

Die Funktion des Betriebsrats bei der Verwirklichung von Entgeltgerechtigkeit – Gedanken am Beispiel der Mitbestimmung bei der Aufstellung und Änderung von Entlohnungsgrundsätzen*

Prof. Dr. Thomas Raab, Universität Trier

I. Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Lohngestaltung im System des geltenden Arbeitsrechts

1. Die verschiedenen Gestaltungsfaktoren zur Verwirklichung von Entgeltgerechtigkeit

Fragt man nach der Rolle und der Bedeutung des Betriebsrats bei der Verwirklichung von Entgeltgerechtigkeit, so steht am Anfang der Überlegungen die Erkenntnis, dass die Mitbestimmung des Betriebsrats in Entgeltfragen nicht der einzige, ja noch nicht einmal der zentrale Gestaltungsfaktor im geltenden Arbeitsrecht ist. Vielmehr spielen – lässt man die relativ junge Möglichkeit der gesetzlichen Lohnregelung durch das MiLoG einmal außen vor – für die Entgeltgestaltung vor allem zwei Faktoren eine entscheidende Rolle: der Arbeitsvertrag und der Tarifvertrag. Beiden kommt bei der Verwirklichung von Entgeltgerechtigkeit eine besondere Bedeutung zu. Der Arbeitsvertrag ist traditionell das privatrechtliche Instrument zur Bestimmung des Preises für eine angebotene Leistung. Mit der »vereinbarten Vergütung« (§ 611a Abs. 2 BGB) bestimmen die Parteien das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung und verwirklichen damit zugleich das, was *Aristoteles* mit dem Begriff der Austauschgerechtigkeit bezeichnet hat.¹ Auch der Tarifvertrag ist ein entscheidender Faktor der Preisbildung und damit der Austauschgerechtigkeit. Er stellt sicher, dass dem Arbeitnehmer ein bestimmtes Mindestentgelt zusteht und verhindert dadurch ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung. Zugleich beeinflusst er nicht unwesentlich die Verteilung der auf Seiten der Arbeitgeber für die Vergütung der Arbeitnehmer insgesamt verfügbaren Mittel, legt er doch die Vergütungsunterschiede zwischen den Arbeitnehmern verschiedener Lohngruppen fest. Auch wenn man dem Tarifvertrag keine Verteilungsfunktion beimessen mag,² so lässt sich doch eine tatsächliche Verteilungswirkung im horizontalen Verhältnis zwischen den Arbeitnehmern schwerlich bestreiten. Die tarifliche Regelung verwirklicht damit zumindest teilweise das, was in der aristotelischen Terminologie als Verteilungsgerechtigkeit bezeichnet wird.³ *Detlev Joost* hat daher in einem Beitrag im Jahre 1993 treffend festgestellt, dass die betriebliche Mitbestimmung im Bereich des Entgelts nicht etwa ein Niemandsland besetze, in dem außer Chaos nichts vorhanden wäre. Sie treffe vielmehr auf ältere Geschwister, die das Terrain der Entgeltgestaltung schon unter sich aufgeteilt hätten und die zudem Verfassungsrang genossen: der Arbeitsvertrag über die Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2 Abs. 1 GG, die Tarifautonomie über die Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG.⁴

lungswirkung im horizontalen Verhältnis zwischen den Arbeitnehmern schwerlich bestreiten. Die tarifliche Regelung verwirklicht damit zumindest teilweise das, was in der aristotelischen Terminologie als Verteilungsgerechtigkeit bezeichnet wird.³ *Detlev Joost* hat daher in einem Beitrag im Jahre 1993 treffend festgestellt, dass die betriebliche Mitbestimmung im Bereich des Entgelts nicht etwa ein Niemandsland besetze, in dem außer Chaos nichts vorhanden wäre. Sie treffe vielmehr auf ältere Geschwister, die das Terrain der Entgeltgestaltung schon unter sich aufgeteilt hätten und die zudem Verfassungsrang genossen: der Arbeitsvertrag über die Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2 Abs. 1 GG, die Tarifautonomie über die Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG.⁴

2. Die Funktion der betrieblichen Mitbestimmung

Damit stellt sich die Frage, welche Funktion der betrieblichen Mitbestimmung in diesem Bereich noch zukommen kann. Cum grano salis handelt es sich dabei um eine komplementäre Funktion.⁵ Der Betriebsrat kommt als gestaltender Akteur dann ins Spiel, wenn und soweit die übrigen Gestaltungsfaktoren ausfallen oder an ihre Grenzen stoßen. Im

* Schriftliche, um Nachweise ergänzte Fassung des Vortrags, den der Verf. auf dem von dem Institut für Arbeitsrecht der Universität Göttingen und dem Verein zur Förderung der Arbeitsrechtsvergleichung und des internationalen Arbeitsrechts veranstalteten 15. Göttinger Forum zum Arbeitsrecht am 26.10.2017 gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten. Nachweise in den Fußnoten sind als ergänzende Hinweise gedacht und erheben keinen Anspruch auf vollständige Auswertung der umfangreichen, zu dem Thema erschienenen Literatur.

1 *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, Leipzig 1911, V 5 1131a.

2 Eine Verteilungsfunktion bejahend *Kamanabrou*, *Arbeitsrecht*, Tübingen 2017, Rn. 1736 ff.; *Treber* in: *Schaub* (Begr.), *Arbeitsrechts-Handbuch*, 17. Aufl., München 2017 (im Folgenden: *Schaub*), § 196 Rn. 4.

3 *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik* (Fn. 1), V 5 1131b.

4 *Joost*, *ZfA* 1993, 257, 276.

5 Vgl. *Reichold*, *RdA* 1995, 147, 153; *ders.*, *FS Konzen*, 2006, S. 763, 773; zust. *Raab*, *ZfA* 2001, 31, 57.

Verhältnis zum Tarifvertrag kommt dieses komplementäre Verhältnis im Eingangssatz des § 87 Abs. 1 BetrVG, dem sog. Tarifvorbehalt,⁶ zum Ausdruck. Der Betriebsrat hat nur mitzubestimmen, »soweit eine tarifliche Regelung nicht besteht«. Nur wenn es keinen (für den Betrieb geltenden) Tarifvertrag gibt, der das Arbeitsentgelt regelt, oder soweit es um Entgeltfragen geht, die im Tarifvertrag nicht oder nicht abschließend geregelt sind, ist Raum für die betriebliche Mitbestimmung. Das Verhältnis zum Arbeitsvertrag wiederum wird bestimmt durch das im Gesetz nicht ausdrücklich genannte Erfordernis des »kollektiven Tatbestands«.⁷ Wenn und soweit der Arbeitgeber mit Arbeitnehmern individuelle Vergütungsabreden trifft, ist dem Betriebsrat eine Einmischung verwehrt. Seine Gestaltungsaufgabe beginnt erst, wenn es um Vergütungsregelungen geht, die das einzelne Arbeitsverhältnis, die individuelle Austauschbeziehung, gleichsam transzendieren und damit Verteilungsfragen aufwerfen, die sich auf der Ebene der Zweierbeziehung zwischen Arbeitgeber und einzelner Arbeitnehmer nicht lösen lassen.⁸

Das BAG sieht den Zweck der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG darin, den Arbeitnehmer vor einer einseitig an den Interessen des Unternehmers orientierten oder willkürlichen Lohngestaltung zu schützen.⁹ Das Mitbestimmungsrecht solle die Angemessenheit und Durchsichtigkeit des innerbetrieblichen Lohngefüges und die Wahrung der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit sichern.¹⁰ Gegenstand seien dabei nicht etwa die konkrete, absolute Höhe des Arbeitsentgelts, sondern die Grundsätze über die Verteilung der vom Arbeitgeber für die Entlohnung bereitgestellten Mittel. Ein mitbestimmungspflichtiger Tatbestand mit kollektivem Bezug sei – in Abgrenzung von den mitbestimmungsfreien Individualregelungen – gegeben, wenn es um die »Strukturformen des Entgelts einschließlich ihrer näheren Vollzugsformen« gehe, dh. um die Bestimmung der abstrakt-generellen Grundsätze der Entgeltfindung sowie deren Änderung.¹¹

II. Die neuere Rechtsprechung des BAG zur Mitbestimmung bei Änderung von bestehenden Vergütungssystemen

In neuerer Zeit hat sich das BAG in einer Vielzahl von Entscheidungen¹² mit der Frage beschäftigt, welche Auswirkungen das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 10

BetrVG bei der Änderung betrieblicher Vergütungssysteme hat. Im Mittelpunkt steht dabei die Frage, ob der Arbeitgeber an ein in der Vergangenheit (wirksam) eingeführtes Vergütungssystem betriebsverfassungsrechtlich, also im Verhältnis zum Betriebsrat, bis zu einer Neuregelung gebunden bleibt, und zwar auch im Hinblick auf die Arbeitnehmer, denen gegenüber eine, aus dem Arbeitsverhältnis folgende schuldrechtliche Pflicht zur Anwendung dieses Vergütungssystems gar nicht besteht.

1. Die Konzeption des BAG und deren praktische Folgen für die Rechtsanwendung

a) Der Ausgangsfall

Zur Illustration der neuen Rechtsprechung bietet sich nach

⁶ In Rspr. und Literatur wird keine einheitliche Terminologie verwendet. Vielfach ist im Zusammenhang mit § 87 Abs. 1 BetrVG vom »Tarifvorrang« die Rede (so etwa BAG, 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972/ Lohngestaltung, unter C II 1; *Kamanabrou*, *Arbeitsrecht* (Fn. 2), Rn. 2636 ff.; *Preis*, *Arbeitsrecht – Kollektivarbeitsrecht*, 4. Aufl., Köln 2017, Rn. 2210 ff.; *Richardi*, in: *Richardi* (Hrsg.), *Betriebsverfassungsgesetz*, 16. Aufl., München 2018 (im Folgenden: *Richardi*), § 87 Rn. 143. Dies scheint mir den maßgeblichen Regelungsgehalt nicht zu treffen. Es geht nicht um einen Vorrang der tariflichen vor der betrieblichen Regelung. Ein solcher kommt vielmehr in § 77 Abs. 3 BetrVG zum Ausdruck, wenn er eine Betriebsvereinbarung über tariflich geregelte Gegenstände ausschließt und damit dem Tarifvertrag zur Sicherung der Koalitionsfreiheit den unbedingten, nicht durch das Günstigkeitsprinzip eingeschränkten Vorrang vor der Betriebsvereinbarung verleiht. Im Rahmen des § 87 Abs. 1 BetrVG geht es dagegen darum, dass es einer Beteiligung des Betriebsrats nicht mehr bedarf, wenn eine (abschließende und im Betrieb anwendbare) tarifliche Regelung existiert. Die Mitbestimmungsrechte bestehen daher nur, wenn die Beteiligung zum Schutz der Arbeitnehmerinteressen erforderlich ist, stehen damit gleichsam »unter dem Vorbehalt« des Fehlens einer tariflichen oder gesetzlichen Regelung. Deshalb erscheint der Begriff »Tarifvorbehalt« zutreffend. Wie hier BAG, 18.10.2011 – 1 ABR 25/10 – AP Nr. 141 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 18; BAG, 20.2.2018 – 1 ABR 53/16 – NZA 2018, 954, Rn. 20; *Wiese*, in: *Wiese/Kreutz/Oetker/Raab/Weber/Franzen/Gutzeit/Jacobs* (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, 11. Aufl., Köln 2018 (im Folgenden: *GK-BetrVG*), § 87 Rn. 54 ff.; *ders.*, *RdA* 2012, 332, 336.

⁷ BAG, 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter C III 3b; BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 22; BAG, 24.10.2017 – 1 AZR 346/16 – AP Nr. 154 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 20.

⁸ Zur Bedeutung und zur Konkretisierung des kollektiven Tatbestands speziell im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG *Raab*, *ZfA* 2001, 31, 56 ff.

⁹ BAG, 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter C III 1a; BAG, 17.5.2011 – 1 AZR 797/09 – AP Nr. 138 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 15.

¹⁰ BAG, 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter C III 1 a; BAG, 17.5.2011 – 1 AZR 797/09 – AP Nr. 138 zu § 87 BetrVG 1972, Lohngestaltung Rn. 15; BAG, 18.10.2011 – 1 ABR 25/10 – AP Nr. 141 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 19.

¹¹ BAG 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter C III 3 b dd; BAG, 15.4.2008 – 1 AZR 65/07 – AP Nr. 133 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 22; BAG, 17.5.2011 – 1 AZR 797/09 – AP Nr. 138 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 15; sa. *Koch*, *SR* 2016, 131, 132; *Kreft*, *FS Kreutz*, 2010, S. 263, 264.

¹² S. hierzu die Nachweise in Fn. 20 und 21.

wie vor ein Rückgriff auf die Ausgangsentscheidung des BAG aus dem Jahre 2002 an.¹³ Stark vereinfacht lag dieser Entscheidung folgender Sachverhalt zugrunde. Der Arbeitgeber hatte mit der zuständigen Gewerkschaft einen Haustarifvertrag geschlossen, der mehrere Lohnbestandteile enthielt. Unter anderem war eine Grundvergütung vorgesehen, die sich aufgrund der Vereinbarung von Lebensaltersstufen mit steigendem Lebensalter erhöhte. Dieser Tarifvertrag war von dem Arbeitgeber wirksam gekündigt worden. Für die nach Ablauf der Kündigungsfrist neu eingestellten Arbeitnehmer wählte der Arbeitgeber ein neues Vergütungsmodell, das lediglich die – in ihrer Höhe an den gekündigten Tarifvertrag angelehnte – Grundvergütung, nicht dagegen die Lebensaltersstufen vorsah. Die mit den Lebensaltersstufen verbundene Vergütungsdynamik wurde damit beseitigt.¹⁴ Als Ersatz für die weggefallenen Lebensaltersstufen vereinbarte der Arbeitgeber mit den neu eingestellten Arbeitnehmern eine als »weitere Zulage« bezeichnete Leistung, welche die Differenz weitgehend, aber nicht vollständig ausglich und zudem keine weitere Dynamisierung enthielt. Die übrigen tariflichen Vergütungsbestandteile (Ortszuschlag, allgemeine Zulage, vermögenswirksame Leistungen) wurden vollständig aus dem Tarifvertrag übernommen. Mit dem im Betrieb gebildeten Betriebsrat war dieses neue Vergütungsmodell nicht abgestimmt. Die klagende Arbeitnehmerin, die nach dem Ende des Tarifvertrags einen Arbeitsvertrag auf der Basis des neuen Vergütungsmodells erhalten hatte, verlangte in dem Prozess die Zahlung der Differenz zwischen der bei Berücksichtigung der Lebensaltersstufen sich ergebenden Grundvergütung und der arbeitsvertraglich vereinbarten Vergütung, welche sich aus der Summe aus Grundvergütung ohne die Lebensaltersstufen zuzüglich der weiteren Zulage ergab.

b) Die Lösung des BAG

Das BAG hielt die Klage für begründet. Zwar könne die Arbeitnehmerin den Anspruch nicht auf den Tarifvertrag stützen, da dieser wirksam gekündigt und das Arbeitsverhältnis erst nach Ablauf der Kündigungsfrist begründet worden, mithin von der Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG nicht erfasst sei.¹⁵ Selbst wenn man eine Nachwirkung auch bei neu begründeten Arbeitsverhältnissen bejahe, stelle der Arbeitsvertrag zumindest eine »andere Abmachung« dar, die den Tarifvertrag ersetzt habe. Auch auf den Gleichbehandlungsgrundsatz lasse sich der Anspruch nicht stützen. Die Entscheidung, neu eingestellten Arbeitnehmern nach

Auslaufen des Tarifvertrags nicht mehr die volle tarifliche Vergütung zu gewähren, sei ein hinreichender Sachgrund für die Ungleichbehandlung im Verhältnis zu den bereits zuvor beschäftigten Arbeitnehmern.

Der Anspruch ergebe sich jedoch aus dem Umstand, dass der Arbeitgeber das im Betrieb geltende Vergütungssystem ohne Zustimmung des Betriebsrats abgeändert habe. Bis zu einer mit dem Betriebsrat abgestimmten Neuregelung sei der Arbeitgeber betriebsverfassungsrechtlich verpflichtet, das tarifliche Vergütungsmodell zumindest von seiner Struktur her anzuwenden.¹⁶ Dies bedeute nicht, dass er die bisherige tarifliche Vergütung in ihrer jeweiligen Höhe auch den neu eingestellten Arbeitnehmern gewähren müsse. Schließlich unterliege die Höhe des Entgelts nicht der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Er müsse aber das System aus Grundvergütung und dynamisierten Lebensaltersstufen beibehalten.¹⁷ Das Gericht zeigt auch einen Weg auf, wie der Arbeitgeber die Vergütung habe absenken können, ohne das Mitbestimmungsrecht zu verletzen. So könne er die Grundvergütung für die unterste Lebensaltersstufe gegenüber dem Tarifvertrag herabsetzen, so dass sich selbst bei Einbeziehung der Lebensaltersstufen eine im Ergebnis auf das gewünschte Niveau abgesenkte Vergütung ergebe.¹⁸

Da es an der erforderlichen Zustimmung des Betriebsrats fehle, sei die vom Arbeitgeber vorgenommene Änderung des Vergütungssystems nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung auch im Verhältnis zu dem betroffenen Arbeitnehmer unwirksam. Dieser könne vielmehr verlangen,

13 BAG, 11.6.2002 – 1 AZR 390/01 – AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

14 Jacobs, FS Sacker, 2011, S. 201.

15 Nach st. Rspr. kommt eine Nachwirkung gem. § 4 Abs. 5 TVG nur in Betracht, wenn der Tarifvertrag während seiner Laufzeit für das Arbeitsverhältnis nach § 4 Abs. 1 S. 1 TVG unmittelbare und zwingende Wirkung entfaltet hat. Eine »Weitergeltung« des Tarifvertrages nach seinem Ablauf setze eine »Geltung« vor dem Ablauf voraus. BAG, 22.7.1998 – 4 AZR 403/97 – AP Nr. 32 zu § 4 TVG Nachwirkung unter 2 mwN.; BAG, 15.11.2006 – 10 AZR 665/05 – AP Nr. 34 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz, Rn. 32; ebenso Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl., München 2017, § 4 Rn. 814 f.; Schaub-Treiber (Fn. 2), § 208 Rn. 18; zur Gegenansicht etwa Bepfer, in: Däubler, TVG, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, § 4 Rn. 887 ff.; Wank, in: Wiedemann, TVG, 7. Aufl., München 2007, § 4 Rn. 332.

16 BAG, 11.6.2002 – 1 AZR 390/01 – AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter III 4.

17 BAG, 11.6.2002 – 1 AZR 390/01 – AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter III 4c; BAG, 2.3.2004 – 1 AZR 271/03 – AP Nr. 31 zu § 3 TVG, unter IV 2 b.

18 BAG, 11.6.2002 – 1 AZR 390/01 – AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter III 4 c.

nach dem bisher geltenden System, also einschließlich der Lebensaltersstufen, vergütet zu werden, auch wenn dies dazu führe, dass der Arbeitnehmer damit eine höhere als die vertraglich vereinbarte Vergütung erhalte.¹⁹

2. Die theoretischen Grundlagen der neueren Rechtsprechung – eine kritische Analyse

Bekanntermaßen ist diese Rechtsprechung, die das Gericht danach mehrfach bestätigt hat²⁰ und die in jüngster Zeit in einer ganzen Kaskade von Entscheidungen weiter präzisiert worden ist²¹, in der rechtswissenschaftlichen Literatur auf – zum Teil entschiedene – Ablehnung gestoßen.²² Die Kritik bezieht sich mitunter nur auf einzelne Begründungselemente, häufig aber auf den gesamten gedanklichen Ansatz. Es lohnt daher, das gedankliche Fundament, das im Übrigen durch die Folgeentscheidungen sowie die Erläuterungen der an den Entscheidungen beteiligten Richter²³ verdeutlicht und präzisiert worden ist, noch einmal genauer zu beleuchten.

a) Die Bindung des Arbeitgebers an ein bestehendes Vergütungssystem

Ausgangspunkt der Rspr. ist zunächst die These des BAG, dass der Arbeitgeber an eine von ihm aufgestellte Vergütungsordnung kollektivrechtlich gebunden ist. Rechtsgrundlage ist insoweit § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Nach Sinn und Zweck des Mitbestimmungstatbestandes müsse der Arbeitgeber die im Betrieb bestehenden Entlohnungsgrundsätze solange zur Anwendung bringen, bis diese durch eine mit dem Betriebsrat vereinbarte neue Vergütungsordnung abgelöst würden. Dies gelte unabhängig davon, auf welcher Rechtsgrundlage die Ordnung in der Vergangenheit im Betrieb praktiziert worden sei.²⁴ Nach der Konzeption des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hänge das Mitbestimmungsrecht nicht vom Geltungsgrund der Entgeltleistung, sondern allein vom Vorliegen eines kollektiven Tatbestandes ab.²⁵

Dem ist entgegeng gehalten worden, dass das Gericht in keiner Weise begründet, woraus sich diese Bindung des Arbeitgebers an die (kollektive) Ordnung ergeben soll, wenn die Rechtsgrundlage, die für ihre Einführung maßgeblich war, entfallen ist.²⁶ Handelt es sich – wie im Ausgangsfall – um ein tarifliches Entlohnungssystem, so ist der Arbeitgeber hieran nur gebunden, solange der Tarifvertrag besteht. Ist dieser beendet, lassen sich hieraus allenfalls noch Ansprüche für diejenigen Arbeitnehmer ableiten, für

welche der Tarifvertrag nach § 4 Abs. 5 TVG nachwirkt. Zu einem anderen Ergebnis könnte man nur gelangen, wenn man der tariflichen Regelung – zumindest soweit es die Entgeltstrukturen und nicht die nominelle Höhe des Tarifentgelts angeht – den Charakter einer Betriebsnorm beimessen würde.²⁷ Dies wird aber vom BAG – mit Recht – ausdrücklich abgelehnt.²⁸

Noch weniger erschließt sich, dass nach Ansicht des Gerichts offenbar auch eine mit individualrechtlichen Instrumenten geschaffene Vergütungsordnung eine betriebs-

19 BAG, 11.6.2002 – 1 AZR 390/01 – AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter III 4.

20 BAG, 2.3.2004 – 1 AZR 271/03 – AP Nr. 31 zu § 3 TVG, unter IV 1 c aa; BAG, 15.4.2008 – 1 AZR 65/07 – AP Nr. 133 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 26 ff.; BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 24 ff.; BAG, 4.5.2011 – 7 ABR 10/10 – AP Nr. 55 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung, Rn. 23; BAG, 18.10.2011 – 1 ABR 25/10 – AP Nr. 141 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 16 ff.

21 BAG, 24.1.2017 – 1 AZR 772/14 – AP Nr. 151 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung Rn. 35 ff.; BAG, 25.4.2017 – 1 AZR 427/15 – AP Nr. 153 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 15 ff.; sa. BAG, 24.1.2017 – 1 ABR 6/15 – AP Nr. 149 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG, 21.2.2017 – 1 ABR 12/15 – AP Nr. 150 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG, 28.3.2017 – 1 ABR 1/16 – AP Nr. 152 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG, 23.8.2017 – 10 AZR 136/17 – AP Nr. 307 zu § 611 BGB Gratifikation, Rn. 29.

22 Bauer/Günther, DB 2009, 620 ff.; Caspers, FS Löwisch, 2007, S. 45 ff.; Jacobs, FS Sacker, 2011, S. 201, 204 ff.; Lobinger, RdA 2011, 76, 87 f.; Reichold, FS Konzen, 2006, S. 763, 764 ff.; ders., FS Picker, 2010, S. 1079, 1082 ff.; ders., RdA 2011, 311 ff.; ders., RdA 2013, 108 ff.; Richardi-Richardi (Fn. 6), § 87 Rn. 896; Wiese, RdA 2012, 332, 335 ff.; GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit (Fn. 6), § 87 Rn. 967 ff. mwN. in Rn. 969; verteidigt wurde sie im Wesentlichen von den Angehörigen des Gerichts selbst in verschiedenen Veröffentlichungen; vgl. vor allem Kreft, FS Kreutz, 2010, S. 263 ff.; ders., FS Bepler, 2012, S. 317, 324 ff.; Koch, SR 2016, 131, 136 ff.; sa. Bepler, FS Bauer, 2010, S. 161, 166 ff., der den Anspruch des Arbeitnehmers auf eine Vergütung nach den bisher im Betrieb angewandten kollektiven Entlohnungsgrundsätzen allerdings nicht auf die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung, sondern auf den Gleichbehandlungsgrundsatz stützen will; hiergegen Caspers, FS Löwisch, 2007, S. 45, 49 f.; Jacobs, FS Sacker, 2011, S. 201, 208 f.; Reichold, FS Picker, 2010, S. 1079, 1088 f.

23 Kreft, FS Kreutz, 2010, S. 263 ff.; ders., FS Bepler, 2012, S. 317 ff.; Koch, SR 2016, 131 ff.

24 BAG, 17.5.2011 – 1 AZR 797/09 – AP Nr. 138 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 17; BAG, 24.1.2017 – 1 AZR 772/14 – AP Nr. 151 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 37; Kreft, FS Kreutz, 2010, S. 263, 266.

25 BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 22; BAG, 4.5.2011 – 7 ABR 10/10 – AP Nr. 55 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung, Rn. 23; BAG, 17.5.2011 – 1 AZR 797/09 – AP Nr. 138 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 17; insoweit zust. Jacobs, FS Sacker, 2011, S. 201, 205.

26 Jacobs, FS Sacker, 2011, S. 201, 204 ff.; Jacobs/Frieling, FS von Hoyningen-Huene, 2014, S. 177, 187 ff.; Reichold, FS Konzen, 2006, S. 763, 768 f.; ders., RdA 2011, 311, 312 f.; ders., FS Wank, 2014, S. 457, 460 ff.; s. zuletzt ders., Anm. AP Nr. 151 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter II 1 (»Mythos einer irgendwie kollektiv und faktisch fortgeltenden Vergütungsordnung«).

27 Vgl. Jacobs, FS Sacker, 2011, S. 201, 207; zur Nachwirkung von Betriebsnormen nach § 4 Abs. 5 TVG vgl. Franzen, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl., München 2018 (im Folgenden: ErFK), § 4 TVG Rn. 55.

28 BAG, 4.5.2011 – 7 ABR 10/10 – AP Nr. 55 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung, Rn. 22; BAG, 18.10.2011 – 1 ABR 25/10 – AP Nr. 141 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 16.

verfassungsrechtliche Bindungswirkung erzeugen können soll. Hängt die Bindungswirkung eines bestehenden Vergütungssystems nicht vom rechtlichen Geltungsgrund der Entgeltleistung, sondern nur vom Vorliegen eines kollektiven Tatbestandes ab, so wären vertragliche Vergütungsvereinbarungen betriebsverfassungsrechtlich für den Arbeitgeber schon dann bindend, wenn ihnen ein kollektives Vergütungsschema zugrunde liegt, was regelmäßig der Fall sein dürfte, wenn es sich um allgemeine Arbeitsbedingungen handelt. Innerhalb eines solchen kollektiven Systems wären ohne Zustimmung des Betriebsrats lediglich individualrechtliche Abreden zulässig, welche allein die Vergütungshöhe betreffen, da diese der Mitbestimmung entzogen ist.²⁹ Soweit es um die Kriterien der Vergütungsbemessung geht, wäre eine Bindungswirkung hingegen nur dann ausgeschlossen, wenn sich der Arbeitgeber nicht nur des Instruments des Arbeitsvertrags bedient, sondern die Vergütungsregelung auch inhaltlich individuell ausgestaltet, also kein kollektives Vergütungsschema zugrunde legt.

In allen Fällen, in denen das BAG eine kollektivrechtliche Bindungswirkung von nicht mit dem Betriebsrat vereinbarten tariflichen oder vertraglichen Vergütungsregelungen annimmt, drängt sich freilich die Frage auf, wie es zu dieser »Metamorphose«³⁰ in eine betriebliche Vergütungsordnung kommt, setzt doch eine kollektivrechtliche Bindung des Arbeitgebers im Verhältnis zum Betriebsrat ansonsten voraus, dass sich der Arbeitgeber durch eine kollektivrechtliche Vereinbarung mit dem Betriebsrat – in Gestalt einer Betriebsvereinbarung oder doch wenigstens einer Regelungsabrede – gebunden hat.

Meines Erachtens wird das Verständnis des theoretischen Ansatzes des Gerichts erleichtert, wenn man sich die Rechtslage vor Augen führt, die bestehen würde, wenn die Rechtsgrundlage für ein betriebliches Vergütungssystem eine Betriebsvereinbarung wäre. Der Arbeitgeber wäre in diesem Fall im Verhältnis zum Betriebsrat verpflichtet, dieses Vergütungssystem für die Dauer der Geltung der Betriebsvereinbarung zur Anwendung zu bringen (§ 77 Abs. 1 S. 1 BetrVG). Im Falle der Kündigung der Betriebsvereinbarung würde diese gem. § 77 Abs. 6 BetrVG bis zum Abschluss einer neuen Betriebsvereinbarung weitergelten, da sie einen Gegenstand der erzwingbaren Mitbestimmung betrifft. Eine einseitige Änderung des Vergütungssystems durch den Arbeitgeber wäre damit ausgeschlossen. Er wäre vielmehr verpflichtet, die bestehenden Entlohnungsgrundsätze vorerst weiterhin auch bei neu einzustellenden Arbeit-

nehmern anzuwenden.³¹ Berücksichtigt man zusätzlich, dass nach Ansicht des BAG bei teilmitbestimmten Betriebsvereinbarungen nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG der Arbeitgeber in Fällen, in denen es nicht ausschließlich um eine Kürzung des Gesamtvolumens der Leistung, sondern zugleich um eine Umstrukturierung des Vergütungssystems und damit um die »Strukturformen des Entgelts« geht, an der Reduzierung der Vergütungshöhe bis zu einer Einigung mit dem Betriebsrat über die geänderten Verteilungsgrundsätze gehindert ist, weil die Betriebsvereinbarung in diesem Falle insgesamt nachwirkt,³² so wird deutlich, dass der Arbeitgeber im Falle einer Regelung der Leistung durch Betriebsvereinbarung auch gegenüber neu eingestellten Arbeitnehmern vorerst verpflichtet wäre, das bisher praktizierte Vergütungssystem weiterhin anzuwenden und diesen die dort vorgesehenen Leistungen sowohl nach der Art als auch nach der Höhe zu gewähren.³³

Dieser Mechanismus scheint leerzulaufen, wenn es sich um eine tarifliche Vergütungsordnung handelt. Ein Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung der Entlohnungsgrundsätze ist in diesem Falle nach § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG aufgrund des Tarifvorbehalts ausgeschlossen. Ist der Tarifvertrag hingegen gekündigt, so greift der Vorbehalt nicht mehr ein. Wenn und soweit der Arbeitgeber nun eine Maßnahme ergreift, die in den Bereich der Entgeltmitbestimmung fällt, bedarf diese der Zustimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Die Änderung der betrieblichen Vergütungsstrukturen ist ein solcher mitbestimmungspflichtiger Tatbestand. Hier setzen die

29 BAG, 30.10.2012 – 1 ABR 61/11 – AP Nr. 143 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 26 f.; BAG, 28.3.2017 – 1 ABR 1/16 – AP Nr. 152 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 28 f.

30 Reichold, FS Konzen, 2006, S. 763, 768.

31 Wären die Vergütungsrichtlinien lediglich Teil einer Regelungsabrede, so würde sich an der Bindungswirkung zumindest dann nichts ändern, wenn man der Ansicht des BAG folgt, wonach § 77 Abs. 6 BetrVG in Angelegenheiten erzwingbarer Mitbestimmung analoge Anwendung auf Regelungsabreden findet; vgl. BAG, 23.6.1992 – 1 ABR 53/91 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit. Legt man dies zugrunde, wäre der Arbeitgeber an ein mit dem Betriebsrat vereinbartes Vergütungsschema unabhängig von der Rechtsnatur der Vereinbarung stets kollektivrechtlich bis zu einer Neuregelung gebunden. Mit Recht krit. zur analogen Anwendung des § 77 Abs. 6 BetrVG auf Regelungsabreden allerdings GK-BetrVG-Kreutz (Fn. 6), § 77 Rn. 22 mwN.

32 BAG, 26.8.2008 – 1 AZR 354/07 – AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972, Rn. 20 ff.; BAG, 5.10.2010 – 1 ABR 20/09 – AP Nr. 53 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung, Rn. 23 ff.; näher *Fitting*, BetrVG, 29. Aufl., München 2018, § 77 Rn. 190a ff.; GK-BetrVG-Kreutz (Fn. 6), § 77 Rn. 453 ff. mwN.

33 Dass der Vergleich mit dieser Situation in der Argumentationskette eine entscheidende Rolle spielt, wird etwa bei *Kreff*, FS Bepler, 2012, S. 317, 332 deutlich.

Überlegungen des BAG an. Ausgangspunkt ist, dass es der Wertung des Gesetzes widersprechen würde, wenn der Arbeitgeber das Vergütungssystem nur deshalb gegenüber neu eingestellten Arbeitnehmern außer Acht lassen könnte, weil er dieses mitbestimmungsfrei eingeführt hat. Die vom BAG postulierte Bindungswirkung soll demgegenüber sicherstellen, dass der Arbeitgeber auch in diesem Fall in dem Zeitraum bis zu einer Einigung mit dem Betriebsrat den »status quo« nicht einseitig verändern kann. Er soll vielmehr an das tarifliche System in gleicher Weise gebunden bleiben, als ob dieses Inhalt einer Betriebsvereinbarung gewesen wäre. Die dahinter stehende Erwägung ist, dass der Tarifvorbehalt die Mitbestimmung nur deshalb ausschließt, weil die tarifliche Regelung dem Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer ausreichend Rechnung trägt.³⁴ Dann – so offenbar die Überlegung – muss der Tarifvertrag auch nach seiner Beendigung eine der Betriebsvereinbarung vergleichbare Schutzwirkung entfalten und ein einseitiges Handeln des Arbeitgebers ausschließen.³⁵ Hierzu passt, dass *Kreft* als einer der an der Entwicklung der Rechtsprechung maßgeblich beteiligten Richter die Frage aufwirft, ob nicht jede die Mitbestimmung verdrängende Tarifnorm analog § 77 Abs. 6 BetrVG Nachwirkung entfalten müsse.³⁶

Ähnliches gilt für Vergütungsordnungen auf individualrechtlicher Grundlage. Diese sind – soweit es sich um einen kollektiven Tatbestand handelt – ohne Zustimmung des Betriebsrats wirksam ohnehin nur denkbar, wenn bei ihrer Aufstellung noch gar kein Betriebsrat bestand.³⁷ Wird später ein Betriebsrat gewählt, so wird die Entgeltregelung nicht nachträglich zustimmungsbedürftig, weil es für das Mitbestimmungsrecht auf den Zeitpunkt der Einführung ankommt.³⁸ An eine solche, auf rein individualrechtlicher Grundlage ohne Mitwirkung des Betriebsrats geschaffene Vergütungsordnung wäre der Arbeitgeber an sich nur gegenüber den Arbeitnehmern gebunden, mit denen er entsprechende individualrechtliche Abreden getroffen hat. Sie wären damit Teil des Arbeitsverhältnisses, also der schuldrechtlichen Beziehung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Nach Ansicht des BAG entfalten solche mitbestimmungsfrei eingeführten Vergütungssysteme aber ebenfalls eine kollektivrechtliche Bindungswirkung, sobald in dem Betrieb ein Betriebsrat existiert und etwaige Änderungen damit der Mitbestimmung unterliegen.³⁹ So betont das BAG in einer Entscheidung, dass es für das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht darauf ankomme, ob der Betriebsrat an dem in der Vergangenheit

aufgestellten Entlohnungsgrundsatz mitgewirkt habe.⁴⁰ Ist zwischenzeitlich ein Betriebsrat gewählt worden, so könnte der Arbeitgeber folglich das mitbestimmungsfrei eingeführte Schema nicht mehr einseitig aufgeben oder verändern. Dies hätte einmal Bedeutung für die Arbeitnehmer, für die dieses Vergütungssystem auf individualrechtlicher Grundlage gegolten hat. Insoweit wäre der Arbeitgeber an einer einseitigen Änderung durch das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG gehindert. Nach der Logik des gedanklichen Ansatzes des BAG müsste der Arbeitgeber aber bis zu einer Neuregelung das bisherige System auch auf neu eingestellte Arbeitnehmer anwenden, obwohl er sich diesen gegenüber individualrechtlich noch gar nicht zur Anwendung der bisher praktizierten Vergütungsregeln verpflichtet hat. Er bliebe nämlich kollektivrechtlich an die Entlohnungsgrundsätze genauso gebunden, als ob diese von vornherein mit dem Betriebsrat vereinbart worden wären.

Dass die Erwägung, wonach die Mitbestimmungsfreiheit bei der Einführung eines Vergütungssystems nicht zu Schutzlücken bei der nunmehr mitbestimmungspflichtigen Abänderung führen darf, den Kern der konzeptionellen Überlegungen des Gerichts darstellt, zeigt eine der neueren Entscheidungen überdeutlich. In dem zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der Arbeitgeber zunächst – ohne Rücksprache mit dem seinerzeit schon bestehenden Betriebsrat – eine Sonderzahlung in Gestalt eines Weihnachtsgeldes eingeführt. Diese Sonderzahlung hatte er später – wieder-

34 BAG, 28.3.2017 – 1 ABR 1/16 – AP Nr. 152 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 25.

35 Deutlich in diesem Sinne *Kreft*, FS Kreutz, 2010, S. 263, 272.

36 *Kreft*, FS Kreutz, 2010, S. 263, 279; abl. mit Recht *Jacobs*, FS Säcker, 2011, S. 201, 207; *Wiese*, RdA 2012, 332, 336.

37 Die hM. nimmt mit Recht an, dass der Betriebsrat bei der Einführung einer »freiwilligen Leistung« des Arbeitgebers auch über das »Ob« der Einführung und nicht nur über die Verteilungsgrundsätze mitzubestimmen hat, weil bereits durch die Einführung einer neuen Leistung die Struktur des betrieblichen Vergütungssystems berührt ist. Dem Betriebsrat steht daher in Bezug auf die Einführung zwar kein Initiativrecht (wegen der Mitbestimmungsfreiheit der Entscheidung über die Höhe der Vergütung), wohl aber ein Veto-recht zu. Vgl. BAG, 18.3.2014 – 1 ABR 75/12 – AP Nr. 146 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung Rn. 18; GK-BetrVG-*Wiese/Gutzeit* (Fn. 6), § 87 Rn. 867, 897 mwN.

38 BAG, 23.8.2017 – 10 AZR 136/17 – AP Nr. 307 zu § 611 BGB Gratifikation Rn. 29; GK-BetrVG-*Wiese* (Fn. 6), § 87 Rn. 87.

39 So ist wohl auch die Entscheidung BAG, 23.8.2017 – 10 AZR 136/17 – AP Nr. 307 zu § 611 BGB Gratifikation zu verstehen, wo in Rn. 26 auf die Bindungswirkung einer vor der erstmaligen Wahl des Betriebsrats eingeführten Vergütungsregelung hingewiesen wird.

40 BAG, 14.1.2014 – 1 ABR 57/12 – AP Nr. 145 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 19.

um ohne Zustimmung des Betriebsrats – aufgrund eines rechtswirksam vereinbarten Widerrufsvorbehaltes gekürzt. Der Arbeitnehmer verlangte in dem Prozess die Zahlung der ungeschmäleren Zulage und berief sich ua. darauf, dass der Widerruf zu einer Änderung der Entlohnungsgrundsätze führe und der Betriebsrat nicht beteiligt worden sei. Das BAG hielt die Klage für unbegründet. Nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung könnten zwar Arbeitnehmer im Falle einer mitbestimmungswidrigen Änderung der im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätze die Vergütung auf der Grundlage des bisherigen Entlohnungssystems verlangen. Dies gelte allerdings nur, wenn die Entlohnungsgrundsätze mitbestimmungsgemäß eingeführt worden seien.⁴¹

b) Die individualrechtlichen Folgen fehlender Mitbestimmung

Angriffspunkt der Kritik ist neben der mangelnden dogmatischen Fundierung der vermeintlichen, rein betriebsverfassungsrechtlich begründeten Bindung des Arbeitgebers an ein bestehendes Vergütungssystem auch die Instrumentalisierung der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung für die Durchsetzung der bisherigen Entlohnungsgrundsätze. Nach Ansicht des BAG kann ein Arbeitnehmer in Fortführung dieser Theorie in den Fällen, in denen der Arbeitgeber unter Verletzung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG eine Änderung der im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätze vornimmt, eine Vergütung auf der Grundlage der zuletzt mitbestimmungsgemäß eingeführten Entlohnungsgrundsätze verlangen.⁴² Wie das Gericht selbst einräumt, kann dieser Begründungsansatz dazu führen, dass dem Arbeitnehmer eine höhere als die vertraglich vereinbarte Vergütung zusteht. Die im Arbeitsvertrag getroffene Vereinbarung über die Vergütungshöhe werde insoweit »von Gesetzes wegen ergänzt durch die Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer nach den im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätzen zu vergüten«.⁴³ Ist der Anspruch auf die höhere Vergütung die Folge der Anwendung eines tariflichen Vergütungsschemas, so gilt dies selbst dann, wenn der Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis weder normativ (dh. unmittelbar und zwingend, § 4 Abs. 1 S. 1 TVG) noch kraft Nachwirkung (§ 4 Abs. 5 TVG) Anwendung findet. Diese Lösung hat dem BAG den Vorwurf eingebracht, einen »Anspruch ohne Anspruchsgrundlage« konstruiert zu haben.⁴⁴

In der Tat scheint die Ansicht in diametralem Widerspruch zu der sonstigen Rechtsprechung des Gerichts zu

stehen. So geht das BAG seit der Entscheidung des Großen Senats zur Anrechnung von Tarifloohnerhöhungen davon aus, dass eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts zumindest dann zur individualrechtlichen Unwirksamkeit von mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen führen könne, wenn diese den Arbeitnehmer belasten.⁴⁵ Verändert der Arbeitgeber also die Entlohnungsgrundsätze, indem er einzelne Leistungen für Arbeitnehmer kürzt oder streicht, so ist diese Maßnahme unwirksam, so dass der Arbeitnehmer weiterhin die ungeschmälerete Leistung verlangen kann. Voraussetzung ist allerdings, dass ihm ohne die Änderung ein Anspruch auf die Leistung zusteht. Die Unwirksamkeitsfolge führt nur dazu, dass ein für den Arbeitnehmer nachteiliges Rechtsgeschäft hinweg gedacht werden muss, weil ihm die rechtliche Anerkennung versagt wird. Die Verletzung des Mitbestimmungsrechts kann aber keinen Anspruch zur Entstehung bringen, der auch ohne den Mitbestimmungsverstoß nicht bestanden hätte.⁴⁶

Doch ist auch hier die Überlegung des Gerichts nicht so fernliegend, wie dies zunächst den Anschein haben mag. Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ist vor allem entwickelt worden, um zu verhindern, dass sich der Arbeitgeber dem Zwang zur Einigung mit dem Betriebsrat

41 BAG, 24.1.2017 – 1 AZR 772/14 – AP Nr. 151 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 44 ff.; bestätigt durch BAG, 24.10.2017 – 1 AZR 346/16 – AP Nr. 154 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 26.

42 Grdl. BAG, 11.6.2002 – 1 AZR 390/01 – AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter III 4; bestätigt etwa durch BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 43; BAG, 17.5.2011 – 1 AZR 797/09 – AP Nr. 138 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 30; BAG, 25.4.2017 – 1 AZR 427/15 – AP Nr. 153 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 16.

43 BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 43; BAG, 17.5.2011 – 1 AZR 797/09 – AP Nr. 138 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 30; BAG, 25.4.2017 – 1 AZR 427/15 – AP Nr. 153 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 16.

44 Reichold, Anm. zu BAG AP Nr. 31 zu § 3 TVG, unter III 4; zust. Bauer/Günther, DB 2009, 620, 621; Jacobs, FS Sacker, 2011, S. 201, 205; hierzu die Replik des Gerichts BAG, 15.4.2008 – 1 AZR 65/07 – AP Nr. 133 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 38 sowie von Kreft, FS Bepler, 2012, S. 317, 330 ff.

45 BAG, Großer Senat, 16.9.1986 – GS 1/82 – AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972, unter C III 4; BAG, 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter D II; daran hält das Gericht auch in seinen neueren Entscheidungen fest; vgl. BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 42; auch Koch, SR 2016, 131, 141 räumt ein, dass die Rechtsfolge »nicht unmittelbar passt«.

46 BAG, 20.8.1991 – 1 AZR 326/90 – AP Nr. 50 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter II 2 c; BAG, 28.9.1994 – 1 AZR 870/93 – AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter II 2; auch hieran hält das Gericht in seiner neueren Rspr. fest; vgl. BAG, 15.4.2008 – 1 AZR 65/07 – AP Nr. 133 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 37; BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 42; sa. BAG, 5.5.2015 – 1 AZR 435/13 – AP Nr. 147 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 32.

dadurch entzieht, dass er mit den einzelnen Arbeitnehmern inhaltsgleiche Vereinbarungen schließt.⁴⁷ Es geht also nicht in erster Linie um Individualschutz, sondern um die Sicherung der Mitbestimmung und die Verhinderung einseitigen Handelns.⁴⁸ Dass die Unwirksamkeitsfolge zugleich Schutzwirkung zugunsten des Arbeitnehmers entfaltet, ist lediglich ein Nebeneffekt,⁴⁹ der freilich vor allem bei den Mitbestimmungstatbeständen, die (auch) dem Schutz der individuellen Interessen der betroffenen Arbeitnehmer dienen, durchaus erwünscht ist und in der Intention der gesetzlichen Regelung liegt. In erster Linie ist jedoch danach zu fragen, ob und wenn ja welcher individualrechtlicher Folgen es bedarf, um die Beachtung der Mitbestimmungsrechte zu gewährleisten.

Unter diesem Aspekt scheint die vom BAG angenommene Rechtsfolge, wonach sich betriebsangehörige Arbeitnehmer auf ein Vergütungssystem berufen können, auch wenn dieses bisher lediglich für andere, im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer gegolten hat, aber zu keinem Zeitpunkt zum Inhalt des zwischen ihnen und dem Arbeitgeber bestehenden Schuldverhältnisses geworden ist, in gewisser Weise in der Konsequenz der vom Gericht statuierten kollektivrechtlichen Bindungswirkung zu liegen. Das Gericht betont denn auch, dass es sich um eine »Fortführung« der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung handele,⁵⁰ die durch den Zweck des Beteiligungsrechts geboten sei. Nur auf diese Weise könne verhindert werden, dass sich der Arbeitgeber seiner Bindung an die von ihm einseitig vorgegebene oder mitbestimmte Vergütungsstruktur unter Verstoß gegen das Beteiligungsrecht des Betriebsrats und den in § 87 Abs. 2 BetrVG statuierten Einigungszwang entziehe.⁵¹ Es würden nicht »Ansprüche ohne Anspruchsgrundlage« geschaffen. Maßgeblich blieben die zwischen den Parteien getroffenen Absprachen. Auf diese würden lediglich – soweit möglich – die im Betrieb gültigen Entlohnungsgrundsätze angewandt.⁵²

Dennoch kann diese Ableitung im Ergebnis nicht überzeugen. Selbst wenn man die Prämisse akzeptiert, dass der Arbeitgeber an ein mitbestimmungsfrei etabliertes Vergütungssystem aufgrund des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG betriebsverfassungsrechtlich gebunden sei, wenn und soweit der Betriebsrat bei dessen Abänderung mitzubestimmen habe, begründet das Mitbestimmungsrecht doch zunächst nur Rechte und Pflichten innerhalb der kollektivrechtlichen Beziehung zum Betriebsrat. Es verpflichtet den Arbeitgeber, die geltenden Entlohnungsgrundsätze im Verhältnis zu den Arbeitnehmern solange zur Anwendung

zu bringen, bis er sich mit dem Betriebsrat – notfalls über das Einigungsstellenverfahren – über eine Neuordnung verständigt hat. Handelt es sich um eine kollektivrechtliche Verpflichtung, so kann eine entsprechende Pflichtverletzung kollektivrechtliche Rechtsfolgen nach sich ziehen. Denkbar ist etwa, dass der Betriebsrat verlangen kann, dass der Arbeitgeber den Abschluss von Vergütungsabreden unterlässt, die von den bestehenden Grundsätzen abweichen.⁵³

Daneben ergibt sich aus der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung, dass die mitbestimmungspflichtige Maßnahme gegenüber dem Arbeitnehmer individualrechtlich unwirksam sein kann, wenn Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts ein Durchschlagen der Rechtswidrigkeit von der kollektiven auf die individualrechtliche Ebene zwingend erfordern.⁵⁴ Dies kann aber nur bedeuten, dass der Arbeitgeber an einer Änderung des »status quo« der

47 BAG, Großer Senat, 16.9.1986 – GS 1/82 – AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972, unter C III 4; BAG, 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter D II; BAG, 20.8.1991 – 1 AZR 326/90 – AP Nr. 50 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter II 2 e; BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 42; hierauf maßgeblich abstellend auch *Krefß*, FS *Bepler*, 2012, S. 317, 331.

48 In diesem Sinne vor allem GK-BetrVG-*Wiese* (Fn. 6), § 87 Rn. 97, 100: die Unwirksamkeit betriebsverfassungswidriger Vereinbarungen sei die Folge der Tatsache, dass durch § 87 BetrVG den Betriebspartnern ein bestimmter Zuständigkeitsbereich zur eigenverantwortlichen und gleichberechtigten Regelung zugewiesen und eine eigenständige Zuständigkeitsordnung geschaffen worden sei; grundsätzlich anders *Lobinger*, RdA 2011, 76, 86 ff.: Unwirksamkeit als Rechtsfolge komme nur in Betracht, wenn die Mitbestimmung der Optimierung individualrechtlicher Schutzpflichten diene. Zum Meinungsstand in dieser Frage vgl. die Nachw. bei *Wiese* und *Lobinger*, jew. aaO.

49 AA. konsequenterweise *Lobinger*, RdA 2011, 76, 89 ff.

50 BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 43; BAG, 17.5.2011 – 1 AZR 797/09 – AP Nr. 138 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 30; zuletzt etwa BAG, 25.4.2017 – 1 AZR 427/15 – AP Nr. 153 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 16; s. *Koch*, SR 2016, 131, 141.

51 BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 43.

52 BAG, 15.4.2008 – 1 AZR 65/07 – AP Nr. 133 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 38.

53 BAG, 20.2.2018 – 1 ABR 53/16 – Rn. 18 (wo allerdings im Ergebnis ein Unterlassungsanspruch verneint wird, weil die Maßnahme wegen des Tarifvorbehalts nicht der Mitbestimmung unterlag); *Jacobs*, FS *Säcker*, 2011, S. 201, 209; *Krefß*, FS *Kreutz*, 2010, S. 263, 277; übereinstimmend insoweit *Lobinger*, RdA 2011, 76, 90, der allerdings aufgrund dieses kollektivrechtlichen Abwehrrechts die Reichweite der Unwirksamkeitssanktion einschränken will.

54 Hierzu *Raab*, ZfA 1995, 479, 484, 515 f.; zust. unter wörtlicher Übernahme der Formulierung BAG, 5.4.2001 – 2 AZR 580/99 – AP Nr. 32 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung, unter II 2 c cc (1). Die dogmatische Begründung und die Reichweite der Unwirksamkeitssanktion zählen zu den schwierigsten und umstrittensten Fragen des gesamten Betriebsverfassungsrechts. Hierauf kann an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden. Ausführliche und tiefgehende Darstellung des Streitstands bei GK-BetrVG-*Wiese* (Fn. 6), § 87 Rn. 100 ff.; zu abw. Konzeptionen insbesondere *Lobinger*, RdA 2011, 76, 88 ff.; *Richardi-Richardi* (Fn. 6), § 87 Rn. 118 ff.

individualrechtlichen Beziehung gehindert ist, er also den Inhalt des mit dem Arbeitnehmer bestehenden Schuldverhältnisses nicht oder zumindest nicht zu dessen Nachteil verändern kann. Dagegen kann eine im Verhältnis zum Betriebsrat bestehende rechtliche Bindung nur dann zusätzliche Rechte im individualrechtlichen Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber schaffen, wenn der kollektivrechtlichen Rechtsbeziehung eine rechtsgestaltende Wirkung für das Arbeitsverhältnis zukommt. Eine solche unmittelbare rechtsgestaltende Wirkung ist nach der Konzeption des Gesetzes den durch Kollektivvertrag, also Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung, geschaffenen Rechtsnormen vorbehalten. Die Vorstellung, dass allein die Existenz eines Mitbestimmungsrechts ohne konkrete verbindliche Vereinbarung eine rechtserzeugende Wirkung im Arbeitsverhältnis entfalten kann, ist dem geltenden Recht dagegen fremd.⁵⁵

Hiergegen lässt sich – entgegen der Ansicht des BAG – nicht einwenden, dass die getroffenen Abreden zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer weiter gälten und lediglich durch die Verpflichtung des Arbeitgebers ergänzt würden, den Arbeitnehmer nach den im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätzen zu vergüten.⁵⁶ Eine solche Betrachtung ändert nichts daran, dass die von dem BAG angenommene Bindung an das betriebliche Vergütungssystem unmittelbar und zwingend in die individualrechtliche Beziehung hineinwirkt, und zwar nicht nur dadurch, dass die individualrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten beschränkt werden, sondern zusätzlich dadurch, dass die Rechte und Pflichten innerhalb des Schuldverhältnisses verändert werden, indem an die Stelle der getroffenen Abreden ein anderer, mit der kollektivrechtlichen Verpflichtung kompatibler Vertragsinhalt tritt. Die hiermit verbundenen Rechtsfolgen sind zumindest weitgehend deckungsgleich mit den Wirkungen einer Betriebsnorm.⁵⁷ Eine solche mag Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein können. Ohne eine entsprechende, mit normativer Wirkung ausgestattete Vereinbarung erscheint die vom BAG angenommene Rechtsfolge aber schwerlich begründbar.

III. Die Funktion der Mitbestimmung bei der Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen

Meine bisherigen Ausführungen haben bereits eine gewisse Skepsis gegenüber dem vom BAG kunstvoll errichteten

Gedankengebäude durchblicken lassen. Auch die Tatsache, dass die Arbeitsrechtswissenschaft sich nahezu geschlossen kritisch bis strikt ablehnend geäußert hat, deutet an, dass die vom Gericht verfolgte Konzeption nicht bedenkenfrei ist. Dabei wird in der Literatur nicht geleugnet, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat beteiligen muss, wenn und soweit er das Entgeltsystem ändert.⁵⁸ Als befremdlich empfunden wird jedoch, dass das alte Entlohnungssystem auch für solche Arbeitnehmer anspruchserzeugende Wirkung haben soll, die bisher nicht erfasst waren, ohne dass hierfür eine tragfähige Rechtsgrundlage erkennbar wäre.⁵⁹ Das Unbehagen ist mE. berechtigt. Die Kritik sollte allerdings nicht erst bei der Frage der kollektivrechtlichen Bindungswirkung und den hieraus sich ergebenden individualrechtlichen Folgen ansetzen. Vielmehr ist bereits die Prämisse in Zweifel zu ziehen, dass es in den einschlägigen Fällen um eine Änderung des bestehenden Vergütungssystems geht.

1. Verwirklichung von »Verteilungsgerechtigkeit« bei Aufstellung abstrakter Grundsätze

Um dies zu illustrieren, ist der Blick zunächst noch einmal darauf zu lenken, welchen Zweck das Gesetz, verfolgt, wenn es dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung und Veränderung von betrieblichen Entlohnungsgrundsätzen gibt. Einigkeit besteht darüber, dass der Betriebsrat nicht im engeren Sinne Lohnpolitik betreiben soll. Schließlich erfasst die Mitbestimmung nach nahezu allgemeiner Auffassung nicht die konkrete Höhe des Arbeitsentgelts.⁶⁰ Es geht vielmehr darum, dass der Betriebsrat bei der Festlegung der abstrakten Kriterien mitentscheiden soll, die der Bemessung der Leistungen zugrunde gelegt werden, welche der Arbeitgeber zur Abgeltung der Arbeitsleis-

55 Ähnliche Kritik bei Wiese, RdA 2012, 332, 339.

56 BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 43.

57 Zutr. Jacobs, FS Sacker, 2011, S. 201, 206 f.

58 S. nur Richardi-Richardi (Fn. 6), § 87 Rn. 789; Wiese, RdA 2012, 332, 335; GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit (Fn. 6), § 87 Rn. 967 f. mwN.

59 Caspers, FS Löwisch, 2007, S. 45, 47 ff.; Jacobs, FS Sacker, 2011, S. 201, 204 ff.; Reichold, FS Konzen, 2006, S. 763, 766 ff.; Richardi, NZA 2014 Beilage Nr. 4, 155, 158; Richardi-Richardi (Fn. 6), § 87 Rn. 896; Wiese, RdA 2012, 332, 335 ff.

60 Zuletzt etwa BAG, 24.1.2017 – 1 AZR 772/14 – AP Nr. 151 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 37.

tung oder zu anderen Zwecken mit Rücksicht auf das Arbeitsverhältnis erbringt.⁶¹ Wie das BAG treffend formuliert, bezieht sich die Mitbestimmung auf die »Strukturformen des Entgelts«.⁶²

Die Entgeltmitbestimmung hat insoweit eine ähnliche Funktion wie die Beteiligung des Betriebsrats in anderen Fällen, in denen es ebenfalls um die Aufstellung allgemeiner Grundsätze geht. Erwähnt sei etwa die Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze. (§ 94 Abs. 2 BetrVG). Allgemeine Beurteilungsgrundsätze sind Regeln für alle Arbeitnehmer des Betriebs oder für abstrakt umschriebene Gruppen von Arbeitnehmern, die der Beurteilung von Leistung und Verhalten der Arbeitnehmer zugrunde gelegt werden.⁶³ Mit der Aufstellung solcher Regeln soll erreicht werden, dass das Vorgehen bei der Beurteilung vereinheitlicht wird und die gleichen Bewertungsmaßstäbe zugrunde gelegt werden, damit auch die Beurteilungsergebnisse miteinander vergleichbar sind. Sie sollen dazu beitragen, die Beurteilung im konkreten Einzelfall zu objektivieren, transparenter werden zu lassen und Willkür zu vermeiden.⁶⁴ Andererseits erlangt damit der Inhalt dieser Beurteilungsgrundsätze eine entscheidende Bedeutung. Mit der Festlegung der abstrakten Grundsätze werden die wesentlichen Weichenstellungen für die Einzelfallbeurteilung getroffen. Deshalb soll der Betriebsrat über die Beurteilungsgrundsätze mitentscheiden. Er soll die Möglichkeit haben, die Vorstellungen der Arbeitnehmer von einer objektiven, an sachbezogenen Kriterien orientierten Bewertung in den Entscheidungsprozess einzubringen und damit für eine gerechte Beurteilung zu sorgen.⁶⁵

Dem Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen kommt eine vergleichbare Bedeutung zu. Es besteht – wie dargelegt – nur, wenn die Entgeltbemessung nicht individuell, sondern nach abstrakt-generellen Grundsätzen, nach einem allgemeinen, generalisierenden System erfolgt. Auch hier entscheiden die Ausgestaltung des abstrakten Vergütungssystems und die darin aufgestellten Kriterien darüber, ob die Vergütung für die einzelnen Arbeitnehmer »gerecht« ist, insbesondere ob der Wert der Arbeitsleistung angemessen abgebildet wird. Sofern es um Leistungen ohne unmittelbaren Bezug zur Arbeitsleistung geht, kommt es darauf an, ob alle für die Leistungsbemessung sachlich relevanten Aspekte berücksichtigt sind. Eine Angemessenheitsprüfung im jeweiligen Einzelfall findet nicht mehr statt und kann nach Sinn und Zweck der Regelung, die gerade Transparenz

gewährleisten und Willkür ausschließen soll, nicht stattfinden. Das Ergebnis der Vergütung des einzelnen Arbeitnehmers wird folglich durch die Grundsätze gleichsam »vorprogrammiert«. Umso wichtiger ist es, dass die abstrakten Grundsätze angemessen sind. Das Gesetz will deshalb sicherstellen, dass der Arbeitgeber diese allgemeinen Regeln nur unter Beteiligung des Betriebsrats wirksam aufstellen kann. Außerdem kann der Betriebsrat im Wege des Initiativrechts die Aufstellung eines solchen betrieblichen Systems verlangen. Aufgabe des Betriebsrats ist es, auf diese Weise die Sicht der Arbeitnehmer über eine gerechte Bemessung des zur Verteilung zur Verfügung stehenden Finanzvolumens einzubringen und für »Verteilungsgerechtigkeit« zu sorgen.⁶⁶

Voraussetzung für die Mitbestimmung ist daher, dass der Arbeitgeber selbst bestimmte allgemeine Grundsätze aufstellen möchte. Der Zustimmung des Betriebsrats bedarf es stets, wenn der Arbeitgeber eine Gestaltungsentscheidung fällt, dh. wenn er neue Entlohnungsgrundsätze aufstellt oder bestehende Grundsätze verändert. Dagegen ist für eine Mitbestimmung von vornherein kein Raum, wenn der Arbeitgeber Grundsätze oder Regeln anwendet, an die er rechtlich gebunden ist. Vollzieht der Arbeitgeber lediglich bestehende rechtliche Verpflichtungen, die von ihm einseitig nicht abzuändern sind, so ist eine Beteiligung des Betriebsrats weder möglich noch erforderlich.

2. Die Bedeutung und die Reichweite des Tarifvorbehalts

Damit stellt sich die Frage, welche Bedeutung dem Tarifvorbehalt des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG in diesem Kontext zukommt. Klar ist, dass für eine Mitbestimmung im Hinblick auf die Lohngestaltung kein Raum ist, wenn und soweit der Tarifvertrag eine entsprechende Regelung

61 BAG, 28.3.2006 – 1 ABR 59/04 – AP Nr. 128 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 25; BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 21; BAG, 24.1.2017 – 1 AZR 772/14 – AP Nr. 151 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 37.

62 S. die Nachw. in Fn. 11.

63 BAG, 14.01.2014 – 1 ABR 49/12 – AP Nr. 10 zu § 94 BetrVG 1972, Rn. 13; BAG, 17.03.2015 – 1 ABR 48/13 – AP Nr. 11 zu § 94 BetrVG 1972, Rn. 25.

64 Vgl. auch RegE zum BetrVG 1972 BT-Drs. VI/1786, S. 50.

65 GK-BetrVG-Raab (Fn. 6), § 94 Rn. 4.

66 S. nur BAG, 15.4.2008 – 1 AZR 65/07 – AP Nr. 133 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 22; GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit (Fn. 6), § 87 Rn. 843, 927; sa. die Nachw. in Fn. 10.

enthält und der Arbeitgeber und die Arbeitnehmer an den Tarifvertrag nach § 3 Abs. 1 TVG gebunden sind. Die Entgeltregelungen gelten dann nach § 4 Abs. 1 S. 1 TVG unmittelbar und zwingend im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern. Der Arbeitgeber hat den Tarifvertrag schlicht anzuwenden und keinerlei eigenen Gestaltungsspielraum, so dass es auch für den Betriebsrat nichts mitzubestimmen gibt. Da die Tarifnormen zwingend sind, könnte der Betriebsrat in einem Einigungsverfahren lediglich versuchen eine Regelung durchzusetzen, die zugunsten der Arbeitnehmer vom Tarifvertrag abweicht. Solche Lohnpolitik ist aber gerade nicht Aufgabe des Betriebsrats. Außerdem bietet die Tarifregelung den Arbeitnehmern den erforderlichen kollektivrechtlichen Schutz, so dass es eines zusätzlichen Schutzes durch das betriebliche Mitbestimmungsverfahren nicht bedarf.

Fraglich und umstritten ist, ob der Tarifvorbehalt auch im Hinblick auf die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer eingreift. Nach der st. Rspr. des BAG genügt die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers, so dass bei Bestehen eines auf den Betrieb anwendbaren Tarifvertrages ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG für die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer auch dann entfällt, wenn es sich – wie regelmäßig beim Arbeitsentgelt – um Inhaltsnormen handelt.⁶⁷ Hiergegen ist eingewandt worden, dass eine Beteiligung des Betriebsrats im Hinblick auf die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer nach Sinn und Zweck des Tarifvorbehalts in solchen Fällen nicht ausgeschlossen sein könne, weil der Tarifvertrag mangels Anwendbarkeit die Verteilungsgerechtigkeit gerade nicht sicherstellen könne.⁶⁸ Das BAG hat diesen Einwand früher unter Hinweis darauf zurückgewiesen, dass die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer die Möglichkeit hätten, durch Eintritt in die Gewerkschaft, die den maßgeblichen Tarifvertrag geschlossen habe, den kollektivrechtlichen Schutz zu erlangen.⁶⁹ In der neueren Rspr. hält das Gericht an dieser Argumentation nicht mehr fest, meint hingegen, dass die Schutzlücke für die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer durch eine zweckgerechte Anwendung des entsprechenden Mitbestimmungstatbestandes geschlossen werden müsse.⁷⁰ Im Falle der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG lasse sich der kollektivrechtliche Schutz dadurch herstellen, dass der Arbeitgeber verpflichtet sei, das tarifliche Entlohnungssystem auch gegenüber nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern anzuwenden, soweit dessen Gegenstände der erzwingbaren Mitbestimmung unterlägen.⁷¹ Dies hat

nach Ansicht des Gerichts etwa zur Konsequenz, dass der Arbeitgeber die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer in das tarifliche Entgeltssystem eingruppieren muss, und zwar unabhängig davon, ob der Tarifvertrag – etwa kraft Bezugnahme – auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet.⁷²

Wie bereits dargelegt, lässt sich nach der hier vertretenen Ansicht eine solche Verpflichtung zur Anwendung des Tarifvertrags gegenüber Arbeitnehmern nicht allein aus der Existenz des Mitbestimmungsrechts ableiten, sondern bedürfte einer – normativen oder vertraglichen – Rechtsgrundlage im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Gleichwohl sprechen gute Gründe für die Ansicht des BAG, die einseitige Tarifgebundenheit des Arbeitgebers für den Tarifvorbehalt genügen zu lassen. Dies gilt zumindest dann, wenn der Arbeitgeber die tarifliche Regelung betriebseinheitlich anwendet und damit – etwa über Bezugnahmeklauseln – auf die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer überträgt. In diesem Falle bedarf es keiner weiteren Beteiligung des Betriebsrats.⁷³ Der Tarifvertrag trägt die »Richtigkeitsgewähr« in sich, so dass davon auszugehen ist, dass die Vergütungskriterien angemessen sind. Eine auf die Außenseiter beschränkte Beteiligung des Betriebsrats könnte somit nur den Effekt haben, dass es im Betrieb zwei divergierende Vergütungsregime gibt. Der Arbeitgeber hat aber ein nachvollziehbares und berechtigtes Interesse daran, die Vergütung einheitlich auszugestalten. Auch diesem Interesse dient der Tarifvorbehalt. Er mag nicht verpflichtet sein, den Tarifvertrag auf die Außenseiter anzuwenden. Tut er dies aber, so widerspräche es der Intention des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG,

67 Vgl. BAG, 18.10.2011 – 1 ABR 25/10 – AP Nr. 141 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 21; BAG, 28.3.2017 – 1 ABR 1/16 – AP Nr. 152 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 25; BAG, 20.2.2018 – 1 ABR 53/16 – NZA 2018, 954, Rn. 20.

68 Wiese, RdA 2012, 332, 335 ff.

69 BAG, 24.2.1987 – 1 ABR 18/85 – AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972, unter B II 6 c.

70 BAG, 18.10.2011 – 1 ABR 25/10 – AP Nr. 141 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 22 ff.

71 BAG, 18.10.2011 – 1 ABR 25/10 – AP Nr. 141 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 26; bestätigt durch BAG, 28.3.2017 – 1 ABR 1/16 – AP Nr. 152 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 25; BAG, 20.2.2018 – 1 ABR 53/16 – Rn. 20; grdl. Krefz, FS Kreutz, 2010, S. 263, 272 f.; sa. Koch, SR 2016, 131, 136 ff.

72 BAG, 4.5.2011 – 7 ABR 10/10 – AP Nr. 55 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung, Rn. 23; abl. Jacobs/Frieling, FS von Hoyningen-Huene, 2014, S. 177, 182 ff.; GK-BetrVG-Raab (Fn. 6), § 99 Rn. 70.

73 So in dem BAG, 28.3.2017 – 1 ABR 1/16 – AP Nr. 152 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung zugrunde liegenden Sachverhalt, weswegen der Entscheidung im Ergebnis zuzustimmen ist.

wenn er sich für diese Erstreckung der Tarifregelung erst noch die Zustimmung des Betriebsrats einholen müsste.

Hieraus ergibt sich zugleich, dass die Existenz des Tarifvertrags die Mitbestimmung im Hinblick auf die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer nicht ausschließen kann, wenn und soweit der Arbeitgeber die tariflichen Regelungen nicht auf die Außenseiter zur Anwendung bringt, sondern für diese ein eigenes, von den tariflichen Entlohnungsgrundsätzen abweichendes Vergütungssystem etablieren will. Wenn der Arbeitgeber im Verhältnis zu den nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern andere als die tariflichen Grundsätze zur Anwendung bringen will, muss der Betriebsrat nach Sinn und Zweck des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitgestalten und die Bemessungskriterien mitbestimmen können. In diesem Falle erscheint es überzeugend, die Mitbestimmung nicht aufgrund des Tarifvorbehalts für ausgeschlossen zu halten.

IV. Mitbestimmung bei der Modifikation eines bestehenden Vergütungssystems

1. Inhalt und Reichweite der Mitbestimmung

a) Änderung der bestehenden oder Einführung neuer Entlohnungsgrundsätze?

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Überlegungen soll nunmehr der Ausgangsfall noch einmal einer erneuten Betrachtung unterzogen werden. Kennzeichnend für den Sachverhalt war, dass der Arbeitgeber den Haustarifvertrag wirksam gekündigt hatte und nunmehr mit den neu eingestellten Arbeitnehmern ein von den tariflichen Vergütungsgrundsätzen abweichendes Entlohnungssystem vereinbarte. Die Mitbestimmung war hier nicht bereits aufgrund des Tarifvorbehalts ausgeschlossen. Nach hM. »besteht« eine tarifliche Regelung nur dann, wenn der Tarifvertrag unmittelbar und zwingend gilt. Dies ist im Nachwirkungsstadium, in dem sich der Tarifvertrag befand, nicht mehr der Fall.⁷⁴

Das BAG sieht nun in der Tatsache, dass der Arbeitgeber den mit den neu eingestellten Arbeitnehmern getroffenen Absprachen ein vom Tarifvertrag abweichendes Vergütungssystem zugrunde legte, eine Änderung der bestehenden Entlohnungsgrundsätze. Dies scheint mir der eigentliche Angriffspunkt der gesamten neueren Rechtsprechung zu sein. Geht man davon aus, dass Anknüpfungspunkt für die Mitbestimmung

eine gestaltende Entscheidung des Arbeitgebers im Hinblick auf die abstrakt-generellen Grundsätze der Entgeltbemessung ist, so ist zunächst festzuhalten, dass der Arbeitgeber eine solche Gestaltungsentscheidung nur im Hinblick auf die neu in den Betrieb eingetretenen Arbeitnehmer trifft. Im Verhältnis zu den bereits zuvor im Betrieb beschäftigten nimmt er gerade keine Veränderung vor, sondern wendet die bislang geltenden Entlohnungsgrundsätze weiter an.

In der unterschiedlichen Behandlung der beiden Gruppen von Arbeitnehmern könnte nur dann eine Änderung der bestehenden Entlohnungsgrundsätze gesehen werden, wenn man davon ausginge, dass es in jedem Betrieb nur ein einheitliches, für alle Arbeitnehmer geltendes Entlohnungssystem geben könne. Dann wäre eine abweichende Gestaltung der Vergütung für eine Gruppe von Arbeitnehmern stets eine Änderung *der* betrieblichen Entlohnungsgrundsätze. Diese Ansicht wird aber mit Recht von niemandem vertreten. Vielmehr kann es in einem Betrieb mehrere, nebeneinander bestehende Vergütungssysteme geben, sofern es hierfür sachliche Gründe gibt und hierdurch der Zweck der Mitbestimmung nicht vereitelt wird.⁷⁵ Als ein solcher sachlicher Grund dürfte es aber ohne weiteres anzusehen sein, wenn der Arbeitgeber ein bestehendes Vergütungssystem nur noch auf diejenigen Arbeitnehmer anwenden will, denen gegenüber er hierzu verpflichtet ist, und sei es auch nur aufgrund der Nachwirkung des Tarifvertrags nach § 4 Abs. 5 TVG. Dass innerhalb eines Betriebs unterschiedliche Systeme kollektiver Arbeitsbedingungen existieren können, ist im Übrigen auch für andere Bereiche der sozialen Angelegenheiten anerkannt. So muss etwa »die betriebsübliche Arbeitszeit« iS. des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG keineswegs für alle Arbeitnehmer identisch sein. Vielmehr können auch unterschiedliche Arbeitszeitmodelle in einem Betrieb nebeneinander bestehen mit der Folge, dass die Frage, ob die Arbeitszeit verkürzt oder verlängert wird, für jedes dieser Modelle gesondert zu betrachten ist und demgemäß auch unterschiedlich beantwortet werden kann.⁷⁶

Legt man dies zugrunde, so liegt im Ausgangsfall keine Änderung der betrieblichen Entlohnungsgrundsätze vor. Vielmehr handelt es sich um die Einführung eines neuen

74 BAG, 11.6.2002 – 1 AZR 390/01 – AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter III 2.

75 BAG, 18.11.2003 – 1 AZR 604/02 – AP Nr. 15 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung, unter I 3 c dd; GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit (Fn. 6), § 87 Rn. 931.

76 BAG, 14.1.2014 – 1 ABR 66/12 – AP Nr. 134 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit, Rn. 21; GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit (Fn. 6), § 87 Rn. 402 f.

Vergütungsmodells für eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern, nämlich für diejenigen, die neu eingestellt werden und für die der gekündigte Tarifvertrag keinerlei Wirkung, auch keine Nachwirkung, entfaltet.⁷⁷ Es geht also *nicht um die Änderung bestehender*, sondern um die *(erstmalige) Aufstellung neuer Entlohnungsgrundsätze* für eine Arbeitnehmergruppe. Dass dies die angemessene Betrachtungsweise ist, zeigt sich auch, wenn man die Rechtslage des Arbeitgebers im Verhältnis zu den bereits während der Geltung des Tarifvertrags im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern bedenkt. Soweit diese tarifgebunden sind, gilt der Tarifvertrag – wie bereits dargelegt – gem. § 4 Abs. 5 TVG trotz seiner Beendigung weiter. Zwar kann die Tarifregelung durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Sie gilt also nicht mehr zwingend, sondern nur noch dispositiv. Für eine Ablösung durch eine arbeitsvertragliche Abrede bräuchte der Arbeitgeber aber die Zustimmung der Arbeitnehmer, die er – wenn die alte Tarifregelung für diese günstiger ist – wohl kaum erhalten wird. Ob eine Ablösung durch eine Betriebsvereinbarung möglich wäre, erscheint im Hinblick auf § 77 Abs. 3 BetrVG zumindest nicht unzweifelhaft. Selbst wenn man aber – etwa mit der sog. Vorrangtheorie⁷⁸ – von der Zulässigkeit einer solchen Betriebsvereinbarung ausginge, dürfte es zu weit gehen, aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG eine Verpflichtung des Arbeitgebers abzuleiten, von sich aus eine solche Vereinbarung anzustreben. Die Vorschrift besagt nur, dass er den Betriebsrat zu beteiligen hat, *wenn* er bestehende Grundsätze ändern möchte, nicht dagegen, *dass* er im Interesse einheitlicher Vergütungsgrundsätze für alle Arbeitnehmer eine Änderung anstreben und von der Möglichkeit des Abschlusses einer Betriebsvereinbarung Gebrauch machen muss.

Noch schwieriger gestaltet sich eine Abänderung der bestehenden Grundsätze, wenn der Arbeitgeber in die Arbeitsverträge eine Klausel aufgenommen hat, in der auf die tariflichen Vergütungsbestimmungen Bezug genommen wird und durch die diese zum Inhalt der arbeitsvertraglichen Abreden gemacht werden. Das dürfte bei tarifgebundenen Arbeitgebern der Regelfall sein. Die Folge ist, dass eine Abänderung zum Nachteil der Arbeitnehmer praktisch nur mit deren Zustimmung möglich ist, da einer Ablösung durch Betriebsvereinbarung das Günstigkeitsprinzip entgegen steht.⁷⁹ Das Motiv, gegenüber neu einzustellenden Arbeitnehmern nicht mehr die tariflichen Bedingungen zur Anwendung zu bringen, dürfte aber regelmäßig die Absicht der Kostensenkung sein, weswegen diese Bedingungen nicht günstiger, sondern im Verhältnis

zu dem tariflichen System eher von Nachteil sein dürften. Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass sich das Mitbestimmungsrecht lediglich auf die abstrakt generellen Grundsätze der Vergütungsbemessung und nicht auf die Höhe des Entgelts beziehe, so dass eine »ablösende« Regelung stets neutral ausgestaltbar sei. Wie nicht zuletzt der Ausgangsfall zeigt, kann sich das Vorhaben, für neu eingestellte und bereits beschäftigte Arbeitnehmer ein einheitliches Vergütungssystem zu schaffen, das die Kosten für die neu eingestellten Arbeitnehmer zwar vermindert, andererseits für die bereits Beschäftigten einkommensneutral ist und keine Verschlechterung bringt, als Quadratur des Kreises erweisen. Fallen die Lebensaltersstufen für alle Arbeitnehmer weg, so dürfte es wohl nur mit größten Schwierigkeiten gelingen, durch Modifikation der übrigen Vergütungsbestandteile für die bisher Beschäftigten exakt den Status quo zu erhalten.

Die Ansicht des BAG, wonach der Arbeitgeber an das alte Vergütungssystem auch gegenüber neu eingestellten Arbeitnehmern kollektivrechtlich so lange gebunden bleibt, bis eine mitbestimmte Neuregelung für alle Arbeitnehmer getroffen worden ist, führt somit in diesen Fällen dazu, dass das alte, tarifliche Vergütungssystem auf Dauer zementiert wird. Das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG wird so zu einem Instrument, um ein günstigeres Vergütungssystem auch für neu eintretende Arbeitnehmer zu erhalten. Eine solche Art der Lohnpolitik entspricht aber nicht der Inten-

77 Zutr. Caspers, FS Löwisch, 2007, S. 45, 54.

78 Hierzu BAG, Großer Senat, 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 3 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter C I 4; BAG, 24.2.1987 – 1 ABR 18/85 – AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972, unter B II 6 c.

79 Zum betriebsverfassungsrechtlichen Günstigkeitsprinzip bei (individuell) verschlechternden Betriebsvereinbarungen GK-BetrVG-Kreuz (Fn. 6), § 77 Rn. 282 ff. Eine Ablösung lässt sich in diesen Konstellationen im Regelfall auch nicht damit begründen, dass die Vereinbarung »betriebsvereinbarungsoffen« ausgestaltet sei. Selbst wenn man eine (konkludente) Betriebsvereinbarungsoffenheit bei allgemeinen Arbeitsbedingungen auch ohne explizite oder mindestens konkludente Regelung oder ausdrücklichen Hinweis des Arbeitgebers annehmen könnte (zur Diskussion etwa Koch, SR 2016, 131, 134 mwN.), hat das BAG diese doch auf Fälle beschränkt, in denen die vertragliche Einheitsregelung in Abstimmung mit der jeweils zuständigen Arbeitnehmervertretung zustande gekommen ist (vgl. BAG, 17.7.2012 – 1 AZR 476/11 – AP Nr. 61 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung, Rn. 29; BAG, 17.2.2015 – 1 AZR 599/13 – NJW 2016, 32, Rn. 27). In den genannten Entscheidungen war dies der Fall. Allerdings handelte es sich bei dem Arbeitgeber um die Deutsche Postgewerkschaft, deren Arbeitsbedingungen nicht durch Tarifvertrag geregelt sind, da es an einem geeigneten Tarifpartner auf Arbeitnehmerseite fehlt. Bei der in den Arbeitsverträgen in Bezug genommenen »Tarifregelung« handelte es sich daher um allgemeine Arbeitsbedingungen, die mit dem dortigen Gesamtbetriebsrat abgestimmt waren. Im Normalfall werden Bezugnahmeklauseln bei tarifgebundenen Unternehmen dagegen nicht mit dem Betriebsrat abgestimmt und stehen daher auch nicht unter dem Vorbehalt der Abänderbarkeit durch Betriebsvereinbarung.

tion des Gesetzes. Dieses will dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung der abstrakten Vergütungsgrundsätze geben, um sicherzustellen, dass diese »angemessen« und »gerecht« sind. Das Vetorecht ist dagegen nicht dazu bestimmt, die Einführung neuer Vergütungssysteme zu verhindern, weil diese zu einer Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer führen.

b) Folgen für die Mitbestimmung

Die vorstehend dargelegte Sichtweise hat konkrete Folgen für die Mitbestimmung. Gegenstand der notwendigen Einigung ist – anders als nach der Konzeption des BAG – nicht die Änderung des bestehenden Vergütungssystems, sondern die Einführung neuer Entlohnungsgrundsätze für Arbeitnehmer, für die bisher keine Regelung bestand. Nur über letzteres hat der Betriebsrat zu befinden, nur dies ist Gegenstand eines möglichen Verfahrens vor der Einigungsstelle. Zu entscheiden ist demgemäß darüber, ob die vom Arbeitgeber beabsichtigten neuen Entlohnungsgrundsätze angemessen sind, dh. den Wert der Arbeitsleistung der erfassten Arbeitnehmer abbilden. Ob die Unterschiede zur bestehenden Vergütungsordnung gerechtfertigt sind, spielt dagegen in diesem Verfahren keine Rolle. Bereits hierdurch wird deutlich, dass es wesentlich leichter gelingen wird, neue Arbeitsbedingungen für die neu einzustellenden Arbeitnehmer festzulegen, als wenn sich die Einigung zugleich auf die Abänderung des bisher praktizierten Vergütungssystems für die übrigen Arbeitnehmer erstrecken müsste.

2. Möglichkeiten des Betriebsrats zur Durchsetzung einer Angleichung der Vergütungssysteme

Ein Einwand gegen die hier vorgeschlagene Lösung scheint allerdings auf der Hand zu liegen. Muss sich der Betriebsrat mit unterschiedlichen Arbeitsbedingungen für die »Altbelegschaft« und neu eintretende Arbeitnehmer abfinden? Gehört es nicht auch zu der von § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG umfassten Aufgabe, für Verteilungsgerechtigkeit innerhalb der gesamten Belegschaft zu sorgen? Und muss der Betriebsrat dann nicht die Möglichkeit haben, eine Spaltung der Arbeitnehmerschaft in die »*beati possidentes*« und die später hinzugekommenen zu verhindern? All diese Fragen sind berechtigt, und die Antwort auf alle diese Fragen ist: Ja! Selbstverständlich kann der Betriebsrat versuchen, einheitliche Arbeitsbedingungen für alle Arbeitnehmer und ein für alle geltendes Vergütungssystem

durchzusetzen. Das Mittel hierfür ist aber nicht das Vetorecht, sondern das Initiativrecht.⁸⁰

Es ist allgemein anerkannt, dass der Betriebsrat im Bereich der Mitbestimmung des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht nur Maßnahmen des Arbeitgebers zustimmen muss, sondern selbst die Initiative ergreifen kann, um zu einer Änderung der bestehenden Regelungen zu gelangen.⁸¹ Dieses Recht hat er auch, wenn der Arbeitgeber ein Entlohnungssystem für neu eingestellte Arbeitnehmer einführen möchte, das zu einer Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer führt. Hier kann der Betriebsrat die Einführung einheitlicher Entlohnungsgrundsätze verlangen. In einem solchen Verfahren wäre dann zu diskutieren, ob und inwieweit eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann. Festzuhalten ist jedoch, dass es sich bei der Frage, welche Regelungen für die neu eingestellten Arbeitnehmer gelten sollen und ob dies Änderungen bei den bereits beschäftigten Arbeitnehmern nach sich ziehen soll, um unterschiedliche Regelungsfragen und daher um verschiedene Mitbestimmungstatbestände handelt. Diese können zwar in den Verhandlungen miteinander verbunden werden. Sie sind jedoch verfahrensrechtlich auseinanderzuhalten.

Dies zeigt sich spätestens im Verfahren vor der Einigungsstelle. Ruft der Arbeitgeber die Einigungsstelle an, weil der Betriebsrat den Vergütungsrichtlinien für die neu eingestellten Arbeitnehmer nicht zustimmen möchte, so muss die Einigungsstelle nur über die Angemessenheit der neuen Entlohnungsgrundsätze entscheiden. Die Frage, ob zugleich die für bereits beschäftigten Arbeitnehmer geltenden Grundsätze geändert werden sollen, ist hiervon zu trennen. Deshalb darf die Einigungsstelle die Entscheidung über die vom Arbeitgeber für die neu eingestellten Arbeitnehmer anzuwendenden Grundsätze nicht von der Entscheidung darüber abhängig machen, ob das bisher praktizierte Vergütungssystem für die übrigen Arbeitnehmer beibehalten oder angepasst wird. Der Unterschied zur Konzeption des BAG ist also, dass ein auf Initiative des Betriebsrats durchzuführendes Verfahren über die Anpassung der bestehenden Entlohnungsgrundsätze mit dem Ziel der Vereinheitlichung kein Hindernis im Hinblick auf die Einführung neuer Regeln für die neu eingestellten Arbeitnehmer darstellt und der Betriebsrat daher die Ein-

⁸⁰ Ebenso bereits früher *Bauer/Glünther*, DB 2009, 620, 621; *Caspers*, FS Löwisch, 2007, S. 45, 56; *Jacobs*, FS Sacker, 2011, S. 201, 209 f.

⁸¹ Stellvertretend GK-BetrVG-*Wiese/Gutzeit* (Fn. 6), § 87 Rn. 985 f. mwN.

führung dieser neuen Regelungen nicht bis zur Einigung über das Gesamtsystem blockieren kann.

Dies erscheint auch legitim, weil typischerweise die Gestaltungsspielräume für beide Arbeitnehmergruppen unterschiedlich sind. So ist der nicht oder nicht mehr tarifgebundene Arbeitgeber im Verhältnis zu neu einzustellenden Arbeitnehmern weitgehend frei, wie er die Vergütung ausgestaltet. Im Verhältnis zu den bereits beschäftigten Arbeitnehmern unterliegt er dagegen – wie dargelegt – im Regelfall tarifrechtlichen oder arbeitsvertraglichen Bindungen⁸², die durch eine Vereinbarung mit dem Betriebsrat entweder gar nicht oder nur mit großen Schwierigkeiten aufzulösen sind und einer Neuordnung der Vergütung für alle Arbeitnehmer entgegenstehen. Dies wird vielfach sogar der maßgebliche Grund dafür sein, dass Arbeitgeber eine Veränderung der Entlohnungsgrundsätze auf neu einzustellende Arbeitnehmer beschränken wollen, ist ihnen doch schon aus Gründen des Betriebsfriedens meist ebenfalls an einheitlichen Arbeitsbedingungen gelegen. Folgt man der hier vertretenen Ansicht, so wirken sich solche Beschränkungen der Betriebsautonomie nur im Hinblick auf die vom Betriebsrat beabsichtigte Gleichstellung aus, hindern den Arbeitgeber aber nicht daran, von seinen Gestaltungsmöglichkeiten bei Neuabschluss von Verträgen Gebrauch zu machen.

V. Individualrechtliche Auswirkungen der Mitbestimmung

Abschließend möchte ich noch in der gebotenen Kürze auf die Frage eingehen, wie sich die hier vertretene Trennung zwischen der – mitbestimmungspflichtigen – Einführung eines neuen Vergütungssystems für die neu eingestellten Arbeitnehmer und der – lediglich über das Initiativrecht des Betriebsrats herzustellenden – Angleichung der dann unterschiedlichen Vergütungssysteme auf die individualrechtliche Beziehung zwischen dem Arbeitgeber und den betroffenen Arbeitnehmern auswirkt.

1. Folgen der fehlenden Zustimmung des Betriebsrats im Hinblick auf das Vergütungssystem für die neu einzustellenden Arbeitnehmer

Will der Arbeitgeber die bisher im Betrieb angewandten (tariflichen) Entlohnungsgrundsätze in Zukunft auf neu

eingestellte Arbeitnehmer nicht mehr anwenden, vielmehr für diese eigene Entgeltregelungen aufstellen, so bedarf er hierfür der Zustimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, weil es sich um die (erstmalige) Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen handelt. Nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung wären einseitig vom Arbeitgeber aufgestellte kollektive Entgeltregelungen nicht nur eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts und damit rechtswidrig, sondern auch im Verhältnis zu den Arbeitnehmern unwirksam.

Allerdings steht der Arbeitgeber in diesem Fall vor dem Problem, dass er die Frage des Arbeitsentgelts nicht unregelt lassen kann. Wie sich aus § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 NachwG ergibt, sind die Zusammensetzung und die Höhe des Arbeitsentgelts im Arbeitsvertrag schriftlich niederzulegen. Außerdem wird sich kaum ein Arbeitnehmer auf den Abschluss eines Arbeitsvertrags einlassen, solange die Kernfrage der Vergütung nicht geklärt ist. Kommt es nicht zu einer schnellen Einigung mit dem Betriebsrat, ist der Arbeitgeber rechtlich oder zumindest faktisch gezwungen, mit den Arbeitnehmern nicht mit dem Betriebsrat abgestimmte Vergütungsvereinbarungen zu treffen. Kommt es später zu einer mitbestimmten Regelung, stellt sich damit die Frage, ob sich ein Arbeitnehmer auf die vertragliche Zusage berufen kann, wenn und soweit diese für ihn günstiger ist als das mit dem Betriebsrat abgestimmte Vergütungssystem.

Die Frage betrifft die Reichweite der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung. Sie ist gerade für den Bereich der Entgeltmitbestimmung weitgehend ungeklärt und umstritten.⁸³ Wie dargelegt, zieht sich die Rechtsprechung zumeist auf die Aussage zurück, dass mitbestimmungswidrige Maßnahmen des Arbeitgebers zumindest insoweit unwirksam seien, als sie die Arbeitnehmer belasteten, ihnen also zum Nachteil gereichten.⁸⁴ Legt man diesen Maßstab an, müssten sich Arbeitnehmer nach wie vor auf vom Arbeitgeber gegebene, für sie vorteilhafte Zusagen berufen können, auch wenn diese in Widerspruch zu dem mit dem Betriebsrat vereinbarten mitbestimmten Vergütungssystem stehen.⁸⁵ Mit guten Gründen wird allerdings darauf verwiesen, dass

82 Auf die durch den Arbeitsvertrag gezogenen Grenzen der Betriebsautonomie hinweisend auch Reichold, Anm. AP Nr. 151 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter II 1.

83 Eingehend hierzu GK-BetrVG-Wiese (Fn. 6), § 87 Rn. 121 ff.

84 S. die Nachw. in Fn. 45.

85 So etwa Richardi-Richardi (Fn. 6), § 87 Rn. 124 f.

es in der Konsequenz der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung liegt, solche individualrechtlichen Abreden die Anerkennung stets zu versagen, wenn und soweit sie der Umsetzung einer mitbestimmten Regelung entgegenstehen und damit das Mitbestimmungsrecht vereiteln.⁸⁶ Zumindest muss es dem Arbeitgeber aber möglich sein, die Vergütungsabreden mit den Arbeitnehmern unter den Vorbehalt der endgültigen Einigung mit dem Betriebsrat zu stellen.⁸⁷ In diesem Fall würde eine später mit dem Betriebsrat getroffene Betriebsvereinbarung jedenfalls für die Zukunft die für die Arbeitnehmer maßgebliche Vergütungsordnung darstellen, ohne dass sich die Arbeitnehmer auf abweichende, für sie günstigere vertragliche Abreden berufen könnten. Zudem könnte die Betriebsvereinbarung sogar Rückwirkung entfalten mit der Folge, dass Arbeitnehmer den – gemessen an der mitbestimmten Regelung – »überschießenden« Teil der Vergütung zurückerstatten müssten.⁸⁸

2. Rechtsfolgen einer auf Initiative des Betriebsrats zustande gekommenen Vereinbarung über ein einheitliches Vergütungssystem

Macht der Betriebsrat von seinem Initiativrecht Gebrauch und kommt – ggf. unter Hinzuziehung oder durch Spruch der Einigungsstelle – eine Regelung zustande, welche die Differenzierung zwischen Altbelegschaft und neu eingestellten Arbeitnehmern aufhebt und ein einheitliches Vergütungssystem für alle betriebsangehörigen Arbeitnehmer schafft, so stellt sich die Frage, welche Auswirkungen eine solche Regelung für die Arbeitnehmer haben kann, für welche bisher die (günstigeren) tariflichen Vorschriften gegolten haben. Unproblematisch zulässig ist es sicher, wenn der Arbeitgeber auf der Basis des mit dem Betriebsrat vereinbarten Vergütungssystems entsprechende Änderungsverträge mit den Arbeitnehmern schließt. Entfaltet der Tarifvertrag nur noch Nachwirkung gem. § 4 Abs. 5 TVG – und nur dann kommt eine solche Vereinbarung in Betracht, da ansonsten das Mitbestimmungsrecht durch den Tarifvorbehalt ausgeschlossen ist –, so gilt er nicht mehr zwingend, sondern nur noch dispositiv und kann daher jederzeit auch durch eine vertragliche Abrede abgelöst werden.⁸⁹ Gilt der Tarifvertrag kraft vertraglicher Bezugnahme, können Inhalt und Umfang der Tarifgeltung ebenfalls durch vertragliche Abrede geändert und eine vertragliche Vergütungsvereinbarung an die Stelle der tariflichen gesetzt werden.

Problematisch ist daher nur, ob den Arbeitnehmer durch Betriebsvereinbarung die neue Vergütungsregelung kraft »normativen Anwendungsbefehls« aufgezwungen werden kann. Dies ist einmal natürlich eine Frage der Tarifsperrung des § 77 Abs. 3 BetrVG. Vertritt man die Ansicht, dass in mitbestimmten Angelegenheiten stets eine Regelung auch durch Betriebsvereinbarung möglich sein müsse,⁹⁰ müsste man eine solche wohl auch dann für zulässig erachten, wenn der Betrieb noch vom Geltungsbereich des Tarifvertrags erfasst wird. Insofern kann es keinen Unterschied bedeuten, woraus sich die Notwendigkeit einer mitbestimmten Regelung ergibt, also auf wessen Initiative die Regelung zurückgeht. Gilt der Tarifvertrag nur unmittelbar kraft Nachwirkung gem. § 4 Abs. 5 TVG, so könnte er durch eine solche Betriebsvereinbarung abgelöst werden.⁹¹ Größere Probleme bereitet hingegen die Frage, ob die in der Bezugnahme liegende vertragliche Vergütungsregelung durch die Betriebsvereinbarung auch zum Nachteil des Arbeitnehmers »abgelöst« werden kann. Dies dürfte nur dann möglich sein, wenn sich die mit den Arbeitnehmern getroffene Regelung als »betriebsvereinbarungsoffen« erweist.⁹²

VI. Fazit

Die neuere Rechtsprechung zur Mitbestimmung bei der Aufstellung und Änderung von Entlohnungsgrundsätzen kann nicht überzeugen. Zum einen sind die vom BAG angenommene Bindungswirkung eines bestehenden Vergütungssystems und die hieraus mithilfe der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung abgeleiteten individualrechtlichen Folgerungen dogmatisch mindestens zweifelhaft. Zum anderen – und vor allem – ist aber der Annahme zu widersprechen, dass die Tatsache, dass der Arbeitgeber im Verhältnis zu Arbeitnehmern, auf die die bisher geltenden Entlohnungsgrundsätze keine Anwendung gefunden

86 Vgl. nur Wiese, Anm. AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

87 Zutr. GK-BetrVG-Wiese/Gutzzeit (Fn. 6), § 87 Rn. 970; zust. Reichold, Anm. AP Nr. 151 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, unter II 1.

88 Hierzu näher H. Hanau, RdA 1998, 345, 349 ff.; Bauer/Günther, DB 2009, 620, 622.

89 ErfK-Franzen (Fn. 27), § 4 TVG Rn. 50, 63.

90 S. zur Vorrangtheorie die Nachw. in Fn. 77.

91 Bauer/Günther, DB 2009, 620, 623.

92 S. hierzu oben in und bei Fn. 78.

haben, ein abweichendes Vergütungssystem praktizieren will, eine Änderung der bestehenden Entlohnungsgrundsätze darstellt. In Wahrheit bleiben die bestehenden Grundsätze unverändert, wenn sie gegenüber den bisher im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern weiterhin Anwendung finden. Gegenstand der Mitbestimmung ist vielmehr allein die Einführung der neuen, für die übrigen Arbeitnehmer vorgesehenen Grundsätze.

Dies ist nicht nur ein konstruktiver Unterschied. Die Rechtsprechung des BAG führt vielmehr im Ergebnis dazu, dass der Arbeitgeber von Gestaltungsmöglichkeiten, die ihm etwa nach Auslaufen der Tarifgebundenheit oder nach einem Betriebsübergang gegenüber neu in den Betrieb eintretenden Arbeitnehmern offen stehen, keinen Gebrauch machen kann, weil er kollektivrechtlich verpflichtet sei, diesen Arbeitnehmern gegenüber die alten Entlohnungsgrundsätze solange zur Anwendung zu bringen, bis der Betriebsrat einer Änderung dieser Grundsätze für alle Arbeitnehmer zugestimmt oder die Einigungsstelle eine entsprechende Regelung getroffen hat. Dies kann im Ergebnis nicht nur zu einer erheblichen Verzögerung der Neugestaltung, sondern in bestimmten Konstellationen sogar dazu führen, dass das alte Vergütungssystem – und zwar für alle Arbeitnehmer – auf Dauer perpetuiert wird, weil der Arbeitgeber die alte Regelung aufgrund seiner individualrechtlichen Bindungen im Verhältnis zu den Arbeitnehmern nicht einfach durch eine mit dem Betriebsrat vereinbarte, für die Arbeitnehmer aber nachteilige neue Ordnung ablösen kann.

Erkennt man dagegen an, dass es sich in diesen Fällen um die Einführung neuer Grundsätze handelt, so kann der Arbeitgeber seine Gestaltungsmöglichkeiten nutzen. Individualrechtliche Bindungen existieren gegenüber den neu einzustellenden Arbeitnehmern nicht. Zwar müsste er sich mit dem Betriebsrat über die neuen Grundsätze verständigen. Bis zu einer Einigung könnte er aber vorläufige Entgeltregelungen treffen, die dann unter dem Vorbehalt einer Abänderung durch ein mitbestimmtes Vergütungssystem stünden. Wenn der Betriebsrat sich mit unterschiedlichen Vergütungssystemen nicht abfinden möchte, sondern aus Gründen der Verteilungsgerechtigkeit eine einheitliche Regelung anstreben möchte, kann er dies über sein Initiativrecht erreichen und versuchen, ggf. über die Einigungsstelle gleiche Entlohnungsgrundsätze für alle Arbeitnehmer durchzusetzen. Eine solche Regelung kann allerdings an tarif- oder arbeitsvertragsrechtliche Grenzen stoßen. Damit wird jedoch nur verdeutlicht, dass der Betriebsrat auf dem Spielfeld der Entgeltgestaltung weitere Mitspieler vorfindet, deren Regelungen gegenüber mitbestimmten Entgeltsystemen eine höhere rechtliche Dignität aufweisen und daher den Vorrang beanspruchen können. Diese Grenzen würden jedoch – anders als nach der Lösung des BAG – nicht zu Lasten der *bestehenden* Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers gehen. Diese blieben unberührt. Damit würde der Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung der ihr zugewiesene Platz auf dem Spielfeld zugewiesen. Die Konzeption des BAG hingegen weitet diesen Spielraum in Widerspruch zu den Grundgedanken des Gesetzes zu Lasten der übrigen Mitspieler aus.