



Entgeltbestimmung nach § 315 BGB in tariflichen Entgeltbändern

Volker Rieble

I. Variabilisierung tariflicher Entgeltsysteme durch Entgeltbänder

1. *Flexibilisierungs-Bedürfnis*

Klassische Tarifentgeltsysteme weisen die Entgeltfindung der Subsumtion zu: Dem Arbeitnehmer wird durch die Vergütungsgruppensystematik ein nach seiner Tätigkeit – mitunter auch nach der Qualifikation – zu bestimmendes Entgelt zugeordnet. Der Subsumtionsvorgang der Eingruppierung ist jedenfalls nach der Theorie ein Rechtsfindungsakt, für den dem Arbeitgeber kein Entscheidungsspielraum zukommt¹. Der Arbeitnehmer hat stets Anspruch auf ein bestimmtes Entgelt, das notfalls von den Gerichten durch Anwendung der Vergütungsgruppen und zuordnende Subsumtion bestimmt wird. Unschärfen werden also individualrechtlich von den Arbeitsgerichten und kollektivrechtlich durch das Mitbeurteilungsrecht des Betriebsrats bei der Eingruppierung konkretisiert². Rechtspraktisch löst das einen immensen Verfahrensaufwand aus, der sich an den Eingruppierungsstreitigkeiten erweist.

Als Ausweg hat man in der Vergangenheit versucht, den Subsumtionsvorgang „analytisch“ aufzulösen und durch hochkomplexe Punktesysteme zu einer „gerechten“ Arbeitsbewertung zu gelangen. Auch das aber hat sich als extrem verfahrensaufwendig und damit als transaktionskostenintensiv erwiesen.

Auf der anderen Seite verlangt die Praxis nach stärkerer Variabilisierung, insbesondere durch leistungs- und erfolgsbezogene Vergütungskomponenten. Damit soll einerseits Leistungsunterschieden der Arbeitnehmer Rechnung getragen werden, zum anderen der unterschiedlichen Belastbarkeit der Unternehmen. Damit ist der Abschied vom Einheitstarifvertrag mit Einheitsentgelt im Tarifgebiet programmiert. Zugleich werden übertarifliche Entgeltbestandteile langsam von Tarifsystemen aufgesogen.

Die Weiterentwicklung der tariflichen Vergütungssysteme kann – wie im Metalltarifsystem des Entgeltrahmenabkommens – klassisch dadurch erfolgen, dass das Vergütungsgruppensystem, welches das Fixum des Arbeitnehmers definiert, um zusätzliche variable Komponenten („Zulagen“) ergänzt wird. Das ist nicht neu.

¹ Statt aller Wiedemann/*Thüsing*, 7. Aufl. (2007), § 1 TVG Rn. 484.

² Dazu BAG EZA, § 99 BetrVG 1972 Nr. 122 mit Anm. *Rieble*.

Neu hingegen sind Entgeltbandsysteme, die an die Stelle vieler Vergütungsgruppen (bis zu 20) wenige Entgeltbänder (meist vier bis sechs) setzen – in aller Regel bezogen auf die Jahresvergütung. Das jeweilige Entgeltband ist definiert durch eine Untergrenze, die das eigentliche tarifliche Mindestentgelt definiert, und eine Obergrenze, die freilich mit Blick auf das Günstigkeitsprinzip kein Höchstentgelt, sondern nur das Maximum der Tarifvergütung in dieser Gruppe vorgibt.

Wie das individuelle Entgelt innerhalb der Bandbreite „gefunden“ wird, können Tarifverträge selbst regeln. Materiell geht es um die Anknüpfungspunkte für die Entgeltbestimmung – vielfach ist das die individuelle Funktion des Arbeitnehmers innerhalb der weit gefassten Tätigkeitsbeschreibung des Entgeltbandes, oft auch die individuelle Leistung, die nach unterschiedlichen Aspekten definiert werden kann – von der reinen Arbeitsleistung bis zu Teamfähigkeit. Selbst Zielvereinbarungssysteme können in ein Entgeltbandsystem integriert werden.

2. Entscheidungsbasierte Entgeltsysteme

Individuelle variable Entgelte müssen individuell bestimmt werden. Anstelle analytischer Methoden zur „formelhaften Berechnung“ setzen flexible Entgeltsysteme mittlerweile auf Entscheidungen, sei es des Arbeitgebers, sei es einer (paritätischen) Kommission. Solche Entscheidungen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie dem Entscheider einen Spielraum eröffnen, den er in eigener Kompetenz ausfüllt.

Das kann ein Entscheidungsspielraum auf der Rechtsfolgenseite sein; dann nutzt der Tarifvertrag das Instrument der Leistungsbestimmung der §§ 315 ff. BGB. Insofern geht es um eine funktionspezifische Entgeltfindung. Diesen Funktionsgedanken hat *Rolf Birk* in seiner Habilitationsschrift „Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht“ für das auf die Arbeitsleistung bezogene Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers 1973 fruchtbar gemacht. Inzwischen ordnet § 106 GewO diesen Sonderstatus der Arbeits-Leistungsbestimmung an.

Variable Entgelte mit Entscheidungsrechten sind von der Rechtsprechung seit langem und vielfach anerkannt³:

- Vom tariflichen Kinderzuschlag nach einer vom Arbeitgeber zu erlassenden Zuschlagsordnung, die das BAG als Leistungsbestimmungsrecht qualifiziert⁴,
- über eine tarifliche Leistungszulage aufgrund besonderer Leistungen⁵,

³ Überblick bei *Löwisch/Rieble*, 2. Aufl. (2004), § 4 TVG Rn.8, § 1 TVG Rn.901 ff. m. w. N.

⁴ BAG EzA § 4 TVG Rundfunk Nr. 3 = AP Nr. 4 zu § 1 TVG Tarifverträge: Rundfunk.

⁵ BAG EzA § 4 TVG Bundesbahn Nr. 2 = AP Nr. 3 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bundesbahn.

- für eine tarifliche Leistungszulage, deren zugrundeliegende Leistungsbeurteilung eine paritätische Kommission vornimmt⁶,
- bis zum „angemessenen Abstand“ der Entgelte von Chefredakteuren und Ressortleitern über der obersten Vergütungsgruppe⁷.

Dass solche Regeln unzulässig wären, lässt sich nicht sagen. Weder wird Tarifmacht auf den Entscheider delegiert – noch dem Arbeitnehmer ein Entgeltanspruch überhaupt vorenthalten. Tarifmacht als Regelungsaufgabe der Tarifpartei ist in der Tat an die Tariffähigkeit geknüpft und kann nicht delegiert werden. Indes überträgt der ein Leistungsbestimmungsrecht begründende Tarifvertrag damit keine Rechtsmacht der Tarifparteien – vielmehr begründet er eine arbeitsvertragsrechtlich einzuordnende Regelungsbefugnis der zur Entgeltfestsetzung berufenen Stelle, eben ein Leistungsbestimmungsrecht. So wie der Individualvertrag ein solches Leistungsbestimmungsrecht erzeugen kann, so kann dies auch der Kollektivvertrag.

Die Tarifparteien sind auch nicht gehalten, „alles selbst zu regeln“. Einen tarifrechtlichen Regelungsauftrag gibt es nicht. Tarifautonomie bedeutet kollektiv-autonomen Selbstschutz. Wer sollte eine Schutzverpflichtung der Tarifparteien, also ihre Tarifverantwortung⁸ auch durchsetzen – und wie? Die Rechtsordnung kann Tarifverträge nur kassieren, aber nicht erzwingen. Schutzpflichten treffen nur den Staat, der – im Falle des Tarif- oder Gewerkschaftsversagens – seinerseits qua „Ersatzvornahme“ die Arbeitsbedingungen regeln muss⁹. Indes: Variable Entgelte bedeuten kein Schutzdefizit, solange der Arbeitnehmer nur eine rechtlich geschützte Verdienstmöglichkeit hat, die durchsetzbar ist.

Mitunter kommt dem Entscheider ein Beurteilungsspielraum auf der Tatbestandsseite der Entgeltregel zu, mit dem er „Leistung“, „Zielerreichung“ oder andere unbestimmte Begriffe der Entgeltfindung konkretisiert. Solche Beurteilungsspielräume unterfallen gleichfalls den Regeln der Leistungsbestimmung. Für die Beurteilung durch einen Dritten – gerne als „Schiedsgutachten“ bezeichnet – ist das anerkannt¹⁰. Es gilt aber auch für die Bewertung durch eine Partei des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses, weil Beurteilungsspielraum und Rechtsfolgen gemessen sich in der Struktur der Entscheidung entsprechen¹¹: Es geht um eine Kompetenzfrage zwischen dem Entscheider und den die Ent-

⁶ BAG NZA 1997, 837 = EzA § 4 TVG Schiedsgutachten Nr. 1 = AP Nr. 146 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie.

⁷ BAG NZA 1997, 1352 = EzA § 315 BGB Nr. 47 = AP Nr. 12 zu § 1 TVG Tarifverträge: Presse; vergleichbar BAG NZA 1991, 385 = EzA § 4 TVG Druckindustrie Nr. 21 = AP Nr. 26 zu § 1 TVG Tarifverträge: Druckindustrie.

⁸ Zu dieser *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 1 TVG Rn. 169 ff.

⁹ Eingehend *Rieble*, ZfA 2004, 405.

¹⁰ *Staudinger/Rieble* (2004), § 317 BGB Rn. 12 ff. m. w. N.

¹¹ Eingehend *Rieble*, Die Kontrolle des Ermessens der betriebsverfassungsrechtlichen Einigungsstelle (1990), S. 152 ff.; für das Verwaltungsrecht *Kopp/Ramsauer*, 9. Aufl. (2005), § 40 VwVfG Rn. 87; *Herdegen*, JZ 1991, 747.

scheidung kontrollierenden Gerichten: Ob nämlich die konkrete Entscheidung auf ihre „Richtigkeit“ zu überprüfen ist, weswegen der Entscheider keinen eigenen Entscheidungsspielraum hat, vielmehr das Gericht an seiner Stelle die „richtige Lösung“ entscheidet – oder ob der Entscheider zunächst in eigener Verantwortung den Ermessensspielraum auf der Rechtsfolgenseite oder den unbestimmten Rechtsbegriff auf der Tatbestandsseite der Vergütungsregel konkretisierend ausfüllt – und das Gericht im Kontrollvorgang zunächst darauf beschränkt ist, die Entscheidung darauf zu kontrollieren, ob die maßgebenden Gesichtspunkte in die Abwägung eingestellt worden sind und ob die Abwägung selbst vertretbar (also verhältnismäßig) vollzogen worden ist.

Deutlich wird das an einem anderen Fall: der Eingruppierung. Traditionell wird diese als echte Rechtsfindung angesehen. Der Arbeitgeber hat keinen Eingruppierungsspielraum¹². Die Arbeitsgerichte kontrollieren den Zuordnungsakt vollständig, mag die Vergütungsgruppe auch noch so unbestimmt formuliert sein – und so erhebliche Auslegunganstrengungen fordern. Wenn aber der Arbeitgeber keinen Entscheidungsspielraum hat, ist die Mitwirkung des Betriebsrats bei der Eingruppierung nicht auf gestaltende Mitregelung, sondern – etwas systemwidrig – auf bloße Mitbeurteilung zur Steigerung der Richtigkeit der Arbeitgeberentscheidung ausgerichtet¹³. Wenn der Eingruppierungsakt des Arbeitgebers bloßer Normvollzug ohne Beuteilungsspielraum ist, dann ändert auch die Einschaltung einer paritätischen Kommission an der Rechtsnatur des Subsumtionsaktes nichts – wie dies das BAG in der Entscheidung „Regelungsausschuss“ zunächst gesagt hat: Erfolgt die Eingruppierungsfindung mit Hilfe einer Punktbewertung durch eine paritätische Kommission, so soll darin gerade kein Leistungsbestimmungsrecht liegen, sondern ebenfalls eine Entscheidung „ausschließlich subsumierender Art“¹⁴.

Das ist freilich doppelt zu kurz gegriffen: Dass die Eingruppierung denkwürdig ein bloß deklaratorischer Akt der Rechtsanwendung ist, ist erstens kein unveränderlicher Rechtssatz. Selbstredend können die Tarifparteien den Eingruppierungsakt konstitutiv ausgestalten und damit die gerichtliche Kontrolle einschränken. Nur die Tarifparteien sind Herr des Vergütungssystems. Eben dies haben die Tarifparteien der Metallindustrie mit ihren neuen Entgeltrahmenabkommen getan: Dort nimmt in Streitfällen eine paritätische Einstufungskommission die Einstufung der Arbeitsaufgabe vor; nach ausdrücklicher Vorgabe soll das ArbG nur kontrollieren können, ob ein Verfahrensfehler vorliegt oder die Bewertung unter grober Verkennung von ERA-Grundsätzen erfolgte. Damit ist der Kommission ersichtlich die abschließende Entscheidung über die

¹² Statt aller Däubler/Deinert, 2. Aufl. (2006), § 1 TVG Rn. 368.

¹³ GK-BetrVG/Kraft/Raab, 8. Aufl. (2005), § 99 BetrVG Rn. 45; Richardi/Thüsing, 9. Aufl. (2004), § 99 BetrVG Rn. 76.

¹⁴ BAG EzA § 4 TVG Glasindustrie Nr. 1 = AP Nr. 1 zu § 4 TVG Regelungsausschuss.

Tätigkeitsbewertung übertragen – es handelt sich um ein Schiedsgutachten i. S. v. § 317 BGB¹⁵.

Zweitens hat selbstredend auch der Richter einen Entscheidungsspielraum: Die einzig „richtige Entscheidung“ ist nur regulative Idee, aber methodisch unehrlich. Es bräuchte schon den allwissenden herkulischen Richter *Dworkins*, um die Idee praktisch fruchtbar zu machen. Dementsprechend gibt es auch keinen methodischen Unterschied zwischen Schlichten und Richten. Stets obliegt dem Entscheider die „richtige“ Auswahl einer von mehreren vertretbaren Lösungen.

3. Kein Konflikt mit dem Schiedsgerichtsverbot

Soweit der Entscheider den Tatbestand der Norm klärt, stellt sich die zusätzliche Frage, ob hierin kein nach § 4 ArbGG unzulässiges Schiedsgericht liegt. Das BAG meint ernstlich, der Entscheider nehme immer dann „richterliche Kompetenzen“ wahr, wenn er nicht nur die Feststellung von Tatsachen, sondern darüber hinaus deren verbindliche Subsumtion unter Tatbestandsmerkmale insbesondere zur Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe vornehme¹⁶.

Das überzeugt nicht: Wie gerade die authentische Interpretation von Tarifverträgen durch eine tarifliche Schiedsstelle zeigt, kommt es nur darauf an, worauf die Verbindlichkeit eines Schiedsspruchs gründet: Richterlich-autoritativ kann nur ein Gericht entscheiden; soll die Schiedsstelle dagegen einen Vertrag über den Streitgegenstand hervorbringen, so ist sie privatautonom legitimiert – und der Streitgegenstand muss nur disponibel sein¹⁷. Für Tarifparteien sind Tarifentgelte aber stets disponibel.

Von vornherein unproblematisch sind Entscheidungsspielräume auf der Rechtsfolgen- oder Leistungsseite: Setzt der Entscheider die Leistung nach eigenem Ermessen fest, kann das von vornherein kein unzulässiges Schiedsgericht sein. Die Leistungsbestimmung ist grundsätzlich keine Aufgabe der Gerichte, sondern als vertragsersetzende einseitige Regelung Wahrnehmung privatautonomer Befugnisse. Gerichte sind nur im „Notfall“ zur Ersatzvornahme nach §§ 315 Abs. 3, 319 Abs. 1 BGB berufen – weswegen die Parteien keine richterliche Erstleistungsbestimmung vorsehen können¹⁸. Das ist der Sache nach richterliche Vertragshilfe – und keine rechtsstaatliche Spruchstätigkeit. Zu einem Konflikt mit dem Schiedsgerichtsverbot kann es nicht kommen.

¹⁵ Eingehend *I. Becker*, FS Löwisch (2007), S. 17 ff.; im Kern auch LAG Düsseldorf ZTR 2007, 314, das lediglich für die nordrhein-westfälische Regelung hinreichende Klarheit (wie in Baden-Württemberg) vermisst.

¹⁶ BAG AP Nr. 3 zu § 112 BetrVG 1972 = EZA BetrVG 1972 § 112 Nr. 11; BAG vom 23. 10. 1985 – 4 AZR 151/84 (nicht veröffentlicht).

¹⁷ Dazu näher *Löwisch*, ZZP 103 (1990), 22 ff.; *Rieble*, Anm. zu BAG v. 20. 11. 1990, EZA § 76 BetrVG 1972 Nr. 55; *Oetker*, SAE 1991, 301.

¹⁸ Näher *Staudinger/Rieble* (Fn. 10), § 315 BGB Rn. 18.

4. Neue Regelungsfragen

a) Grundsatz

Werden Tarifentgelte durch Leistungsbestimmung nach §§ 315 ff. BGB einseitig konkretisiert, verlagert sich die tarifliche Regelungsaufgabe von unmittelbaren Entgeltregeln zunächst auf formelle Verfahrensaspekte:

- Wer setzt das Entgelt innerhalb der Bandbreite fest?
- Wer kontrolliert die Entscheidung?
- Welcher Verfahrensablauf ist einzuhalten?

Daneben treten materielle Fragen: Wie kann verhindert werden, dass Entgeltfestsetzungsrechte sachwidrig dazu genutzt werden, Personalkosten zu sparen? Tarifverträge können dem begegnen: Vor allem durch Durchschnittswerte, die variable Entgeltbestandteile über den betrieblichen Durchschnitt erreichen müssen (etwa einen Durchschnittsprozentsatz des Grundentgeltes), aber auch durch Regeln zur Entgeltodynamik bei Anstieg der Entgeltbandgrenzen.

Das ist eine Frage zuerst an die Tarifpolitik. Tarifrechtlich stellt sich nur die Frage, inwieweit solche Durchschnittswerte als Betriebsnormen i. S. v. § 3 Abs. 2 TVG die gesamte Belegschaft erfassen können. Da das Entgelt keine notwendig betriebseinheitlich zu regelnde Frage ist, scheiden Betriebsnormen meiner Ansicht nach aus. Insoweit genügt eine tatbestandliche Anknüpfung in einer Individualnorm – wie bei den Überforderungsregeln für Altersteilzeit und Vorruhestand¹⁹.

b) Insbesondere: Zuordnung des Leistungsbestimmungsrechts zum Arbeitgeber

Zur Entscheidung über die Entgeltfestsetzung berufen ist diejenige Stelle, die der Tarifvertrag mit dem Leistungsbestimmungsrecht bestimmt. Mitunter aber definiert der Tarifvertrag nur den Entgeltrahmen und lässt die erforderlichen Verfahrensregeln vermissen.

Dann kommt es entscheidend darauf an, ob die Zweifelsregel des § 316 BGB auf solche Entgeltfestsetzungen anwendbar ist. Dann nämlich stünde das Leistungsbestimmungsrecht dem Arbeitnehmer als Gläubiger der unbestimmten Gegenleistung zu.

Indes ist der Arbeitnehmer typischerweise gar nicht in der Lage, die für die Entgeltbestimmung maßgebenden Faktoren (individuelle Leistung, Erfolg, Zielerreichung usw.) im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern zu ermitteln und zu bewerten. Richtigerweise folgt also aus der Eigenart des Arbeitsverhältnisses, dass das Leistungsbestimmungsrecht dem Arbeitgeber und damit dem Entgeltschuldner zukommt²⁰.

¹⁹ Dazu *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 1 TVG Rn. 124 m. w. N.

²⁰ Hiervon geht unproblematisch aus BAG NZA 1997, 1352 = EzA § 315 BGB Nr. 47 = AP Nr. 12 zu § 1 TVG Tarifverträge: Presse; anders aber noch für eine vergleichbare Tarifregelung

Nur das entspricht auch dem Arbeitnehmerschutz: Das Gestaltungsrecht korrespondiert mit einer entsprechenden Verantwortung. Der Bestimmungsrechtige ist an die für ihn nachteilige Leistungsbestimmung gebunden; § 315 Abs. 3 BGB erlaubt nur dem Gegner die Berufung auf die Unbilligkeit: Die Leistungsbestimmung ist also stets halbseitig wirksam – „für den anderen Teil“²¹. Nur die Zuordnung des Leistungsbestimmungsrechts zum Arbeitgeber bewahrt den Arbeitnehmer also davor, sein Entgelt selbst „zu niedrig“ festzusetzen. Nur die Zuordnung des Leistungsbestimmungsrechts zum Arbeitgeber erhält zudem den Schutz durch betriebliche Mitbestimmung – Entscheidungsrechte des Arbeitnehmers sind notwendig mitbestimmungsfrei!

II. Die Rechtsposition des Arbeitnehmers

Bandbreitenentgeltsysteme wenden dem Arbeitnehmer zuerst Anspruch auf ein tarifliches Fixum in Höhe der Untergrenze des für den Arbeitnehmer einschlägigen Entgeltbandes zu. Diese ist als „normales tarifliches Mindestentgelt“ vom Unverzichtbarkeitsschutz des § 4 Abs. 4 TVG erfasst.

Neben dem Mindestentgelt der Bandbreite steht der Anspruch auf ein durch Leistungsbestimmung i. S. v. §§ 315 ff. BGB zu konkretisierendes Entgelt – und ein Recht auf Vollzug dieser Leistungsbestimmung. § 315 Abs. 3 BGB bringt das mit der richterlichen Ersatzvornahme nur unvollkommen zum Ausdruck²². Hinter diesem Gestaltungsklagerecht steht ein subjektives Recht des Gläubigers der unbestimmten Leistung.

Mit Entgeltvariabilisierungen dieser Art wendet der Tarifvertrag dem Arbeitnehmer also durchaus ein individuelles Recht zu – auf ein Entgelt „dem Grunde nach“, das aber aus sich heraus keinen „unmittelbar vollzugfähigen Anspruch“ bedeutet, sondern auf die Leistungsbestimmung durch den Arbeitgeber und hilfsweise durch das Gericht harrt. Dass der Arbeitnehmer im Wege verdeckter Gestaltungsklage²³ unmittelbar auf das seiner Auffassung nach festzusetzende Entgelt klagen kann²⁴, ist prozessuale Erleichterung. Der materielle Anspruch wird erst durch die inzidente richterliche Leistungsbestimmung im Leistungsurteil geschaffen.

Tarifrechtlicher Herkunft und damit unverzichtbar ist also nur dieses konkretisierungsbedürftige Recht auf Leistungsbestimmung. Das vom Arbeitgeber

BAG NZA 1991, 385 = EzA § 4 TVG Druckindustrie Nr. 21 = AP Nr. 26 zu § 1 TVG Tarifverträge: Druckindustrie.

²¹ Staudinger/Rieble (Fn. 3), § 315 BGB Rn. 151 ff.

²² Näher Staudinger/Rieble (Fn. 3), § 315 BGB Rn. 74 ff., 294 ff.

²³ Staudinger/Rieble (Fn. 3), § 315 BGB Rn. 297.

²⁴ So auch BAG NZA 1997, 1352 = EzA § 315 BGB Nr. 47 = AP Nr. 12 zu § 1 TVG Tarifverträge: Presse.

konkret festgesetzte Entgelt ist kein Anspruch aus dem Tarifvertrag – weil das Leistungsbestimmungsrecht keine delegierte Tarifmacht bedeutet.

Entscheidend kommt es also darauf an, wer zur Entgeltbestimmung des variablen Teils berufen ist, in welchem Verfahren das geschieht und an welchen Maßstäben diese individuelle Entgeltbestimmung auszurichten und zu kontrollieren ist und in welchem Verfahren die Kontrolle erfolgt.

III. Arbeitnehmerschutz

1. Grundsatz

Entscheidet der Arbeitgeber über die variablen Entgeltbestandteile, ist der Arbeitnehmer dessen Entscheidungsspielraum nicht schutzlos ausgeliefert. Zwar regeln manche Tarifverträge besondere Sicherungsmaßnahmen – insbesondere paritätische Kommissionen zur Überprüfung der Leistungsbestimmung, aber auch zu erreichende Durchschnittswerte. Dass ein Tarifvertrag keine besonderen Schutzmaßnahmen vorgibt, bedeutet nicht, dass der Arbeitnehmer keinen Schutz genießt, mithin die tarifliche Entgeltregelung ein Muster ohne Wert ist. Das einfache Recht gibt insoweit Schutzinstrumente aus dem Vertragsrecht und dem BetrVG vor, die ihrerseits nicht tarifdispositiv sind. Verzichtet ein Tarifvertrag auf ein eigenes und zusätzliches Schutzinstrumentarium vor willkürlicher oder benachteiligender oder unterlassener Entgeltleistungsbestimmung, so bringt er damit zum Ausdruck, dass das gesetzliche Schutzniveau genügt²⁵.

Auch das BAG betont, dass der Tarifvertrag, der keine eigene ausdrückliche Regelung zur Leistungsbestimmung enthält, damit stillschweigend auf die §§ 315 ff. BGB (und auf das Betriebsverfassungsrecht) Bezug nimmt; der Arbeitgeber muss insbesondere nach billigem Ermessen entscheiden²⁶.

2. § 315 Abs. 3 BGB

Individualrechtlich wirkt die zivilrechtliche Kontrolle der Arbeitgeber-Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 BGB. Das Arbeitsgericht kontrolliert zuerst die Leistungsbestimmung auf billiges Ermessen; im Fall der Beanstandung stellt das Gericht deren Unwirksamkeit fest. Damit der Arbeitnehmer als „Opfer“ der unbilligen Leistungsbestimmung keinem Spiel auf Zeit ausgesetzt ist, kann der Richter die Leistungsbestimmung selbst vornehmen, durch Gestaltungsakt. Das gilt sowohl für die erfolgte, aber unbillige Leistungsbestimmung des Arbeitgebers, als auch für die unterbliebene und verzögerte²⁷.

²⁵ Zum Prinzip der gesetzesfreundlichen Tarifauslegung *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 1 TVG Rn. 581 ff.

²⁶ BAG AP Nr. 2 zu § 4 TVG Bestimmungsrecht; AP Nr. 82 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer.

²⁷ Dazu eingehend *Staudinger/Rieble* (Fn. 10), § 315 BGB Rn. 292 ff.; *Rieble/Gutzeit*,

Die Frage, welche Umstände für die Entgeltbemessung maßgebend sind, richtet sich wiederum nach der tariflichen Entgeltgrundlage. Notfalls muss dem Tarifvertrag durch Auslegung entnommen werden, ob die Entgeltdifferenzierung auf die individuelle Leistung des Arbeitnehmers abstellt oder ob – weil das Entgeltband typischerweise einen sehr breiten Tätigkeitsrahmen abdeckt – auch die Funktion des Arbeitnehmers, also seine Tätigkeit in der betrieblichen Arbeitsorganisation zu berücksichtigen ist. Lässt sich dem Tarifvertrag insoweit keine Entgeltfunktionalität entnehmen, so sind grundsätzlich alle Umstände in die Billigkeitsabwägung einzubeziehen – also Tätigkeits- und Leistungsaspekte. Das folgt daraus, dass der Begriff der Billigkeit als Gerechtigkeit des Einzelfalls²⁸ eine solche umfassende Interessenabwägung verlangt.

Gleichwohl heißt Billigkeit nicht Beliebigkeit: Der Arbeitgeber braucht weder soziale Aspekte oder Härtefälle zu berücksichtigen; auch zwingt § 315 BGB nicht zur Verdienstsicherung bei Leistungsabfall. Zweck der festzusetzenden Vergütung ist die Entlohnung der Arbeitsleistung. Daraus folgt der Bezug zur Tätigkeit und dem individuellen Erfolg. Dass Vergütungssysteme traditionell tätigkeitsbezogen ausgestaltet sind, schließt Leistungsaspekte nicht aus. Denn ein typischer Zweck variabler Entgelte liegt gerade darin, diejenigen Arbeitnehmer, die mehr leisten als andere, auch besser zu bezahlen. Insofern ist eine Tarifauslegung nach den Praktikabilitätsbedürfnissen des Arbeitslebens²⁹ angebracht.

3. Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

a) Grundsatz

Arbeitsrechtlich hilft die Entgeltmitbestimmung des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Soweit tarifliche Entgeltsysteme Entgeltregelungsspielräume enthalten, greift notwendig die Mitbestimmung. Der Tarifvertrag kann nach dem Eingangssatz des § 87 Abs. 1 BetrVG diese Mitbestimmung nur ausschalten, indem er den Konflikt selbst und abschließend regelt und so unmittelbar den erforderlichen Arbeitnehmerschutz gewährleistet³⁰. Wegen der Vorrangtheorie des BAG schaltet das Mitbestimmungsrecht zugleich den Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG aus³¹. Entscheidend kommt es darauf an, ob der Tarifvertrag dem Ar-

JbArbR Bd. 37 (2000), S. 41 ff.; *Rieble*, in: Gutzeit/Reichold/Rieble, Entgeltflexibilisierung aus juristischer Sicht, ZEW-Dokumentation (2001), Nr. 01–03.

²⁸ Statt aller Staudinger/*Rieble* (Fn. 10), § 315 BGB Rn. 122 m. w. N.

²⁹ *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 1 TVG Rn. 568 m. w. N.

³⁰ Dazu BAG GS AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 30 = NZA 1992, 749; GK-BetrVG/*Wiese* (Fn. 13), § 87 BetrVG Rn. 69 ff.

³¹ BAG GS AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 30 = NZA 1992, 749; *von Hoyningen-Huene/Meier-Krenz*, NZA 1987, 793, 795; *Löwisch/Kaiser*, 5. Aufl. (2002), § 77 BetrVG Rn. 61. Dagegen die Zwei-

beitgeber einen *Regelungsspielraum* belässt, den die zwingende Mitbestimmung in Ansehung des § 87 BetrVG zugrundeliegenden Schutzbedürfnisses ausfüllen muss, oder ob der Arbeitgeber die Regelung nur noch zu vollziehen hat, so dass die Belange der Arbeitnehmer ausreichend berücksichtigt sind und das Mitbestimmungsrecht deswegen entfällt.

Offene Entgeltstrukturtarifverträge sehen vielfach die Konkretisierung durch Betriebsvereinbarung ausdrücklich vor. Aber auch wenn eine solche Aufgabenzuweisung an den Betriebsrat fehlt, ist dies unschädlich, weil die Mitbestimmung nach § 87 BetrVG zwingendes Arbeitsrecht ist und durch Tarifvertrag nicht abbedungen werden kann. Indem der Tarifvertrag Fragen des variablen Entgelts nicht regelt, also seine Regelungsintensität zurüknimmt, lebt automatisch die originäre Regelungszuständigkeit der Betriebsparteien auf³². Anschaulich wird das an der *Goldzack-Entscheidung* des BAG vom 16. 12. 1986³³: Dort ging es um einen Textiltarifvertrag, der den Betriebsparteien die Wahl zwischen Entlohnungsmodellen (vom Zeitlohn bis zur Prämienentlohnung) überließ und die Ausgestaltung der Prämienleistungskurve. Die entscheidende vom BAG gewonnene Erkenntnis liegt darin, dass die Mitbestimmung über die Prämienleistungskurve zwar mittelbar die *Entgelthöhe* betrifft, dass dies aber nur die unbestimmte Regelung des Tarifvertrags konkretisiert. Dem Arbeitgeber wird also vom Betriebsrat kein Leistungsentgelt abgezwungen, das er nicht schuldet; die gesetzliche Mitbestimmung konkretisiert nur die Tarifschuld und fußt insofern auf den Besonderheiten des Tarifvertrags.

Für Bandbreitenregelungen heißt das: Die innerbetriebliche Verteilungsgerechtigkeit innerhalb des Entgeltbandes wird vom Betriebsrat mitbestimmt. Der Arbeitgeber kann keine „Entgeltfreiheit“ für seine Leistungsbestimmung beanspruchen.

b) Begrenzte mitbestimmungsfreie Räume

Das heißt aber nicht, dass der Tarifvertrag alles bis ins Letzte regeln muss, um die Mitbestimmung zu vermeiden. Der Tarifvertrag darf dem Arbeitgeber durchaus (untergeordnete) einseitige Entscheidungsspielräume zubilligen³⁴. Immerhin hat das BAG zuvor erwogen, ob der Tarifvertrag das Mitbestimmungsrecht zugunsten einer Alleinentscheidungsbefugnis des Arbeitgebers ausschließt – und dies (mit Recht) daran scheitern lassen, dass für eine solche Auslegung des Tarifvertrags hinreichend sichere Anhaltspunkte fehlen. Das lässt aber erken-

Schranken-Theorie, etwa: GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 13), § 77 BetrVG Rn. 139ff. und GK-BetrVG/*Wiese* (Fn. 13), § 87 BetrVG Rn. 48ff.

³² BAG AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 3.

³³ BAG AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie = EzA § 87 BetrVG 1987 Leistungslohn Nr. 14 = NZA 1987, 568.

³⁴ Vor allem BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn Nr. 19 = AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Akkord = DB 2003, 212.

nen, dass das BAG eine solche Tarifregelung für im Ausgangspunkt zulässig erachtet. In Arbeitszeitfragen lässt es das BAG mit Blick auf die arbeitsorganisatorische betriebliche Leitungsbefugnis des Arbeitgebers neuerdings sogar zu, dem Arbeitgeber weitreichende Entscheidungsspielräume zuzubilligen; ihm werden also nur „Grundsätze“ vorgegeben³⁵.

Für Tarifverträge können keine strengeren Maßstäbe gelten. Diejenigen mitbestimmungsfreien Entscheidungsspielräume, die die Betriebsvereinbarung dem Arbeitgeber eröffnen darf, darf über § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG auch der Tarifvertrag konstituieren³⁶. Insofern also muss das richtige Maß gefunden werden: Die Tarifregelung muss nicht „vollständig“ sein, um „abschließend“ zu sein. Insofern ist die vorherrschende Wendung, dem Arbeitgeber dürfe nur der Vollzug der Tarifnorm übertragen werden, jedoch kein Bestimmungsrecht³⁷, deutlich zu eng. Selbstredend darf dem Arbeitgeber die Festsetzung von individuellen Entgelten nach einem tariflich vorgegebenen Maßstab mitbestimmungsfrei überlassen werden – auch wenn ihm dabei Bewertungs- und Entscheidungsspielräume offenstehen und er nicht auf bloßen (und rechnerischen) Vollzug von Regeln beschränkt ist.

Insofern ist das richtige Maß für jeden Mitbestimmungstatbestand anders zu ermitteln – je nach Schutzzweck des Mitbestimmungsrechts, aber auch mit Blick auf die Regelungsbedürfnisse der Tarif- wie der Betriebsparteien. Arbeitszeit- und Entgeltfragen sind nicht vergleichbar: Die Arbeitszeitmitbestimmung reicht einerseits recht weit (bis hin zur individuellen Arbeitszeitlage) andererseits besteht dort mit Blick auf die Arbeitsorganisation ein starkes Bedürfnis nach mitbestimmungsfreien, schnellen und unbürokratischen Entscheidungen des Arbeitgebers. Auf der Entgeltseite reicht die Mitbestimmung nicht so weit: Das Individualentgelt unterfällt kaum der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, weil der Kollektivbezug hier nicht so intensiv wirkt³⁸; grundlegende System- und Widmungsentscheidungen sind gleichfalls mitbestimmungsfrei³⁹. Auf der anderen Seite kann der Arbeitgeber in Entgeltfragen nicht auf einen arbeitsorganisatorischen Zeitdruck verweisen. Beschränkt man die Mitbestim-

³⁵ BAG EzA § 87 BetrVG 2001 Arbeitszeit Nr. 3 = AP Nr. 103 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit = NZA 2003, 1209; EzA § 87 BetrVG 1972 Nr. 65 = AP Nr. 96 zu § 87 BetrVG 1972; EzA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 20 = AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit = NZA 1987, 248 jeweils für Betriebsvereinbarungen. Jüngst BAG EzA § 87 BetrVG 2001 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 6 = NZA 2005, 892 = AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 gerade für eine vom Arbeitgeber frei festzusetzende Leistungsprämie nach einer Betriebsvereinbarung.

³⁶ BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 59 = AP Nr. 79 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit = NZA 1999, 662; *Gutzeit*, AR-Blattei SD 530.14.2 Rn. 38f.

³⁷ Vor allem GK-BetrVG/*Wiese* (Fn. 13), § 87 BetrVG Rn. 71 ff., Rn. 78 f. m. w. N.

³⁸ Statt vieler GK-BetrVG/*Wiese* (Fn. 13), § 87 BetrVG Rn. 816.

³⁹ BAG GS AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 30 = NZA 1992, 749; EzA § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn Nr. 18 = AP Nr. 17 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie = NZA 2001, 1154; *von Hoyningen-Huene*, NZA 1998, 1081, 1087.

mung auf die systeminterne „betriebliche Lohngerechtigkeit“, kommt der Arbeitgeber weithin ohne besonders vorgesehene Entscheidungsrechte aus.

Soweit also der Tarifvertrag die für die Entgeltfestsetzung maßgebenden Kriterien und das Verfahren selbst regelt, insoweit kann dem Arbeitgeber die Umsetzung dieser Vorgaben überlassen bleiben. Die Eröffnung solcher mitbestimmungsfreier Vollzugsspielräume muss aber – soweit das Mitbestimmungsrecht reicht – ausdrücklich geschehen.

Ein „nackter“ Entgeltbandtarifvertrag hingegen bedarf der Strukturierung der Entscheidungsspielräume des Arbeitgebers – die notwendige Mitbestimmung erfasst also einmal das Verfahren der Entgeltfestsetzung, insbesondere den Termin aber auch den Turnus der Entgeltüberprüfung, kann aber das Entscheidungsrecht des Arbeitgebers nicht auf eine paritätische Kommission überleiten. Daneben kann der Betriebsrat über § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG im Interesse der „betrieblichen Entgeltgerechtigkeit“ die nähere Struktur der für die Entgeltbemessung maßgebenden Tätigkeits- und Leistungsgesichtspunkte konkretisieren.

4. Keine Eingruppierung nach § 99 BetrVG

Die Zuordnung der Arbeitnehmer zu den Entgeltbändern ist Eingruppierung. Die Entgeltbemessung innerhalb der Bänder dagegen nicht. Denn insoweit wird der Arbeitnehmer keiner abstrakt-generell gefassten Entgeltgruppe zugeordnet; vielmehr wird das individuelle Entgelt konkretisiert – ohne weiteren Zuordnungsakt. Nur wenn die Entgeltbänder Untergruppen oder Zwischenstufen aufweisen, ist die Zuordnung zu diesem gestuften Entgeltschema eine Eingruppierung⁴⁰.

Die Besonderheit tariflicher Entgeltbänder liegt nun aber im Verzicht auf die klassischen feinstrukturierten Vergütungsgruppen. Zwischenstufen gibt es deshalb typischerweise nicht. Auch eine Betriebsvereinbarung darf diese nicht einführen – und kann erst recht nicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG erzwungen werden –, weil die gegen das tarifliche Entgeltsystem verstößt.

IV. Sonderfall: Tarifentgelterhöhung

1. Tarifierhöhung und Individualentgelt

Die Leistungsbestimmung des Arbeitgebers fußt zwar auf der tariflichen Bandbreite, ist als Regelungsakt aber selbständig. Daraus resultiert ein Anpassungsproblem: Verschieben sich die Bandbreiten infolge einer Tarifierhöhung nach oben, werden die individuellen Entgeltkomponenten nicht automatisch ange-

⁴⁰ BAG EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 116 = NZA 1994, 952 = AP Nr. 110 zu § 99 BetrVG 1972; GK-BetrVG/Kraft/Raab (Fn. 13), § 99 BetrVG Rn. 41.

passt. Das folgt daraus, dass die Leistungsbestimmung, die das individuelle Entgelt festsetzt, ihrerseits ein konstitutiver Regelungsakt des Entscheiders (Arbeitgeber oder Kommission) ist – nicht anders als dies ein Individualvertrag wäre, der das Entgelt innerhalb der Bandbreite regelt.

Besteht etwa eine tarifliche Bandbreite für eine Tätigkeitsgruppe von 2.000 bis 4.000 € monatlich und hat der Arbeitgeber ein Entgelt von 2.500 € festgesetzt, so ändert sich bei einer fünfprozentigen Tarifierhöhung für den Arbeitnehmer nichts: Die Bandbreite reicht nun zwar von 2.100 bis 4.200 €; das festgesetzte Entgelt liegt aber nach wie vor in der Bandbreite. Insoweit kommt es zu einem Aufzehrungseffekt – vergleichbar dem übertariflichen Entgelt, wenn dieses betragsmäßig festgelegt ist⁴¹. Für eine Anpassungsautomatik bedürfte es einer besonderen Tarifregelung, die die automatische Erhöhung der vom Arbeitgeber bestimmten Individualentgelte um den Erhöhungssatz der Bandbreiten anordnet. Der Tarifvertrag kann dem Arbeitgeber auch aufgeben, das Entgelt nicht im absoluten Nennbetrag, sondern in einem relativen Prozentsatz des Bandes festzusetzen (im Beispiel: nicht 2.500 €, sondern 125% der Banduntergrenze). Dann folgt die Dynamik aus der relativen Bezugnahme auf die Untergrenze.

Ansonsten bleibt es dabei: Der Arbeitnehmer erfährt eine Vergütungssteigerung erst, wenn entweder die Banduntergrenze sein Entgelt überholt, weil dann das höhere Mindestentgelt maßgebend ist, oder wenn der Arbeitgeber das Entgelt innerhalb der Bandbreite neu festsetzt und dabei den geänderten Rahmen berücksichtigt.

Auf eine solche Dynamik zu verzichten, hat durchaus Gründe: Variable Entgelte neigen in der Praxis zu einer Beurteilungsdrift nach oben. Der Verzicht auf eine Dynamisierung bewirkt auf diese Weise, dass der Arbeitgeber Leistungsabfällen oder Funktionsverlusten dadurch begegnen kann, indem er das bisherige Entgelt im Nennbetrag aufrechterhält. Das vermindert Frustrationen und zwingt (vernünftige) Arbeitgeber zugleich dazu, sich anlässlich der jeweiligen Steigerungen in der Fläche mit den Individualentgelten regelmäßig auseinanderzusetzen.

Auf der anderen Seite ist der Arbeitnehmer, wenn sein Individualentgelt (böswillig) nicht angepasst wird, einer „Auszehrungsgefahr“ ausgesetzt (unabhängig von der praktischen Handhabung): Bleibt sein Individualentgelt auf einen Nennbetrag festgeschrieben, nähert er sich im Laufe der Zeit immer weiter der Banduntergrenze an, so dass sein relativer Funktions- und Leistungsvorsprung gegenüber den jedenfalls theoretischen Arbeitnehmern ohne jedes Individualentgelt schwindet. Der Leistungsstarke wird zum Nichtleister; der funktionsreiche Arbeitsplatz wird mittelfristig der Funktionswertschätzung enthoben.

⁴¹ BAG EzA § 4 TVG Tarifloohnerhöhung Nr. 2 = AP Nr. 10 zu § 4 TVG Übertariff. Lohn und Tarifloohnerhöhung; Däubler/Deinert (Fn. 12), § 4 TVG Rn. 762; Wiedemann/Wank (Fn. 1), § 4 TVG Rn. 510f.

Das richtige Korrektiv hierfür ist das Leistungsbestimmungsrecht selbst. Das BGB verfolgt als Leitbild zwar die punktuelle Leistungsbestimmung im punktuellen Austauschvertrag. Dementsprechend besteht typischerweise kein Korrektur- oder Anpassungsbedarf. Im Dauerschuldverhältnis wie dem Arbeitsverhältnis müssen punktuelle Festlegungen aber ohnehin im Lauf der Zeit angepasst werden⁴². Das betrifft nicht nur das Direktionsrecht als Leistungsbestimmungsrecht über die zu leistende Arbeit (§ 106 GewO i. V. m. § 315 Abs. 3 BGB), sondern gerade auch Leistungsbestimmungsrechte über das Entgelt.

In erster Linie ist es Sache der Tarifparteien, selbst zu bestimmen, zu welchen regelmäßigen Terminen oder zu welchen Anlässen (insbesondere Tarifierhöhungen der Bandgrenzen) und nach welchen Kriterien eine erneute Leistungsbestimmung zu erfolgen hat. Soweit der Tarifvertrag den Anpassungsschutz nicht selbst regelt, greift wiederum der doppelte Schutz des Arbeitnehmers (oben III).

2. Nachträgliche Unbilligkeit der Leistungsbestimmung

Erstens und vor allem kann eine Leistungsbestimmung durch Veränderung der Umstände nachträglich unbillig werden. Das ist nicht nur der Fall, wenn sich die für die Entgeltfestsetzung maßgebenden Faktoren ändern – insbesondere Veränderungen in Tätigkeit oder Leistung (Bsp.: Sekretärin wird erstmals fremdsprachlich eingesetzt). Auch Veränderungen im Bandbreitengefüge sind zu berücksichtigen, weil das individuelle Tarifentgelt in seiner Bemessungsgrundlage nur formal durch den Nennbetrag definiert wird. Dahinter steht als Bemessungsgrund (und nicht als Inhalt der Leistungsbestimmung) die relative Position in der Bandbreite. Die skizzierte Entwertung von Tätigkeit und Leistung ist ein Billigkeitsaspekt⁴³.

Dabei wird man sich nur fragen müssen, ab welcher prozentualen Entwertung nachträglich Unbilligkeit eintritt, so dass die bisherige Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 S. 1 BGB unwirksam wird und der Arbeitnehmer eine Neufestsetzung erzwingen kann. Ein Rückgriff auf die Geschäftsgrundlagenlehre mit ihrer typischen 30% Opfergrenze⁴⁴ ist verfehlt: Dort geht es um die Frage, unter welchen Umständen ein Vertrag mit seiner fixen Regelung anzupassen ist. Hier dagegen geht es um die Leistungsbestimmung als Flexibilitätsinstrument, die von vornherein nicht nur Flexibilitätsspielräume des Arbeitgebers erzeugt, sondern auch eine entsprechende Regelungsverantwortung.

⁴² Staudinger/Rieble (Fn. 10), § 315 BGB Rn. 92 mit Hinweis auf die Banken-AGB.

⁴³ Vgl. für einen ähnlich gelagerten Fall der Anpassungspflicht des Arbeitgebers aus einem tariflich vorgegebenen Leistungsbestimmungsrecht BAG NZA 1997, 1352 = EZA § 315 BGB Nr. 47 = AP Nr. 12 zu § 1 TVG Tarifverträge: Presse.

⁴⁴ BAG EZA § 242 BGB Ruhegeld Nr. 21 = AP Nr. 4 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Geldentwertung; Palandt/Grüneberg, 66. Aufl. (2007), § 313 BGB Rn. 28.

Auch die neue Rechtsprechung des BAG zu Widerrufsvorbehalten mit 25%-Spielraum trifft es nicht⁴⁵. Dort geht es nur um die äußeren Grenzen der Leistungsbestimmung, nicht aber um die von innen her zu bemessende Billigkeit. Richtigerweise wird man unter Billigkeitsaspekten eine zweigeteilte Kontrolle vornehmen müssen: Betragsmäßig bietet sich eine 10-Prozent-Grenze an: Hat sich die Banduntergrenze um mehr als 10% erhöht, muss der Arbeitgeber seine Leistungsbestimmung kontrollieren und das variable Entgelt neu festsetzen. Zeitlich wird man, in Anlehnung an die Grundverjährungsfrist des § 195 BGB, aber auch mit Blick auf die ähnliche Betriebsrentenanpassungspflicht des § 16 BetrAVG, jedenfalls alle drei Jahre eine Anpassungsprüfung vornehmen müssen. Das mag großzügig erscheinen, doch muss den Tarifparteien ein hinreichender Regelungsspielraum verbleiben.

3. Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

Haben die Tarifparteien keine Regelung der Überprüfung der Leistungsbestimmung getroffen, ist nach dem unter III.3 Gesagten die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 eröffnet. Sie umfasst auch Regelungen zum Verfahren der Entgeltfestsetzung.

Dementsprechend können die Betriebsparteien für das Bandbreitenentgelt jedenfalls dann, wenn im Tarifvertrag eine Regelung der Anpassung fehlt, insbesondere einen Anpassungsturnus festlegen oder den Arbeitgeber zur Überprüfung in einem angemessenen Zeitraum (etwa: drei Monate nach Inkrafttreten einer Bandgrenzenerhöhung) verpflichten.

Verwehrt ist ihnen aber jede Regelung, die die Entgelthöhe selbst betrifft. So können die Betriebsparteien nicht festlegen, dass mit der Entgelterhöhung automatisch die Anpassung der Individualentgelte erfolgt. Diese Entscheidung haben die Tarifparteien bereits negativ getroffen, indem sie die Anpassungslast auf die Bandbreiten beschränken.

Außerdem hat der Betriebsrat für „nackte“ Entgelterhöhungen nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG kein Mitbestimmungsrecht, weswegen dann auch die Tarifsperre greift, § 77 Abs. 3 BetrVG und selbst freiwillige Betriebsvereinbarungen ausgeschlossen sind⁴⁶.

V. Fazit

Variable Entgelte lassen sich durch Bandbreitenregelungen modern und effektiv regeln. Der Entscheidungsspielraum des Arbeitgebers bringt freilich entspre-

⁴⁵ BAG EzA § 308 BGB 2002 Nr. 1 = AP Nr. 1 zu § 308 BGB = NZA 2005, 465; dazu die Anm. von *Hümmerich*, NJW 2005, 1759; *Willemsen/Grau*, NZA 2005, 1137.

⁴⁶ *Richardi/Richardi* (Fn. 13), § 77 BetrVG Rn. 252ff.

chende Risiken mit sich. Diesen zu begegnen ist in erster Linie Aufgabe der Tarifparteien selbst. Fehlen tarifliche Regelungen, bietet das BGB mit der Leistungsbestimmungskontrolle des § 315 Abs. 3 und das BetrVG mit der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 hinreichende Sicherungsmechanismen, die die Missbrauchsgefahr der Variabilität beschränkt.