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten (§ 310 Abs. 4 Satz 2 BGB), weil auch hier das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG) zum Tragen komme³²⁶. Jeder Arbeitnehmer müsse davon ausgehen, dass eine Gesamtzusage ohne sein Zutun später wieder beseitigt wird, jedenfalls dann, wenn im Betrieb im Moment der Zusage ein Betriebsrat bestand³²⁷. Davon ist zwar bei lebensnaher Betrachtung allenfalls dann auszugehen, wenn der Arbeitgeber die Leistung auch in Zusammenwirken mit dem Betriebsrat zugesagt hat, doch die normative Auslegung von Parteiwillen und Transparenzanforderungen hat am BAG bekanntlich Tradition³²⁸.

320 BAG v. 30.1.2019 – 5 AZR 450/17, NZA 2019, 1065 Rz. 60.

321 Namentlich genannt werden *Waltermann*, RdA 2016, 296, 301, *Lang*, Die verdrängende Betriebsvereinbarung, 2018, S. 179, und *Preis/Ulber*, NZA 2014, 6, 9; später auch noch *Creutzfeldt*, NZA 2018, 1111, 1115, und *Hromadka*, NZA 2013, 1061, 1063.

322 BAG v. 30.1.2019 – 5 AZR 450/17, NZA 2019, 1065 Rz. 61.

323 BAG v. 30.1.2019 – 5 AZR 450/17, NZA 2019, 1065 Rz. 63.

324 *Roth* in Staudinger, 2020, § 157 BGB Rz. 3.

325 Der Senat verweist insofern zutreffend auf BAG (Großer Senat) v. 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168, 171 f.

326 BAG v. 30.1.2019 – 5 AZR 450/17, NZA 2019, 1065 Rz. 66 ff.

327 BAG v. 30.1.2019 – 5 AZR 450/17, NZA 2019, 1065 Rz. 69.

328 BAG v. 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81 Rz. 24 f. – zu nur für spitzfindige Juristen widersprüchlich scheinenden Freiwilligkeitszusagen; krit. *Stöhr*, AcP 216 (2016), 558 ff.

4. Keine Nachwirkung gekündigter Regelungsabreden

Die Entscheidung eines tarifgebundenen Arbeitgebers, die tarifliche Vergütungsordnung im ganzen Betrieb anzuwenden, unterliegt gem. § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG³²⁹. Die Mitbestimmungssperre gilt auch dann noch, wenn der Tarifvertrag lediglich nachwirkt³³⁰. Deswegen gab es für den Ersten Senat eigentlich keinen Grund, zu einer Regelungsabrede, die in diesen Nachwirkungszeitraum fiel und die tarifliche Vergütungsordnung modifizierte, Stellung zu nehmen. Der Senat tat es dennoch³³¹, weil die Regelungsabrede gekündigt war und er somit endlich Gelegenheit hatte, der Kritik in der Literatur³³² folgend, seine überkommene Rechtsprechung zur Nachwirkung von Regelungsabreden analog § 77 Abs. 6 BetrVG³³³ aufzugeben.

a) Sachverhalt

Die Arbeitgeberin hatte mit dem Betriebsrat eine Regelungsabrede getroffen, wonach tarifliche Eingruppierungen, die nach einem geltenden Tarifvertrag nur für Arbeitnehmer anwendbar waren, die seit einem bestimmten Datum im Arbeitsverhältnis des Betriebs standen, nach einer sechsmonatigen Einarbeitungszeit auch für neu eingestellte Arbeitnehmer gelten sollten. Später kündigte die Arbeitgeberin diese Regelungsabrede und teilte mit, von nun an neu eingestellte Arbeitnehmer nur noch gemäß des geltenden Tarifvertrags einzugruppieren. Nachdem die Arbeitgeberin eine kurz zuvor eingestellte Arbeitnehmerin nach sechs Monaten für weitere sechs Monate befristet unter unveränderter Eingruppierung weiterbeschäftigen und dafür die Zustimmung des Betriebsrats einholen wollte, verweigerte dieser die Zustimmung zur Eingruppierung³³⁴.

b) Keine analoge Anwendung von § 77 Abs. 6 BetrVG auf Regelungsabreden

Der Erste Senat lehnt überzeugend die analoge Anwendung von § 77 Abs. 6 BetrVG auf Regelungsabreden – auch auf solche über mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten – ab³³⁵. Im Gegensatz zu unmittelbar und zwingend geltenden Betriebsvereinbarungen (§ 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG) wirken Regelungsabreden nur schuldrechtlich zwischen den Betriebsparteien. Die in § 77 Abs. 6 BetrVG angeordnete Nachwirkung bezieht sich jedoch auf das Verhältnis zu den Arbeitnehmern³³⁶. Eine vergleichbare Interessenlage ist aus zwei Gründen nicht gegeben: Zum einen besteht nach Kündigung einer Regelungsabrede nicht – wie nach der Kündigung einer Betriebsvereinbarung – ein regelungsloser Zustand, da die in

329 BAG v. 13.8.2019 – 1 ABR 10/18, NZA 2019, 1651 Rz. 39.

330 BAG v. 15.4.2008 – 1 AZR 65/07, NZA 2008, 888 Rz. 28.

331 BAG v. 13.8.2019 – 1 ABR 10/18, NZA 2019, 1651 Rz. 53: „Ungeachtet dessen“.

332 *Fitting*, BetrVG, 30. Aufl. 2020, § 77 BetrVG Rz. 226; *Richardi*, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 77 BetrVG Rz. 250; weitere Nachweise bei BAG v. 13.8.2019 – 1 ABR 10/18, NZA 2019, 1651 Rz. 47.

333 BAG v. 23.6.1992 – 1 ABR 53/91, NZA 1992, 1098, 1099.

334 BAG v. 13.8.2019 – 1 ABR 10/18, NZA 2019, 1651 f.

335 BAG v. 13.8.2019 – 1 ABR 10/18, NZA 2019, 1651 Rz. 47 ff.

336 BAG v. 13.8.2019 – 1 ABR 10/18, NZA 2019, 1651 Rz. 49.

Umsetzung der Regelungsabrede bereits erfolgten vertraglichen Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer unverändert weitergelten³³⁷. Zum anderen ist die Nachwirkung einer Regelungsabrede auch nicht zur Wahrung der Mitbestimmungsrechte erforderlich, weil es bei mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten, die § 77 Abs. 6 BetrVG voraussetzt, dem Arbeitgeber obliegt, sich um eine neue Einigung mit dem Betriebsrat zu bemühen, und der Betriebsrat in diesen Angelegenheiten ein Initiativrecht hat³³⁸.

5. Tarifvorrang nach § 77 Abs. 3 BetrVG

Im Nachgang zu einer Entscheidung aus dem Jahre 2018³³⁹ präzisierte der Erste Senat im Jahre 2019 in verschiedenen Entscheidungen Tatbestand und Reichweite des Tarifvorrangs nach § 77 Abs. 3 BetrVG³⁴⁰.

a) Tatbestand von § 77 Abs. 3 BetrVG

aa) Sachverhalt

Den Ausgangspunkt bildeten Ansprüche der klagenden Arbeitnehmerin auf Urlaubs- und Weihnachtsgeld gegen die Arbeitgeberin. Gemäß einer bei der Arbeitgeberin geltenden Betriebsvereinbarung sollte den Arbeitnehmern ein Urlaubs- und Weihnachtsgeld i.H.v. von jeweils 62,5 % eines Monatsgehalts gezahlt werden. Außerdem garantierte die Betriebsvereinbarung die Mindesthöhe der Gehälter, indem absolute Geldbeträge festgesetzt wurden, die über die jeweiligen Tarife eines Hamburger Tarifvertrags hinaus gezahlt werden sollten. Nach dem gleichen Muster waren auch Gehaltserhöhungen für den Fall von Tariferhöhungen vorgesehen. Die Arbeitgeberin war bis zum Jahre 2008 an diesen Hamburger Tarifvertrag gebunden. Die Arbeitnehmerin war allerdings in einer Berliner Filiale der Arbeitgeberin beschäftigt und an den einschlägigen Berliner Tarifvertrag war die Arbeitgeberin nicht gebunden. Die Arbeitgeberin kündigte schließlich die Betriebsvereinbarung und stellte daraufhin die Zahlung von Urlaubs- und Weihnachtsgeld ein. Daraufhin klagte die Arbeitnehmerin Ansprüche auf Urlaubs- und Weihnachtsgeld sowie auf Differenzvergütung ein³⁴¹.

bb) Tarifvorrang im Geltungsbereich eines Tarifvertrages

Der Erste Senat hat die Betriebsvereinbarung wegen Verstoßes gegen § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG für unwirksam erklärt. Nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG können Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Diese Sperrwirkung gilt

337 BAG v. 13.8.2019 – 1 ABR 10/18, NZA 2019, 1651 Rz. 51.

338 BAG v. 13.8.2019 – 1 ABR 10/18, NZA 2019, 1651 Rz. 52.

339 BAG v. 23.1.2018 – 1 AZR 65/17, NZA 2018, 871.

340 BAG v. 15.1.2019 – 1 AZR 64/18, juris; Parallelscheidung: BAG v. 15.1.2019 – 1 AZR 291/17, juris; vgl. auch BAG v. 15.1.2019 – 1 AZR 250/17, juris; BAG v. 12.3.2019 – 1 AZR 307/17, NZA 2019, 784.

341 BAG v. 15.1.2019 – 1 AZR 64/18, juris.

nach § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG nicht, wenn der Tarifvertrag abweichende Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt (dazu unten 5.c)).

Zwar war hier die Arbeitgeberin nicht an den für die Berliner Filiale einschlägigen Berliner Tarifvertrag gebunden, doch ist das für die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG unerheblich. Es reicht aus, dass der Betrieb in den räumlichen, betrieblichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrages fällt, in welchem die Arbeitsbedingungen geregelt sind³⁴². Diese Voraussetzungen waren hier gegeben und der Berliner Tarifvertrag entfaltete mithin Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 BetrVG gegenüber Betriebsvereinbarungen zu Gehaltsfragen, die der Tarifvertrag differenziert regelte³⁴³. Indem die Betriebsvereinbarung auf Hamburger Tarife Bezug nahm und sie um absolute Beträge aufstockte, sah der Senat zutreffend Entgelte in absoluter Höhe bestimmt. Der Berliner Tarifvertrag enthielt auch keine Öffnungsklausel i.S.d. § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG; die verwendeten Formulierungen „Mindestentgelt“ und „Mindestlohn“ verstand der Senat lediglich als Hinweis auf das Günstigkeitsprinzip (§ 4 Abs. 3 Var. 2 TVG)³⁴⁴.

cc) Rechtsfolge von Verstößen gegen § 77 Abs. 3 BetrVG

Ein Verstoß gegen die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG macht die Betriebsvereinbarung insoweit unwirksam³⁴⁵. Eine Besonderheit war hier, dass sich die Unwirksamkeit auch auf die Regelungen zum Urlaubs- und Weihnachtgeld erstreckte, weil diese prozentual auf den absoluten Gehaltsbetrag der unwirksamen Betriebsvereinbarung Bezug nahmen. Für sich allein stellten sie somit keine in sich geschlossenen Bestimmungen mehr dar. Der Senat hat deshalb offenlassen können, ob die Sonderzuwendungen von etwaigen Öffnungsklauseln umfasst waren³⁴⁶. Außerdem hat der Senat zutreffend die Nachwirkung der unwirksamen Betriebsvereinbarungen verneint³⁴⁷.

b) Tarifvorrang auch gegenüber bAV-Betriebsvereinbarungen

Der Dritte Senat hat in anderem Zusammenhang klargestellt, dass der Tarifvorrang des § 77 Abs. 3 BetrVG auch bAV-Betriebsvereinbarungen unwirksam machen kann³⁴⁸. Das Drei-Stufen-Schema (dazu oben III.4.b)) gilt nicht, wenn Tarifverträge Versorgungsordnungen ablösen, sondern nur die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit (dazu oben III.4.d)). Diese Grundsätze gelten nicht nur bei der Ablösung von Betriebsrentenregelungen nach einem Betriebsübergang durch Tarifverträge beim Betriebserberwerber (dazu oben III.4.d)), sondern auch bei der Verdrängung von bAV-Betriebsvereinbarungen nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG³⁴⁹.

342 BAG v. 23.1.2018 – 1 AZR 65/17, BB 2018, 1783 Rz. 16; BAG v. 15.1.2019 – 1 AZR 64/18, juris Rz. 13.

343 BAG v. 15.1.2019 – 1 AZR 64/18, juris Rz. 14 f.

344 BAG v. 15.1.2019 – 1 AZR 64/18, juris Rz. 16.

345 BAG v. 15.1.2019 – 1 AZR 64/18, juris Rz. 13, 18; BAG v. 12.3.2019 – 1 AZR 307/17, BB 2019, 2172 Rz. 31.

346 BAG v. 15.1.2019 – 1 AZR 64/18, juris Rz. 18; BAG v. 15.1.2019 – 1 AZR 250/17, juris Rz. 11.

347 BAG v. 15.1.2019 – 1 AZR 64/18, juris Rz. 11; BAG v. 15.1.2019 – 1 AZR 250/17, juris Rz. 11.

348 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 91 ff.

349 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 92, 96, 100.

c) Kein Tarifvorrang bei Zustimmung der Tarifvertragsparteien

Eine durch einen Tarifvertrag eingeführte Öffnungsklausel nach § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG kann eine bisherige Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG aufheben³⁵⁰ – auch nachträglich und rückwirkend³⁵¹. Ebenso kann ein Tarifvertrag Abweichungen vom Tarifvertrag durch die Betriebsparteien von der Zustimmung der Tarifvertragsparteien abhängig machen: Im Rahmen des § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG entscheiden die Tarifparteien darüber, inwieweit sie den Betriebsparteien Gestaltungsmacht zurückgeben, hat der Erste Senat zu überzeugend klargestellt³⁵². Wollen die Tarifvertragsparteien den Betriebsparteien nicht nur eine die tariflichen Regelungen ergänzende, sondern sogar eine hiervon abweichende Regelungsbefugnis einräumen, müssen sie das aber sehr klar zum Ausdruck bringen³⁵³.

d) Verhältnis von § 77 Abs. 3 zu § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG

Das BAG hat außerdem die in ständiger Rechtsprechung angewandte Vorrangtheorie bestätigt, wonach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nicht greift, soweit es um Angelegenheiten geht, die gem. § 87 Abs. 1 BetrVG der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen³⁵⁴. § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG, der dem Betriebsrat die Mitbestimmungsrechte nur im Rahmen der Gesetze und den Arbeitgeber normativ bindender Tarifverträge³⁵⁵ gewährt, ist demnach für erzwingbare Betriebsvereinbarungen *lex specialis* gegenüber § 77 Abs. 3 BetrVG, der seinerseits nur für freiwillige Betriebsvereinbarungen unmittelbar anwendbar bleibt³⁵⁶.

Das BAG wendet den Tarifvorrang des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG indes auch im Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 BetrVG an, soweit einer Betriebsvereinbarung eine zwingende tarifliche Regelung entgegensteht, es sei denn, der Tarifvertrag lässt den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zu³⁵⁷. Indem das BAG tarifwidrige Betriebsvereinbarungen nicht einfach direkt gem. § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG (i.V.m. § 134 BGB) für unwirksam erklärt, sondern über § 77 Abs. 3 BetrVG geht, nimmt es auch solchen Betriebsvereinbarungen die Wirkung, die für Arbeitnehmer günstiger sind als der Tarifvertrag und die § 4 Abs. 3 Var. 2 TVG eigentlich zulässt³⁵⁸. Für die Sperrwirkung nach § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG ist die normative Tarifgebundenheit des Arbeitgebers erforderlich, genügt aber selbst soweit es sich um Inhaltsnormen handelt³⁵⁹ (bei § 77 Abs. 3 BetrVG

350 BAG v. 13.8.2019 – 1 AZR 213/18, NZA 2020, 49 Rz. 46.

351 BAG v. 29.10.2002 – 1 AZR 573/01, NZA 2003, 393, 395.

352 BAG v. 13.8.2019 – 1 AZR 213/18, NZA 2020, 49 Rz. 75.

353 BAG v. 12.3.2019 – 1 AZR 307/17, BB 2019, 2172 Rz. 38.

354 BAG v. 13.8.2019 – 1 AZR 213/18, NZA 2020, 49 Rz. 41; BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 94; bereits BAG (Großer Senat) v. 3.12.1991 – GS 2/90, NZA 1992, 749; krit. *Richardi*, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 77 Rz. 262 f.

355 *Kania*, Erfurter Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 77 BetrVG Rz. 15.

356 *Kania*, Erfurter Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 77 BetrVG Rz. 53.

357 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 94.

358 *Kania*, Erfurter Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 77 BetrVG Rz. 55.

359 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 95.

genügt bloße Tarifüblichkeit, dazu oben IV.5.a)bb)). Das begründet das BAG damit, dass (nur) eine den Arbeitgeber bindende tarifliche Regelung dem Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer ausreichend Rechnung trage und daher Mitbestimmungsrechte entbehrlich mache³⁶⁰.

6. Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Personaleinsatzplanung

Der Betriebsrat hat aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage. Damit kann der Betriebsrat die Arbeit von Unternehmen mit Schichtbetrieb (etwa im Einzelhandel) erheblich beeinflussen, bisweilen über seinen Unterlassungsanspruch regelrecht behindern (zum Mitbestimmungsmissbrauch in eben diesem Zusammenhang unten IV.7.), um etwa dem Arbeitgeber Zugeständnisse in anderen Angelegenheiten abzutrotzen³⁶¹. Der Erste Senat hat den Gestaltungsraum der Betriebsparteien bei der Personaleinsatzplanung (PEP) abermals betont³⁶², doch eine praktikable Lösung für dringende Streitfälle fehlt weiterhin.

a) Sachverhalt

Die Arbeitgeberin (ein Textilhandelsunternehmen) hatte mit dem Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung über die Arbeitszeiten in einer Filiale geschlossen. Darin hieß es:

„Der Personaleinsatzplan wird jeweils für eine Woche erstellt und den Beschäftigten vier Wochen im Voraus durch Aushang bekannt gemacht. Der Personaleinsatzplan bedarf der vorherigen Zustimmung des Betriebsrats. [...]“

Änderung der und Abweichungen von der PEP müssen durch den Arbeitgeber mindestens eine Woche im Voraus schriftlich beim Betriebsrat beantragt und durch diesen genehmigt werden. Ist dies aus dringenden betrieblichen Gründen (zB kurzfristige Erkrankung von mehreren Beschäftigten der gesamten Filiale) nicht möglich, ist der Betriebsrat bzw. ein Betriebsratsmitglied unverzüglich mündlich und zusätzlich schriftlich unter Angabe von Gründen zu benachrichtigen“.

Wegen personeller Engpässe bat die Arbeitgeberin den Betriebsrat drei Mal um Zustimmung zur Einstellung von Leiharbeitnehmern für den jeweils folgenden Tag. Der Betriebsrat, der erst nach den vom Arbeitgeber dann einseitig durchgeführten Maßnahmen tagte, sah sich in seinem Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG verletzt und verlangte von der Arbeitgeberin, es zu unterlassen, ohne Zustimmung des Betriebsrates Leiharbeitnehmern Arbeitszeiten zuzuordnen oder deren Arbeitsleistung entgegenzunehmen³⁶³.

360 BAG v. 22.10.2019 – 3 AZR 429/18, ZIP 2020, 571 Rz. 95, unter Verweis auf BAG v. 18.10.2011 – 1 ABR 25/10, NZA 2012, 392 Rz. 16 ff.

361 Zu Koppelungsgeschäften eingehend *Dommermuth-Alhäuser*, Arbeitsrechtsmissbrauch, 2015, S. 282 ff.; *Fritz*, Zulässigkeit und Grenzen von Koppelungsgeschäften zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber, 2010.

362 BAG v. 22.10.2019 – 1 ABR 17/18, NZA 2020, 123.

363 BAG v. 22.10.2019 – 1 ABR 17/18, NZA 2020, 123 f.

b) Anspruch auf Durchführung einer Betriebsvereinbarung

Weil der Betriebsrat hier keine Unterlassung der streitbefangenen Maßnahmen auf Grundlage seines Durchführungsanspruchs aus § 77 Abs. 1 Satz 1 BetrVG³⁶⁴ i.V.m. der oben wiedergegebenen PEP-Betriebsvereinbarung beansprucht hatte und der stattdessen geltend gemachte allgemeine betriebsverfassungsrechtliche Unterlassungsanspruch nach Meinung des Ersten Senats ein anderer Verfahrensgegenstand ist, fiel der Durchführungsanspruch dem Senat nicht zur Entscheidung an³⁶⁵. In einem Obiter Dictum weist der Senat aber darauf hin, dass er hier aus dem Durchführungsanspruch einen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats gegeben sieht³⁶⁶, weil die Arbeitgeberin gegen die Betriebsvereinbarung verstoßen hatte³⁶⁷. Offenbar um weiteren Streit zwischen der Arbeitgeberin und dem Betriebsrat zu vermeiden, prüft der Senat sehr ausführlich, ob die Arbeitgeberin bei den drei Anlassfällen die Vorgaben der PEP-Betriebsvereinbarung eingehalten hatte – mit negativem Ergebnis. Auf die Eilfallregelung konnte die Arbeitgeberin ihre Maßnahmen allerdings nur deshalb nicht stützen, weil sie dessen Vorgaben missachtet hatte³⁶⁸.

c) Eilkompetenz des Arbeitgebers in sozialen Angelegenheiten

Immerhin stellt der Senat in diesem Zusammenhang abermals klar, dass dem Arbeitgeber über eine einvernehmliche Betriebsvereinbarung ein Alleinentscheidungsrecht in Eilfällen eingeräumt werden kann. Zwar kennt das BetrVG im Bereich der sozialen Angelegenheiten selbst für Eil- und Sonderfälle keine einseitige Regelungsbefugnis des Arbeitgebers oder ein Recht zu vorläufigen Maßnahmen und kann deswegen auch ein Einigungsstellenspruch nicht Entsprechendes (auch nicht vorläufig³⁶⁹) vorsehen³⁷⁰. Doch dürfen die Betriebsparteien einvernehmlich ein Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers in Eilfällen vereinbaren, um spezifischen betrieblichen Bedürfnissen Rechnung zu tragen, indem die Zustimmung des Betriebsrats fingiert wird (oder er sie im Voraus erteilt), „wenn sich dies auf eine eng begrenzte, hinreichend konkret beschriebene und gegebenenfalls häufig auftretende Fallgestaltung bezieht“³⁷¹.

d) Reichweite der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG

Statt des Durchführungsanspruchs prüfte der Erste Senat hier im tragenden Teil nur, ob der Betriebsrat einen allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruch gegen den von der Arbeitgeberin begehrten Personaleinsatz hat. Einen solchen Unterlassungsanspruch direkt aus § 87 BetrVG, der nicht an die hohen Anforderungen des § 23

364 Dazu *Kania* in Erfurter Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 77 BetrVG Rz. 8.

365 BAG v. 22.10.2019 – 1 ABR 17/18, NZA 2020, 123 Rz. 17.

366 BAG v. 22.10.2019 – 1 ABR 17/18, NZA 2020, 123 Rz. 35.

367 BAG v. 22.10.2019 – 1 ABR 17/18, NZA 2020, 123 Rz. 27 ff.

368 BAG v. 22.10.2019 – 1 ABR 17/18, NZA 2020, 123 Rz. 27 ff.

369 BAG v. 9.7.2013 – 1 ABR 19/12, NZA 2014, 99 Rz. 30.

370 BAG v. 8.12.2015 – 1 ABR 2/14, BAGE 153, 318 Rz. 19.

371 BAG v. 22.10.2019 – 1 ABR 17/18, NZA 2020, 123 Rz. 33; ebenso bereits BAG v. 8.12.2015 – 1 ABR 2/14, BAGE 153, 318 Rz. 25; *Eylert*, NZA-Beilage 2017, 95, 99.

Abs. 3 BetrVG gebunden ist, erkennt das BAG in ständiger Rechtsprechung an³⁷². Dessen Voraussetzungen sah der Senat hier aber nicht gegeben³⁷³.

Zwar greift das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG auch hinsichtlich neu eingestellter Arbeitnehmer. Es fehlt insoweit weder am notwendigen kollektiven Tatbestand, noch wird das Mitbestimmungsrecht durch die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten (§§ 99 ff. BetrVG) verdrängt³⁷⁴. Der Senat betätigt auch seine Rechtsprechung, wonach auch beim kurzzeitigen Einsatz von Leiharbeitnehmern der Betriebsrat im Entleiherbetrieb über Beginn und Ende von deren täglicher Arbeitszeit einschließlich ihrer Pausen mitzubestimmen hat³⁷⁵. Der Senat lehnt indes den Unterlassungsanspruch des Betriebsrats hier deshalb ab, weil der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG schon mit der PEP-Betriebsvereinbarung wahrgenommen hatte. Das folgert der Senat daraus, dass die PEP-Betriebsvereinbarung für „alle Beschäftigten“ gilt, was „alle“ dem Zuständigkeitsbereich des Betriebsrats unterfallenden Arbeitnehmer meint, also auch die im Betrieb einzusetzenden Leiharbeitnehmer³⁷⁶.

e) Bewertung

Arbeitgebern, die auf den Schichtbetrieb und damit einen kooperativen Betriebsrat angewiesen sind, bereiten § 87 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BetrVG nach wie vor Kopfzerbrechen. Einerseits können Arbeitgeber und Betriebsrat über jede einzelne PEP wöchentlich neu verhandeln und notfalls die Einigungsstelle (samt Streit über deren Vorsitzenden und Anzahl der Beisitzer) anrufen, bis die betreffende Woche (mit zwischenzeitlichem Personaleinsatz auf welcher legalen Grundlage?) verstrichen ist. Andererseits können die Betriebsparteien in einer Rahmenbetriebsvereinbarung Grundregeln treffen, die der Arbeitgeber bei der (insoweit dann mitbestimmungsfreien) PEP zwingend einzuhalten hat³⁷⁷. Die Krux liegt darin, dass die Rahmenbetriebsvereinbarung dem Arbeitgeber keinen Gestaltungsspielraum bei der PEP lassen darf, sondern ihm einen klaren Vollzugsplan an die Hand geben muss, den er dann nur noch zu exekutieren hat³⁷⁸. Das gilt auch insoweit, wie die Rahmenbetriebsvereinbarung dem Arbeitgeber in Eilfällen ein Alleinentscheidungsrecht einräumt. Hier hat der Senat die oben wiedergegebene Notfallklausel inhaltlich nicht bemängelt. „Dringende betriebliche Gründe“ mit beispielhafter Eingrenzung und unverzüglicher Informations- und Begründungspflicht genügen offenbar als antizipierte Mitbestimmung.

372 Seit BAG v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93, NZA 1995, 40, 41 ff.; BAG v. 22.8.2017 – 1 ABR 4/16, NZA 2018, 191 Rz. 27 ff.; eingehend *Wiebauer*, Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung, 2010, Rz. 366 ff.

373 BAG v. 22.10.2019 – 1 ABR 17/18, NZA 2020, 123 Rz. 20 ff.

374 BAG v. 22.10.2019 – 1 ABR 17/18, NZA 2020, 123 Rz. 21.

375 BAG v. 22.10.2019 – 1 ABR 17/18, NZA 2020, 123 Rz. 21, unter Verweis auf BAG v. 15.12.1992 – 1 ABR 38/92, NZA 1993, 513.

376 BAG v. 22.10.2019 – 1 ABR 17/18, NZA 2020, 123 Rz. 24 ff.

377 *Eylert*, NZA-Beilage 2017, 95, 99; *Mückenberger/Löbzig*, SPA 2018, 140, 141.

378 BAG v. 8.12.2015 – 1 ABR 2/14, BAGE 153, 318 Rz. 20 ff.

7. Missbräuchliche Rechtsausübung durch den Betriebsrat

Das Mitbestimmungsrecht bei der PEP aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG gibt dem Betriebsrat sehr viel Macht (dazu soeben), die Betriebsräte bisweilen missbrauchen. Die Grenzen des Erlaubten definiert nicht erst der Straftatbestand der Nötigung (§ 240 StGB)³⁷⁹, sondern bereits der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG). Der Erste Senat hat nun einem Betriebsrat einen rechtsmissbräuchlichen Gebrauch seiner Rechte im Rahmen der PEP attestiert³⁸⁰.

a) Sachverhalt

Der Betriebsrat machte gegen die Arbeitgeberin (eine Klinik) aus § 87 Abs. 1 und § 23 Abs. 3 BetrVG Unterlassungsansprüche wegen Uneinigkeit über die PEP geltend. Die Arbeitgeberin stellte regelmäßig monatliche Dienstpläne auf, denen der Betriebsrat aber nur teilweise zustimmte. Die Versuche der Arbeitgeberin, den Betriebsrat zur Errichtung einer freiwilligen Einigungsstelle zu bewegen, blieben erfolglos. Der Betriebsrat meinte, dass eine Einigungsstelle aufgrund der Komplexität der Angelegenheit ohnehin nicht ordnungsgemäße Dienstpläne erstellen könnte. Offenbar sah der Betriebsrat das Problem grds. in fehlendem Personal, denn er kritisierte, dass mit dem bestehenden Personalstand kein funktionsfähiger Dienstplan erstellt werden könne³⁸¹. Die Arbeitgeberin leitete in der Folge Gerichtsverfahren zur Einsetzung einer Einigungsstelle ein, doch die Einigungsstellen konnten fast alle nicht rechtzeitig vor Beginn der jeweiligen Dienstpläne entscheiden, weil sich der Betriebsrat weigerte, Sitzungstermine abzustimmen und Beisitzer zu benennen.

Die Arbeitgeberin sah keine andere Möglichkeit, als die jeweiligen Dienstpläne auch ohne Zustimmung des Betriebsrats im Betrieb bekanntzugeben. Daraufhin beantragte der Betriebsrat beim ArbG, dass die Arbeitgeberin es zu unterlassen habe, Dienstpläne ohne seine vorherige Zustimmung oder eine diese ersetzende Entscheidung der Einigungsstelle bekanntzugeben. Da es auch noch zu Abweichungen der tatsächlichen Arbeitsschichten von den in den Dienstplänen vorgesehenen Schichten kam, verlangte der Betriebsrat außerdem, dass die Arbeitgeberin den dienstplanwidrigen Einsatz von Arbeitnehmern ohne seine Zustimmung zu unterlassen habe³⁸².

b) Einwand unzulässiger Rechtsausübung gegen Unterlassungsansprüche

Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung folgt im allgemeinen Zivilrecht aus § 242 BGB³⁸³ und im Betriebsverfassungsrecht aus dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusam-

379 Rieble/Klebeck, NZA 2006, 758, 760 ff.

380 BAG v. 12.3.2019 – 1 ABR 42/17, NZA 2019, 843 ff.

381 § 137i SGB V und die darauf gestützte Pflegepersonaluntergrenzen-Verordnung waren erst 2017 bzw. 2018 und mithin nach den verfahrensgegenständlichen Zeiträumen in Kraft getreten; zu betriebsverfassungsrechtlichen Besetzungsregeln im Gesundheitssektor: Kohle, RdA 2019, 347 ff.

382 BAG v. 12.3.2019 – 1 ABR 42/17, NZA 2019, 843 ff.

383 BGH v. 27.2.2018 – VI ZR 109/17, NJW 2018, 1756 Rz. 20.

menarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG)³⁸⁴. Das Recht des Arbeitgebers aus § 23 Abs. 1 BetrVG, beim ArbG die Auflösung des Betriebsrats wegen grober Verletzung seiner gesetzlichen Pflichten zu beantragen, verdrängt nicht den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung als milderes Mittel³⁸⁵. Eine unzulässige Rechtsausübung ist dann gegeben, wenn sich eine Betriebspartei auf eine formale Rechtsposition beruft, die sie durch eigenes erheblich betriebsverfassungswidriges Verhalten erlangt hat³⁸⁶. Weil im Arbeitsrecht aber alles etwas anders und im kollektiven Arbeitsrecht erheblich anders ist, soll eine unzulässige Rechtsausübung hier nur „in besonders schwerwiegenden, eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht“ kommen – das verlangten die „Besonderheiten des durch die Wahrnehmung strukturell gegensätzlicher Interessen gekennzeichneten Rechtsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat“³⁸⁷.

Gegen diese Einschränkung lässt sich vieles einwenden³⁸⁸, jedenfalls bleibt der Senat eine Erklärung schuldig, welche „Besonderheiten“ es dem Betriebsrat gestatten sollen, seine Rechte mehr zu missbrauchen als andere Teilnehmer am Zivilrechtsverkehr. „Strukturell gegensätzliche Interessen“ sind im Zivilrecht allgegenwärtig und das BAG hat mit der Kombination aus Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung und dem allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruch ohnehin für eine übermäßige Effektivierung der betrieblichen Mitbestimmung gesorgt³⁸⁹. Warum darf sich der Betriebsrat dennoch treuwidriger als andere verhalten, obwohl ihn doch § 2 Abs. 1 BetrVG explizit zur „vertrauensvollen“ Zusammenarbeit, also gesteigerter Treue verpflichtet? Gewerkschaften sollen im Arbeitskampf über die Stränge schlagen dürfen³⁹⁰, doch der Betriebsrat ist gem. § 74 Abs. 2 BetrVG zum Frieden verpflichtet. Deshalb müssen für ihn strengere Maßstäbe gelten, zumal der Arbeitgeber unterhalb der Schwelle des § 23 Abs. 1 BetrVG außer dem Einwand des Rechtsmissbrauchs kein betriebsverfassungsrechtliches Verteidigungsmittel hat.

c) Missbräuchliche Unterlassungsverlangen in sozialen Angelegenheiten

Hier sah der Senat die von ihm formulierten hohen Anforderungen an eine unzulässige Rechtsausübung erfüllt. Zwar hatte der Betriebsrat grds. einen Unterlassungsanspruch aus § 87 Abs. 1 BetrVG gegen die Arbeitgeberin, weil sie mit Vollzug der Dienstpläne ohne vorherige Zustimmung des Betriebsrats oder Einigungsstellenspruch das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG (dazu oben IV.6) verletzt hatte. Daran änderte auch nichts, dass die Arbeitgeberin zuvor meist erfolglos versucht hatte, Einigungsstellenverfahren durchzuführen³⁹¹. Doch berief sich der Betriebsrat treuwidrig auf seinen Unterlassungsanspruch.

384 BAG v. 12.3.2019 – 1 ABR 42/17, NZA 2019, 843 Rz. 43.

385 BAG v. 12.3.2019 – 1 ABR 42/17, NZA 2019, 843 Rz. 44.

386 BAG v. 12.3.2019 – 1 ABR 42/17, NZA 2019, 843 Rz. 45, unter Verweis auf BGH v. 27.2.2018 – VI ZR 109/17, NJW 2018, 1756 Rz. 20 – zu § 242 BGB.

387 BAG v. 12.3.2019 – 1 ABR 42/17, NZA 2019, 843 Rz. 45.

388 Eingehend *Dommermuth-Alhäuser*, Arbeitsrechtsmissbrauch, 2015, S. 181 ff.

389 *Wiebauer*, Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung, 2010, Rz. 480 ff.

390 Vgl. BAG v. 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 – Flashmob, NZA 2009, 1347 Rz. 33 f.; BAG v. 20.11.2018 – 1 AZR 189/17 – Streik auf Betriebsgelände, NZA 2019, 402 Rz. 31.

391 BAG v. 12.3.2019 – 1 ABR 42/17, NZA 2019, 843 Rz. 40.

aa) Mitwirkungspflicht des Betriebsrats

Zutreffend weist der Senat darauf hin, dass es nicht alleinige Aufgabe des Arbeitgebers ist, die Mitbestimmung sicherzustellen, sondern der Betriebsrat insoweit auch eine Mitwirkungspflicht aus § 74 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 BetrVG hat³⁹². Der Betriebsrat muss insbesondere im Rahmen seines Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG alles daran setzen, bei der Verteilung der Arbeitszeiten zu einer einvernehmlichen Regelung mit dem Arbeitgeber zu gelangen, schon damit dieser seinem hier gegebenen öffentlichen Versorgungsauftrag nachkommen kann³⁹³. Letzteres ist freilich keine Bedingung für die Mitwirkungspflicht, die die Betriebsparteien in jedem Betrieb zur Einlassung und Erörterung (allerdings nicht zum Kompromiss) verpflichtet³⁹⁴.

Indem hier der Betriebsrat keinen konstruktiven Dialog mit dem Arbeitgeber gesucht und sich der Mitwirkung bei der einvernehmlichen Errichtung der Einigungsstelle verweigert hatte, hatte er gegen seine Mitwirkungspflicht verstoßen³⁹⁵. Eine Rechtfertigung für dieses „obstruktive Verhalten des Betriebsrats“ konnte der Senat nicht erkennen³⁹⁶. Auf die vom Betriebsrat bemängelte dünne Personaldecke, die den Dienstplänen der Arbeitgeberin den Boden entzogen habe, geht der Senat nicht näher ein. Stattdessen verweist der Senat zutreffend darauf, dass der Betriebsrat unter keinen Umständen auf sein Mitbestimmungsrecht verzichten kann, sondern konstruktiv seine Rechte ausüben muss – davon entbinden ihn selbst „etwaige Verstöße einzelner Dienstpläne gegen gesetzliche und tarifliche Vorgaben nicht“³⁹⁷.

bb) Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers

Den Arbeitgeber trifft aus § 74 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 BetrVG die gleiche Mitwirkungspflicht wie den Betriebsrat, deshalb hat auch er sich konstruktiv um eine einvernehmliche Regelung der Mitbestimmungsangelegenheit zu bemühen. Der Senat sieht Arbeitgeber in der Pflicht, in dringenden Fällen, wie dem Aufstellen von Dienstplänen für die nächsten Monate, unverzüglich ein Verfahren nach § 100 ArbGG einzuleiten³⁹⁸. Die Benennung von Beisitzern des Betriebsrats für die Einigungsstelle, die Errichtung einer ständigen Einigungsstelle oder der Abschluss einer PEP-Rahmenbetriebsvereinbarung kann der Arbeitgeber nicht oder nur gemeinsam mit dem Betriebsrat erreichen – folglich trägt der kooperationsbereite Arbeitgeber hierfür auch keine Verantwortung³⁹⁹. Dem Betriebsrat bescheinigt der Senat hier insoweit hingegen eine „Blockadehaltung“⁴⁰⁰.

392 BAG v. 12.3.2019 – 1 ABR 42/17, NZA 2019, 843 Rz. 53.

393 BAG v. 12.3.2019 – 1 ABR 42/17, NZA 2019, 843 Rz. 52.

394 *Maschmann* in Richardi, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 74 Rz. 12.

395 BAG v. 12.3.2019 – 1 ABR 42/17, NZA 2019, 843 Rz. 54 f.

396 BAG v. 12.3.2019 – 1 ABR 42/17, NZA 2019, 843 Rz. 56.

397 BAG v. 12.3.2019 – 1 ABR 42/17, NZA 2019, 843 Rz. 57.

398 BAG v. 12.3.2019 – 1 ABR 42/17, NZA 2019, 843 Rz. 59.

399 BAG v. 12.3.2019 – 1 ABR 42/17, NZA 2019, 843 Rz. 59 f.

400 BAG v. 12.3.2019 – 1 ABR 42/17, NZA 2019, 843 Rz. 58.

d) Bewertung

Arbeitgeber können nur dann hoffen, vor den Arbeitsgerichten mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegen Unterlassungsansprüche des Betriebsrats gehört zu werden, wenn sie unverzüglich die Einigungsstelle anrufen, sobald sich eine fehlende Einigungsbereitschaft des Betriebsrats abzeichnet, notfalls ebenso unverzüglich das Einigungsstellenbesetzungsverfahren nach § 76 Abs. 2 Satz 2 und 3 BetrVG i.V.m. § 100 ArbGG in die Wege leiten und währenddessen dem Betriebsrat durchweg die Hand für eine einvernehmliche Regelung (u.U. auch für eine generelle PEP-Rahmenbetriebsvereinbarung) reichen. Dann entlassen selbst „etwaige Verstöße einzelner Dienstpläne gegen gesetzliche und tarifliche Vorgaben“ nicht den Betriebsrat aus seiner Mitwirkungsverantwortung. Treuwidrig verhält sich ein Betriebsrat allerdings erst dann, wenn er auch im Einigungsstellenverfahren, und sei es bereits beim Besetzungsverfahren, auf Zeit spielt und nicht konstruktiv mitwirkt. Weil hier der Betriebsrat über mehrere Dienstplanperioden hinweg nicht kooperierte, brauchte der Senat sich nicht mit einem Beharrlichkeitskriterium zu beschäftigen. Der Einwand des Rechtsmissbrauchs ist freilich von keiner Wiederholung abhängig, sondern greift auch bei einmaligem Fehlverhalten.

V. Zusammenfassung

Im Tarifvertragsrecht hat das BAG im Jahre 2019 seine Rechtsprechung u.a. hinsichtlich der mittelbaren Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien (vor allem an Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG) und der Reichweite tarifvertraglicher Ausschlussfristen samt ihrer Unionsrechtskonformität bezüglich unionsrechtlich determinierter Ansprüche weiterentwickelt.

Zu tarifvertraglichen Sozialkassen hat das BAG vor allem die Folgen seiner Entscheidungen von 2015 und 2016 zur Unwirksamkeit der AVE der SOKA-Bau-Tarifverträge weiter aufgearbeitet (v.a. Rückforderungs- und Zinsansprüche) und die Verfassungsmäßigkeit des SokaSiG im Nachgang zur grundlegenden Entscheidung aus dem Jahre 2018 mit weiteren Argumenten bestätigt. Außerdem hat das BAG das SokaSiG2 für verfassungskonform befunden.

Zu den kollektivarbeitsrechtlichen Folgen von Betriebsübergängen hat das BAG vor allem zu den Möglichkeiten der Verschlechterung der Arbeitsbedingungen der übergegangenen Arbeitnehmer durch Betriebsvereinbarungen, Tarifverträge und durch Kündigung transformierter Betriebsvereinbarungen Stellung genommen. Das betriebsrentenrechtliche Drei-Stufen-Schema soll nun auch bei der Ablösung von bAV-Betriebsvereinbarungen durch Betriebsvereinbarungen beim Erwerber gelten. Die Reichweite des materiellen Gestaltungsraums der Betriebserwerber harrt indes nach wie vor einer Klärung durch den EuGH.

Im Betriebsverfassungsrecht hat das BAG u.a. das Tendenzprivileg für gemischte Gemeinschaftsbetriebe klargestellt, seine Rechtsprechung zur Betriebsvereinbarungsoffenheit von Regelungen mit Kollektivbezug und der Reichweite des Tarifvorrangs nach § 77 Abs. 3 BetrVG bestätigt. Hervorzuheben sind die Entscheidungen zur Mitbestimmung des Betriebsrats bei der PEP, die indes – trotz festgestellten Mitbestimmungsmisbrauchs durch einen Betriebsrat in einem Fall – leidgeprüften Arbeitgebern kaum Erleichterung verschaffen.