

men dabei die Ersatzvornahme, das Zwangsgeld und unmittelbarer Zwang nach § 9 I VwVG. Allerdings setzt die Anwendung von Zwangsmitteln voraus, dass die Untersagungsverfügung als Vollstreckungstitel unanfechtbar oder sofort vollziehbar ist.

- 9 Nach § 6 II VwVG ist die Anwendung von Verwaltungszwang ausnahmsw. auch ohne eine Untersagungsverfügung zulässig, wenn der sofortige Vollzug zur Verhinderung einer rechtswidrigen Tat, die einen Straf- oder Bußgeldtatbestand verwirklicht, oder zur Abwendung einer drohenden Gefahr notwendig ist. Dieser Fall mag vor allem dann vorliegen, wenn ein Verleiher ohne ausreichende Betriebsorganisation und ohne festen Geschäftssitz illegale AÜ betreibt und sich daher Zwangsmaßnahmen der Erlaubnisbehörde leicht entziehen kann¹.
- 10 Gegen die Untersagungsverfügung kann sich ein Verleiher mit dem Widerspruch und mit der Anfechtungsklage zur Wehr setzen. Beide haben indessen keine aufschiebende Wirkung².

Anzeigen und Auskünfte

(1) Der Verleiher hat der Erlaubnisbehörde nach Erteilung der Erlaubnis unaufgefordert die Verlegung, Schließung und Errichtung von Betrieben, Betriebsteilen oder Nebenbetrieben vorher anzuzeigen, soweit diese die Ausübung der Arbeitnehmerüberlassung zum Gegenstand haben. Wenn die Erlaubnis Personengesamtheiten, Personengesellschaften oder juristischen Personen erteilt ist und nach ihrer Erteilung eine andere Person zur Geschäftsführung oder Vertretung nach Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag berufen wird, ist auch dies unaufgefordert anzuzeigen.

(2) Der Verleiher hat der Erlaubnisbehörde auf Verlangen die Auskünfte zu erteilen, die zur Durchführung des Gesetzes erforderlich sind. Die Auskünfte sind wahrheitsgemäß, vollständig, fristgemäß und unentgeltlich zu erteilen. Auf Verlangen der Erlaubnisbehörde hat der Verleiher die geschäftlichen Unterlagen vorzulegen, aus denen sich die Richtigkeit seiner Angaben ergibt, oder seine Angaben auf sonstige Weise glaubhaft zu machen. Der Verleiher hat seine Geschäftsunterlagen drei Jahre lang aufzubewahren.

(3) In begründeten Einzelfällen sind die von der Erlaubnisbehörde beauftragten Personen befugt, Grundstücke und Geschäftsräume des Verleihers zu betreten und dort Prüfungen vorzunehmen. Der Verleiher hat die Maßnahmen nach Satz 1 zu dulden. Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 des Grundgesetzes) wird insoweit eingeschränkt.

(4) Durchsuchungen können nur auf Anordnung des Richters bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk die Durchsuchung erfolgen soll, vorgenommen werden. Auf die Anfechtung dieser Anordnung finden die §§ 304 bis 310 der Strafprozessordnung entsprechende Anwendung. Bei Gefahr im Verzuge können die von der Erlaubnisbehörde beauftragten Personen während der Geschäftszeit die erforderlichen Durchsuchungen ohne richterliche Anordnung vornehmen. An Ort und Stelle ist eine Niederschrift über die Durchsuchung und ihr wesentliches Ergebnis aufzunehmen, aus der sich, falls keine richterliche Anordnung ergangen ist, auch die Tatsachen ergeben, die zur Annahme einer Gefahr im Verzuge geführt haben.

(5) Der Verleiher kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihn selbst oder einen der in § 383 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 der Zivilprozessordnung bezeichneten Angehörigen der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten aussetzen würde.

- 1 **I. Inhalt und Zweck.** Das Gesetz erlegt dem Verleiher bestimmte Anzeige- und Auskunftspflichten auf und gewährt der Erlaubnisbehörde Prüfungs- und Eingriffsrechte bis hin zu Durchsuchungen. Dadurch soll eine ordnungsgemäße Durchführung der AÜ durch legale Verleiher sichergestellt werden. Demgegenüber sind die Regelungen des § 7 nicht auf die illegale Überlassung von LeihArbN zugeschnitten. Für die Verpflichtung nach Abs. 1 ergibt sich das bereits aus dem eindeutigen Wortlaut, der auf die Zeit nach der Erteilung der Erlaubnis abstellt³.
- 2 Zwar ist diese Einschränkung in den Abs. 2 bis 4 des § 7 nicht enthalten. Daraus kann indessen nicht der Schluss gezogen werden, dass diese Regelungen auch den illegalen Verleiher betreffen. Dieser wäre sonst von Pflichten freigestellt, die seine gesetzmäßig handelnden Konkurrenten treffen⁴. Vielmehr ist die Erlaubnisbehörde gegenüber illegalen Verleihern nicht auf die Aufsichts- und Überprüfungsrechte nach § 7 beschränkt. Sie kann gegen diese zunächst nach § 6 vorgehen. Ferner stehen ihr alle nach dem OWiG zulässigen Ermittlungshandlungen zu Gebote. Darüber hinaus sind die Vorschriften des § 7 nicht auf den illegalen Verleih zugeschnitten. Eine Anwendung von Abs. 2 würde dazu führen, dass der illegale Verleiher zu einer unserem Rechtssystem fremden Selbstanzeige oder Selbstbeschuldigung gezwungen wäre. Auch die Regelung über das Auskunftsverweigerungsrecht nach Abs. 5 bliebe unverständlich. Denn ein illegaler Verleiher wäre bei jeder Auskunft über die von ihm durchgeführte AÜ der Gefahr

¹ Sandmann/Marschall, § 6 AÜG Anm. 9. | ² Schüren, § 6 AÜG Rz. 43; Becker/Wulfgramm, § 6 AÜG Rz. 15; Franßen/Haesen, § 6 AÜG Rz. 7. | ³ Schüren, § 7 AÜG Rz. 5. | ⁴ Franßen/Haesen, § 7 AÜG Rz. 27; Ulber, § 7 AÜG Rz. 2.

eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens ausgesetzt. Indessen ist es gerade nicht die Aufgabe der Erlaubnisbehörde, den illegalen Verleih von ArbN zu verwalten, sondern diesen zu unterbinden¹.

II. Anzeigepflichten (Abs. 1). Nach Abs. 1 S. 1 ist der Verleiher verpflichtet, der Erlaubnisbehörde nach Erteilung der Erlaubnis unaufgefordert die **Verlegung, Schließung und Errichtung von Betrieben, Betriebsteilen oder Nebenbetrieben** im Voraus anzuzeigen, soweit diese die Ausübung der AÜ zum Gegenstand haben. Dabei muss die Anzeige so rechtzeitig vor dem Eintritt der Veränderung erfolgen, dass die Erlaubnisbehörde die Auswirkungen der beabsichtigten Veränderung auf die Verleiherlaubnis prüfen kann. 3

Durch diese Anzeigepflicht soll gewährleistet werden, dass der Verleiherlaubnis trotz der Veränderungen keine Hinderungsgründe gem. § 3 I Nr. 2 entgegenstehen. Gleichzeitig dient die Anzeige auch dem Interesse des Verleihers. Denn die BA hat ihre Dienststellen angewiesen, dem Verleiher Mitteilung zu machen, wenn sich die angezeigte Veränderung auf die bestehende Verleiherlaubnis auswirken sollte². 4

Die Begriffe des Betriebs, des Betriebsteils und des Nebenbetriebs lassen sich anhand der entsprechenden Bestimmungen des BetrVG beurteilen. Um eine Verlegung handelt es sich bei jeder örtlichen Veränderung der Betriebsstätte unter Beibehaltung ihrer Identität. Zu der Schließung eines Betriebs gehört neben der endgültigen Einstellung auch dessen Veräußerung oder Verpachtung. Unter der Errichtung eines Betriebs versteht man dessen Eröffnung³. 5

Allein die Anzeige nach Abs. 1 setzt noch nicht die Jahresfrist nach § 5 IV für den Widerruf der Verleiherlaubnis in Gang. Vielmehr beginnt diese Frist erst, wenn die angezeigte Veränderung tatsächlich eingetreten ist⁴. 6

Nach Abs. 1 S. 2 ist der Verleiher außerdem verpflichtet, bestimmte **persönliche Veränderungen** bei einer Personengesamtheit, einer Personengesellschaft oder bei einer juristischen Person anzuzeigen. Die Anzeigepflicht erstreckt sich auf Veränderungen in der Geschäftsführung oder der Vertretung kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrags. Die auf einem Rechtsgeschäft beruhende Veränderung der Vollmacht in Form der Prokura oder Handlungsvollmacht fällt nicht unter die Anzeigepflicht⁵. Denn diese Anzeigepflicht dient dazu, die Zuverlässigkeit eines Verleihers nach der Erteilung der Verleiherlaubnis zu überwachen. Die Zuverlässigkeit einer Gesellschaft richtet sich indessen nicht nach der Zuverlässigkeit ihrer rechtsgeschäftlichen Vertreter. 7

Die Anzeigepflicht kann notfalls im Wege des Verwaltungszwangs nach § 6 durchgesetzt werden⁶. Im Übrigen stellt die Verletzung der Auskunftspflicht eine Ordnungswidrigkeit gem. § 16 I Nr. 4 bis 6 dar. Ein wiederholter Verstoß gegen Anzeigepflichten kann darüber hinaus die Annahme der Unzuverlässigkeit iSd. § 3 I Nr. 1 begründen und zum Widerruf der Erlaubnis nach § 5 I Nr. 3 führen. 8

III. Auskunftspflichten (Abs. 2). Nach Abs. 2 ist der Verleiher verpflichtet, der Erlaubnisbehörde auf Verlangen die Auskünfte zu erteilen, die zur Durchführung des Gesetzes erforderlich sind. Dabei hat er die **Auskünfte wahrheitsgemäß, vollständig, fristgemäß und unentgeltlich** zu erteilen. Diese Auskunftspflicht ermöglicht der Erlaubnisbehörde die Überprüfung der materiellen Voraussetzungen für die Verleiherlaubnis. Gleichzeitig dient sie ggf. der Vorbereitung einer Entscheidung über die Erteilung von Auflagen, über die Rücknahme oder den Widerruf der Verleiherlaubnis oder über die Einl. von Ordnungswidrigkeitenverfahren. Allerdings darf die Erlaubnisbehörde nur solche Auskünfte verlangen, die sich auf die Erfüllung der Vorschriften des AÜG beziehen. Danach wäre ein Auskunftsverlangen über geschäftliche Beziehungen zu Drittunternehmen und deren betriebliche Verhältnisse unzulässig⁷. 9

Ggf. hat der Verleiher seine Auskünfte durch eine **Vorlage der Geschäftsunterlagen** zu beweisen oder glaubhaft zu machen. Dazu gehören alle schriftl. Unterlagen, die mit der AÜ in irgendeiner Form zusammenhängen können. Es sind dies neben den Arbeitsverträgen mit den LeihArbN und den Verleihverträgen mit den Entleihern auch die Unterlagen der Buchhaltung über die Abführung von SozV-Beiträgen und LSt sowie der Schriftwechsel mit anderen Behörden und Verleihern⁸. 10

Bei **gemischten Unternehmen** kann die Erlaubnisbehörde die namentliche Bezeichnung aller Beschäftigten, getrennt nach LeihArbN und anderen ArbN, sowie Angaben zu ihrer Beschäftigungsdauer verlangen. Denn nur so kann sie bestimmte ArbN eindeutig dem Schutzbereich des AÜG zuordnen und unzulässige Vermischungen von Arbeitsbereichen verhindern⁹. 11

Auf welche Weise und in welchem Umfang die Erlaubnisbehörde von ihrer Möglichkeit zur Einholung von Auskünften Gebrauch macht, steht in ihrem Ermessen. Allerdings ist sie sowohl an den Gleichheitsgrundsatz als auch an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden. Eine Begründung für das Aus- 12

1 Sandmann/Marschall, § 7 AÜG Anm. 3. | 2 Sandmann/Marschall, § 7 AÜG Anm. 9. | 3 Becker/Wulfgramm, § 7 AÜG Rz. 4; Schüren, § 7 AÜG Rz. 13. | 4 Franßen/Haesens, § 7 AÜG Rz. 5. | 5 Sandmann/Marschall, § 7 AÜG Anm. 10. | 6 BSG v. 12.7.1989 - 7 RAr 46/88, EzAÜG Nr. 2 zu § 7 AÜG - Auskunftspflicht = NZA 1990, 157; v. 29.7.1992 - 11 RAr 51/91, AP Nr. 3 zu § 3 AÜG = NZA 1993, 527 = DB 1993, 1477. | 7 Sandmann/Marschall, § 7 AÜG Anm. 12; aA Franßen/Haesens, § 7 AÜG Rz. 11. | 8 Sandmann/Marschall, § 7 AÜG Anm. 15; Franßen/Haesens, § 7 AÜG Rz. 11. | 9 LSG Berlin v. 26.1.1988 - L 14 Ar 7/86, EzAÜG Nr. 1 zu § 7 AÜG - Auskunftspflichten; LSG Rh.-Pf. v. 10.6.1988 - L 6 Ar 117/87, nv.

kunftsverlangen ist nicht erforderlich. Denn im Interesse eines sozial- und arbeitsrechtl. Mindestschutzes der LeihArbN sollen gesetzeswidrige Praktiken gar nicht erst entstehen¹.

- 13 Um eine wirksame Überprüfung durch die Erlaubnisbehörde zu ermöglichen, muss der Verleiher seine Geschäftsunterlagen nach § 7 II 4 drei Jahre lang aufbewahren. Auch das Auskunftsverlangen und die Aufforderung zur Vorlage der Geschäftsunterlagen können im Wege des Verwaltungszwangs nach § 6 durchgesetzt werden. Verstößt der Verleiher gegen diese Pflichten, begeht er eine Ordnungswidrigkeit gem. § 16 I Nr. 5 und Nr. 6. Hartnäckige und schwerwiegende Verstöße gegen die Pflichten aus Abs. 1 können den Widerruf der Verleiherlaubnis nach § 5 I Nr. 3 rechtfertigen.
- 14 **IV. Behördliche Nachschau (Abs. 3).** Nach Abs. 3 sind von der Erlaubnisbehörde beauftragte Personen befugt, in begründeten Einzelfällen Grundstücke und Geschäftsräume des Verleihers zur Vornahme von Prüfungen zu betreten. Allerdings ist diese behördliche Nachschau nur zulässig, um die Einhaltung der Vorschriften des AÜG zu überprüfen. Von einem begründeten Einzelfall kann dabei nur ausgegangen werden, wenn Tatsachen vorliegen, die den konkreten Verdacht begründen, dass eine Prüfung gesetzeswidrige Zustände ergeben würde und hierzu ein Betreten der Geschäftsräume erforderlich ist². Demgegenüber wären Stichprobenkontrollen ohne besonderen Anlass nicht gerechtfertigt.
- 15 Die Erlaubnisbehörde hat den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Dieser gebietet es regelmäßig, zunächst weniger einschneidende Maßnahmen zu ergreifen. Gleichwohl muss die Erlaubnisbehörde nicht etwa zunächst versuchen, Auskünfte bei dem Verleiher einzuholen, die von diesem nicht, nicht glaubhaft oder unvollständig beantwortet werden, bevor sie eine Nachschau nach Abs. 2 anordnet³. Vielmehr ist bei begründetem Verdacht auf Verstöße, die zum Widerruf der Erlaubnis berechtigen würden, eine Durchsuchung bereits dann zulässig, wenn die Erlaubnisbehörde von ihren Rechten aus Abs. 2 u. 3 zuvor keinen Gebrauch gemacht hat⁴.
- 16 Da auch Geschäftsräume von dem Schutzbereich des Art. 13 I GG erfasst werden, ist deren Betreten und die Durchführung der Prüfung nur zu den Zeiten gestattet, in denen die Räumlichkeiten üblicherweise zur geschäftlichen oder betrieblichen Nutzung dienen⁵. Die Durchsuchung von Geschäftsräumen außerhalb der normalen Öffnungs- und Betriebszeiten ist ebenso wie die Durchsuchung von Wohnräumen nach Abs. 4 sowie im Rahmen eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens möglich⁶.
- 17 Das Betreten von Grundstücken und Geschäftsräumen des Verleihers ist nur Personen gestattet, die dazu von der Erlaubnisbehörde beauftragt sind. Neben den eigenen Bediensteten der Erlaubnisbehörde kann es sich dabei um Angehörige anderer Behörden oder um private Sachverst. handeln⁷.
- 18 Der Verleiher hat die Maßnahmen im Rahmen der Behördennachschau zu dulden. Er muss dem Beauftragten der Erlaubnisbehörde den Zutritt zu seinen Grundstücken und Geschäftsräumen gestatten und seine geschäftlichen Unterlagen offen legen. Grds. beschränken sich seine Pflichten auf ein passives Gewährenlassen. Ein Mindestmaß an Tätigwerden wird dem Verleiher jedoch abverlangt, wenn es um die Öffnung verschlossener Räume und die Auskunft über den Aufbewahrungsort von Unterlagen geht⁸. Auch die behördliche Nachschau kann im Wege des Verwaltungszwangs nach § 6 durchgesetzt werden, wobei allein die Festsetzung eines Zwangsgelds in Betracht kommt. Duldet der Verleiher die Maßnahmen nicht, begeht er zudem eine Ordnungswidrigkeit nach § 16 I Nr. 6a.
- 19 **V. Durchsuchungsrecht (Abs. 4).** Nach Abs. 4 steht der Erlaubnisbehörde sogar ein Durchsuchungsrecht zu. Dabei ist unter Durchsuchung die zwangsweise Suche gegen den Willen des Verleihers oder ohne seine Zustimmung auf Grundstücken und in Räumen zur Sicherstellung von Unterlagen zu verstehen. Vorgefundene geschäftliche Unterlagen, die sich auf AÜ durch den Verleiher beziehen, dürfen sichergestellt werden. Allerdings setzt die Durchsuchung voraus, dass andere Überwachungsmaßnahmen nach Abs. 2 und 3 keinen Erfolg versprechen. Darüber hinaus bedarf die Durchsuchung der richterlichen Anordnung. Für deren Erlass ist der Richter des AG zuständig, in dessen Bezirk die Durchsuchung vorgenommen werden soll. Sie kann im Gegensatz zur behördlichen Nachschau auch zur Nachtzeit erfolgen. Allerdings sind hier besonders hohe Anforderungen an die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu stellen.
- 20 In Betracht kommt etwa der begründete Verdacht des Zusammenwirkens des Verleihers mit bandenmäßig organisierten illegalen Unternehmen⁹. Der Verleiher kann die Durchsuchungsanordnung mit der Beschwerde nach § 304 StPO anfechten.
- 21 Bei Gefahr im Verzuge sind Durchsuchungen auch ohne richterliche Anordnung während der Geschäftszeit möglich nach Abs. 4 S. 3. Liegen konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass der Verleiher bis zur Anordnung der Durchsuchung Unterlagen beseitigt, verfälscht oder wegschafft, würde die vorheri-

1 BSG v. 12.7.1989 – 11 RAr 46/88, NZA 1990, 157. | 2 BSG v. 29.7.1992 – 11 RAr 57/91, NZA 1993, 524. | 3 *Schüren*, § 7 AÜG Rz. 41; aA SG Duisburg v. 12.10.1988 – 16 Ar 135/86, EzAÜG Nr. 2 zu § 7 AÜG – Prüfrecht. | 4 BSG v. 29.7.1992 – 11 RAr 57/91, NZA 1993, 524. | 5 BVerfG v. 13.10.1971 – 1 BvR 280/66, NJW 1971, 2299; *Becker/Wulfgramm*, § 7 AÜG Rz. 13; aA *Franßen/Haesen*, § 7 AÜG Rz. 31; *Schubel/Engelbrecht*, § 7 AÜG Rz. 15. | 6 *Schüren*, § 7 AÜG Rz. 47. | 7 *Sandmann/Marschall*, § 7 AÜG Anm. 21. | 8 *Sandmann/Marschall*, § 7 AÜG Anm. 25; *Schüren*, § 7 AÜG Rz. 49. | 9 *Sandmann/Marschall*, § 7 AÜG Anm. 28.

ge Einholung der richterlichen Anordnung den Durchsuchungszweck gefährden¹. Diese Gefahr besteht auch, wenn Verleiher nach dem Verlust ihrer Betriebsräume oder ihrer Organisation ihre Tätigkeit nunmehr ohne festen Geschäftssitz fortführen².

Eine Anfechtung der Durchsuchungsmaßnahme bei Gefahr im Verzug ist der Sache nach ausgeschlossen. Bei Vorliegen eines berechtigten Interesses kann der betroffene Verleiher jedoch eine sozialgerichtliche Nachprüfung über die nachträgliche Feststellungsklage erreichen³. 22

Nach Abs. 4 S. 4 ist sowohl bei der Durchsuchung auf richterliche Anordnung als auch bei der Durchsuchung auf Anordnung der Erlaubnisbehörde zwingend ein Protokoll aufzunehmen. Eine nachträgliche Anfertigung genügt nicht. In der Niederschrift müssen der Ort und die Zeit der Durchsuchung, sämtliche Anwesenden, der Gegenstand und der Grund der Durchsuchung sowie deren wesentliche Ergebnisse festgehalten werden. Das Protokoll muss auch die Tatsachen enthalten, die zur Annahme einer Gefahr im Verzug geführt haben. Wird gegen diese Formvorschrift verstoßen, ist die Durchsuchung nach Art. 13 II GG rechtswidrig. Dem Verleiher ist auf Wunsch eine Abschrift auszuhändigen⁴. 23

VI. Auskunftsverweigerungsrecht (Abs. 5). Nach Abs. 5 kann der Verleiher die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihn selbst oder einen Angehörigen der Gefahr eines Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahrens aussetzen würde. Bei Personengesamtheiten, Personengesellschaften und juristischen Personen steht dieses Recht dem Geschäftsführer oder den gesetzl. Vertretern zu. 24

Der Verleiher muss sich auf sein Auskunftsverweigerungsrecht ausdrücklich berufen, da ihm sonst ein Verfahren nach § 16 I Nr. 5 droht. Einer Begründung seiner Auskunftsverweigerung bedarf es nicht, es sei denn, eine Straftat oder eine Ordnungswidrigkeit wäre nicht einmal entfernt ersichtlich⁵. Allerdings kann die Berufung auf das Auskunftsverweigerungsrecht die Erlaubnisbehörde dazu veranlassen, sich die zur Überprüfung notwendigen Informationen auf andere Weise zu verschaffen. 25

8 Statistische Meldungen

(1) Der Verleiher hat der Erlaubnisbehörde halbjährlich statistische Meldungen über

1. die Zahl der überlassenen Leiharbeitnehmer getrennt nach Geschlecht, nach der Staatsangehörigkeit, nach Berufsgruppen und nach der Art der vor der Begründung des Vertragsverhältnisses zum Verleiher ausgeübten Beschäftigung,
 2. die Zahl der Überlassungsfälle, gegliedert nach Wirtschaftsgruppen,
 3. die Zahl der Entleiher, denen er Leiharbeitnehmer überlassen hat, gegliedert nach Wirtschaftsgruppen,
 4. die Zahl und die Dauer der Arbeitsverhältnisse, die er mit jedem überlassenen Leiharbeitnehmer eingegangen ist,
 5. die Zahl der Beschäftigungstage jedes überlassenen Leiharbeitnehmers, gegliedert nach Überlassungsfällen,
- zu erstatten. Die Erlaubnisbehörde kann die Meldepflicht nach Satz 1 einschränken.

(2) Die Meldungen sind für das erste Kalenderhalbjahr bis zum 1. September des laufenden Jahres, für das zweite Kalenderhalbjahr bis zum 1. März des folgenden Jahres zu erstatten.

(3) Die Erlaubnisbehörde gibt zur Durchführung des Absatzes 1 Erhebungsvordrucke aus. Die Meldungen sind auf diesen Vordrucken zu erstatten. Die Richtigkeit der Angaben ist durch Unterschrift zu bestätigen.

(4) Einzelangaben nach Absatz 1 sind von der Erlaubnisbehörde geheim zu halten. Die §§ 93, 97, 105 Abs. 1, § 111 Abs. 5 in Verbindung mit § 105 Abs. 1 sowie § 116 Abs. 1 der Abgabenordnung gelten nicht. Dies gilt nicht, soweit die Finanzbehörden die Kenntnisse für die Durchführung eines Verfahrens wegen einer Steuerstraftat sowie eines damit zusammenhängenden Besteuerungsverfahrens benötigen, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse besteht, oder soweit es sich um vorsätzlich falsche Angaben des Auskunftspflichtigen oder der für ihn tätigen Personen handelt. Veröffentlichungen von Ergebnissen auf Grund von Meldungen nach Absatz 1 dürfen keine Einzelangaben enthalten. Eine Zusammenfassung von Angaben mehrerer Auskunftspflichtiger ist keine Einzelangabe im Sinne dieses Absatzes.

Die Verpflichtung des Verleihers, detaillierte statistische Meldungen über seine Verleihertätigkeit zu erstatten, dient dazu, der BA einen Überblick über die Entwicklungen auf dem Teilarbeitsmarkt der AÜ zu ermöglichen. Die Meldungen der Verleiher bilden darüber hinaus die Grundlage für die Erfahrungsberichte der Bundesregierung, die sie dem Bundestag turnusgemäß erstattet. Gleichzeitig verschaffen 1

¹ BVerwG v. 12.12.1967 – I C 112.64, DVBl 1968, 752. | ² Sandmann/Marschall, § 7 AÜG Anm. 31; Becker/Wulfgramm, § 7 AÜG Rz. 17. | ³ LSG NW v. 11.4.1979 – L 12 Ar 236/77, EzAÜG Nr. 1 zu § 7 AÜG – Prüfrecht. | ⁴ Sandmann/Marschall, § 7 AÜG Anm. 34. | ⁵ Sandmann/Marschall, § 7 AÜG Anm. 36.

die statistischen Meldungen der Erlaubnisbehörde zumindest einen groben Überblick darüber, ob Verleiher die Bestimmungen des AÜG einhalten.

- 2 Die **statistischen Meldungen** der Verleiher sind der Erlaubnisbehörde halbjährlich unaufgefordert und unentgeltlich zu erstatten. Diese Meldungen werden entweder für einen bestimmten Stichtag, zu jedem Monatsende, zum Ende des Kalenderjahres oder aber als Gesamtzahl der innerhalb eines Kalenderhalbjahres eingetretenen statistischen Vorfälle erhoben¹. Der Inhalt der statistischen Meldung ist in Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 5 im Einzelnen geregelt². Der Umfang der Meldepflicht kann nach Abs. 1 S. 2 durch die Erlaubnisbehörde eingeschränkt werden. Von dieser Möglichkeit hat die BA Gebrauch gemacht, indem sie für einen Teil der Daten nur eine Stichtagserhebung durchführt und auf eine Untergliederung dieser Daten nach Berufsgruppen und Wirtschaftsgruppen verzichtet. Darüber hinaus verlangt sie für Fälle der grenzüberschreitenden AÜ ins Ausland lediglich formlose Meldungen³.
- 3 Nach Abs. 2 sind die statistischen Meldungen für das erste Kalenderhalbjahr bis zum 1. September des laufenden Jahres und für das zweite Kalenderhalbjahr bis zum 1. März des folgenden Jahres zu erstatten. Wenn die Verleiherlaubnis im Verlauf eines Kalenderhalbjahres erteilt wird oder erlischt, hat der Verleiher für den jeweiligen Rest des Kalenderhalbjahres die statistischen Meldungen abzugeben. Um die Aktualität der Arbeitsmarktbeobachtung nicht zu gefährden, dürfen die Meldetermine nicht überschritten werden. Nicht rechtzeitige statistische Meldungen stellen eine Ordnungswidrigkeit nach § 16 I Nr. 7 dar.
- 4 Die BA hat nach Abs. 3 für die statistischen Meldungen *Erhebungsvordrucke* herausgegeben. Der Verleiher ist verpflichtet, seine Meldungen auf diesen Vordrucken wahrheitsgemäß und vollständig zu erstatten und die Richtigkeit seiner Angaben durch Unterschrift zu bestätigen. Auch falsche oder unvollständige Angaben stellen eine Ordnungswidrigkeit nach § 16 I Nr. 7 dar.
- 5 Die **zuständige Erlaubnisbehörde** ist die Regionaldirektion, in deren Bezirk der Verleiher seinen Geschäftssitz oder bei mehreren Niederlassungen seinen Hauptsitz hat. Für ausländische Verleiher ist die Regionaldirektion Hessen zuständig.
- 6 Nach Abs. 4 S. 1 ist die Erlaubnisbehörde verpflichtet, die Einzelangaben der Verleiher nach Abs. 1 **geheim zu halten**. Diese Bestimmung zum Schutz des sog. Statistikgeheimnisses betrifft allerdings nur Einzelangaben über die persönlichen oder sachlichen Verhältnisse des Verleihers, wie die Art und den Umfang seines Betriebs, seinen Umsatz oder seine Gewinnspanne⁴. Sobald die Angaben in den statistischen Meldungen mehrerer Verleiher zusammengefasst werden, handelt es sich nicht mehr um geheimhaltungsbedürftige Einzelangaben⁵. Die Geheimhaltungspflicht der Erlaubnisbehörde erstreckt sich nach Abs. 4 S. 2 abweichend von den allgemeinen Regeln der Abgabenordnung auch auf Auskünfte gegenüber Finanzbehörden.
- 7 Diese Geheimhaltungspflicht findet nach Abs. 4 S. 3 ihre Grenze erst dort, wo die Finanzbehörden die Kenntnisse für die Durchführung eines Verfahrens wegen einer Steuerstraftat sowie eines damit zusammenhängenden Besteuerungsverfahrens benötigen, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentl. Interesse besteht, oder soweit es sich um vorsätzlich falsche Angaben des Auskunftspflichtigen oder der für ihn tätigen Personen handelt. Nur bei Steuerstraftaten von erheblichem Umfang oder erheblichem Gewicht dürfte ein zwingendes öffentl. Interesse an der Verfolgung anzunehmen sein⁶.
- 8 Neben dieser speziellen Regelung zum Schutz des Statistikgeheimnisses sind weitere **datenschutzrechtl. Pflichten** der Erlaubnisbehörde zum Schutz des Sozialgeheimnisses in § 35 SGB I und in den §§ 67 bis 77 SGB X sowie zum Schutz bei der Übermittlung personenbezogener Daten in den §§ 15, 16 BDSG vorgesehen. Allerdings erstreckt sich die Geheimhaltungspflicht nicht auf das Verhältnis der Erlaubnisbehörde zu anderen Dienststellen der BA, da die Geheimhaltungspflicht grds. nur gegenüber Dritten besteht, die nicht mit der Durchführung des AÜG befasst sind⁷.

9 Unwirksamkeit Unwirksam sind:

1. Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 erforderliche Erlaubnis hat,
2. Vereinbarungen, die für den Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher schlechtere als die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen, es sei denn, der Verleiher gewährt dem zuvor arbeitslosen Leiharbeitnehmer für die Überlassung an einen Entleiher für die Dauer von insgesamt höchstens sechs Wochen mindestens ein Nettoarbeitsentgelt in Höhe des Betrages, den der Leiharbeitnehmer zuletzt als Arbeitslosengeld erhalten hat; Letzteres

1 Sandmann/Marschall, § 8 AÜG Anm. 2. | 2 Vgl. Sandmann/Marschall, § 8 AÜG Anm. 3–11. | 3 Becker/Wulfgramm, § 8 AÜG Rz. 4a. | 4 Becker/Wulfgramm, § 8 AÜG Rz. 9. | 5 Franßen/Haesens, § 8 AÜG Rz. 12; Schubel/Engelbrecht, § 8 AÜG Rz. 5. | 6 Sandmann/Marschall, § 8 AÜG Anm. 20. | 7 Sandmann/Marschall, § 8 AÜG Anm. 22.

- gilt nicht, wenn mit demselben Verleiher bereits ein Leiharbeitsverhältnis bestanden hat; ein Tarifvertrag kann abweichende Regelungen zulassen; im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren,**
- 3. Vereinbarungen, die dem Entleiher untersagen, den Leiharbeitnehmer zu einem Zeitpunkt einzustellen, in dem dessen Arbeitsverhältnis zum Verleiher nicht mehr besteht; dies schließt die Vereinbarung einer angemessenen Vergütung zwischen Verleiher und Entleiher für die nach vorangegangenen Verleih oder mittels vorangegangener Verleih erfolgte Vermittlung nicht aus,**
- 4. Vereinbarungen, die dem Leiharbeitnehmer untersagen, mit dem Entleiher zu einem Zeitpunkt, in dem das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nicht mehr besteht, ein Arbeitsverhältnis einzugehen.**

I. Gegenstand und Zweck der Regelung. Neben den gewerberechtl. Regelungen enthält das AÜG in den §§ 9–14 zivil- und arbeitsrechtl. Bestimmungen für die gewerbsmäßige AÜ. Allerdings handelt es sich nicht um eine umfassende Regelung der zivil- und arbeitsrechtl. Aspekte der AÜ. Diese als rudimentäre arbeitsrechtl. Reglementierung des Leiharbeitsverhältnisses beklagte Beschränkung des Gesetzes konzentriert sich auf die Vorschriften, die der besonderen Lage und der besonderen Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten der AÜ Rechnung tragen¹.

Durch § 9 werden die gewerberechtl. Vorschriften über die Erlaubnispflicht nach § 1 und der Versagungsgrund nach § 3 I Nr. 3 durch **zivilrechtl. Sanktionen** ergänzt. Gleichzeitig wird die in § 10 I geregelte Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem von einem illegal tätigen Verleiher überlassenen LeihArbN vorbereitet. Insoweit zielt das Gesetz darauf ab, Verleiher und Entleiher zu einem gesetzmäßigen Verhalten zu bewegen. Darüber hinaus erklärt das Gesetz Wettbewerbsabreden zum Nachteil des LeihArbN für unwirksam, soweit sie darauf gerichtet sind, den Abschluss von Arbeitsverträgen mit anderen potenziell vorhandenen ArbGeb zu verhindern oder einzuschränken. Damit räumt das Gesetz dem Erwerb einer dauerhaften Beschäftigung eindeutig Vorrang ein vor ungesicherten Beschäftigungsverhältnissen im Rahmen der AÜ.

Die in § 9 im Einzelnen aufgeführten Rechtsgeschäfte erklärt das Gesetz für unwirksam. Grds. gelten für unwirksame Rechtsgeschäfte die Bestimmungen des BGB über nichtige Rechtsgeschäfte. Während ein nichtiges Rechtsgeschäft jedoch von Anfang an ungültig ist und damit die rechtl. Bindungen rückwirkend beseitigt werden, erfasst die Unwirksamkeit nach § 9 auch die Fälle, in denen das Rechtsgeschäft später ungültig wird und damit die rechtl. Bindungen erst für die Zukunft beseitigt werden².

II. Fehlende Verleiherlaubnis (Nr. 1). Nach Nr. 1 ist sowohl der **AÜ-Vertrag** zwischen dem Verleiher und dem Entleiher als auch der **Leiharbeitsvertrag** zwischen dem Verleiher und dem LeihArbN **unwirksam**, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 erforderliche Erlaubnis hat. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Verleiher von Anfang an keine Verleiherlaubnis besaß oder ob diese erst später durch eine Rücknahme, einen Widerruf, den Eintritt einer auflösenden Bedingung oder die Ablehnung ihrer Verlängerung entfallen ist³. Jedoch erstreckt sich die Unwirksamkeit im Fall einer Rücknahme, eines Widerrufs oder einer Nichtverlängerung der Verleiherlaubnis nicht auf den Zeitraum der Abwicklungsfrist des § 2 IV 4. Auf die Kenntnis des Entleihers und des LeihArbN vom Fehlen oder Wegfall der Verleiherlaubnis kommt es nicht an. Allerdings ist der Verleiher gem. den §§ 11, 12 dazu verpflichtet, sowohl den LeihArbN als auch den Entleiher darüber zu unterrichten.

Zwar erklärt das Gesetz sowohl den AÜ-Vertrag als auch den Leiharbeitsvertrag für unwirksam. Dieses Unwerturteil über die illegale AÜ richtet sich jedoch nur gegen den Verleiher und den Entleiher, während der Schutz des LeihArbN nicht gemindert werden soll. Demnach hat die Unwirksamkeit der einzelnen Rechtsgeschäfte zwischen den an der AÜ Beteiligten unterschiedliche Folgen.

Fehlte dem Verleiher bereits beim Abschluss des AÜ-Vertrags die Verleiherlaubnis, konnte er zwischen den Vertragsparteien keine Leistungspflichten begründen. Würden gleichwohl Leistungen in Erfüllung des unwirksamen AÜ-Vertrags erbracht, sind sie nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts zurückzugewähren. Der Bereicherungsanspruch des Verleihers ist nur in dem Umfang anzuerkennen, in dem er dem LeihArbN den nach § 10 I vom Entleiher geschuldeten Lohn und sonstige gesetzl. Abgaben zahlt, nicht aber in Höhe seines Gewinns⁴. Da weder der Verleiher noch der Entleiher einem ArbN entsprechend schutzbedürftig sind, scheidet die Annahme eines fehlerhaften oder faktischen AÜ-Vertrags aus⁵. Daneben kommt eine faktische Rückabwicklung erbrachter Leistungen über den Gesamtschuldnerausgleich zwischen dem Verleiher und dem Entleiher in Betracht, soweit es die Arbeitsvergütung und die abgeführten SozV-Beiträge angeht⁶.

¹ Becker, BiStSozArbR 1976, 225; Trieschmann, BArbBl 1972, 668. | ² Sandmann/Marschall, § 9 AÜG Anm. 18. | ³ Becker/Wulfgramm, § 9 AÜG Rz. 11; Thüsing/Mengel, § 9 AÜG Rz. 9. | ⁴ BGH v. 8.11.1979 – VII ZR 337/78, AP Nr. 2 zu § 10 AÜG; BAG v. 17.1.1984 – VI ZR 87/82, EzAÜG Nr. 2 zu § 10 AÜG – Fiktion; OLG Celle v. 27.8.2003 – 7 U 52/03, EzAÜG Nr. 2 zu § 1 b AEntG; Thüsing/Mengel, § 9 AÜG Rz. 14. | ⁵ Becker/Wulfgramm, § 9 AÜG Rz. 18; Immenga, BB 1972, 807. | ⁶ BGH v. 17.2.2000 – III ZR 78/99, NJW 2000, 1557; im Einzelnen Schüren, § 9 AÜG Rz. 43 ff.

- 7 Fällt die Erlaubnis des Verleihers zur AÜ erst in einem Zeitpunkt weg, in dem der AÜ-Vertrag mit dem Entleiher bereits vollzogen worden ist, entfaltet die Unwirksamkeit nach Nr. 1 keine Rückwirkung. Vielmehr endet der AÜ-Vertrag mit dem Wegfall der Verleiherlaubnis¹.
- 8 Wird die Verleiherlaubnis erst erteilt, nachdem der Verleiher den AÜ-Vertrag mit dem Entleiher abgeschlossen und bereits in Vollzug gesetzt hat, wird dieser Vertrag weder rückwirkend noch in entsprechender Anwendung des § 139 BGB für die Zukunft geheilt². Vielmehr muss ein neuer AÜ-Vertrag abgeschlossen werden. Wegen des Erfordernisses der Schriftform in § 12 I 1 bestehen Bedenken, in der Fortführung des AÜ-Vertrags durch den Verleiher und den Entleiher den konkludenten Abschluss eines neuen Vertrags zu sehen³.
- 9 War der Leiharbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und dem LeihArbN aufgrund der fehlenden Verleiherlaubnis von Anfang an unwirksam gem. Nr. 1, konnte auch dieser Vertrag grds. keine Leistungspflicht zwischen den Vertragsparteien begründen. Haben die Parteien jedoch ihre vermeintlichen Leistungspflichten erfüllt, fehlte dafür der Rechtsgrund, so dass die Rückabwicklung eigentlich nach den allgemeinen zivilrechtl. Grundsätzen des Bereicherungsrechts vorgenommen werden müsste⁴. Da die Bestimmungen des Bereicherungsrechts dem Schutz des LeihArbN nicht hinreichend gerecht werden, sind auf den unwirksamen Leiharbeitsvertrag die arbeitsrechtl. Grundsätze über das fehlerhafte bzw. **faktische Arbeitsverhältnis** anzuwenden⁵.
- 10 Das gilt entsprechend, wenn die Verleiherlaubnis in einem Zeitpunkt wegfällt, in dem der Leiharbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und dem LeihArbN bereits in Vollzug gesetzt worden ist. In diesem Zeitpunkt wird der Leiharbeitsvertrag unwirksam und das Leiharbeitsverhältnis wandelt sich in ein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis um⁶.
- 11 Erhält der Verleiher die Erlaubnis zur AÜ erst in einem Zeitpunkt, in dem ein Leiharbeitsvertrag mit einem LeihArbN bereits in Vollzug gesetzt wurde, wird dieser Vertrag nicht rückwirkend geheilt⁷. Auch in diesem Fall bedarf es für die weitere Durchführung des Leiharbeitsverhältnisses des Abschlusses eines neuen Leiharbeitsvertrags. Regelmäßig ist in der Fortführung des bisherigen Leiharbeitsverhältnisses ein konkludenter Neuabschluss zu sehen.
- 12 **III. Verstoß gegen das Gleichstellungsgebot (Nr. 2).** Nach der verfassungsgemäßen⁸ Vorschrift des § 9 Nr. 2 sind Vereinbarungen, die für den LeihArbN für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher schlechtere als die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren ArbN des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen, grds. unwirksam. Durch diese arbeitsrechtl. Sanktion wird die gewerberechtl. Bestimmung in § 3 I Nr. 3 ergänzt. Ebenso wie diese Vorschrift (§ 3 Rz. 28) gilt Nr. 2 nur für die gewerbsmäßige und nicht für die nicht gewerbsmäßige AÜ⁹. Von der Unwirksamkeit werden neben individualvertragl. Abreden auch BV im Betrieb des Verleihers erfasst, die den LeihArbN für die Zeit der Überlassung schlechter stellen als einen vergleichbaren ArbN im Entleiherbetrieb¹⁰. An die Stelle dieser unwirksamen Vereinbarungen tritt gem. § 10 IV der Anspruch des LeihArbN auf Gleichstellung. Wegen der einzelnen Voraussetzungen des Gleichstellungsgebotes und der gesetzl. Ausnahmeregelungen wird auf die Kommentierung zu § 3 I Nr. 3 Bezug genommen (dort Rz. 28 ff.).
- 13 **IV. Einstellungsverbot im Überlassungsvertrag (Nr. 3).** Nach Nr. 3 sind Vereinbarungen unwirksam, die dem Entleiher untersagen, den LeihArbN zu einem Zeitpunkt einzustellen, in dem dessen Arbeitsverhältnis zum Verleiher nicht mehr besteht. Durch diese Regelung räumt das Gesetz dem Recht des LeihArbN, seinen Arbeitsplatz frei zu wählen und nach Beendigung des Leiharbeitsverhältnisses ein normales Arbeitsverhältnis einzugehen, Vorrang ein gegenüber den wirtschaftl. Interessen des Verleihers¹¹. Nach diesem Gesetzeszweck sind auch Vereinbarungen unwirksam, die es dem Entleiher verbieten, dem LeihArbN eine Tätigkeit in seinem Betrieb anzubieten¹².
- 14 Davon abzugrenzen sind jedoch jegliche unlautere Methoden der ArbN-Abwerbung. Dazu zählt etwa die Aufforderung, den Arbeitsplatz ohne Einhaltung der Kündigungsfrist gegenüber dem Verleiher zu wechseln. Diese Anstiftung zum Vertragsbruch stellt zum einen eine Verletzung von Nebenpflichten des Entleihers aus dem AÜ-Vertrag dar. Zum anderen verstößt der Entleiher gegen § 3, § 8 I UWG¹³. **Unwirksam** ist nach § 9 Nr. 3 ausschließlich die Vereinbarung eines **Einstellungs- oder Abwerbungsverbots**, nicht jedoch der gesamte AÜ-Vertrag¹⁴. Wie sich aus Nr. 3 Hs. 2 nunmehr ergibt, kann der Verleiher mit dem Entleiher die Zahlung einer Vergütung oder Vermittlungsprovision für den Fall der Übernahme des

1 Becker/Wulfgramm, § 9 AÜG Rz. 11. | 2 Thüsing/Mengel, § 9 AÜG Rz. 12. | 3 So aber Becker/Wulfgramm, § 9 AÜG Rz. 11; ErfK/Wank, § 9 AÜG Rz. 9; aA Boemke/Lembke, § 9 AÜG Rz. 22; Thüsing/Mengel, § 9 AÜG Rz. 12; Ulber, § 9 AÜG Rz. 13. | 4 Thüsing/Mengel, § 9 AÜG Rz. 13. | 5 BAG v. 26.6.1984 – 2 AZR 471/83, EzAÜG Nr. 18 zu § 1 AÜG – Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung; BGH v. 31.3.1982 – 2 StR 744/81, AP Nr. 4 zu § 10 AÜG. | 6 Schüren, § 9 AÜG Rz. 37. | 7 LAG Köln v. 20.8.1985 – 1 Sa 416/85, EzAÜG Nr. 43 zu § 10 AÜG – Fiktion. | 8 BVerfG v. 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03, NZA 2005, 153. | 9 Boemke/Lembke, § 9 AÜG Rz. 42; Richardi, ZfA 2003, 655 (678); aA Kokemoor, NZA 2003, 238 (242); Ulber, ArbuR 2003, 7 (10); offen gelassen von BAG v. 25.1.2005 – 1 ABR 61/03, AP Nr. 48 zu § 99 BetrVG 1972 – Einstellung. | 10 Boemke/Lembke, § 9 AÜG Rz. 45. | 11 BT-Drs. VI/2303, S. 13. | 12 Sandmann/Marschall, § 9 AÜG Rz. 29; Schüren, § 9 AÜG Rz. 140. | 13 Becker/Wulfgramm, § 9 AÜG Rz. 30c; Schüren, § 9 AÜG Rz. 141. | 14 Becker/Wulfgramm, § 9 AÜG Rz. 30; Thüsing/Mengel, § 9 AÜG Rz. 56.

LeihArbN vereinbaren. Denn in aller Regel besteht der Sinn dieser Provision darin, die dem Verleiher entstehenden Rekrutierungskosten auf den Entleiher umzulegen. Solange sich diese Vermittlungsgebühr im üblichen Rahmen hält und sich bei fortschreitender Überlassungsdauer bis zum völligen Wegfall reduziert, dient sie nicht als Druckmittel, um eine Übernahme des LeihArbN zu verhindern. Einer derartigen Vereinbarung steht der Schutz der freien Arbeitsplatzwahl des LeihArbN nicht entgegen¹.

V. Einstellungsverbot im Leiharbeitsvertrag (Nr. 4). Nach Nr. 4 sind Vereinbarungen unwirksam, die dem LeihArbN untersagen, mit dem Entleiher zu einem Zeitpunkt, in dem das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und LeihArbN nicht mehr besteht, ein Arbeitsverhältnis einzugehen. Diese Bestimmung dient wie Nr. 3 dem Ziel, das Recht des LeihArbN auf freie Wahl des Arbeitsplatzes zu sichern und seine Chancen auf ein gesichertes Normalarbeitsverhältnis im Anschluss an sein Leiharbeitsverhältnis zu verbessern. Der Regelung in Nr. 4 gebührt der Vorrang vor den Bestimmungen über die Vereinbarung von Wettbewerbsverboten nach den §§ 74 ff. HGB iVm. §§ 6 II, 110 GewO².

Die Regelung in Nr. 4 erfasst auch Nebenabreden, die in einem inneren sachlichen Zusammenhang mit einem unwirksamen Abschlussverbot stehen. Das gilt einmal für **Vertragsstrafenversprechen**, die den LeihArbN von der Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher abhalten sollen³. Das gilt aber auch für die Vereinbarung, nach der dem LeihArbN eine Abfindung gezahlt wird, falls er bei einem bestimmten Entleiher kein Arbeitsverhältnis begründet⁴. Wird diese **Abfindung** als eine Art Karenzentschädigung tatsächlich gezahlt, kann der Verleiher sie nach § 817 BGB selbst dann nicht zurückfordern, wenn der LeihArbN sich an die so abgesicherte Verpflichtung nicht hält. Vereinbarungen zwischen Verleihern und LeihArbN, die für die etwaige Aufnahme einer Tätigkeit bei dem Entleiher die Zahlung einer **Vermittlungsgebühr** vorsehen, sind nach Nr. 4 unwirksam.

Dagegen kann einem LeihArbN während der Dauer des Leiharbeitsverhältnisses selbstverständlich nach den allgemeinen Regeln eine Nebentätigkeit untersagt werden. Das setzt allerdings voraus, dass diese Nebentätigkeit die Erfüllung seiner Arbeitspflicht im Rahmen des Leiharbeitsverhältnisses erheblich beeinträchtigen würde⁵.

In entsprechender Anwendung von § 60 HGB ist einem LeihArbN während der Dauer seines Leiharbeitsverhältnisses jede Form von Konkurrenzstätigkeit zum Verleiher verboten⁶. Danach darf er nicht als selbständiger Verleiher tätig werden und etwa ehemaligen Entleihern andere LeihArbN überlassen oder mit ehemaligen Entleihern gemeins. AÜ betreiben. Von diesem allgemeinen **Wettbewerbsverbot** wird allerdings die Vorbereitung des LeihArbN für die Zeit nach seinem Ausscheiden aus dem Leiharbeitsverhältnis nicht erfasst⁷.

Die Unwirksamkeit nach Nr. 4 führt zur Nichtigkeit entsprechender Vereinbarungen zwischen Verleiher und LeihArbN einschließlich damit zusammenhängender Nebenabreden. Die Wirksamkeit des Leiharbeitsverhältnisses im Übrigen wird davon nicht berührt⁸.

10 Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit

(1) Ist der Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeiter nach § 9 Nr. 1 unwirksam, so gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen; tritt die Unwirksamkeit erst nach Aufnahme der Tätigkeit beim Entleiher ein, so gilt das Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter mit dem Eintritt der Unwirksamkeit als zustande gekommen. Das Arbeitsverhältnis nach Satz 1 gilt als befristet, wenn die Tätigkeit des Leiharbeiters bei dem Entleiher nur befristet vorgesehen war und ein die Befristung des Arbeitsverhältnisses sachlich rechtfertigender Grund vorliegt. Für das Arbeitsverhältnis nach Satz 1 gilt die zwischen dem Verleiher und dem Entleiher vorgesehene Arbeitszeit als vereinbart. Im Übrigen bestimmen sich Inhalt und Dauer dieses Arbeitsverhältnisses nach den für den Betrieb des Entleihers geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen; sind solche nicht vorhanden, gelten diejenigen vergleichbarer Betriebe. Der Leiharbeiter hat gegen den Entleiher mindestens Anspruch auf das mit dem Verleiher vereinbarte Arbeitsentgelt.

(2) Der Leiharbeiter kann im Falle der Unwirksamkeit seines Vertrages mit dem Verleiher nach § 9 Nr. 1 von diesem Ersatz des Schadens verlangen, den er dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Leiharbeiter den Grund der Unwirksamkeit kannte.

1 *Rambach/Begerau*, BB 2002, 937; *Dahl*, DB 2002, 1374 m. Nachweis der Instanzrechtsprechung; *Sandmann/Marschall*, § 9 AÜG Anm. 29; *ErfK/Wank*, § 9 AÜG Rz. 15; *Thüsing*, DB 2003, 2122; aA *BGH* v. 3.7.2003 – III ZR 348/02, DB 2003, 2125. | 2 *LAG Köln* v. 17.5.1984 – 8 Sa 48/84, *EzAÜG* Nr. 3 zu *KSchG*; *Becker/Wulfgramm*, § 9 AÜG Rz. 33; *Thüsing/Mengel*, § 9 AÜG Rz. 60. | 3 *Becker/Wulfgramm*, § 9 AÜG Rz. 33b; *Schüren*, § 9 AÜG Rz. 166. | 4 *LAG Köln* v. 22.8.1984 – 5 Sa 1306/83, *EzAÜG* Nr. 32 zu § 10 AÜG – Fiktion. | 5 *BAG* v. 26.8.1976 – 2 AZR 377/75, *AP* Nr. 68 zu § 626 BGB. | 6 *LAG Berlin* v. 9.2.1981 – 9 Sa 83/80, *EzAÜG* Nr. 3 zu § 611 BGB – Leiharbeitsverhältnis. | 7 *BAG* v. 16.1.1975 – 3 AZR 72/74, *AP* Nr. 8 zu § 60 HGB. | 8 *Becker/Wulfgramm*, § 9 AÜG Rz. 34; *Sandmann/Marschall*, § 9 AÜG Anm. 32; *Schüren*, § 9 AÜG Rz. 166.

(3) **Zahlt der Verleiher das vereinbarte Arbeitsentgelt oder Teile des Arbeitsentgelts an den Leiharbeitnehmer, obwohl der Vertrag nach § 9 Nr. 1 unwirksam ist, so hat er auch sonstige Teile des Arbeitsentgelts, die bei einem wirksamen Arbeitsvertrag für den Leiharbeitnehmer an einen anderen zu zahlen wären, an den anderen zu zahlen. Hinsichtlich dieser Zahlungspflicht gilt der Verleiher neben dem Entleiher als Arbeitgeber; beide haften insoweit als Gesamtschuldner.**

(4) **Der Leiharbeitnehmer kann im Falle der Unwirksamkeit der Vereinbarung mit dem Verleiher nach § 9 Nr. 2 von diesem die Gewährung der im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen.**

- 1 **I. Inhalt und Zweck der Norm.** Durch § 10 werden die Folgen eines unwirksamen Leiharbeitsvertrags, einer unwirksamen Kündigung und einer unwirksamen Befristung des Leiharbeitsvertrags geregelt. Dazu gehört die **Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher**, die Begründung eines **Schadensersatzanspruchs des LeihArbN** gegen den Verleiher und dessen **gesamtschuldnerische Haftung** für Lohnnebenleistungen und Teile des Entgelts. Schließlich wird der Verleiher verpflichtet, die Arbeitsbedingungen des LeihArbN an diejenigen im Betrieb des Entleihers anzupassen.
- 2 Bei § 10 handelt es sich um einen Eckpfeiler der gesetzl. Konstruktion der AÜ¹. Er regelt allgemein die Abwicklung illegaler Leiharbeit, auch in der Form von Scheinwerk- und Scheindienstverträgen. Dabei dient die Regelung in erster Linie der sozialen Absicherung der LeihArbN. Zugleich hat sie eine abschreckende Funktion, indem sie einen Entleiher, der von einem illegal tätigen Verleiher einen ArbN ausleiht, durch die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses weitreichend in die Pflicht nimmt. Schließlich sichert sie die Überwachungs- und Kontrollmöglichkeiten der Erlaubnisbehörde².
- 3 **II. Fiktion eines Arbeitsverhältnisses (Abs. 1).** Ist der Leiharbeitsvertrag deswegen unwirksam, weil der Verleiher nicht die zur AÜ erforderliche Erlaubnis besitzt, wird zum Schutz des LeihArbN ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher kraft gesetzl. Fiktion begründet. Diese gesetzl. angeordnete Rechtsfolge kann von den Beteiligten weder abbedungen noch durch einen Widerspruch des LeihArbN verhindert werden³. Das Recht eines nicht mehr im Betrieb des Entleihers eingesetzten LeihArbN, sich auf diese Fiktion zu berufen kann jedoch nach allgemeinen Grundsätzen verwirken⁴. Unter den Voraussetzungen des § 10 I kommt ohne eine vertragl. Einigung zwischen dem LeihArbN und dem Entleiher ein Arbeitsverhältnis zustande. Diese Rechtsfolge wird auch durch das Verbot einer gewerbsmäßigen AÜ in Betriebe des Baugewerbes nach § 1b nicht ausgeschlossen⁵. Allerdings muss das Leiharbeitsverhältnis zum Verleiher gerade deshalb unwirksam sein, weil ihm die Verleiherlaubnis von vornherein fehlt oder weil diese nachträglich weggefallen ist⁶. Beruht die ursprüngliche oder nachträglich eintretende Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags dagegen auf anderen Gründen, greift die gesetzl. Fiktion des § 10 nicht ein. Das gilt etwa für Willensmängel, mangelnde Geschäftsfähigkeit oder fehlende Vertretungsbefugnis einer der Leiharbeitsvertragsparteien⁷.
- 4 **1. Beginn des Arbeitsverhältnisses (Abs. 1 S. 1).** Das fingierte Arbeitsverhältnis kommt in dem Zeitpunkt zustande, der zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit des LeihArbN vorgesehen war. Danach greift die Fiktion des § 10 grds. immer gleichzeitig mit der Unwirksamkeit nach § 9 Nr. 1 ein. Wenn die Verleiherlaubnis bereits bei Abschluss des Leiharbeitsvertrags fehlt, kommt es auf den Zeitpunkt an, der für den Beginn der Tätigkeit des LeihArbN vorgesehen war. Bei einem späteren Wegfall der Erlaubnis tritt die Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags und die Fiktion des Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und LeihArbN erst mit dem Wegfall der Verleiherlaubnis ein. Fehlt in dem AÜ-Vertrag eine Vereinbarung über den Zeitpunkt des Einsatzes des LeihArbN, ist der Zeitpunkt seiner tatsächlichen Arbeitsaufnahme maßgeblich⁸.
- 5 Allerdings kommt das kraft gesetzl. Fiktion begründete Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem LeihArbN nur zustande, wenn die Beteiligten die AÜ in dem maßgeblichen Zeitpunkt auch noch tatsächlich durchführen wollen. Denn eine Bindung der Beteiligten für die Zukunft kann aufgrund der unwirksamen Vertragsbeziehungen zwischen den Beteiligten nicht eintreten. Nimmt der LeihArbN seine Arbeit beim Entleiher gar nicht erst auf, kommt ein fingiertes Arbeitsverhältnis nicht zustande. Überlässt der Verleiher dem Entleiher einen anderen als den vorgesehenen LeihArbN, tritt die gesetzl. Fiktion nur in der Person des tatsächlich entsandten ArbN ein⁹.
- 6 Für den **Eintritt der Fiktion** ist es ohne Bedeutung, ob die Beteiligten das Fehlen der Verleiherlaubnis kannten oder kennen mussten¹⁰. Das Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und LeihArbN wird auch

1 *Schüren*, § 10 AÜG Rz. 6. | 2 OLG Hamm v. 14.11.1980 – 5 SsOwi 1967/80, AP Nr. 7 zu § 19 AFG. | 3 *Becker/Wulfgramm*, § 10 AÜG Rz. 10; *Schüren*, § 10 AÜG Rz. 35; *Thüsing/Mengel*, § 10 AÜG Rz. 6; aA LAG Hess. v. 6.3.2001 – 2/9 Sa 1246/00, NZA-RR 2002, 73; *Seiter*, Anm., AR Blattei D Entscheidung Nr. 11 – Leiharbeitsverhältnis. | 4 BAG v. 30.1.1991 – 7 AZR 497/89, BAGE 67, 124; v. 19.3.2003 – 7 AZR 267/02, AP Nr. 4 zu § 13 AÜG; LAG Düsseldorf v. 2.6.2005 – 11 Sa 218/05, DB 2005, 2529; offen gelassen von BAG v. 18.2.2003 – 3 AZR 160/02, AP Nr. 5 zu § 13 AÜG. | 5 BAG v. 8.7.1998 – 10 AZR 274/97, AP Nr. 214 zu § 1 TVG – Tarifverträge: Bau. | 6 BAG v. 27.7.1983 – 5 AZR 194/81, AP Nr. 6 zu § 10 AÜG. | 7 *Schüren*, § 10 AÜG Rz. 28; *Thüsing/Mengel*, § 10 AÜG Rz. 5. | 8 BAG v. 10.2.1977 – 2 ABR 80/76, AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972. | 9 *Schüren*, § 10 AÜG Rz. 30. | 10 BGH v. 8.11.1979 – VII ZR 337/78, BGHZ 75, 299; LAG Düsseldorf v. 14.1.2002 – 5 Sa 1448/01, nv.

dann fingiert, wenn der Verleiher bei Abschluss der Verträge den Besitz einer Verleiherlaubnis vorspiegelt, deren späteren Wegfall nicht anzeigt oder wenn die Beteiligten der Überzeugung waren, es handele sich um einen Werk- oder Dienstvertrag¹.

Der wegen fehlender Verleiherlaubnis unwirksame Leiharbeitsvertrag begründet zwischen dem Verleiher und dem LeihArbN bis zu dem Zeitpunkt der vorgesehenen Aufnahme der Tätigkeit beim Entleiher lediglich ein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis. Fällt die Verleiherlaubnis erst nach dem Abschluss des Arbeitsvertrags weg, besteht bis zu diesem Zeitpunkt ein wirksames und erst danach ein fehlerhaftes Leiharbeitsverhältnis². Fällt die Verleiherlaubnis dagegen erst nach Beginn der Arbeitsaufnahme beim Entleiher weg, entsteht das fingierte Arbeitsverhältnis zwischen LeihArbN und Entleiher erst in diesem Zeitpunkt. In den Fällen des Widerrufs, der Rücknahme oder der Nichtverlängerung der Verleiherlaubnis gilt das jedoch erst nach Ablauf der gesetzl. vorgesehenen Abwicklungsfrist in § 2 IV 4. Erhält der Verleiher die Erlaubnis erst nach dem Eintritt der gesetzl. Fiktion, werden deren Rechtsfolgen dadurch nicht wieder beseitigt³.

2. Dauer des Arbeitsverhältnisses (Abs. 1 S. 2). Wenn die Tätigkeit des LeihArbN bei dem Entleiher nur befristet vorgesehen war und ein die Befristung des Arbeitsverhältnisses sachlich rechtfertigender Grund vorlag, gilt auch das fingierte Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem LeihArbN als befristet. Damit fingiert das Gesetz eine Ausnahme zu dem Grundsatz in Abs. 1 S. 4, nach dem nicht nur für den Inhalt, sondern auch für die Dauer des fingierten Arbeitsverhältnisses die für den Betrieb des Entleihers geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen maßgeblich sind.

Die **Fiktion der Befristung** des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem LeihArbN setzt kumulativ eine Befristungsabrede zwischen Entleiher und Verleiher sowie einen sachlich rechtfertigenden Grund für diese Befristungsabrede voraus. Ursprünglich knüpfte das Gesetz dabei an die Rspr. des BAG zur Wirksamkeit von Befristungen an⁴. Die Prüfung des sachlichen Grundes richtet sich nunmehr nach § 14 I TzBfG⁵. Eine Rechtfertigung der Befristung des fingierten Arbeitsverhältnisses gem. § 14 II bis III TzBfG, dh. ohne Sachgrund, kommt wegen der klaren Regelung des Abs. 1 S. 2 nicht in Betracht⁶. Zur Wirksamkeit der Befristung bedarf es nicht der Schriftform des § 14 IV TzBfG⁷.

Liegt ein **sachlicher Grund** für die Befristung des AÜ-Vertrags vor, endet nach Abs. 1 S. 2 auch das fingierte Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem LeihArbN zu dem vereinbarten Zeitpunkt. Fehlt es an einer wirksamen Befristungsabrede, kommt ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und LeihArbN zustande. Zeitlichen Befristungen in dem AÜ-Vertrag gleichgestellt sind Zweckbefristungen⁸. Wird der Einsatz des LeihArbN über den im AÜ-Vertrag vereinbarten Zeitraum hinaus fortgesetzt, gilt das fingierte Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und LeihArbN gem. § 15 V TzBfG als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen⁹. Im Übrigen kann das fingierte Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem LeihArbN nach den allgemeinen Grundsätzen durch den Abschluss eines Aufhebungsvertrags oder die Erklärung einer Kündigung beendet werden¹⁰. Zu beachten ist, dass bei einem befristeten Arbeitsverhältnis die ordentl. Kündigung mangels anderer Abrede ausgeschlossen ist (§ 15 III TzBfG)¹¹.

3. Arbeitszeit (Abs. 1 S. 3). Für das fingierte Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem LeihArbN gilt die Arbeitszeit als vereinbart, die zwischen dem Verleiher und dem Entleiher im AÜ-Vertrag vorgesehen war. Wiederum handelt es sich um eine Ausnahme von dem Grundsatz in § 10 I 4, nach dem sich der Inhalt des fingierten Arbeitsverhältnisses nach den im Betrieb des Entleihers geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen richtet. Die **Fiktion der vereinbarten Arbeitszeit** erstreckt sich auch auf die zwischen Entleiher und Verleiher vereinbarte Tageszeit, während der der LeihArbN zum Einsatz kommen sollte. Nur so kann der LeihArbN dem Gesetzeszweck entsprechend vor unvorhersehbaren Änderungen seiner vertragl. Pflichten geschützt werden¹². Allerdings kann die Bindung des Entleihers an die Arbeitszeitregelungen in dem AÜ-Vertrag nicht weiter reichen als die des Verleihers im Rahmen des Leiharbeitsverhältnisses.

Grds. kann der Verleiher die Lage der Arbeitszeit gem. § 106 S. 1 GewO innerhalb der durch TV oder BV gezogenen Grenzen einseitig bestimmen. Durch die Fiktion des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem LeihArbN steht dieses Recht dem Entleiher zu¹³. Eine Beschränkung dieses Rechts muss ausdrücklich im Leiharbeitsvertrag vereinbart werden und entsteht nicht bereits dadurch, dass der Verleiher seine betriebsübliche Arbeitszeit zum Gegenstand des Leiharbeitsvertrags macht¹⁴.

1 Becker/Wulfgramm, § 10 AÜG Rz. 13; Sandmann/Marschall, § 10 AÜG Anm. 5. | 2 Becker/Wulfgramm, § 10 AÜG Rz. 14, 15. | 3 LAG Schl.-Holst. v. 6.4.1984 – 3(4) Sa 597/82, EzAÜG Nr. 35 zu § 10 AÜG – Fiktion. | 4 BT-Drs. VI/2303, S. 14. | 5 Boemke/Lembke, § 10 AÜG Rz. 39; Thüsing/Mengel, § 10 AÜG Rz. 37; ErfK/Wank, Einl. AÜG Rz. 6 f., § 10 AÜG Rz. 30; s. auch Böhm, RdA 2005, 360 ff. | 6 Thüsing/Mengel, § 10 AÜG Rz. 41. | 7 Ulber, § 10 AÜG Rz. 26. | 8 ArbG Oberhausen v. 9.4.1985 – 2 Ca 83/85, EzAÜG Nr. 38 zu § 10 AÜG – Fiktion. | 9 LAG BW v. 19.10.1984 – 7 Sa 28/84, EzAÜG Nr. 33 zu § 10 AÜG – Fiktion. | 10 Schüren, § 10 AÜG Rz. 97, 101. | 11 Boemke/Lembke, § 10 AÜG Rz. 43; Thüsing/Mengel, § 10 AÜG Rz. 42. | 12 Becker/Wulfgramm, § 10 AÜG Rz. 19. | 13 Schüren, § 10 AÜG Rz. 79. | 14 BAG v. 23.6.1992 – 1 AZR 57/92, AP Nr. 1 zu § 611 BGB – Arbeitszeit.

- 13 **4. Übriger Inhalt des Arbeitsverhältnisses (Abs. 1 S. 4).** Grds. gelten für den Inhalt des fingierten Arbeitsverhältnisses zwischen dem LeihArbN und dem Entleiher die für dessen Betrieb geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen. Fehlt es daran, gelten die Vorschriften und die Regelungen für vergleichbare Betriebe. Zu den Vorschriften und sonstigen Regelungen gehören alle einschlägigen arbeitsrechtl. Gesetze und VO, TV, BV und die betriebliche Übung im Entleiherbetrieb. Insoweit schreibt das Gesetz die Gleichbehandlung des LeihArbN mit den übrigen ArbN des Entleihers fest.
- 14 Das betrifft seine **Vergütung** ebenso wie alle übrigen Arbeitsbedingungen. Auch fortlaufende Sozialleistungen kann der LeihArbN unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung verlangen. Ist nur der Entleiher tarifgebunden, gelten gem. § 3 II TVG für den LeihArbN nur die tarifl. Normen über betriebliche und betriebsverfassungsrechtl. Fragen. Die übrigen Bestimmungen der einschlägigen TV gelten nach § 3 I TVG nur, wenn sowohl der Entleiher als auch der LeihArbN tarifgebunden sind¹. Sieht eine für den Entleiherbetrieb verbindliche Kollektivregelung Verfallfristen für Ansprüche auf Arbeitsentgelt vor, beginnen diese Fristen für den LeihArbN erst in dem Zeitpunkt, in dem der Entleiher seine ArbGeb-Stellung eingeräumt hat².
- 15 Das kraft gesetzl. Fiktion begründete Arbeitsverhältnis steht einem durch einen normalen Arbeitsvertrag begründeten Arbeitsverhältnis in jeder Hinsicht gleich. Der Entleiher hat, weil er kraft gesetzl. Anordnung ArbGeb ist, den Gesamt-SozV-Beitrag des LeihArbN zu entrichten³. Vereinbaren Entleiher und LeihArbN schließlich einen neuen Arbeitsvertrag, wandelt sich das fingierte Arbeitsverhältnis in ein normales um⁴. Hierbei ist § 623 BGB zu beachten⁵.
- 16 Nach Ablauf der Wartezeit erwirbt der LeihArbN auch den Anspruch auf **Kündigungsschutz** nach § 1 KSchG. Für die Erfüllung dieser Wartezeit sind indessen nur die Zeiten des fingierten Arbeitsverhältnisses anzurechnen, nicht jedoch die Zeiten, in denen der LeihArbN vor Eintritt der Fiktion des Arbeitsverhältnisses beim Entleiher beschäftigt war⁶.
- 17 **5. Mindestarbeitsentgelt (Abs. 1 S. 5).** Im Rahmen des fingierten Arbeitsverhältnisses kann der LeihArbN von dem Entleiher mindestens das Arbeitsentgelt verlangen, das er im Rahmen des Leiharbeitsvertrags mit dem Verleiher vereinbart hatte. Dieser Mindestvergütungsanspruch des LeihArbN steht ihm für die Zeit zu, in der die übliche Vergütung im Betrieb des Entleihers niedriger liegt⁷. Unter den Begriff des Arbeitsentgelts fallen **alle Vergütungsbestandteile**, die als Gegenleistung für die Arbeit des LeihArbN angesehen werden können⁸. Sind der Entleiher und der LeihArbN tarifgebunden, kann der LeihArbN das tarifl. vorgesehene Entgelt beanspruchen. Zahlt der Entleiher an seine StammArbN übertarifl. Löhne, kann der LeihArbN den gleichen Lohn im Wege der Gleichbehandlung beanspruchen. Liegt das mit dem Verleiher vereinbarte Arbeitsentgelt des LeihArbN höher, richten sich danach auch die Beiträge, die der Entleiher an gemeins. Einrichtungen der TV-Parteien abzuführen hat⁹. Als vertragl. mit dem Verleiher vereinbartes Arbeitsentgelt gilt bei Tarifbindung von Verleiher und LeihArbN der für das Leiharbeitsverhältnis vorgeschriebene Tariflohn¹⁰.
- 18 **III. Pflicht des Verleihers zum Schadensersatz (Abs. 2).** Ist der Leiharbeitsvertrag nach § 9 Nr. 1 unwirksam, kann der LeihArbN von dem Verleiher Ersatz des Schadens verlangen, den er dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut, es sei denn, er kannte den Grund für dessen Unwirksamkeit. Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung tragen, dass anstelle des in Aussicht genommenen Leiharbeitsvertrags ein völlig neues Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher zu möglicherweise stark abweichenden Bedingungen entsteht. Denn das fingierte Arbeitsverhältnis stellt keineswegs in allen Fällen ein angemessenes Äquivalent für die gesetzl. angeordnete Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags dar¹¹. Allerdings kommt es in der Praxis selten zu Vermögenseinbußen aufseiten des LeihArbN, die nicht bereits durch seinen Vergütungsanspruch aus dem fehlerhaften Leiharbeitsverhältnis abgedeckt werden¹².
- 19 Der Schadensersatzanspruch setzt voraus, dass die Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags gerade auf § 9 Nr. 1 beruht. Daher führt nicht jeder Grund für eine Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags zur Schadensersatzpflicht des Verleihers nach Abs. 2. Auch nach dem Gesetzeszweck ist es nicht geboten, den Verleiher für jede Fehlerhaftigkeit des Leiharbeitsvertrags einstehen zu lassen¹³. Allerdings kann die Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags sowohl darauf beruhen, dass der Verleiher bereits bei Vertragsabschluss über keine Verleiherlaubnis verfügte, als auch darauf, dass die ursprünglich vorhandene Erlaubnis im Verlauf des Leiharbeitsverhältnisses wegfällt. In letzterem Fall greift die Schadensersatzpflicht erst ein, wenn die Rechtswirkungen der Verleiherlaubnis enden, im Fall ihrer Rücknahme, ihres Widerrufs oder ihrer Nichtverlängerung erst nach Ablauf der gesetzl. vorgesehenen Abwicklungsfristen.

1 ErfK/Wank, § 10 AÜG Rz. 28. | 2 BAG v. 27.7.1983 – 5 AZR 194/81, AP Nr. 6 zu § 10 AÜG; LAG Rh.-Pf. v. 19.10.1999 – 10 Ta 175/99, NZA-RR 2000, 523. | 3 BGH v. 2.12.2004 – IX ZR 200/03, NJW 2005, 884. | 4 BAG v. 19.12.1979 – 4 AZR 901/77, AP Nr. 1 zu § 10 AÜG. | 5 Thüsing/Mengel, § 10 AÜG Rz. 17. | 6 BAG v. 10.5.1989 – 7 AZR 450/88, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 – Wartezeit; Thüsing/Mengel, § 10 AÜG Rz. 25, 44. | 7 BAG v. 21.7.1993 – 5 AZR 554/92, AP Nr. 10 zu § 10 AÜG. | 8 Schüren, § 10 AÜG Rz. 86; Becker/Wulfgramm, § 10 AÜG Rz. 25. | 9 LAG Hess. v. 7.6.1993 – 16 Sa 137/93, EzAÜG Nr. 92 zu § 10 AÜG – Fiktion. | 10 Becker/Wulfgramm, § 10 AÜG Rz. 28; ErfK/Wank, § 10 AÜG Rz. 24. | 11 BT-Drs. VI/2303, S. 14. | 12 Schüren, § 10 AÜG Rz. 135. | 13 BT-Drs. VI/2303, S. 19; Sandmann/Marschall, § 10 AÜG Anm. 24.

Die Schadensersatzpflicht des Verleihers ist gem. Abs. 2 S. 2 nur dann ausgeschlossen, wenn der LeihArbN **positive Kenntnis** von dem Grund für die Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags hatte. Allgemeine Vermutungen, Zweifel an der Legalität und selbst grob fahrlässige Unkenntnis des LeihArbN vom Fehlen der Verleiherlaubnis lassen die Schadensersatzpflicht nicht entfallen¹. Danach musste der LeihArbN wissen, dass er im Rahmen einer gewerbsmäßigen AÜ eingesetzt wurde, für die der Verleiher einer Erlaubnis bedurfte, und dass diese Erlaubnis dem Verleiher bereits bei Vertragsabschluss fehlte oder im Verlauf des Leiharbeitsvertrags weggefallen war.

Der LeihArbN kann vom Verleiher als Schadensersatz die Herstellung der Vermögenslage verlangen, die bestehen würde, wenn er den unwirksamen Leiharbeitsvertrag nicht eingegangen wäre und seine Arbeitskraft anderweitig eingesetzt hätte. Damit umfasst der Schadensersatzanspruch gem. Abs. 2 den **Vertrauensschaden ohne Begrenzung auf das Erfüllungsinteresse** wie etwa in den §§ 122 I, 179 II BGB.

Dementsprechend hätte der Verleiher auch die Vermögenseinbußen des LeihArbN zu ersetzen, die diesem entstehen, wenn er anstatt des Leiharbeitsverhältnisses eine höher dotierte Stelle angetreten hätte². Der Anspruch des LeihArbN umfasst auch die Schäden, die er erleidet, weil der Entleiher seinen Verpflichtungen nach Abs. 1 nicht nachkommt³. Ferner sind die Schäden zu ersetzen, die dem LeihArbN dadurch entstehen, dass sein Leiharbeitsverhältnis kraft Gesetzes endet. Der LeihArbN hat gegen den Verleiher auch einen Anspruch auf Auskunft über die Tatsachen, die er zur Durchsetzung etwaiger Ansprüche benötigt. Dazu genügt bereits der Verdacht auf eine unerlaubte AÜ⁴.

Ersatzfähige Schäden können dem LeihArbN auch dadurch entstehen, dass er es im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Leiharbeitsvertrags unterlassen hat, seine Ansprüche gegenüber dem Entleiher rechtzeitig, ggf. unter Beachtung tarifvertragl. Ausschlussfristen, schriftl. oder gerichtlich geltend zu machen⁵. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Verfallfristen für den Entgeltanspruch des LeihArbN nach Abs. 1 erst zu laufen beginnen, wenn der Entleiher seine Schuldnerstellung eingeräumt hat⁶. Da der Schadensersatzanspruch gegen den Verleiher auch den Lohnanspruch des LeihArbN umfasst und damit an dessen Stelle tritt, erwirbt der LeihArbN im Fall der Insolvenz des Verleihers einen Anspruch auf Insolvenzgeld nach § 183 SGB III⁷. Wird der Entleiher insolvent, haftet der Verleiher nach Abs. 2, wenn der LeihArbN es in Unkenntnis des fingierten Arbeitsverhältnisses unterlässt, seinen Anspruch auf Insolvenzgeld innerhalb der gesetzl. Ausschlussfrist geltend zu machen⁸.

IV. Gesamtschuldnerische Haftung von Verleiher und Entleiher (Abs. 3). Ist ein Leiharbeitsvertrag nach § 9 Nr. 1 unwirksam, zahlt der Verleiher aber gleichwohl das vereinbarte Arbeitsentgelt ganz oder teilweise an den LeihArbN, haftet er neben dem Entleiher als **Gesamtschuldner auch für sonstige Teile des Arbeitsentgelts**, die bei einem wirksamen Leiharbeitsvertrag an einen anderen zu zahlen wären. Diese sonstigen Teile des Arbeitsentgelts umfassen die Beiträge zur gesetzl. Kranken-, Renten- und ArbIV, die Beiträge zur gesetzl. Unfallversicherung, die LSt und ESt, die Beiträge zu einer freiwilligen höheren Renten- oder Krankenversicherung des LeihArbN, Beiträge zu seiner betrieblichen Altersversorgung oder vermögenswirksame Leistungen sowie gepfändete oder abgetretene Teile seines Arbeitslohnes. Dabei gelten für die Abführung des GesamtSozV-Beitrags die Sondervorschrift des § 28e II SGB IV und für die LSt die Sondervorschrift des § 42d VI EStG neben § 10 III.

Nach seinem Wortlaut setzt die Haftung des Verleihers voraus, dass er trotz der Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags das Arbeitsentgelt an den LeihArbN ganz oder teilweise ausgezahlt hat. Dabei ging der Gesetzgeber wegen der Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags davon aus, dass der illegale Verleiher zur Zahlung einer Vergütung an sich nicht verpflichtet war⁹.

Tatsächlich erwachsen jedoch aus einem unwirksamen, aber gleichwohl vollzogenen Leiharbeitsverhältnis jedenfalls für die Zeit dieses Vollzugs wechselseitige Ansprüche wie in einem wirksamen Arbeitsverhältnis. Daher muss sich die Haftung des Verleihers iSd. Abs. 3 auch auf den Zeitraum erstrecken, in dem das unwirksame Leiharbeitsverhältnis tatsächlich vollzogen wurde, ohne dass es darauf ankommt, ob er an den LeihArbN bisher tatsächlich ein Arbeitsentgelt gezahlt hat¹⁰.

Bei illegaler AÜ ist die Durchsetzung der Haftung des Entleihers für die SozV-Beiträge dann schwierig, wenn die Namen der LeihArbN nicht feststehen. Nach § 28f II SGB IV kann die Einzugsstelle den GesamtSozV-Beitrag deswegen nach der Summe der insgesamt gezahlten Arbeitsentgelte berechnen. Aufgrund der gesamtschuldnerischen Haftung von Entleiher und Verleiher hat die Einzugsstelle darüber hinaus die Wahl, an welchen der beiden Beteiligten sie sich wenden will¹¹.

V. Anspruch des LeihArbN auf Gleichstellung (Abs. 4). Ist ein Leiharbeitsvertrag nach § 9 Nr. 2, der nur auf die gewerbsmäßige AÜ Anwendung findet (§ 9 Rz. 12), unwirksam, hat der LeihArbN Anspruch auf die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren ArbN des Entleihers geltenden wesentlich Ar-

1 Schüren, § 10 AÜG Rz. 182. | 2 Schüren, § 10 AÜG Rz. 184. | 3 Becker/Wulfgramm, § 10 AÜG Rz. 45.
 4 BAG v. 11.4.1984 – 5 AZR 316/82, AP Nr. 7 § 10 AÜG. | 5 Sandmann/Marschall, § 10 AÜG Anm. 26.
 6 BAG v. 27.7.1983 – 5 AZR 194/81, AP Nr. 6 zu § 10 AÜG. | 7 BSG v. 20.3.1984 – 10 RAr 11/83, BSGE 56, 211.
 8 Becker/Wulfgramm, § 10 AÜG Rz. 45a. | 9 BT-Drs. X/318, S. 53. | 10 Schüren, § 10 AÜG Rz. 208.
 11 Sandmann/Marschall, § 10 AÜG Anm. 26b.

beitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts. Dieser verfassungsgemäße¹ gesetzl. Anspruch ist allerdings subsidiär gegenüber tarifl. Ansprüchen, die ein tarifgebundener Verleiher nicht erfüllt². Aufgrund der Bezugnahme auf § 9 Nr. 2 kommt ein Anspruch für einen zuvor arbeitslosen LeihArbN erst nach Ablauf eines Überlassungszeitraums von sechs Wochen in Betracht. Wegen der Verweisung auf § 9 Nr. 2 ist der Anspruch auf Gleichstellung ausgeschlossen, wenn sich die Arbeitsbedingungen und das Arbeitsentgelt des LeihArbN nach einem einschlägigen TV richten. Wegen der einzelnen Voraussetzungen des Gleichstellungsanspruchs, insb. der Begriffe der wesentlichen Arbeitsbedingungen und des Arbeitsentgelts, sowie wegen des Vergleichsmaßstabes s. Komm. zu § 3 I Nr. 3 Rz. 28 ff.

11 *Sonstige Vorschriften über das Leiharbeitsverhältnis*

(1) **Der Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen des Leiharbeitsverhältnisses richtet sich nach den Bestimmungen des Nachweisgesetzes. Zusätzlich zu den in § 2 Abs. 1 des Nachweisgesetzes genannten Angaben sind in die Niederschrift aufzunehmen:**

1. **Firma und Anschrift des Verleihers, die Erlaubnisbehörde sowie Ort und Datum der Erteilung der Erlaubnis nach § 1,**

2. **Art und Höhe der Leistungen für Zeiten, in denen der Leiharbeitnehmer nicht verliehen ist.**

(2) **Der Verleiher ist ferner verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer bei Vertragsschluss ein Merkblatt der Erlaubnisbehörde über den wesentlichen Inhalt dieses Gesetzes auszuhändigen. Nichtdeutsche Leiharbeitnehmer erhalten das Merkblatt und den Nachweis nach Absatz 1 auf Verlangen in ihrer Muttersprache. Die Kosten des Merkblatts trägt der Verleiher.**

(3) **Der Verleiher hat den Leiharbeitnehmer unverzüglich über den Zeitpunkt des Wegfalls der Erlaubnis zu unterrichten. In den Fällen der Nichtverlängerung (§ 2 Abs. 4 Satz 3), der Rücknahme (§ 4) oder des Widerrufs (§ 5) hat er ihn ferner auf das voraussichtliche Ende der Abwicklung (§ 2 Abs. 4 Satz 4) und die gesetzliche Abwicklungsfrist (§ 2 Abs. 4 Satz 4 letzter Halbsatz) hinzuweisen.**

(4) **§ 622 Abs. 5 Nr. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist nicht auf Arbeitsverhältnisse zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern anzuwenden. Das Recht des Leiharbeitnehmers auf Vergütung bei Annahmeverzug des Verleihers (§ 615 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) kann nicht durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden; § 615 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleibt unberührt.**

(5) **Der Leiharbeitnehmer ist nicht verpflichtet, bei einem Entleiher tätig zu sein, soweit dieser durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen ist. In den Fällen eines Arbeitskampfes nach Satz 1 hat der Verleiher den Leiharbeitnehmer auf das Recht, die Arbeitsleistung zu verweigern, hinzuweisen.**

(6) **Die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers bei dem Entleiher unterliegt den für den Betrieb des Entleihers geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Arbeitsschutzrechts; die hieraus sich ergebenden Pflichten für den Arbeitgeber obliegen dem Entleiher unbeschadet der Pflichten des Verleihers. Insbesondere hat der Entleiher den Leiharbeitnehmer vor Beginn der Beschäftigung und bei Veränderungen in seinem Arbeitsbereich über Gefahren für Sicherheit und Gesundheit, denen er bei der Arbeit ausgesetzt sein kann, sowie über die Maßnahmen und Einrichtungen zur Abwendung dieser Gefahren zu unterrichten. Der Entleiher hat den Leiharbeitnehmer zusätzlich über die Notwendigkeit besonderer Qualifikationen oder beruflicher Fähigkeiten oder einer besonderen ärztlichen Überwachung sowie über erhöhte besondere Gefahren des Arbeitsplatzes zu unterrichten.**

(7) **Hat der Leiharbeitnehmer während der Dauer der Tätigkeit bei dem Entleiher eine Erfindung oder einen technischen Verbesserungsvorschlag gemacht, so gilt der Entleiher als Arbeitgeber im Sinne des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen.**

1 **I. Normzweck.** Zum Schutz des LeihArbN enthält das Gesetz besondere Bestimmungen über den Inhalt und die Form des Leiharbeitsverhältnisses als Ergänzung zu den §§ 9, 10. Durch eine Reihe von Informations- und Hinweispflichten des Verleihers wird die Stellung des LeihArbN verbessert. Dazu wird dem Verleiher der Rückgriff auf einige arbeitsvertragl. Gestaltungsmöglichkeiten durch die Verkürzung von Kündigungsfristen oder die Abwälzung des Betriebsrisikos verwehrt. Im Fall von Arbeitskämpfen steht dem ArbN ein Leistungsverweigerungsrecht zu. Schließlich ist der Entleiher dem LeihArbN gegenüber für die Einhaltung der öffentl.-rechtl. Arbeitsschutzvorschriften in seinem Betrieb und für Vergütungsansprüche verantwortlich, die dem LeihArbN aufgrund von Erfindungen oder technischen Verbesserungsvorschlägen im Entleiherbetrieb zustehen.

2 Die Bestimmungen in § 11 sind nur auf die gewerbsmäßige AÜ anwendbar. Insoweit gehen sie den Regelungen des NachwG vor, die für andere Leiharbeitsverhältnisse und die übrigen Arbeitsverhältnisse gelten³.

1 BVerfG v. 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03, NZA 2005, 153. | 2 Schüren, § 10 AÜG Rz. 288. | 3 Sandmann/Marschall, § 11 AÜG Anm. 3; Schüren, § 11 AÜG Rz. 16; Grüneberger, NJW 1995, 2809; Birk, NZA 1996, 281; aA Becker/Wulfgramm, § 11 AÜG Rz. 5.

77 Durchführung gemeinsamer Beschlüsse, Betriebsvereinbarungen

(1) Vereinbarungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber, auch soweit sie auf einem Spruch der Einigungsstelle beruhen, führt der Arbeitgeber durch, es sei denn, dass im Einzelfall etwas anderes vereinbart ist. Der Betriebsrat darf nicht durch einseitige Handlungen in die Leitung des Betriebs eingreifen.

(2) Betriebsvereinbarungen sind von Betriebsrat und Arbeitgeber gemeinsam zu beschließen und schriftlich niederzulegen. Sie sind von beiden Seiten zu unterzeichnen; dies gilt nicht, soweit Betriebsvereinbarungen auf einem Spruch der Einigungsstelle beruhen. Der Arbeitgeber hat die Betriebsvereinbarungen an geeigneter Stelle im Betrieb auszulegen.

(3) Arbeitsentgelte oder sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, können nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Dies gilt nicht, wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt.

(4) Betriebsvereinbarungen gelten unmittelbar und zwingend. Werden Arbeitnehmern durch die Betriebsvereinbarung Rechte eingeräumt, so ist ein Verzicht auf sie nur mit Zustimmung des Betriebsrats zulässig. Die Verwirkung dieser Rechte ist ausgeschlossen. Ausschlussfristen für ihre Geltendmachung sind nur insoweit zulässig, als sie in einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung vereinbart werden; dasselbe gilt für die Abkürzung der Verjährungsfristen.

(5) Betriebsvereinbarungen können, soweit nichts anderes vereinbart ist, mit einer Frist von drei Monaten gekündigt werden.

(6) Nach Ablauf einer Betriebsvereinbarung gelten ihre Regelungen in Angelegenheiten, in denen ein Spruch der Einigungsstelle die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzen kann, weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden.

I. Die Betriebsvereinbarung	1	15. Besonderheiten bei Betriebsübergang und Umwandlung	69
1. Begriff und Rechtsnatur	1	a) Übertragung eines Betriebs unter Wahrung seiner Identität	69
2. Rechtswirkungen der Betriebsvereinbarung	2	b) Fortbestand des Betriebs als Gemeinschaftsbetrieb	70
3. Mitbestimmte/teilmitbestimmte und freiwillige Betriebsvereinbarung	8	c) Spaltung eines Betriebs und Übertragung eines Betriebsteils	71
4. Kennzeichnung der Vereinbarung mit Arbeitsgruppe nach § 28a	9	d) Zusammenschluss von Betrieben	75
5. Zustandekommen von Betriebsvereinbarungen	10	e) Ablösung durch andere Vereinbarung	76
6. Auslegung einer Betriebsvereinbarung	22	f) Beendigung der Betriebsvereinbarung im Zusammenhang mit Übergang	78
7. Reichweite der Regelungskompetenz	23	g) Besonderheiten für Gesamtbetriebsvereinbarungen	79
8. Kündigung einer Betriebsvereinbarung	34	h) Besonderheiten für Konzernbetriebsvereinbarungen	82
9. Sonstige Beendigungsgründe	39	16. Unternehmensinterne Veränderungen/Bildung und Auflösung eines gemeinsamen Betriebs	83
10. Wegfall der Geschäftsgrundlage	43	17. Rechtsfolgen von Abschlussmängeln bei einer Betriebsvereinbarung	84
11. Nachwirkung der Betriebsvereinbarung	44	a) Nichtigkeit/Unwirksamkeit von Betriebsvereinbarungen	85
12. Verhältnis der Betriebsvereinbarung zu höherrangigem Recht	47	b) Umdeutung einer Betriebsvereinbarung	88
a) Grundgesetz und einfache Gesetze	47	c) Anfechtung einer Betriebsvereinbarung	90
b) Bedeutung des Tarifvorrangs	48	18. Gerichtliche Klärung von Zweifelsfragen	91
13. Verhältnis der Betriebsvereinbarung zu anderen Betriebsvereinbarungen	54	II. Die Regelungsabrede	97
a) Verhältnis zwischen gleichrangigen Betriebsvereinbarungen	54	1. Inhalt und rechtliche Bedeutung	97
b) Verhältnis zwischen Betriebsvereinbarung, Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarung	58	2. Beendigung einer Regelungsabrede	102
14. Verhältnis zwischen Betriebsvereinbarung und Arbeitsvertrag	59	3. Rechtsfolgen einer Reorganisation, eines Betriebsübergangs oder einer Umwandlung	104
a) Grundsatz	59		
b) Ablösung betrieblicher Einheitsregelungen durch Betriebsvereinbarung	62		
c) Betriebsvereinbarungsoffene Arbeitsverträge	68		

I. Die Betriebsvereinbarung. 1. Begriff und Rechtsnatur. Die BV ist ein privatrechtl. Normenvertrag¹ zwischen ArbGeb und BR im Rahmen der gesetzl. Aufgaben des BR für die von ihm repräsentierte Belegschaft (vgl. § 5 Rz. 2 ff., 45 ff.) zur Regelung von Rechten und Pflichten in Bezug auf Inhalt, Abschluss oder Beendigung von Arbeitsverhältnissen oder zur Klärung betrieblicher und betriebsverfassungsrechtl. Fragen². Für den BR ist die BV das wohl wichtigste Mittel zur Wahrnehmung der Mitbest.

¹ BAG v. 1.8.2001 – 4 AZR 82/00, NZA 2002, 41 (43); BVerfG v. 23.4.1986 – 2 BvR 487/80, DB 1987, 279; Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille, S. 317. ² BAG v. 1.8.2001 – 4 AZR 82/00, NZA 2002, 41 (43); GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rz. 35 f.; HSWG/Worzalla, § 77 BetrVG Rz. 3; Richardi/Richardi, § 77 BetrVG Rz. 23 ff.; Hromadka/Maschmann, Rz. 354; abw. noch die Vereinbarungstheorie von Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts S. 350 ff.; Neumann-Duesberg, RdA 1962, 404 (409 f.), bzw. die Satzungstheorie von Herschel, RdA 1948, 47 (49); Bogs, RdA 1956, 1 (5).

- 2 **2. Rechtswirkungen der Betriebsvereinbarung. Normative Wirkung:** Die BV hat normative Wirkung für die Arbeitsvertragsparteien. Im Gegensatz zur Regelungsabrede (vgl. Rz. 97 ff.) wirkt sie insoweit unmittelbar und zwingend und kann nicht durch Einzelabsprachen zum Nachteil der ArbN abbedungen werden, wenn die betriebl. Sozialpartner die Abweichung nicht ausdrücklich oder in Form einer Öffnungsklausel zugelassen haben¹. Eingehend zum Verhältnis zwischen BV und Arbeitsvertrag vgl. Rz. 59 ff. Diese Wirkung ist auch dann gegeben, wenn sich die Betriebsparteien in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten nicht einigen und die Einigung durch Spruch der Einigungsstelle ersetzt wird².
- 3 Der ArbN kann während und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur mit Zustimmung des BR auf Ansprüche aus einer BV verzichten (Abs. 4 S. 2)³, sofern die Vereinbarung nicht günstiger ist⁴. Dies gilt auch für Vereinbarungen in einem Vergleich⁵. Andernfalls ist der Verzicht nichtig (§ 134 BGB). Zulässig ist nur der Tatsachenvergleich, durch den ein Streit über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Anspruchs durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird⁶. Die Zustimmung des BR zu einem Verzicht kann formlos erfolgen, ist aber an einen ordnungsgemäßen Beschluss geknüpft und muss einzelfallbezogen erklärt werden. Entsprechend §§ 182 ff. BGB kann sie als Einwilligung oder Genehmigung erfolgen. Damit kann sie zwar auch mündlich oder durch konkludentes Verhalten erklärt werden⁷. Kein Verzicht, wenn BR (nur) eine neutrale Haltung einnimmt bzw. schweigt⁸.
- 4 Die Verwirkung von Ansprüchen aus einer BV ist ausgeschlossen. Denkbar ist aber, dass Ansprüche aus anderen Gründen nicht (mehr) geltend gemacht werden können⁹. Ausschlussfristen mit Wirkung für Ansprüche aus einer BV können – wie auch eine Verlängerung der Verjährungsfrist – nur durch TV oder BV vorgegeben werden¹⁰. Dabei müssen allerdings die allgemeinen Nichtigkeitsregelungen des BGB (insb. Sittenwidrigkeit) berücksichtigt werden. Der Umstand, dass unterschiedliche Fristen für die erste Stufe (Geltendmachung im Arbeitsverhältnis) und die zweite Stufe (gerichtliche Geltendmachung) festgesetzt werden, begründet noch keine Unwirksamkeit. Dies gilt sogar bei Fristen von einem Monat¹¹. §§ 305 ff. BGB gelten nicht (vgl. Rz. 21).
- 5 **Schuldrechtliche Wirkung:** Nach hM enthält die BV regelmäßig auch einen schuldrechtl. Teil, in dem über die bloße Wiedergabe der gesetzl. Verpflichtung zur Umsetzung der BV hinaus Vereinbarungen zwischen ArbGeb und BR über ihr Verhalten gegenüber der jeweils anderen Partei und/oder Dritten getroffen werden¹². Beispiele: Pflicht zu Neuverhandlungen bei Kündigung, Einbeziehung einer Schlichtungsstelle bei Auslegungsschwierigkeiten, Verzicht auf alternative – in der BV nicht geregelte – Maßnahmen¹³, Pflicht des ArbGeb zur Vereinbarung bestimmter Arbeitsbedingungen (hier: feste Arbeitszeiten statt KAPOVAZ) bei Neueinstellungen¹⁴.
- 6 Auch ohne gesonderte Vereinbarung sind die Parteien der BV zu ihrer Durchführung verpflichtet (§ 77 I 1). In entsprechender Weise kann die Durchführung eines Einigungsstellenspruchs durchgesetzt werden, sobald die Frist zur Anfechtung abgelaufen ist¹⁵. Beide Seiten können deshalb bei einem Verstoß im Beschlussverfahren, ggf. im Wege der einstw. Verfügung, die Verurteilung zur Vornahme „pflichterfüllender“ bzw. zum Unterlassen vereinbarungswidriger Handlungen geltend machen¹⁶. Der BR kann dies selbst dann, wenn sich der ArbGeb bereits länger vereinbarungswidrig verhält und der BR dies zunächst hingenommen hat¹⁷. Eine grobe Verletzung der Pflichten aus der BV ist entgegen § 23 III nicht erforderlich; BR tritt als Partei der BV auf¹⁸. Hinzu kommt, dass die Zusicherung des ArbGeb nach einer groben Pflichtverletzung, sich künftig vereinbarungsgetreu zu verhalten, die Wiederholungsgefahr nicht beseitigt¹⁹. Grobe Missachtung ist nur erforderlich, wenn im Betrieb vertretene Gewerkschaft den ArbGeb gem. § 23 III auf Erfüllung in Anspruch nimmt²⁰. Voraussetzung für den Durchsetzungsanspruch ist indes eine normative Geltung der BV. Wenn sie zB nach Betriebsübergang gem. § 613a BGB nur noch als Bestandteil des Arbeitsvertrags zur Anwendung kommt und – falls Regelungen zum Nachteil des ArbN in Rede stehen – die 1-Jahres-Frist abgelaufen ist (vgl. Rz. 69, 72 ff.), kann sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Die steht dann dem Durchführungsanspruch entgegen²¹.

1 GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rz. 229, 269; DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 42. | 2 Richardi/Richardi, § 77 BetrVG Rz. 39. | 3 BAG v. 31.7.1996 – 10 AZR 138/96, BB 1997, 882 (883); DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 43. | 4 BAG v. 30.3.2004 – 1 AZR 85/03, NZA 2004, 1183. | 5 DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 43; Richardi/Richardi, § 77 BetrVG Rz. 168. | 6 Vgl. BAG v. 31.7.1996 – 10 AZR 138/96, DB 1997, 882 (883); vgl. auch für entsprechende tarifliche Ansprüche BAG v. 20.8.1980 – 5 AZR 955/78, DB 1981, 222 (223); v. 5.11.1997 – 4 AZR 682/95, DB 1998, 579. | 7 BAG v. 3.6.1997 – 3 AZR 25/96, NZA 1998, 382 (384). | 8 BAG v. 3.6.1997 – 3 AZR 25/96, NZA 1998, 382 (384). | 9 GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rz. 281 ff. | 10 BAG v. 9.4.1991 – 1 AZR 406/90, NZA 1991, 734 (735). | 11 Vgl. BAG v. 27.2.2002 – 9 AZR 543/00, BB 2002, 2285 ff. | 12 BAG v. 10.11.1987 – 1 ABR 55/86, NZA 1988, 255; v. 13.10.1987 – 1 ABR 51/86, NZA 1988, 253 (254); Fitting, § 77 BetrVG Rz. 50; Richardi/Richardi, § 77 BetrVG Rz. 59 ff.; abl. GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rz. 187; Birk, ZfA 1986, 73 (79), die in Abs. 4 S. 1 ein „stets und im Ganzen“ hineinlesen. | 13 Vgl. BAG v. 10.11.1987 – 1 ABR 55/86, NZA 1988, 255. | 14 BAG v. 13.10.1987 – 1 ABR 51/86, NZA 1988, 253. | 15 Vgl. LAG Frankfurt v. 24.11.1987 – 5 Ta BV Ga 142/87, BB 1988, 1461. | 16 Vgl. BAG v. 18.4.1989 – 1 ABR 3/88, DB 1989, 1978 (1979); v. 29.4.2004 – 1 ABR 30/02, NZA 2004, 670 (674). | 17 LAG Frankfurt v. 12.7.1988 – 5 Ta BV Ga 89/88, AiB 1988, 288; LAG BW v. 11.7.2002 – 2 Ta BV 2/01, BB 2002, 1751 ff. m. Anm. Bayreuther. | 18 BAG v. 23.6.1992 – 1 ABR 11/92, DB 1992, 2450 (2451). | 19 BAG v. 23.6.1992 – 1 ABR 11/92, DB 1992, 2450. | 20 BAG v. 29.4.2004 – 1 ABR 30/02, NZA 2004, 670 (678). | 21 Vgl. Gaul, B., Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 246 f.

Ein Recht des BR zur eigenhändigen Durchsetzung einer BV besteht nicht (Abs. 1 S. 2); sie kann indes vereinbart werden¹. Insbesondere kann der BR keine Weisungen gegenüber ArbN aussprechen; ein Widerruf von Anordnungen des ArbGeb ist unzulässig. Zuwiderhandlungen durch den BR oder einzelne Mitglieder können einen wichtigen Grund zur außerordentl. Kündigung der betroffenen Mitglieder darstellen, Schadensersatzansprüche begründen oder zu einer Auflösung des BR oder der Amtsenthebung einzelner Mitglieder führen². Der BR kann aber die allgemeinen Vollzugs-, Informations- und Überwachungsrechte (zB § 80 I Nr. 1, II) geltend machen.

3. Mitbestimmte/teilmittelbestimmte und freiwillige Betriebsvereinbarung. Insbesondere mit Blick auf die Frage ihrer Erzwingbarkeit, der Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen BR, Gesamt- und KonzernBR (vgl. § 50 Rz. 2 ff., § 58 Rz. 2 ff.), ihre Kündigung und die Frage der Nachwirkung (vgl. Rz. 44) ist zwischen mitbestimmten, teilmittelbestimmten und freiwilligen BV zu unterscheiden. BV, die in einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit abgeschlossen werden, bei der die fehlende Einigung zwischen ArbGeb und BR durch Beschluss der Einigungsstelle ersetzt werden kann (erzwingbare BV), bezeichnet man als „mitbestimmte“ BV³. Beispiel: BV nach §§ 87, 94 f., 97 II oder Sozialplan nach § 112. Nicht erzwingbare BV werden entsprechend als „freiwillige BV“ bezeichnet. Beispiel: Vereinbarungen nach §§ 88, 92a. Teilmittelbestimmte BV sind Vereinbarungen über Angelegenheiten, die zum Teil mitbestimmungspflichtig, zum Teil aber auch der Mitbest. des BR entzogen sind. Beispiel: BV über Sonderbonus, übertarifliche Zahlungen, Altersversorgung. Hier kann ArbGeb mitbestimmungsfrei über die Dotierung, den Zweck der Zuwendung und den Adressatenkreis entscheiden, während der BR nach § 87 I Nr. 10 im Hinblick auf die Verteilungsgrundsätze ein volles MitbestR hat (vgl. § 87 Rz. 178 ff.).

4. Kennzeichnung der Vereinbarung mit Arbeitsgruppe nach § 28a. Soweit § 77 auf Vereinbarungen entsprechende Anwendung findet, die zwischen ArbGeb und Arbeitsgruppe nach § 28a abgeschlossen werden, ist den Vereinbarungen – vergleichbar mit § 112 I 3, 4 – der Charakter einer BV zuzuerkennen⁴. Das Verhältnis zwischen BV und Vereinbarung nach § 28a entspricht also dem Verhältnis von BV zueinander (vgl. Rz. 54 ff.). Damit verdrängt die speziellere Vereinbarung nach § 28a die BV, soweit die Arbeitsgruppe durch die Rahmenvereinbarung zum Abschluss solcher Vereinbarungen berechtigt wird⁵. Durch BV kann eine vorangehende Vereinbarung nach § 28a geändert werden. Ein vorheriger Widerruf der Delegation⁶ gilt mit Abschluss der nachfolgenden BV – auch ohne explizite Erwähnung – als konkludent erklärt⁷. Eine gekündigte Gruppenvereinbarung entfaltet Nachwirkung entsprechend § 77 VI; es kommt also auf die Art der Angelegenheit an⁸.

5. Zustandekommen von Betriebsvereinbarungen. Allgemeines: Soweit § 77 II 1 von einem gemeinsamen Beschluss von ArbGeb und BR spricht, ist das Zustandekommen der BV nicht an eine gemeinsame Abstimmung geknüpft. Erforderlich sind aber zwei übereinstimmende Willenserklärungen beider Parteien, gerichtet auf den Abschluss einer BV. Der BR, vertreten nach § 26 II, äußert seinen Willen auf der Grundlage eines ordnungsgem. Beschlusses⁹. Ist der BR-Beschluss unwirksam¹⁰ oder überschreitet der Vorsitzende die ihm durch Beschluss eingeräumte Vertretungsmacht¹¹, ist die BV unwirksam. Sie kann aber nachträgl. genehmigt werden¹². Dies gilt auch dann, wenn der ArbGeb keine Kenntnis von dem Fehler hatte. Die Bewertung der Rechtsfolgen eines fehlerhaften BR-Beschlusses im Rahmen von § 102 (vgl. § 102 Rz. 82) kann auf das Zustandekommen einer normativen Vereinbarung nicht übertragen werden.

Die Befugnis zum Abschluss von BV besteht auch während des Übergangs- und Restmandats nach §§ 21a, 21b. Im Rahmen ihrer Zuständigkeit können auch Gesamt- oder KonzernBR¹³ sowie ArbN-Vertretungen nach § 3 I Nr. 1–3 BV abschließen. Zum Verhältnis dieser BV zueinander vgl. Rz. 58. Die ArbN-Vertreter nach § 3 I Nr. 4, 5, die Vertreter der Jugend und Auszubildenden, die Betriebsversammlung oder der SprAu leitender Angestellter können nicht Partei einer BV sein. ArbGeb und SprAu können allerdings die normative Wirkung einer Richtlinie vereinbaren¹⁴. Dieser Wille muss indes deutlich erkennbar sein; die bloße Beteiligung des SprAu an einer BV genügt nicht.

1 BAG v. 24.4.1986 – 6 AZR 607/83, NZA 1987, 100: Führen einer Betriebskantine oder Organisation eines Betriebsausflugs. | 2 Ausf. Richardi/Richardi, § 77 BetrVG Rz. 10 ff. | 3 BAG v. 10.8.1994 – 10 ABR 61/93, DB 1995, 480. | 4 Krit. Richardi/Annus, DB 2001, 41 (44 Fn. 33; abl. DKK/Wedde, § 28a BetrVG Rz. 57; Malloke, AiB 2001, 625 (628), die die Gruppenvereinbarung nachrangig zur BVEinordnen. | 5 So auch Neef, NZA 2001, 361 (363); Wendeling-Schröder, NZA Sonderheft 2001, 29 (33); Natzel, DB 2001, 1362 (1363); Fitting, § 77 BetrVG § 28a Rz. 34; Stege/Weinspach/Schiefer, § 28a BetrVG Rz. 17; aA Malloke, AiB 2001, 625 (627 f.), die das Günstigkeitsprinzip anwendet. | 6 So Stege/Weinspach/Schiefer, § 28a BetrVG Rz. 17; Engels/Trebingen/Löhr-Steinhaus, DB 2001, 532 (537). | 7 Ebenso Richardi/Thüsing, § 28a Rz. 28. | 8 Neef, NZA 2001, 361, (363); Natzel, DB 2001, 1362, (1363); aA DKK/Wedde, § 28a BetrVG Rz. 65. | 9 Fitting, § 77 BetrVG Rz. 18; DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 29. | 10 ArbG Heilbronn v. 13.6.1989 – 4 Ca 116/89, AiB 1989, 351 f. | 11 BAG v. 15.12.1961 – 1 AZR 207/59, AP Nr. 1 zu § 615 BGB – Kurzarbeit; v. 24.2.2000 – 8 AZR 180/99, DB 2000, 1287. | 12 BAG v. 15.12.1961 – 1 AZR 207/59, AP Nr. 1 zu § 615 BGB – Kurzarbeit; v. 24.2.2000 – 8 AZR 180/99, DB 2000, 1287; LAG Nürnberg v. 23.9.1997 – 6 Sa 242/96, AiB 1998, 162; Fitting § 33 BetrVG Rz. 57. | 13 DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 28; Richardi/Richardi, § 77 BetrVG Rz. 31; Fitting, § 77 BetrVG Rz. 18. | 14 GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rz. 39; Fitting, § 77 BetrVG Rz. 27; Oetker, ZfA 1990, 43, (83 ff.); DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 28.

- 12 Der SprAu muss vor Abschluss von BV angehört werden (§ 2 I 2 SprAuG). Wirksamkeitsvoraussetzung ist dies nicht¹.
- 13 Die Initiative zum Abschluss einer BV können ArbGeb und BR gleichermaßen ergreifen. Nur bei mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten kann eine Regelung, ggf. durch Spruch der Einigungsstelle, erzwungen werden². Die darin liegende Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit ist als verhältnismäßige Konsequenz der gesetzl. Anerkennung der Mitbest. hinzunehmen³.
- 14 **Schriftform:** Gemäß § 77 II bedarf die BV für ihr Wirksamwerden zwingend der Schriftform⁴. Textform (§ 126b BGB) genügt nicht; die elektronische Form nach § 126a II BGB dürfte wegen der fehlenden technischen Voraussetzungen (qualifizierte elektronische Signatur von ArbGeb und BR) ohne Bedeutung sein⁵.
- 15 ArbGeb und BR müssen eigenhändig auf derselben Urkunde unterzeichnen⁶. Der Austausch gleich lautender Urkunden ist abweichend von § 126 II 2 BGB unzureichend⁷. Damit genügt die Unterzeichnung einer Kopie eines BR-Beschlusses durch den ArbGeb selbst dann nicht, wenn alle BR-Mitglieder das Original unterzeichnet haben⁸. Abweichend von §§ 126, 766 BGB⁹ brauchen Regelungen, auf die Bezug genommen wird, nicht ihrerseits in der BV wiederholt oder als Anlage beigefügt zu werden, wenn sie selbst schriftl. getroffen wurden. Beispiel: TV¹⁰ oder bereits bekannt gegebene Gesamtzusage¹¹, Richtlinien und Erlasse¹². Zur dyn. Bezugnahme vgl. Rz. 53. Dies gilt auch für Anlagen, die nicht unterzeichnet werden müssen. Es genügt, wenn darauf in der BV Bezug genommen wird und die Einbeziehung auch äußerlich – etwa durch ein Zusammenheften – erkennbar wird¹³. Ohne feste körperliche Verbindung kann sich ihre Einbeziehung auch aus fortlaufender Paginierung, fortlaufender Nummerierung der einzelnen Vorschriften, einheitlicher grafischer Gestaltung, einheitlichem Textzusammenhang oder aus sonstigen vergleichbaren Merkmalen ergeben¹⁴.
- 16 Wegen der normativen Wirkung muss der beiderseitige Wille, eine BV abzuschließen, in der Vereinbarung erkennbar werden. Daran fehlt es zB bei einem gemeins. unterzeichneten Rundschreiben¹⁵ oder einer Kurzarbeitsanzeige¹⁶, wobei die Möglichkeit der Umdeutung in eine Regelungsabrede bleibt (vgl. Rz. 88). Ein Sitzungs- bzw. Verhandlungsprotokoll kann BV sein, wenn die darin getroffene Vereinbarung von beiden Parteien beschlossen und schriftl. niedergelegt worden ist¹⁷. Wenn damit in einzelvertragl. Rechte der ArbN eingegriffen werden soll, muss dies aber deutlich erkennbar sein. Eine Protokollnotiz, die nur „beiläufig“ entsprechende Ausführungen enthält, soll im Zweifel keine ablösende BV sein¹⁸. Ist eine Vereinbarung der betrieblichen Sozialpartner auch durch die Gewerkschaft unterzeichnet, liegt regelmäßig nur ein Firmen- oder HausTV vor, wenn die Vereinbarung andernfalls wegen Verstoßes gegen § 77 III unwirksam wäre¹⁹.
- 17 Ein Anspruch auf Unterzeichnung einer BV besteht nicht, selbst wenn mündlich dem Verhandlungsergebnis zugestimmt wurde und eine entsprechende Beschlussfassung durch den BR erfolgt ist²⁰. Die BV wird erst mit wechselseitiger Unterzeichnung wirksam. Die fehlende Zustimmung kann allenfalls nur durch Einigungsstellenspruch ersetzt werden.
- 18 **Sprache:** Die Sprache des Betriebsverfassungsrechts ist nicht notwendig Deutsch²¹; BV in anderen Sprachen (zB Englisch) sind wirksam. Allerdings kann aus § 75 ein Übersetzungsanspruch entstehen, wenn ein Teil der Mitarbeiter die Fremdsprache nicht beherrscht²².
- 19 **Bekanntgabe der BV:** Gemäß Abs. 2 S. 3 muss der ArbGeb die BV an geeigneter Stelle im Betrieb auslegen. Entgegen abweichender Stimmen²³ handelt es sich dabei nur um eine Ordnungsvorschrift. Ihre Beachtung ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung²⁴. Verstoß gegen die Auslegungspflicht begründet keinen Schadensersatzanspruch²⁵. Dies gilt auch für den Bereich der Altersversorgung²⁶. Andernfalls wäre es für ArbGeb möglich, einseitig das Wirksamwerden einer BV zu verhindern oder zu verzögern. Die

1 *Fitting*, § 77 BetrVG Rz. 28; *DKK/Berg*, § 77 BetrVG Rz. 28. | 2 Vgl. BAG v. 4.3.1986 – 1 ABR 15/84, DB 1986, 1395. | 3 Vgl. BAG v. 4.3.1986 – 1 ABR 15/84, DB 1986, 1395 (1397). | 4 BAG v. 3.6.1997 – 3 AZR 25/96, NZA 1998, 382 (384); v. 11.11.1986 – 3 ABR 74/85, NZA 1987, 449. | 5 *Richardi/Richardi*, § 77 BetrVG Rz. 33. | 6 BAG v. 11.11.1986 – 3 ABR 74/85, NZA 1987, 449. | 7 *Richardi/Richardi*, § 77 BetrVG Rz. 38. | 8 LAG Berlin v. 6.9.1991 – 2 Ta BV 3/91, DB 1991, 2593 (2593); HSWG/*Worzalla*, § 77 BetrVG Rz. 118. | 9 Vgl. nur BGH v. 13.11.1963 – V ZR 8/62, BGHZ 40, 255 (263). | 10 Vgl. BAG v. 27.3.1963 – 4 AZR 72/62, DB 1963, 902; v. 23.6.1992 – 1 ABR 9/92, NZA 1993, 229. | 11 BAG v. 3.6.1997 – 3 AZR 25/96, NZA 1997, 382 (383). | 12 BAG v. 2.2.1959 – 2 AZR 275/58, BAGE 7, 220 (221 f.); v. 23.9.1981 – 4 AZR 569/79, DB 1982, 608. | 13 BAG v. 11.11.1986 – 3 ABR 74/85, NZA 1987, 449. | 14 BGH v. 24.9.1997 – XII ZR 234/95, NJW 1998, 58; v. 7.5.1998 – 2 AZR 55/98 DB 1998, 1770; offenbar strenger BAG v. 6.12.2001 – 2 AZR 422/00, NZA 2002, 999. | 15 LAG Düsseldorf v. 3.2.1977 – 7 Sa 327/76, DB 1977, 1954. | 16 BAG v. 12.2.1991 – 2 AZR 415/90, DB 1991, 1990 (1991). | 17 BAG v. 20.12.1961 – 4 AZR 213/60, DB 1962, 409. | 18 BAG v. 9.12.1997 – 1 AZR 330/97, NZA 1998, 609, (611). | 19 BAG v. 7.11.2000 – 1 AZR 175/00, NZA 2001, 727 ff. | 20 LAG Berlin v. 6.9.1991 – 2 Ta BV 3/91, DB 1991, 2593. | 21 Vgl. LG Düsseldorf v. 16.3.1999 – 36 T 3/99, GmbHR 1999, 609. | 22 *Diller*, DB 2000, 718 (722). | 23 So *Zöllmer/Loritz*, § 46 II 2; *Heinze*, NZA 1994, 580 (582); *Preis/Lindemann*, Anm. zu EuGH v. 8.2.2001 – Rs. C-350/99, EAS RL 91/533/EWG Art. 2 Nr. 2, 18. | 24 Vgl. für die entsprechende Auslegungspflicht bei Tarifverträgen: BAG v. 23.1.2002 – 4 AZR 56/01, NZA 800 (804); *DKK/Berg*, §§ 77 BetrVG Rz. 33; *GK-BetrVG/Kreutz*, § 77 Rz. 50 ff., 52; *Fitting*, § 77 BetrVG Rz. 25. | 25 BAG v. 23.1.2002 – 4 AZR 56/01, NZA 800, (805); aA *Kempen/Zachert*, TVG § 8 Rz. 6 ff., *Löwisch/Rieble*, TVG § 8 Rz. 12 ff.; *Koch*, FS Schaub, S. 421 (430). | 26 Abw. *Fischer*, BB 2000, 354 (360 ff.).

ArbN-Interessen werden idR dadurch gewahrt, dass der ArbN – wenn auch im Arbeitsvertrag entgegen § 2 I 2 Nr. 10 bzw. III NachwG keine Bezugnahme auf die BV erfolgt ist – aus §§ 241 II, 280 I, II, 286, 611 BGB iVm. diesen Regeln des NachwG einen Anspruch auf Ersatz des ihm aus der Nichtbeachtung entstehenden Schadens hat¹. Beispiel: Nichtbeachtung der in der BV festgelegten Ausschlussfrist². Andernfalls würde ein Widerspruch zu §§ 305 II, 310 IV 2 BGB geschaffen. Danach ist der ArbGeb nicht verpflichtet, dem ArbN die Möglichkeit einer Kenntnisnahme der im Formulararbeitsvertrag in Bezug genommenen Regelwerke zu verschaffen. Im Übrigen ist der BR berechtigt, selbst auf die BV hinzuweisen bzw. ihre Bekanntgabe vorzunehmen (vgl. § 80 I 1).

Die Auslegung muss allen ArbN ermöglichen, den Inhalt der BV ohne besondere Mühe zur Kenntnis zu nehmen. Dabei genügt es entsprechend § 8 TVG, wenn dem ArbN die Möglichkeit eines Einblicks verschafft wird. Ein „Aushändigen“ ist nicht erforderlich³. Wenn alle ArbN über einen Bildschirm die Möglichkeit der Einsichtnahme besitzen, können BV auch in elektronischer Form im Intranet bekannt gegeben werden⁴. Dies kann auch durch allgemein zugängliche Terminals erfolgen.

AGB-Kontrolle von BV: BV sind von der AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht⁵ ausgeschlossen (§ 310 IV 1 BGB). Grundsätzlich erfolgt eine Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB auch dann nicht, wenn die BV ihrem Wortlaut nach zum Inhalt des Arbeitsvertrags gemacht wird (§§ 307 III, 310 IV 3 BGB). Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn im Formulararbeitsvertrag von einer BV abweichende Vereinbarungen getroffen werden oder wenn auf BV Bezug genommen wird, die ihrem Geltungsbereich nach das Arbeitsverhältnis eigentlich nicht erfassen. Beispiel: Bezugnahme auf BV einer anderen Konzerngesellschaft. Dies gilt erst recht, wenn nur auf einen Teil einer BV verwiesen wird. Da der in der BV insgesamt gefundene Interessenausgleich nicht übernommen wird, gibt es hier keine Vermutung der materiellen Richtigkeit. Bei einer Bezugnahme auf betriebsfremde Regelwerke steht außerdem zu besorgen, dass die Interessen der betroffenen ArbN durch den anderen BR schon wegen der anderweitigen Zusammensetzung und der verschiedenen Verhandlungsstärke nicht angemessen berücksichtigt werden. Allerdings rechtfertigt dies nicht, die materielle Angemessenheit der in der BV geregelten Leistungen zu bewerten. Eine solche „Preiskontrolle“ sollte durch §§ 310 IV, 307 III BGB nicht eröffnet werden. Andernfalls würde damit eine faktische Pflicht zur Umsetzung von BV auch außerhalb ihres Geltungsbereichs geschaffen; bei TV läge ein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit vor⁶.

6. Auslegung einer Betriebsvereinbarung. Die Auslegung der BV folgt den Grundsätzen der Gesetzesauslegung⁷. Damit ist zunächst vom Wortlaut auszugehen, wobei der maßgebliche Sinn zu erforschen ist, ohne am Buchstaben zu haften. Der Wille der betrieblichen Sozialpartner ist grds. nur insoweit zu berücksichtigen, als er in den Vorschriften seinen Niederschlag gefunden hat. Abzustellen ist stets auf Gesamtzusammenhang und Systematik der Regelung, weil diese dokumentierte Anhaltspunkte für den wirklichen Willen der Vertragsparteien enthalten und so Sinn und Zweck der Normen zutreffend ermittelt werden können. So können etwa Sitzungsniederschriften, Protokollnotizen oder gemeins. – auch nachträgliche – Erklärungen der Betriebsparteien von Bedeutung sein. Die Auslegung hat sich auch daran zu orientieren, ob ihr Ergebnis in sich verständlich und umsetzbar ist. Im Zweifel gebührt derjenigen Auslegung der Vorzug, welche zu einer vernünftigen, sachgerechten und praktisch brauchbaren Regelung führt⁸. Zu berücksichtigen ist, dass die Parteien im Zweifel Regelungen treffen wollen, die mit höherrangigem Recht in Einklang stehen. Hierzu gehört auch die aus Art. 189 EG folgende Pflicht, BV – soweit dies nach ihrem Wortlaut möglich ist – gemeinschaftskonform auszulegen, damit – sofern eine entsprechende Verbindlichkeit gegeben ist – die Vorgaben europäischer VO und Richtlinien umgesetzt werden⁹. Bleiben hiernach noch Zweifel, können die Gerichte für Arbeitssachen ohne Bindung an eine Reihenfolge weitere Kriterien wie die Entstehungsgeschichte oder auch eine praktische Übung ergänzend hinzuziehen¹⁰. Für die Auslegung einer KonzernBV spielt die Vollzugspraxis eines einzelnen beherrschten Unternehmens indes keine Rolle¹¹.

7. Reichweite der Regelungskompetenz. Persönlich: Die BV gilt grds. für alle ArbN iSd. BetrVG (vgl. § 5 Rz. 2, 45). Unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (§ 75) kann der Geltungsbereich

1 Vgl. BAG v. 30.9.1970 – 1 AZR 535/69, DB 1971, 101 (§ 70 II BAT); Richardi/Richardi, § 77 BetrVG Rz. 41 f.; ebenso ArbG Frankfurt/M v. 25.8.1999 – 2 Ca 477/99, DB 1999, 2316; Fitting, § 77 BetrVG Rz. 26, deren Kennzeichnung von § 2 NachwG als Schutzgesetz iSd. § 823 II BGB indes nicht überzeugt. | 2 Vgl. für die entsprechende Pflicht bei TV BAG v. 17.4.2002 – 5 AZR 89/01, NZA 2002, 1096 (1098); BAG v. 29.5.2002 – 5 AZR 105/01, EzA § 2 NachwG Nr. 4 (5); aA Weber, NZA 2002, 641 (643): keine Anwendbarkeit der BV bei fehlendem Nachweis. | 3 Vgl. BAG 5.11.1963 – 5 AZR 136/63, DB 1964, 470; GK-BetrVG/Kreuz, § 77 Rz. 43; Richardi/Richardi, § 77 BetrVG Rz. 41; zweifelnd BAG v. 11.11.1998 – 5 AZR 63/98, NZA 1999, 605 (606); aA Fitting, § 77 BetrVG Rz. 25, die das tatsächliche Auslegen eines oder mehrerer Abschriften für notwendig halten. | 4 Beckschulze/Henkel, DB 2001, 1491 (1502). | 5 Hierzu Henssler, RdA 2002, 129 ff.; Lingemann, NZA 2002, 181 ff.; Gotthardt, ZIP 2002, 277 ff.; Gaul, B., AktuellAR 2002, 43 ff., 359 ff. | 6 Ebenso Hromadka, NJW 2002, 2523 (2526 f.); aA Däubler, NZA 2001, 1329 (1334 f.); Lakies, NZA-RR 2002, 337 (343). | 7 BAG v. 7.11.2000 – 1 AZR 175/00, NZA 2001, 727 (728); v. 1.7.2002 – 1 ABR 22/02, NZA 2003, 1209 (1211); v. 29.9.2004 – 1 AZR 634/03, EzA § 42d EStG Nr. 2. | 8 BAG v. 22.5.2001 – 3 AZR 491/00, EzA § 1 BetrAVG – Betriebsvereinbarung Nr. 3 (S. 3 f.); v. 12.11.2002 – 1 AZR 632/01, NZA 2003, 676 (677). | 9 Vgl. EuGH v. 14.7.1994 – Rs. C 91/92, NJW 1994, 2473 (2474); BAG v. 23.1.2002 – 4 AZR 56/01, NZA 2002, 800 (803). | 10 BAG v. 29.9.2004 – 1 AZR 634/03, EzA § 42 d EStG Nr. 2; v. 19.10.2005 – 7 AZR 32/05, nv. | 11 BAG v. 22.1.2002 – 3 AZR 554/00, NZA 2002, 1224 ff.

aber durch Vereinbarung auf bestimmte Betriebsabteilungen oder ArbN-Gruppen begrenzt werden¹. Dabei spielt die Gewerkschaftszugehörigkeit der ArbN keine Rolle. Dies gilt auch bei einer BV zur Konkretisierung eines TV². Neueinstellungen nach Abschluss der BV werden erfasst; Abweichendes kann vereinbart werden³. LeihArbN bleiben nach § 14 I AÜG auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des entsendenden Betriebs des Verleihers. Soweit allerdings gleichwohl Mitbestimmungs- oder Mitwirkungsrechte des BR im Einsatzbetrieb gegeben sind (vgl. § 5 Rz. 12), ist auch der Abschluss einer BV möglich (zB Flexibilisierung der Arbeitszeit).

- 24 Ausgenommen sind die in § 5 II genannten Personen und leitende Angestellte iSd. § 5 III⁴; für diesen Personenkreis hat der BR keine Regelungskompetenz. Werden sie gleichwohl in den Geltungsbereich der BV einbezogen, entsteht keine normative Wirkung. Die Regelung kann aber als Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) Ansprüche dieser Personen begründen⁵. Dass der BR nach BAG v. 9.12.1997⁶ keine Befugnis hat, außerhalb von § 77 unmittelbar anspruchsbegründende Vereinbarungen abzuschließen, steht § 328 BGB nicht entgegen. Denn die Einschränkung betrifft nur ArbN iSd. § 5 I. Nur hier würde die Anerkennung eines Vertrags zugunsten Dritter auch zu einer Wirkungslosigkeit des in § 77 III vorgesehenen Tarifvorrangs führen. Bei den Personen iSd. § 5 II, III kommt dieser Vorbehalt ohnehin nicht zur Anwendung. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung besteht indes nicht.
- 25 Ausgeschiedene ArbN werden vom Geltungsbereich einer BV grds. nicht erfasst. Hierzu gehören auch ArbN, die in einen anderen Betrieb versetzt werden⁷. Diesem Personenkreis fehlt das aktive und passive Wahlrecht, was an sich zur Legitimation des BR notwendig ist⁸. Eine erste Ausnahme betrifft Sozialpläne. Hier folgt bereits aus dem Restmandat (§ 21b), dass der BR Regelungen mit Wirkung für ausgeschiedene ArbN treffen kann⁹. Er ist auch berechtigt, in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes Änderungen zugunsten oder zum Nachteil bereits ausgeschiedener ArbN in Bezug auf bereits abgeschlossene Regelungen vorzunehmen (vgl. § 112 Rz. 37)¹⁰. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass notwendige Änderungen – ggf. sogar wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage – nur zulasten der noch verbliebenen ArbN, häufig also der älteren ArbN mit längerer Kündigungsfrist, vorgenommen würden¹¹. Fällige Ansprüche und feste Anwartschaften können hiervon nicht generell ausgenommen werden¹².
- 26 Eine weitere Ausnahme betrifft Sozialleistungen, die ihrem Zweck nach auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewährt werden¹³. Beispiel: Werkmietwohnungen, Beihilfen, Übergangsgelder, betrAV (vgl. auch Vorb. BetrAVG Rz. 137 ff.). Entgegen einer häufig vertretenen Auffassung¹⁴ kann der BR Änderungen vornehmen. Sie können auch frühere ArbN betreffen, die mit einer unverfallbaren Anwartschaft ausgeschieden sind und/oder bereits Altersversorgung beziehen¹⁵. Folgerichtig können Änderungen des Versorgungsniveaus, sofern die allgemeinen Schranken für die Änderung von BV im Bereich der betrAV berücksichtigt werden (vgl. Rz. 55), mit Wirkung für die aktive Belegschaft und die bereits ausgeschiedenen ArbN gleichermaßen vorgenommen werden. Dabei können die Regelungen über die Anpassung laufender Betriebsrenten bereits beim Vorliegen sachlicher Gründe geändert werden¹⁶. Eine Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB), wie dies in BAG v. 9.7.1985¹⁷ der Fall war, ist nicht erforderlich.
- 27 **Räumlicher Geltungsbereich:** Die BV gilt grds. für den gesamten Betrieb oder selbständigen Betriebs- teil iSd. §§ 1, 4, die betriebsverfassungsrechtl. Organisationseinheit nach § 3 I Nr. 1–3 und Betriebe, für die unter Verkenning des Betriebsbegriffs eine BR-Wahl durchgeführt worden ist. Die letztgenannte Einheit wird – ggf. bis zum rechtskräftigen Abschluss einer erfolgreichen Anfechtung der BR-Wahl – wie ein Betrieb iSd. § 1 behandelt¹⁸. Allerdings können in den Grenzen des Gleichbehandlungsgrundsatz-

1 BAG v. 1.2.1957 – 1 AZR 195/55, BB 1957, 294; *Fitting*, § 77 BetrVG Rz. 35; DKK/*Berg*, § 77 BetrVG Rz. 35.
 2 GK-BetrVG/*Kreutz*, § 77 Rz. 172; *Fitting*, § 77 BetrVG Rz. 35. | 3 BAG v. 5.9.1960 – 1 AZR 509/57, DB 1960, 1309; DKK/*Berg*, § 77 BetrVG Rz. 35; *Fitting*, § 77 BetrVG Rz. 35. | 4 BAG v. 31.1.1979 – 5 AZR 454/77, DB 1979, 1039; DKK/*Berg*, § 77 BetrVG Rz. 35; Richardi/*Richardi*, § 77 BetrVG Rz. 73; *Fitting*, § 77 BetrVG Rz. 36.
 5 Vgl. BAG v. 31.1.1979 – 5 AZR 454/77, DB 1979, 1039; ähnlich *Hanau*, RdA 1979, 324 (329) im Rahmen der Folgen wegen Handelns als Vertreter ohne Vertretungsmacht; abl. Richardi/*Richardi*, § 77 BetrVG Rz. 73; HSWG/*Worzalla*, § 77 BetrVG Rz. 13; *Fitting*, § 77 BetrVG Rz. 36; GK-BetrVG/*Kreutz*, § 77 BetrVG Rz. 175: Angebot zum Abschluss einer einzelvertraglichen Vereinbarung. | 6 BAG v. 9.12.1977 – 1 AZR 319/97, NZA 1998, 661 (663). | 7 BAG v. 28.6.2005 – 1 AZR 213/04, AP § 77 BetrVG 1972 – Betriebliche Altersversorgung Nr. 25; WP/*Preis*, § 77 Rz. 17. | 8 BAG v. 16.3.1956 – GS 1/55, NJW 1956, 1086; v. 13.5.1997 – 1 AZR 75/97, NZA 1998, 160; v. 5.10.2000 – 1 AZR 48/00, NZA 2001, 849 (851). | 9 BAG v. 5.10.2000 – 1 AZR 48/00, NZA 2001, 849 (851); v. 10.8.1994 – 10 ABR 61/93, NZA 1995, 314. | 10 BAG v. 10.8.1994 – 10 ABR 61/93, NZA 1995, 314 (318); v. 5.10.2000 – 1 AZR 48/00, NZA 2001, 849 (852); GK-BetrVG/*Kreutz*, § 77 Rz. 179. | 11 Vgl. BAG v. 10.8.1994 – 10 ABR 61/93, NZA 1995, 314 (319). | 12 Vgl. BAG v. 14.8.2001 – 1 ABR 52/00, BB 2002, 48 (49); anders noch BAG v. 16.3.1956 – GS 1/53, NJW 1086 für Ruhegeldleistung. Bestätigt durch BAG v. 10.3.1992 – 3 ABR 54/91, NZA 1993, 234; v. 13.5.1997 – 1 AZR 75/97, NZA 1998, 160 (162); *Fitting*, § 77 BetrVG Rz. 59; DKK/*Berg*, § 77 BetrVG Rz. 39; ErfK/*Kania*, § 77 BetrVG Rz. 34. | 13 *Fitting*, § 77 BetrVG Rz. 38 f.; GK-BetrVG/*Kreutz*, § 77 Rz. 184. | 14 So BAG v. 16.3.1956 – GS 1/55, NJW 1956, 1086; v. 10.11.1977 – 3 AZR 705/76, DB 1978, 939; v. 25.10.1988 – 3 AZR 483/86, NZA 1989, 522 (523); v. 13.5.1997 – 1 AZR 75/97, NZA 1998, 160; Richardi/*Richardi*, § 77 BetrVG Rz. 75 ff. | 15 BAG v. 25.7.2000 – 3 AZR 676/99, EZA § 1 BetrAVG – Ablösung Nr. 25 S. 10 ff.; v. 18.2.2003 – 3 AZR 81/02, EZA § 1 BetrAVG Ablösung Nr. 35 S. 8 ff.; vgl. noch HSWG/*Worzalla*, § 77 BetrVG Rz. 10 ff. | 16 BAG v. 16.7.1996 – 3 AZR 398/95, DB 1997, 631. | 17 BAG v. 9.7.1985 – 3 ABR 546/82, NZA 1986, 517. | 18 BAG v. 27.6.1995 – 1 ABR 62/94, EZA § 111 BetrVG 1972 Nr. 31 (S. 3); v. 19.1.1999 – 1 AZR 342/98, EZA § 113 BetrVG 1972 Nr. 28 (S. 11).

zes (§ 75) innerhalb des Betriebs einzelne Betriebsteile oder Funktionsgruppen ausgegrenzt werden. Ein räumlich weit entfernter Betriebsteil, der nach § 4 I 1 Nr. 1 als selbständiger Betrieb gilt (vgl. § 4 Rz. 6), wird nicht erfasst¹. Die im gemeins. Betrieb mehrerer Unternehmen (vgl. § 1 Rz. 16) abgeschlossene BV ist im Zweifel dahin auszulegen, dass die ArbN nur ihren VertragsArbGeb, nicht dagegen alle Unternehmen, die den Gemeinschaftsbetrieb geführt haben, gesamtschuldnerisch in Anspruch nehmen können². Entsprechendes gilt, wenn eine BV für eine betriebsverfassungsrechtl. Organisationseinheit iSd. § 3 abgeschlossen wurde, an der mehrere Unternehmen beteiligt sind.

Der räumliche Geltungsbereich von Gesamt- oder KonzernBV hängt vom Regelungsgegenstand ab. Wird die ArbN-Vertretung im Rahmen der originären Zuständigkeit tätig (§§ 50 I, 58 I), werden idR alle Betriebe bzw. Unternehmen erfasst. Abweichendes kann sich aus dem Zweck ergeben oder vereinbart werden. Wenn Gesamt- oder KonzernBR nach Delegation gem. §§ 50 II, 58 II tätig werden, bestimmt sich räumlicher Geltungsbereich nach Zuständigkeit des vertretenen BR oder GesamtBR.

ArbN, die außerhalb eines Betriebs tätig sind, werden erfasst, wenn Betriebszugehörigkeit gegeben ist. Grundsätzlich gehören hierzu auch ArbN im Außendienst oder in Telearbeit (vgl. § 5 Rz. 13, 36), sofern der Einsatzort kein selbständiger Betriebsteil iSd. § 4 I 1 ist. Dabei werden auch ArbN im Ausland erfasst, sofern eine arbeitsvertragl. Bindung zum Inland besteht und – vor allem bei nur vorübergehender Entsendung – (weiterhin) eine tatsächliche Eingliederung in die inländische Betriebsorganisation gegeben ist (vgl. § 5 Rz. 14). Beispiel: Reiseleiterin im Ausland³.

Zeitlicher Geltungsbereich: Vorbehaltlich abweichender Vereinbarung tritt die BV mit Abschluss, also mit der letzten notwendigen Unterschrift, in Kraft⁴. Alternativ kann das Wirksamwerden an einen bestimmten Zeitpunkt oder den Eintritt einer vor allem für die ArbN klar erkennbaren Bedingung geknüpft werden⁵.

Auch ein rückwirkendes Inkraftsetzen ist möglich⁶, soweit dies nicht aus tatsächlichen Gründen – wie zB bei Verhaltens- und Ordnungsregeln sowie Abschlussnormen – ausgeschlossen ist. Im Gegensatz zu Inhaltsgesetzen, die Rechte und Pflichten für das bestehende Arbeitsverhältnis regeln (Bsp.: Arbeitszeit, Entgelt)⁷, und Beendigungsnormen, die das „Ob“ und „Wie“ der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum Inhalt haben (Bsp.: Sonderkündigungsschutz)⁸, regeln Abschlussnormen das Zustandekommen, die Wiederaufnahme oder die Fortsetzung von Arbeitsverhältnissen bzw. einzelner Änderungen des Arbeitsvertrags (Bsp.: Vorgaben zur Befristung, Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung)⁹. Keine Einschränkung gilt, wenn für die betroffenen ArbN günstigere Regelungen getroffen werden¹⁰. Bei einer Verschlechterung müssen die allgemeinen Grundsätze über die Wirksamkeit abändernder BV (vgl. Rz. 54) sowie der Grundsatz des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit beachtet werden¹¹. Eine belastende Rückwirkung setzt deshalb voraus, dass die bisherige Rechtslage unklar war und die Betroffenen damit rechnen und sich darauf einstellen konnten oder aber dass eine Anpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) erforderlich ist¹². Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Vereinbarung – auch nach längerer Verhandlung – eine zuvor gekündigte BV (rückwirkend) zum Ablauf der Kündigungsfrist ersetzen soll¹³. Unerheblich ist, ob die Neuregelung einvernehmlich oder durch Spruch der Einigungsstelle zustande kommt¹⁴. Allerdings muss die Rückwirkung in der BV deutlich zum Ausdruck kommen; im Zweifelsfall gilt dies als nicht gewollt¹⁵.

Sachlicher Geltungsbereich: Den betrieblichen Sozialpartnern kommt eine umfassende Regelungskompetenz zu. In den Grenzen des Tarifvorrangs aus § 77 III bzw. des Tarifvorbehalts aus § 87 I (vgl. Rz. 48 ff.) können alle tarifvertragl. regelbaren Angelegenheiten Gegenstand einer BV sein¹⁶. Hierzu gehören Abschluss-, Inhalts- und Beendigungsnormen (zur Begrifflichkeit vgl. Rz. 31 sowie § 1 TVG Rz. 45 ff.). Daraus folgt nicht nur die Befugnis zum Abschluss von BV im Rahmen der gesetzl. Zuständigkeit des BR. Durch BV können auch zusätzliche Pflichten des ArbGeb oder Beteiligungsrechte des BR begründet werden. Beispiel: Entscheidungsbefugnis der Einigungsstelle in freiwilligen Angelegenheiten¹⁷. Insofern besteht eine unbeschränkte Zuständigkeit in Bezug auf alle sozialen, personellen und wirtschaftl. Angelegenheiten, die Arbeitsbedingungen im weitesten Sinne betreffen¹⁸. Zusätzliche Pflichten der ArbN-Seite

1 BAG v. 19.2.2002 – 1 ABR 26/01, AP § 4 BetrVG 1972 Nr. 13. | 2 Vgl. für Sozialplan im Konkurs BAG v. 12.12.2002 – 1 AZR 632/01, NZA 2003, 676 ff.; *Gaul, B.*, NZA 2003, 695 (700 f.). | 3 BAG v. 7.12.1989 – 2 AZR 228/98, NZA 1990, 658; vgl. auch LAG München v. 13.4.2000 – 2 Sa 886/99, NZA-RR 2000, 425 f. | 4 *Fitting*, § 77 BetrVG Rz. 40. | 5 BAG v. 15.1.2002 – 1 AZR 165/01, EzA § 614 BGB Nr. 1 (S. 10); LAG Rh.-Pf. v. 4.10.1999 – 7 Sa 821/99, NZA-RR 2001, 89. | 6 BAG v. 8.3.1977 – 1 ABR 33/75, DB 1977, 1464; v. 19.9.1995 – 1 AZR 208/95, NZA 1996, 386; *Richardi/Richardi*, § 77 BetrVG Rz. 128 ff.; *Fitting*, § 77 BetrVG Rz. 41; abl. GK-BetrVG/*Kreutz*, § 77 Rz. 195. | 7 Vgl. *Wiedemann/Wiedemann*, § 1 TVG Rz. 314 f. | 8 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rz. 73 f. | 9 *Wiedemann/Wiedemann*, § 1 TVG Rz. 479. | 10 BAG v. 6.3.1984 – 3 AZR 82/82, 1984, 356. | 11 BAG v. 19.9.1995 – 1 AZR 208/95, NZA 1996, 386; *Fitting*, § 77 BetrVG Rz. 43, *Richardi/Richardi*, § 77 BetrVG Rz. 130. | 12 BAG v. 19.9.1995 – 1 AZR 208/95, NZA 1996, 386; v. 5.10.2000 – 1 AZR 48/00, NZA 2001, 849 (852) mwN. | 13 BAG v. 8.3.1977 – 1 ABR 33/75, DB 1977, 1464. | 14 BAG v. 19.9.1995 – 1 AZR 208/95, NZA 1996, 386. | 15 BAG v. 19.9.1995 – 1 AZR 208/95, NZA 1996, 386. | 16 BAG v. 7.11.1989 – GS 3/85, NZA 1990, 816 (818). | 17 BAG v. 13.7.1962 – 1 ABR 2/61, DB 1962, 1473. | 18 BAG v. 16.3.1956 – GS 1/55, NJW 1956, 1086; v. 25.3.1971 – 2 AZR 185/70, DB 1971, 1113; v. 7.11.1989 – GS 3/85, NZA 1990, 816; *ErfK/Kamta*, § 77 BetrVG Rz. 36; *Fitting*, § 77 BetrVG Rz. 45 ff.; abl. *Richardi/Richardi*, § 77 BetrVG Rz. 66.

ohne Bezug zur Abwicklung des Arbeitsverhältnisses können durch BV indes nicht begründet werden. Der BR ist nur in betriebsverfassungsrechtl. Angelegenheiten zur Vertretung berechtigt. Regelungen in Bezug auf außerdienstliches Verhalten der ArbN sind deshalb im Zweifel unzulässig¹.

- 33 Durch BV kann dem ArbGeb oder einer – meist paritätisch besetzten – Kommission die Befugnis zur einseitigen Gestaltung mitbestimmungspflichtiger Angelegenheiten in der Zukunft eingeräumt werden. Beispiel: Härtefallregelung im Sozialplan, Festsetzung der Jahresboni für Angestellte. Voraussetzung ist aber, dass darin kein unzulässiger Verzicht, sondern die Wahrnehmung des MitbestR zu sehen ist. Insofern müssen im Rahmen der Übertragung bereits konkrete Handlungsvorgaben und -schränken geschaffen werden. Die Substanz des MitbestR für die Zukunft darf nicht gefährdet sein². Auch in zeitlicher Hinsicht muss flexibel auf Veränderungen und ggf. Missbrauch reagiert werden können; Laufzeiten von mehr als zwei Jahren oder über das Gesetz hinausgehende Kündigungsfristen dürften problematisch sein. Das Gesetz verlangt nicht, dass zu jeder einzelnen mitbestimmungspflichtigen Anordnung jeweils die Zustimmung des BR eingeholt wird, wenn dieser seine Zustimmung – etwa für immer wieder auftretende Überstunden in Eil- oder Notfällen – im Voraus erteilt hat³. Insofern kann auf die Schranken einer Bezugnahme auf TV verwiesen werden (vgl. Rz. 53).
- 34 **8. Kündigung einer Betriebsvereinbarung.** BV sind nach Abs. 5 kündbar. Dies gilt auch, wenn sie auf einen Einigungsstellenspruch zurückgehen⁴. Ohne anderweitige Vereinbarung bedarf die Kündigung keiner Rechtfertigung⁵; Schriftform nach Abs. 2 ist nicht erforderlich⁶. Ein Vorrang der Änderungskündigung zur Vermeidung einer Beendigungskündigung besteht nicht⁷. Mit den Regelungen zur Kündigung und Nachwirkung (Abs. 5, 6) hat das BetrVG eigenständige Regelungen zum Schutz anspruchsberechtigter ArbN getroffen⁸. Dies gilt auch bei betrAV (vgl. Vorb. BetrAVG Rz. 146 ff.)⁹. ArbGeb ist nicht verpflichtet, im Rahmen der Kündigungserklärung die Kündigungsfrist zu berechnen und BR mitzuteilen. Soweit er dies tut, die Frist aber falsch berechnet, bleibt Kündigung wirksam. Bei zu kurz bemessener Frist gilt die Kündigung als zum nächst möglichen Termin erklärt¹⁰.
- 35 Die Betriebsparteien können eine ordentl. Kündigung ausschließen. Eine solche Vereinbarung muss allerdings hinreichend erkennbar sein¹¹. Beim Sozialplan ist ordentl. Kündigung ohne entsprechende Vereinbarung ausgeschlossen. Schließlich wäre der Zweck des Sozialplans¹² gefährdet, weil die Betriebsänderung, nachdem Interessenausgleichsverhandlungen im Zweifel abgeschlossen sind, sonst ohne Vereinbarung über Ausgleich oder Milderung der Nachteile umgesetzt würde¹³.
- 36 Grundsätzlich sind BV aus wichtigem Grund (§§ 314, 626 BGB) außerordentl. kündbar¹⁴. Man wird aber differenzieren müssen: Regelt die BV ein einmaliges Austauschverhältnis, ist die außerordentl. Kündigung ausgeschlossen¹⁵. Beispiel: Arbeitszeit an Heiligabend; Abfindung wegen Entlassung im Rahmen einer bestimmten Betriebsänderung. Die Grundsätze zur Störung der Geschäftsgrundlage (vgl. Rz. 43) bleiben hiervon unberührt¹⁶. Regelt die BV ein Dauerschuldverhältnis, ist die außerordentl. Kündigung denkbar. Beispiel: betrAV, Dienstwagengestellung. Ein wichtiger Grund liegt entsprechend §§ 314, 626 BGB vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Frist für die ordentl. Kündigung nicht zuzumuten ist¹⁷. Bei Pflichtverletzungen liegt ein wichtiger Grund aber grds. erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder einer erfolglosen (betriebsverfassungsrechtl.) Abmahnung der anderen Seite vor. Die Abmahnung ist entbehrlich, wenn die Pflichterfüllung ernsthaft und endgültig verweigert wird. Außerdem muss die Kündigung in angemessener Frist (idR 2 Wochen) nach Kenntnis des Berechtigten vom Kündigungsgrund erklärt werden.
- 37 Die Kündigung eröffnet keine weitergehendere Einwirkungsmöglichkeit als der Abschluss einer Aufhebungs- oder Änderungsvereinbarung¹⁸. Darüber hinaus kann die Wirkung einer Kündigung durch

1 BAG v. 1.12.1992 – 1 AZR 260/92, DB 1993, 990; v. 19.1.1999 – 1 AZR 499/98, NZA 1999, 546; *Lansnicker/Schwirtzek*, DB 2001, 865 (868). | 2 BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, NZA 1989, 109 (110); v. 28.4.1992 – 1 ABR 68/91, NZA 1993, 31 (35); v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, NZA 2003, 1155 (1158 f.); v. 1.7.2003 – 1 ABR 22/02, NZA 2003, 1209 (1212); *Joussen*, RdA 2005, 31 (38). | 3 BAG v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, NZA 2003, 1155 (1159). | 4 GK-BetrVG/*Kreutz*, § 77 Rz. 360; HSWG/*Worzalla*, § 77 BetrVG Rz. 199; DKK/*Berg*, § 77 BetrVG Rz. 55. | 5 BAG v. 17.1.1995 – 3 ABR 29/94, NZA 1995, 1010, (1012); v. 17.8.1999 – 3 ABR 55/98, NZA 2000, 498, (500); v. 21.8.2001 – 3 ABR 44/00, NZA 2002, 575. | 6 HSWG/*Worzalla*, § 77 BetrVG Rz. 211; *Fitting*, § 77 BetrVG Rz. 157. | 7 BAG v. 10.3.1992 – 3 ABR 54/91, NZA 1993, 234; v. 26.10.1993 – 1 AZR 46/93, NZA 1994, 572 (573). | 8 BAG v. 26.10.1993 – 1 AZR 46/93, NZA 1994, 572 (573); v. 17.8.1999 – 3 ABR 55/98, NZA 2000, 498 (500). | 9 BAG v. 18.4.1989 – 3 AZR 688/87, NZA 1990, 67; v. 11.5.1999 – 3 AZR 21/98, DB 2000, 525; v. 21.8.2001 – 3 ABR 44/00, NZA 2002, 575. | 10 LAG Sachsen v. 25.4.2001 – 3 Sa 493/00, nv. | 11 BAG v. 17.1.1995 – 1 ABR 29/94, NZA 1995, 1010 (1011); v. 21.8.2001 – 3 ABR 44/00, NZA 2002, 575 (577). | 12 Vgl. BAG v. 14.8.2001 – 1 AZR 760/00, DB 2002, 153 (154). | 13 BAG v. 10.8.1994 – 10 ABR 61/93, NZA 1995, 314 (316). | 14 Vgl. BAG v. 28.4.1992 – 1 ABR 68/91, NZA 1993, 31 (35); v. 17.1.1995 – 1 ABR 29/24, NZA 1995, 1010 (1011); *Löwisch/Kaiser*, § 77 BetrVG Rz. 38; *Richardi/Richardi*, § 77 BetrVG Rz. 202; GK-BetrVG/*Kreutz*, § 77 Rz. 366; DKK/*Berg*, § 77 BetrVG Rz. 54. | 15 Vgl. BAG v. 10.8.1994 – 10 ABR 61/93, NZA 1995, 314 (317); aA HSWG/*Worzalla*, § 77 BetrVG Rz. 200 ff. | 16 Vgl. BAG v. 28.8.1996 – 10 AZR 886/95, NZA 1997, 109; *Hromadka/Maschmann*, § 16 Rz. 406. | 17 Vgl. BAG v. 28.4.1992 – 1 ABR 68/91, NZA 1993, 31 (35). | 18 BAG v. 21.8.2001 – 3 ABR 44/00, NZA 2002, 575 (578).

die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit begrenzt sein¹. Je stärker mit der Kündigung in bereits erworbenen Besitzstand oder bestehende Erwerbschancen eingegriffen wird, umso gewichtigere Gründe müssen durch ArbGeb geltend gemacht werden². Dies gilt insb. bei BetrAV (vgl. Vorb. BetrAVG Rz. 146 ff.).

Die Teilkündigung einer BV kann vereinbart werden. Ohne Vereinbarung ist sie zulässig, wenn sie sich auf einen selbständigen und abgrenzbaren Teil der BV bezieht, dessen Kündigung den verbleibenden Teil als eigenständig handhabbare Regelung bestehen lässt³. **38**

9. Sonstige Beendigungsgründe. Anstatt durch Kündigung kann eine BV kraft Vereinbarung durch Zeitablauf (Befristung) bzw. Zweckerfüllung oder -verfehlung (auflösende Bedingung) enden⁴. Sie kann auch durch Aufhebungsvertrag beendet werden; Schriftform ist hierfür – wie bei der Kündigung (vgl. Rz. 34) – nicht erforderlich⁵. Demzufolge ist auch Ablösung oder Aufhebung durch (formlose) Regelungsabrede möglich, wenn der Wille einer solchen Aufhebung in der Regelungsabrede zum Ausdruck gebracht wird⁶. Da eine Neuregelung nicht zwingend normativen Charakter haben muss, steht der Grundsatz „lex posterior derogat legi priori“ einer solchen Ablösung nicht entgegen⁷. Zur Ablösung einer BV durch BV vgl. Rz. 54. **39**

Eine BV endet auch dann, wenn nachträglich der Tarifvorrang bzw. -vorbehalt aus § 77 III (vgl. Rz. 48) oder § 87 I Einleitungssatz (vgl. § 87 Rz. 51) zur Anwendung kommt. Die Unwirksamkeit tritt sofort ein. Die Verlängerung einer BV kann durch TV indes nicht bestimmt werden. **40**

Die Insolvenz oder der Tod des Betriebsinhabers haben keinen Einfluss auf die BV⁸. Wegen einer Betriebsspaltung, eines Betriebsübergangs oder einer Umwandlung vgl. Rz. 69 ff., 83. **41**

Endet die Amtszeit des BR, hat dies für Wirksamkeit der BV keine Bedeutung. Beispiel: erfolgreiche Anfechtung der BR-Wahl⁹, gerichtliche Auflösung oder Rücktritt der BR-Mitglieder, Ablauf, Übergangs- oder Restmandat iSd. §§ 21a, 21b. Sie gilt kollektivrechtl. auch dann fort, wenn kein neuer BR gewählt wird. Der ArbGeb ist in diesem Fall zur Kündigung gem. § 77 V durch Erklärung gegenüber den betroffenen ArbN berechtigt¹⁰. §§ 1, 2 KSchG finden auf die darin liegende Teilkündigung keine Anwendung. Allerdings kann eine Nachwirkung gem. § 77 VI eintreten. War die BR-Wahl nichtig, folgt daraus indes auch die Nichtigkeit der mit diesem „Betriebsrat“ abgeschlossenen BV. **42**

10. Wegfall der Geschäftsgrundlage. Entsprechend § 313 BGB kann jede Partei die Anpassung einer BV verlangen, wenn sich die Umstände, die zur Grundlage der BV gemacht wurden, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien die Vereinbarung nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insb. der vertragl. oder gesetzl. Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage der BV geworden sind, sich als falsch herausstellen. Beispiel: Annahme eines völlig überhöhten Sozialplanvolumens – ca. 66 statt ca. 35 Millionen DM¹¹. Die Anpassung kann mit einem Eingriff in bereits entstandene Ansprüche verbunden sein. Da die Betroffenen auf den Bestand dieser Ansprüche ebenso wenig vertrauen können, als wenn der Sozialplan von Anfang an nichtig ist oder wegen Ermessensüberschreitung der Einigungsstelle für unwirksam erklärt wird, steht der Vertrauensgrundsatz der Änderung nicht entgegen¹². Ist in mitbestimmungsfreien Angelegenheiten eine Anpassung nicht möglich oder nicht zumutbar, kann die BV entsprechend §§ 313 III BGB, 77 V gekündigt werden. Kommt in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten eine Einigung über die Anpassung nicht zustande, entscheidet die Einigungsstelle verbindlich¹³. **43**

11. Nachwirkung der Betriebsvereinbarung. Nach § 77 VI gelten mitbestimmte BV (vgl. Rz. 8) nach ihrem Ablauf weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Dies gilt für jede Form der Beendigung¹⁴. Mit der Nachwirkung soll ein Regelungsvakuum bis zu einer Neuregelung vermieden werden¹⁵. Unter Berücksichtigung der Beteiligungsrechte des BR kann die Neuregelung – wie bei § 4 V TVG – auf individual- oder kollektivrechtl. Ebene, insb. also durch TV, BV, Arbeitsvertrag oder Änderungskündigung, auch zum Nachteil der ArbN, getroffen werden. Auch eine Regelungsabrede genügt¹⁶. Da § 77 VI **44**

1 BAG v. 11.5.1999 – 3 AZR 21/98, NZA 2000, 322. | 2 BAG v. 26.10.1993 – 1 AZR 46/93, NZA 1994, 572 (573); v. 11.5.1999 – 3 AZR 21/98, NZA 2000, 322. | 3 Vgl. BAG v. 17.4.1959 – 1 AZR 83/58, DB 1959, 768; v. 29.5.1964 – 1 AZR 281/63, DB 1964, 1342; DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 55; HSWG/Worzalla, § 77 BetrVG Rz. 213; GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rz. 365. | 4 Vgl. BAG v. 14.12.1966 – 4 AZR 18/65, DB 1967, 1181. | 5 Schaub, BB 1995, 1639, aA DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 46; HSWG/Worzalla, § 77 BetrVG Rz. 218; Fitting, § 77 BetrVG Rz. 143; offen BAG v. 20.11.1990 – 1 AZR 643/89, BB 1991, 835. | 6 AA BAG v. 27.6.1985 – 6 AZR 392/81, NZA 1986, 401 (402); v. 20.11.1990 – 1 AZR 643/89, BB 1991, 835. | 7 AA BAG v. 20.11.1990 – 1 AZR 643/89, BB 1991, 835 (836). | 8 DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 52; GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rz. 381. | 9 Richardi/Richardi, § 77 BetrVG Rz. 31. | 10 Ebenso GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rz. 383; DKK/Berg, § 77 BetrVG; abl. D. Gaul, NZA 1986, 628 (631 f.); Wegfall der BV. | 11 BAG v. 10.8.1994 – 10 AZR 61/93, NZA 1995, 314 (318). | 12 Eingehend BAG v. 10.8.1994 – 10 ABR 61/93, NZA 1995, 314 (318). | 13 BAG v. 10.8.1994 – 10 ABR 61/93, NZA 1995, 314 (316); DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 58; aA GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rz. 399; Fitting, § 77 BetrVG Rz. 179; keine Nachwirkung bei fristloser Kündigung. | 15 BAG v. 28.4.1998 – 1 ABR 43/97, NZA 1998, 1348 (1350). | 16 AA Fitting, § 77 BetrVG Rz. 184.

dispositiv ist¹, kann eine Nachwirkung ausdrücklich oder konkludent (ggf. kraft Natur der Sache) ausgeschlossen werden². Hiervon ist insb. auszugehen, wenn die BV einen einmaligen, zeitlich begrenzten Gegenstand regelt³. Da es sich hierbei um die Vereinbarung einer Geltungsdauer handelt, ist allerdings Schriftform nach § 77 I notwendig. Befristung genügt zum Ausschluss der Nachwirkung nicht⁴.

- 45 Bei freiwilligen BV gibt es keine Nachwirkung gem. § 77 VI⁵. Sie kann aber vereinbart werden⁶. Wird keine anderweitige Abrede getroffen, liegt darin zugleich die Vereinbarung, eine Ablösung bei Streit über die Neuregelung durch Einigungsstellenspruch herbeiführen zu können⁷. Vorsorglich sollte diese Möglichkeit, ggf. auch eine zeitliche Begrenzung der Nachwirkung, indes ausdrücklich vereinbart werden.
- 46 Problematisch sind teilmitbestimmte BV (vgl. Rz. 8). Hier ist zunächst zu prüfen, ob es sich um die letztendlich zufällige Zusammenführung mehrerer BV handelt, die „aus sich heraus handhabbare Regelungen“ enthalten. In diesem Fall werden Änderung oder Beendigung jeweils getrennt behandelt⁸. Beispiel: Betriebsordnung (§ 87 I Nr. 1) mit Regelungen zum Umweltschutz (§ 88 Nr. 1a). Anders ist mit zusammenhängenden Regelungen zu verfahren. Beispiel: Gewährung einer übertarifl. Zulage. Mit Beendigung der BV fällt die Zahlungspflicht weg (freiwilliger Teil). Da damit auch die mitbestimmungspflichtigen Regelungen zur Verteilung und der damit verbundenen Wahrung innerbetrieblicher Lohngerechtigkeit obsolet sind, entfaltet die gesamte BV keine Nachwirkung mehr⁹. Eine gesonderte Kündigung ist nicht erforderlich¹⁰. Ausnahmsw. soll nach BAG v. 26.10.1993¹¹ indes eine vorübergehende Nachwirkung gegeben sein, wenn die BV nur mit dem Ziel einer Verringerung des Volumens und/oder einer geänderten Verteilung gekündigt wird. Hier gehe es letztlich nur um den mitbestimmten Teil der BV. Da die fehlende Einigung hier durch Einigungsstellenspruch ersetzt werden könne, sei bis dahin eine Nachwirkung als „überschießende“ Konsequenz aus Abs. 6 hinzunehmen¹². Führt man sich den klaren Wortlaut von § 77 VI vor Augen, überzeugt diese Ausnahme allerdings nicht¹³. Sie lässt sich im Übrigen schon dadurch vermeiden, dass die Kündigung ohne Hinweis auf die Absicht einer Gewährung unter veränderten Bedingungen erklärt wird¹⁴. Denn wenn keine Anhaltspunkte bestehen, ob, wann und in welcher Weise zukünftig eine mitbestimmungspflichtige Regelungsfrage (wieder) entstehen kann, der Spruch der Einigungsstelle also in Betracht kommt, hat die gekündigte BV ihre Bedeutung als Verhandlungsgrundlage verloren¹⁵. Der BR kann durch eigene Initiative keine Nachwirkung auslösen, selbst wenn daraufhin verhandelt wird. Außerdem kann sich der ArbGeb jederzeit von der Absicht einer Neuregelung lösen¹⁶. Soll die Einigungsstelle die fehlende Einigung zwischen ArbGeb und BR ersetzen, muss sie die vom ArbGeb frei zu bestimmenden Regelungen (zB Dotierungsrahmen bei übertarifl. Zulagen) zugrunde legen¹⁷.
- 47 **12. Verhältnis der Betriebsvereinbarung zu höherrangigem Recht. a) Grundgesetz und einfache Gesetze.** Die betrieblichen Sozialpartner unterliegen bei Abschluss der BV einer mittelbaren Grundrechtsbindung¹⁸. Daraus folgt die Pflicht, die grundrechtl. Wertentscheidungen bei der Auslegung und Anwendung der Generalklauseln, insb. also der Wahrung von Recht und Billigkeit, bei den Vorgaben zur Gleichbehandlung, dem Schutz vor Diskriminierung und dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach § 75 zu berücksichtigen¹⁹. Bzgl. weiterer Einzelheiten vgl. § 75 Rz. 1 ff. Besonderheiten gelten für die Koalitionsfreiheit. Hier kann Art. 9 III GG iVm. §§ 823, 1004 BGB einen Unterlassungsanspruch der Gewerkschaft gegenüber tarifwidrigen Maßnahmen von ArbGeb und/oder BR begründen²⁰. Bzgl. weiterer Einzelheiten vgl. § 4 TVG Rz. 49 f. Vom Gesetz abweichende Regelungen sind unwirksam, wenn diese zwingenden Charakter haben und eine Abweichung (durch BV) nicht zugelassen wird²¹.

1 Vgl. HSWG/Worzalla, § 77 BetrVG Rz. 234. | 2 BAG v. 17.1.1995 – 1 ABR 29/94, NZA 1995, 1010 (1013); v. 6.5.2003 – 1 AZR 340/02, nv. | 3 BAG v. 17.1.1995 – 1 ABR 29/94, NZA 1995, 1010 (1013). | 4 BAG v. 19.2.1991 – 1 ABR 31/90, DB 1991, 2043. | 5 BAG v. 21.8.1990 – 1 ABR 73/89, NZA 1991, 190 (191); v. 26.10.1993 – 1 AZR 43/93, NZA 1994, 572 (574). | 6 BAG v. 28.4.1998 – 1 ABR 43/97, NZA 1998, 1348; krit. v. Hoyningen-Huene, BB 1997, 1998 (2000). | 7 BAG v. 18.1.1994 – 1 ABR 44/93 nv.; v. 28.4.1998 – 1 ABR 43/97, NZA 1998, 1348; Kort, NZA 2001, 477 (479); abw. Loritz, DB 1997, 2074; Jacobs, NZA 2000, 69 (74 ff.): Nachwirkung bis zum endgültigen Scheitern der Verhandlungen; Boemke/Kursawe, DB 2000, 1405 (1409): Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung der Nachwirkung. | 8 BAG v. 23.6.1992 – 1 ABR 9/92, NZA 1993, 229. | 9 BAG v. 9.2.1989 – 8 AZR 310/87, NZA 1989, 765 (766); v. 9.12.1997 – 1 AZR 319/97, NZA 1998, 661, (666). | 10 BAG v. 21.8.1990 – 1 ABR 73/89, NZA 1991, 190 (192). | 11 BAG v. 26.10.1993 – 1 AZR 46/93, NZA 1994, 572 (574); ebenso LAG Hamm v. 31.5.1995 – 2 Sa 1145/94, LAGE § 77 BetrVG 1972 – Nachwirkung Nr. 1. | 12 Abw. LAG Köln v. 27.4.1995 – 10 Ta BV 69/94, AiB 1996, 250, DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 59, die ohnehin von einer „untrennbaren Verknüpfung“ der erzwingbaren und freiwilligen Elemente mit der Folge einer generellen Nachwirkung ausgehen; krit. Krebs, SAE 1995, 280 ff.; Stege/Weinspach/Schiefer, § 77 BetrVG Rz. 44b; Fitting, § 77 BetrVG Rz. 191. | 13 Abl. auch H. Hanau, RdA 1998, 345 (350). | 14 Vgl. hierzu die Rspr. zu vorangegangenen Fallgestaltungen: BAG v. 9.2.1989 – 8 AZR 310/87, NZA 1989, 765 (766); v. 26.4.1990 – 6 AZR 278/88, NZA 1990, 814 (815); abl. Blomeyer, DB 1990, 173 ff.; Loritz, RdA 1991, 65 (76 ff.). | 15 BAG v. 17.1.1995 – 1 ABR 29/94, NZA 1995, 1010 (1012 f.). | 16 Abw. ArbG Hameln 13.7.1994 – 2 BV 19/93 nv.; DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 59: „Auslaufzeit“ von 3 Monaten. | 17 Vgl. BAG v. 26.10.1993 – 1 AZR 46/93, NZA 1994, 572 (574). | 18 BVerfG v. 23.4.1986 – 2 BvR 487/80, DB 1987, 279; abw. DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 9: unmittelbare Bindung. | 19 Vgl. BAG v. 27.5.1986 – 1 ABR 48/84, NZA 1986, 643, 645; v. 11.6.2002 – 1 ABR 46/01, NZA 2002, 1299. | 20 Vgl. BAG v. 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887; v. 13.3.2001 – 1 AZB 19/00, NZA 2001, 1037, (1038); abl. Richardi, DB 2000, 42, (44 ff.). | 21 Vgl. BAG v. 13.2.2002 – 5 AZR 470/00, NZA 2002, 683 ff.: BV zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall; GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rz. 290 ff.; HSWG/Worzalla, § 77 BetrVG Rz. 68 ff.; DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 10.

b) Bedeutung des Tarifvorrangs. Allgemein: Gemäß Abs. 3 sind Angelegenheiten einer Regelung durch BV nicht zugänglich, die durch TV geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden. Dies gilt ohne Rücksicht auf die Günstigkeit einer betrieblichen Regelung¹. Im Regelfall steht dieser Vorrang des TV auch einer Ablösung tarifvertragl. Arbeitsbedingungen durch BV („Über-Kreuz-Ablösung“ nach Betriebsübergang) entgegen². Der grundsätzliche Vorrang des TV vor der BV soll die Funktionsfähigkeit der verfassungsrechtl. gewährleisteten Tarifautonomie schützen³. Er bindet auch die Einigungsstelle⁴. Insbesondere soll die Befugnis der Tarifparteien zur Regelung von Arbeitsentgelten und sonstigen Arbeitsbedingungen nicht durch abweichende Regelung der betrieblichen Sozialpartner ausgehöhlt werden⁵. Vorschläge zu einer Reform des Tarifvorrangs⁶, die zu einer Stärkung betrieblicher Regelungsmöglichkeiten führen sollten, werden zurzeit nicht mehr verfolgt⁷. Regelungsabreden (vgl. Rz. 97 ff.) werden durch den Tarifvorrang des Abs. 3 indes nicht gesperrt, was gerade bei betrieblichen Bündnissen für Arbeit genutzt wird⁸.

Arbeitsbedingungen sind durch TV geregelt, wenn über sie ein TV abgeschlossen wurde und der Betrieb in den räumlichen, betrieblichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich des TV fällt⁹. Die Tarifbindung des ArbGeb spielt für die Sperrwirkung des Abs. 3 keine Rolle¹⁰. Folgerichtig kann dem Tarifvorrang auch nicht durch OT-Mitgliedschaft im ArbGebVerband ausgewichen werden¹¹. Der Geltungsbereich etwaiger TV muss zeitlich, räumlich, persönlich und sachlich so begrenzt sein, dass die entsprechende Frage für den in Rede stehenden Personenkreis tatsächlich nicht durch TV geregelt ist oder üblicherweise geregelt wird¹². Mitgliedschaftsbezogene Festlegung des Geltungsbereichs eines TV schließt Sperrwirkung nicht aus¹³. Zur Festlegung des tarifl. Geltungsbereichs vgl. § 4 TVG Rz. 13 ff. Der Organisationsgrad auf ArbN-Seite ist für § 77 III unerheblich.

Tarifüblichkeit kann bereits nach der ersten tarifl. Regelung angenommen werden, sofern sie lange genug gilt¹⁴. Da die Betriebsautonomie nicht der Disposition durch die TV-Parteien unterliegt¹⁵, können TV-Verhandlungen allein noch keinen Tarifvorrang begründen, wenn schlussendlich wegen fehlender Einigung keine Regelung getroffen wurde. Ein jahrelanger tarifloser Zustand beseitigt die einmal begründete Tarifüblichkeit nicht, solange Verhandlungen laufen und eine Einigung angestrebt wird und möglich ist¹⁶. Die einzelvertragl. Bezugnahme auf einen TV, der das Arbeitsverhältnis von seinem Geltungsbereich her nicht erfasst, genügt für Tarifüblichkeit nicht. Ein FirmenTV kann genügen, wenn er den ArbGeb selbst oder die überwiegende Zahl vergleichbarer Betriebe erfasst und das Arbeitsverhältnis in den Geltungsbereich fällt¹⁷. Wenn ein TV von einer kleinen Gewerkschaft abgeschlossen wurde, löst dies Tarifvorrang aus, wenn die Zahl der regelmäßig Beschäftigten in den tarifgebundenen Betrieben größer ist als die Zahl der in den nichttarifgebundenen Betrieben¹⁸. In Bereichen, in denen (noch) keine TV geschlossen werden (zB Gewerkschaften als ArbGeb), ist Tarifüblichkeit ausgeschlossen¹⁹. Die Regelungssperre wird allerdings (ex nunc) wirksam, sobald entsprechende TV in Kraft treten²⁰.

Verhältnis zu § 87 Abs. 1: Nach der „Vorrangtheorie“ kommt Abs. 3 bei Angelegenheiten, die der zwingenden Mitbest. des BR nach § 87 unterliegen, nicht zur Anwendung. Für sie gilt allein § 87 I Einleitungssatz (vgl. § 87 Rz. 14 f.)²¹. Andernfalls wäre dem BR die Möglichkeit, durch den Abschluss von BV mitzubestimmen, in wichtigen sozialen Angelegenheiten versperrt²². Es bliebe allein die Regelungsabrede, die keine unmittelbare und zwingende Wirkung für die einzelnen Arbeitsverhältnisse entfalten kann. Damit ist eine uneingeschränkte Ausübung des MitbestR aus § 87 BetrVG möglich, wenn und soweit dem ArbGeb in sozialen Angelegenheiten wegen fehlender Vorgaben durch einen konkreten TV ein

1 ErfK/Kania, § 77 BetrVG Rz. 40; aA Schmidt, Günstigkeitsprinzip S. 96 ff., 106 ff. | 2 BAG v. 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, AP Nr. 26 zu § 4 TVG – Geltungsbereich. | 3 BAG v. 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887; v. 9.12.2003 – 1 ABR 52/02, EzA § 77 BetrVG 2001 Nr. 6. | 4 BAG v. 9.12.2003 – 1 ABR 52/02, EzA § 77 BetrVG 2001 Nr. 6. | 5 BAG v. 3.12.1991 – GS 2/90, NZA 1992, 749; v. 22.6.1993 – 1 ABR 62/92, NZA 1994, 184, (185); eingehender HSWG/Worzalla, § 77 BetrVG Rz. 128; DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 62. | 6 Vgl. BT-Drs. 14/2612; 14/6548; 15/1182; 15/1889. | 7 Vgl. BT-Drs. 14/5214; 14/7362; 15/1587; 15/2245; bereits vor Abschluss des Koalitionsvertrags hatten sich CDU/CSU und SPD am 10.10.2005 auf die Erhaltung der Tarifautonomie verständigt und damit auf gesetzliche Regelungen zum Bündnis für Arbeit verzichtet. | 8 BAG v. 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887 (890); v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097 (1099). | 9 BAG v. 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, AP Nr. 26 zu § 4 TVG – Geltungsbereich. | 10 BAG v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097 (1099); DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 69a; HSWG/Worzalla, § 77 BetrVG Rz. 141; aA GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rz. 99 ff. | 11 Vgl. Kania, BB 2001, 1091 (1092). | 12 Vgl. BAG v. 27.1.1987 – 1 ABR 66/85, NZA 1987, 489; v. 24.2.1999 – 4 AZR 62/98, NZA 1999, 995; Fitting, § 77 BetrVG Rz. 75. | 13 BAG v. 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, AP Nr. 26 zu § 4 TVG – Geltungsbereich. | 14 BAG v. 6.12.1963 – 1 ABR 7/63, DB 1964, 411. | 15 BAG v. 1.12.1992 – 1 AZR 234/92, NZA 1993, 613 (615). | 16 Vgl. BAG v. 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, AP Nr. 26 zu § 4 TVG – Geltungsbereich; LAG Berlin v. 5.11.1980 – 5 Ta BV 2/80, DB 1981, 1730. | 17 BAG v. 27.1.1987 – 1 ABR 66/85, NZA 1987, 489; v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097 (1099); v. BAG v. 21.6.2005 – 9 AZR 353/04, nv. | 18 BAG v. 6.12.1963 – 1 ABR 7/63, DB 1964, 411; Richardi/Richardi, § 77 BetrVG Rz. 271; abl. ErfK/Kania, § 77 BetrVG Rz. 42. | 19 Vgl. BAG v. 15.11.2000 – 5 AZR 310/99, NZA 2001, 900 (901); v. 20.2.2001 – 1 AZR 322/00, NZA 2001, 1204 (1205 f.). | 20 BAG v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097 (1099); v. 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, AP Nr. 26 zu § 4 TVG – Geltungsbereich; GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rz. 132. | 21 BAG v. 3.12.1991 – GS 2/90, NZA 1992, 749; v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, NZA 2003, 1155 (1157); v. 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, AP Nr. 26 zu § 4 TVG – Geltungsbereich; DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 66; v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, NZA 1987, 793 (797 f.); Heinze, NZA 1989, 41 (47); abl. die sog. „Zwei-Schranken-Theorie“ Richardi/Richardi, § 77 BetrVG Rz. 247 ff.; GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rz. 139 ff. | 22 Vgl. BAG v. 3.12.1991 – GS 2/90, NZA 1992, 749 (755); v. 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1989, 887.

Bestimmungsrecht verbleibt. Hiervon ist auch dann auszugehen, wenn der TV eine Angelegenheit nicht „vollständig und abschließend“ regelt oder eine Konkretisierung notwendig ist¹. Beispiel: übertarifl. Urlaubsgeld², über- oder außertarifliche Leistungen³. Dies gilt auch nach Beendigung des TV; Nachwirkung begründet keine Tarifsperre⁴. Ob die Frage (in einem anderen Betrieb) üblicherweise durch TV geregelt wird, ist ebenso unerheblich wie die arbeitnehmerseitige Tarifbindung⁵. Mitbestimmungspflicht eines Teils der Regelungen einer BV führt nicht dazu, dass Sperrwirkung eines TV auch für mitbestimmungsfreien Regelungen aufgehoben wäre⁶.

- 52 **Öffnungsklausel:** Die Tarifparteien können im TV abweichende bzw. ergänzende BV zulassen (Abs. 3 S. 2). Dies gilt auch im Rahmen von § 87 I⁷. Die Öffnungsklausel muss allerdings ausdrücklich erkennbar sein⁸. Fehlt eine Öffnungsklausel, können die Tarifparteien eine BV, die gegen den Tarifvorrang bzw. -vorbehalt aus §§ 77 III, 87 I verstößt, auch nachträglich genehmigen und sie – ggf. auch rückwirkend – wirksam werden lassen. Dabei müssen indes die allgemeinen Grenzen der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes beachtet werden⁹. Wenn eine Angelegenheit durch TV der einzelvertragl. Regelung zugewiesen wird, steht dies einer BV nicht entgegen, denn der Verzicht auf eine Regelung bestimmter Arbeitsbedingungen stellt eben keine Regelung dar und kann entsprechend keine Sperrwirkung auslösen¹⁰.
- 53 **Übernahme eines TV durch BV:** Aus Sinn und Zweck des Tarifvorrangs in Abs. 3 folgt, dass der Inhalt eines TV in seiner Gesamtheit nicht durch BV verbindlich gemacht werden kann. Andernfalls würden ArbGeb und BR eine Allgemeinverbindlichkeit des TV herstellen, die im Widerspruch zur negativen Koalitionsfreiheit steht¹¹. Dies gilt erst Recht für „dynamische Verweisungen“ oder „Blankettverweisungen“, durch die ohne zeitliche Begrenzung auf einen TV in der jeweils gültigen Fassung verwiesen wird. Denn dadurch entäußern sich die Betriebsparteien auch ihrer gesetzl. Normsetzungsbefugnis¹². Dass die betrieblichen Sozialpartner durch eine Bezugnahme nur eine Abschrift ersetzen, ist unerheblich. Abs. 3 steht jeder Regelung durch BV entgegen, mag sie kurz oder lang sein¹³. Zulässig ist, einzelne Regelungen eines TV – ggf. durch Bezugnahme – zum Gegenstand einer BV zu machen¹⁴. Dies gilt insb. im Anwendungsbereich von § 87, wo eine Bindungswirkung des TV nur bei Tarifgebundenheit des ArbGeb gegeben ist (vgl. Rz. 51). Da die Regelung bekannt ist, liegt darin kein unzulässiger Verzicht auf MitbestR oder eine mittelbare Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen¹⁵. Im Zweifel kann die dyn. Bezugnahme geltungserhaltend auf eine statische Bezugnahme reduziert werden¹⁶.
- 54 **13. Verhältnis der Betriebsvereinbarung zu anderen Betriebsvereinbarungen. a) Verhältnis zwischen gleichrangigen Betriebsvereinbarungen.** Die Betriebsparteien können eine Angelegenheit, die bislang durch BV geregelt war, unter – auch stillschweigender – Aufhebung dieser BV mit Wirkung für die Zukunft in einer neuen BV regeln¹⁷. Die neue tritt dann an die Stelle der bisherigen BV (Ablösungsprinzip)¹⁸. Dies gilt grds. auch bei Änderungen zum Nachteil der betroffenen ArbN¹⁹, soweit die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes gewahrt sind²⁰.
- 55 Für den Bereich der betrAV haben Rspr.²¹ und Lit.²² ein dreistufiges Prüfungsschema entwickelt: In den zum Zeitpunkt der Neuregelung erdienten und nach § 2 zu errechnenden Teilbetrag darf nur im Ausnahmefall eingegriffen werden. Erforderlich sind zwingende Gründe. Beispiel: Störung der Geschäftsgrundlage wegen wirtschaftl. Notlage des Unternehmens oder wegen einer wesentlichen Störung des Zwecks der

1 BAG v. 4.7.1989 – 1 ABR 40/88, NZA 1990, 29; v. 24.1.1996 – 1 AZR 597/95, NZA 1996, 948 (949); v. 22.6.1993 – 1 ABR 62/92, NZA 1994, 184 (185); v. 9.12.1997 – 1 AZR 319/97, NZA 1998, 661 (665). | 2 BAG v. 9.2.1989 – 8 AZR 310/87, NZA 1989, 765. | 3 BAG v. 3.12.1991 – GS 2/90, NZA 1992, 749. | 4 BAG v. 24.2.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639; v. 27.11.2002 – 4 AZR 660/01, EzA § 77 BetrVG 2001 Nr. 2 S. 10. | 5 BAG v. 24.2.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639; aA *Löwisch/Kaiser*, § 87 BetrVG Rz. 39. | 6 BAG v. 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, AP Nr. 26 zu § 4 TVG – Geltungsbereich. | 7 Vgl. BAG v. 20.2.2001 – 1 AZR 23/00, DB 2001, 2100. | 8 Vgl. BAG v. 20.4.1999 – 1 AZR 631/98, NZA 1999, 1059 (1064); v. 29.1.2002 – 1 AZR 267/01, EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 71 (S. 6 f.). | 9 BAG v. 20.4.1999 – 1 AZR 631/98, NZA 1999, 1059 (1064); v. 29.1.2002 – 1 AZR 267/01, EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 71 (S. 6 f.). | 10 BAG v. 1.12.1992 – 1 AZR 234/92, NZA 1993, 613 (614 ff.); v. 14.12.1993 – 1 ABR 31/93, NZA 1994, 809 (810). | 11 Vgl. BT-Drs. 6/1786 S. 47 und 6/2729, S. 11; BAG v. 3.12.1991 – GS 2/90, NZA 1992, 749, 753; DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 67; GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rz. 131; HSWG/Worzalla, § 77 BetrVG Rz. 162; für Zulässigkeit der Inbezugnahme BAG v. 27.3.1963 – 4 AZR 72/62, DB 1963, 902; *Steger/Weinspach/Schiefer*, § 77 BetrVG Rz. 21; v. *Hoyningen-Huene*, DB 1994, 2026. | 12 BAG v. 16.2.1962 – 1 AZR 167/61, DB 1962, 543; v. 23.6.1992 – 1 ABR 9/92, NZA 1993, 229; DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 32; *Fitting*, § 77 BetrVG Rz. 24; mit anderer Begründung *Richardi/Richardi*, § 77 BetrVG Rz. 35; Verstoß gegen das Schriftformerfordernis; aA HSWG/Worzalla, § 77 BetrVG Rz. 120; MünchArbR/Matthes, § 328 Rz. 15; BAG v. 9.7.1980 – 4 AZR 564/78, DB 1981, 374; v. 10.11.1982 – 4 AZR 1203/79, DB 1983, 717, wonach solche Verweisungen zulässig sind. | 13 Abw. BAG v. 23.6.1992 – 1 ABR 9/92, NZA 1993, 229 (231). | 14 BAG v. 23.6.1992 – 1 ABR 9/92, NZA 1993, 229. | 15 BAG v. 3.6.1997 – 3 AZR 25/96, NZA 1998, 382. | 16 BAG v. 23.6.1992 – 1 ABR 9/92, NZA 1993, 229; DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 32; *Richardi/Richardi*, § 77 BetrVG Rz. 36; *Fitting*, § 77 BetrVG Rz. 24. | 17 BAG v. 5.10.2000 – 1 AZR 48/00, NZA 2001, 849; v. 20.2.2001 – 1 AZR 322/00, NZA 2001, 1204 (1206). | 18 BAG v. 14.8.2001 – 1 AZR 619/00, NZA 2002, 276 (278); v. 28.6.2005 – 1 AZR 213/04, AP Nr. 25 zu § 77 BetrVG 1972 – Betriebliche Altersversorgung. | 19 BAG v. 5.10.2000 – 1 AZR 48/00, NZA 2001, 849 (852); v. 20.2.2001 – 1 AZR 322/00, NZA 2001, 1204 (1206). | 20 BAG v. 10.8.1994 – 10 ABR 61/93, NZA 1995, 314; v. 28.6.2005 – 1 AZR 213/04, AP Nr. 25 zu § 77 BetrVG 1972 – Betriebliche Altersversorgung; *Fitting*, § 77 BetrVG Rz. 41; DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 12. | 21 Vgl. nur BAG v. 11.9.1990 – 3 AZR 380/89, DB 1991 503 f.; v. 26.8.1997 – 3 AZR 235/96, DB 1998, 1190 (1191); v. 18.9.2001 – 3 AZR 728/00, NZA 2002, 1164 ff.; v. 19.4.2005 – 3 AZR 468/04, NZA-RR 2005, 598. | 22 Vgl. nur *Griebeling*, BetrAVG Rz. 840; *Höfer*, BetrAVG ART Rz. 459 ff.; *Blomeyer/Otto*, BetrAVG Anh. § 1 Rz. 304 ff.

Altersversorgung (zB planwidrige Überversorgung durch veränderte Rahmenbedingungen). Soll die Neuregelung zum Nachteil der ArbN die (zeitanteilig) erdiente Dynamik eines variablen, dienstzeitunabhängigen Berechnungsfaktors – im Regelfall geht es um Änderung des für die Höhe der Altersversorgungsbezüge maßgeblichen ruhegehaltsfähigen Entgelts (endgehaltsabhängige Dynamik) – ändern, bedarf es eines triftigen Grundes. Beispiel: langfristige Substanzgefährdung des Unternehmens bei Verzicht auf Änderung¹, fehlende Möglichkeit, die Versorgungszuwächse aus Erträgen und Wertzuwächsen zu erwirtschaften oder eine angemessene Eigenkapitalverzinsung sicherzustellen². IdR liegt ein triftiger Grund vor, wenn der Gesamtaufwand des Unternehmens für die betrAV nicht geschmälert wird³. Geht es nur um die Neuregelung der dienstzeitabhängigen künftigen Zuwächse, genügt zur Rechtfertigung bereits ein sachlich-proportionaler, also willkürfreier, nachvollziehbarer und aner kennenswerter Grund. Dabei ist eine Abwägung dieser Gründe mit den schützenswerten ArbN-Interessen notwendig. Beispiel: Anhaltende Verluste des ArbGeb trotz umfangreicher Einsparmaßnahmen⁴, Vereinheitlichung der Versorgungsregelungen⁵, Reaktion auf ungünstige wirtschaftl. Entwicklung des Unternehmens; Fehlentwicklung im betrieblichen Versorgungswerk⁶. Ausreichend dabei ist, wenn ein unabhängiger Sachverst. den dringenden Sanierungsbedarf bestätigt⁷. Ein Sanierungsplan muss nicht vorgelegt werden⁸. Schließlich kann kein ArbN annehmen, dass eine Versorgungsordnung nicht an veränderte rechtl. und wirtschaftl. Rahmenbedingungen angepasst wird⁹. Bei Änderungen, die ausgeschiedene ArbN betreffen, müssen zum Teil abweichende Vorgaben berücksichtigt werden¹⁰. Nach Eintritt eines Versorgungsfalls gelten die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes, so dass idR nur noch geringfügige Verschlechterungen der zugesagten Versorgung gerechtfertigt sind¹¹.

Die vorstehend dargelegten Änderungen können im Bereich der betrAV auch durch Kündigung bewirkt werden (vgl. Vorb. BetrAVG Rz. 146 ff.)¹². Wenngleich die Kündigung selbst keiner Rechtfertigung bedarf, können deshalb nur solche Rechtsfolgen bewirkt werden, die den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes sowie die MitbestR des BR aus § 87 berücksichtigen. Beispiel: Liegen sachlich-proportionale Gründe vor, kann die Kündigung neben einer Schließung des Versorgungswerks für Neueinstellungen auch Änderungen zum Nachteil der bereits Beschäftigten bewirken¹³. Kann das Ziel bereits durch Maßnahmen auf der Grundlage der Versorgungsordnung erreicht werden (zB Verzicht auf Anpassung der Betriebsrente), ist die Kündigung nicht erforderlich und damit unwirksam¹⁴. Nach einer Kündigung wirkt die BV für die bis dahin geleistete Betriebszugehörigkeit als Anspruchsgrundlage kollektivrechtl. fort. Daraus folgt: Einzelvertragl. kann ohne Zustimmung des BR keine Verschlechterung vereinbart werden. Änderungen der Anspruchsgrundlage sind nur mit den Mitteln des Kollektivarbeitsrechts möglich. Selbst wenn künftige Betriebszugehörigkeit keine anspruchsteigernde Wirkung mehr hat, kann sie auch nach dem Wirksamwerden der Kündigung noch zu einer Unverfallbarkeit der Anwartschaft führen.

Auf andere BV über freiwillige Sozialleistungen können die Grundsätze für den Bereich der Altersversorgung nicht übertragen werden. Beispiel: Verschlechternde BV über die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall¹⁵.

b) Verhältnis zwischen Betriebsvereinbarung, Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarung. Das Verhältnis der unternehmens- oder konzernbezogenen BV zur BV richtet sich nach der Zuständigkeitsverteilung. Werden Gesamt- oder KonzernBR im Rahmen der originären Zuständigkeit nach §§ 50 I, 58 I tätig und regeln sie einen Gegenstand abschließend, ist der einzelne BR bzw. GesamtBR nicht mehr befugt, über denselben Gegenstand eine BV abzuschließen. Eine bereits bestehende BV wird ohne Rücksicht auf Günstigkeit verdrängt¹⁶. Eine Gesamt- oder KonzernBV kann indes abweichende Vereinbarungen zulassen¹⁷. Handeln Gesamt- oder KonzernBR im Rahmen der übertragenen Zuständigkeit (§§ 50 II, 58 II), liegt eine Betriebs- oder GesamtBV vor, die wie die mit der eigentlich zuständigen ArbN-Vertretung abgeschlossene Vereinbarung zu behandeln ist.

14. Verhältnis zwischen Betriebsvereinbarung und Arbeitsvertrag. a) Grundsatz. Wegen der normativen Wirkung der BV (vgl. Rz. 2) muss ihre Wirkung für das Arbeitsverhältnis nicht vereinbart werden. Es bedarf keiner Anerkennung, Unterwerfung oder Übernahme¹⁸. Wird im Arbeitsvertrag auf die BV Bezug

1 BAG v. 21.8.2001 – 3 ABR 44/00, DB 2001, 952 ff. | 2 Vgl. BAG v. 11.5.1999 – 3 AZR 21/98, DB 2000, 525 (527); v. 23.5.2000 – 3 AZR 146/99, NZA 2001, 1251 (1252). | 3 Vgl. BAG v. 27.8.1996 – 3 AZR 466/95, DB 1997, 633 (635).
 4 BAG v. 19.4.2005 – 3 AZR 468/04, NZA-RR 2005, 598. | 5 BAG v. 8.12.1981 – 3 ABR 53/80, DB 1982, 46 ff.; *Junker*, RdA 1993, 203 (209); krit. *Kemper*, BetrAV 1990, 7, (8 f.). | 6 Vgl. allgemein BAG v. 17.8.1999 – 3 ABR 55/98, BB 2000, 777 ff.; v. 21.8.2001 – 3 ABR 44/00, NZA 2002, 575 (579). | 7 BAG v. 18.9.2001 – 3 AZR 728/00, DB 2002, 1114 (1115). | 8 BAG v. 19.4.2005 – 3 AZR 468/04, NZA-RR 2005, 598. | 9 BAG v. 8.12.1981 – 3 ABR 53/80, DB 1982, 46 ff.; weitergehend v. *Hoyningen-Huene*, BB 1992, 1640, 1644, der einen Eingriff in künftige Erwerbsmöglichkeiten auch ohne sachlichen Grund für zulässig hält. | 10 Vgl. BAG v. 25.7.2000 – 3 AZR 676/99, EZA § 1 BetrAVG – Ablösung Nr. 25 (S. 10 ff.). | 11 BAG v. 12.10.2004 – 3 AZR 557/03, NZA 2005, 580 (581). | 12 Vgl. BAG v. 11.5.1999 – 3 AZR 21/98, DB 2000, 525 ff.; v. 17.8.1999 – 3 AZR 55/98, BB 2000, 777 ff. | 13 BAG v. 18.9.2001 – 3 AZR 728/00, DB 2002, 1114. | 14 BAG v. 21.8.2001 – 3 ABR 44/00, DB 2001, 952 (954). | 15 BAG v. 15.11.2000 – 5 AZR 310/99, NZA 2001, 900. | 16 Vgl. BAG v. 3.5.1984 – 6 ABR 68/81, DB 1984, 2413. | 17 BAG v. 3.5.1984 – 6 ABR 68/81, DB 1984, 2413 (2414). | 18 BAG v. 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168 (171); v. 21.9.1989 – 1 AZR 454/88, NZA 1990, 351 (353).

genommen, hat dies deshalb im Zweifel nur deklaratorische Bedeutung. Die Geltung der BV hängt also von der Wirksamkeit der BV ab¹. Unabhängig davon gelten einzelvertragl. Regelungen fort, wenn nachträglich eine günstigere BV abgeschlossen wird. Sie werden aber für die Zeit der normativen Geltung der BV verdrängt². Nach Ablauf der BV lebt die einzelvertragl. Regelung wieder auf³. Im Übrigen gilt im Verhältnis zwischen BV und Arbeitsvertrag das Günstigkeitsprinzip: Individualrechtl. Vereinbarungen haben gegenüber verschlechternden BV Vorrang, wenn und soweit sie eine für den ArbN günstigere Regelung enthalten⁴. Voraussetzung ist freilich, dass der Arbeitsvertrag selbst bewusst die Frage günstiger geregelt hat. Ist die Frage nicht geregelt, sind BV in der Lage, unmittelbar gegenseitige Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien zu begründen. Beispiel: Berechtigung zur Anordnung von Überstunden⁵. Liegt keine BV vor, kann der ArbGeb in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten (zB Vereinbarung zur Arbeitszeitverteilung) an einer Umsetzung der einzelvertragl. Abrede gehindert sein, wenn die notwendige Zustimmung des BR fehlt. Beispiel: Widerspruch zwischen BV und einzelvertragl. Zusage zur Lage der Arbeitszeit.

- 60 Der Günstigkeitsvergleich ist als Sachgruppenvergleich vorzunehmen (vgl. § 4 TVG Rz. 30). Dabei sind die in innerem Zusammenhang stehenden Teilkomplexe der Regelung zu vergleichen. Entscheidend ist eine objektive Sichtweise. Beim Vergleich unterschiedlicher Leistungen kommt es darauf an, ob sie funktional äquivalent sind. Ist dies nicht der Fall, ist Günstigkeitsvergleich ausgeschlossen. Ein Vergleich von Regelungen, deren Gegenstände sich thematisch nicht berühren oder mit verschiedenen Gegenleistungen verbunden sind, ist ausgeschlossen⁶. Die Kennzeichnung vergleichbarer Regelungsgegenstände ist allerdings streitig. So wird man zwar Arbeitszeit und -entgelt in einen Vergleich einbeziehen können⁷. Entgegen der Praxis so mancher „Bündnisse für Arbeit“ soll der Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen aber nicht zum Ausgleich einer Absenkung der Vergütung bzw. einer Anhebung der Arbeitszeit eingebracht werden können⁸. Ebenso soll Verzicht auf Sozialplanabfindung nicht mit Ansprüchen im Zusammenhang mit Eintritt in eine BQG aufgerechnet werden⁹. Die Unterscheidung zwischen mitbestimmungspflichtigen oder freiwilligen Angelegenheiten ist ohne Bedeutung¹⁰. Ist nicht zweifelsfrei feststellbar, dass die Abweichung für den einzelnen ArbN günstiger ist, bleibt es bei der zwingenden Geltung der BV¹¹.
- 61 Eine Verschlechterung einzelvertragl. begründeter Ansprüche kann grds. nur durch Änderungskündigung, Änderungsvereinbarung oder Widerruf vorgenommen werden. Ausnahmsw. mag auch ein Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) gegeben sein, der einen Anspruch auf Anpassung schafft¹².
- 62 **b) Ablösung betrieblicher Einheitsregelungen durch Betriebsvereinbarung.** Grundsätzlich gelten die vorangehenden Ausführungen auch für das Verhältnis zwischen einer BV und betrieblichen Einheitsregelungen, die durch Arbeitsvertrag, Gesamtzusage oder betriebliche Übung geschaffen werden und freiwillige Sozialleistungen an mehrere ArbN zum Gegenstand haben. An sich können für die ArbN nachteilige Änderungen also nicht durch BV bewirkt werden (zu betriebsvereinbarungsoffenen Regelungen vgl. Rz. 68)¹³.
- 63 Abweichend hiervon können betriebliche Einheitsregelungen aber auf der Grundlage der vom Großen Senat des BAG im Beschluss vom 16.9.1986¹⁴ entwickelten Grundsätze geändert werden, wenn hierbei das Prinzip der „kollektiven Günstigkeit“ gewahrt bleibt¹⁵ und – insb. im Bereich der betrav – die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes gewahrt sind¹⁶. Unerheblich ist, ob es sich um eine freiwillige oder eine mitbestimmte Angelegenheit handelt und ob die betriebliche Einheitsregelung unter Verletzung des MitbestR des BR zustande gekommen ist¹⁷.

1 BAG v. 23.8.1989 – 5 AZR 390/88, nv.; v. 18.11.2003 – 1 AZR 604/02, NZA 2004, 803 (805); LAG Berlin v. 23.6.2005 – 16 Sa 557/05, nv. | 2 BAG v. 21.9.1989 – 1 AZR 454/88, NZA 1990, 351 (353 ff.); v. 28.3.2000 – 1 AZR 366/99, NZA 2001, 49 ff. | 3 DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 19. | 4 BAG v. 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168 (171); v. 21.9.1989 – 1 AZR 454/88, NZA 1990, 351 (353); v. 28.3.2000 – 1 AZR 366/99, NZA 2001, 49 (51); v. 12.12.2000 – 1 AZR 183/00, nv. | 5 BAG v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, NZA 2003, 1155 (1159). | 6 Vgl. BAG v. 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887 (893): kein Vergleich von Äpfeln mit Birnen; BAG v. 30.3.2004 – 1 AZR 85/03, ArbRB 2004, 337; GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rz. 245 ff.; Belling, Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, S. 169 ff. | 7 Ebenso Buchner, DB 1996, Beil. 12 S. 1 (10); Heinze, NZA 1991, 229 (335 f.); Joost, ZfA 1984, 273 (276); aA Wank, NJW 1996, 2273 (2276 f.); Däubler, DB 1989, 2534 (2536 f.). | 8 So BAG v. 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887 (893); Ehmman/Schmidt, NZA 1995, 193 (202); P Hanau, RdA 1998, 65 (70); Reichold, ZfA 1998, 237 (252); aA Adomeit, NJW 1984, 26; Buchner, DB 1996 Beil. 12 S. 1 (10 ff.). | 9 BAG v. 30.3.2004 – 1 AZR 85/03, ArbRB 2004, 337. | 10 Vgl. BAG v. 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168; abw. DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 19a ff. | 11 BAG v. 30.3.2004 – 1 AZR 85/03, ArbRB 2004, 337. | 12 Vgl. für den Bereich der betrieblichen Altersversorgung BAG v. 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 168, (171, 177); v. 23.9.1997 – 3 ABR 85/96, NZA 1998, 719; v. 18.3.2003 – 3 AZR 101/02, nv. | 13 Vgl. BAG v. 16.9.1987 – GS 1/82, NZA 1987, 168, (171); v. 28.3.2000 – 1 AZR 366/99, NZA 2001, 49 (50 f.); aA LAG Düsseldorf v. 19.6.2001 – 16 Sa 418/01, LAGE § 242 – Betriebliche Übung Nr. 27 (S. 3); Merten/Schwartz, DB 2001, 646 ff., die im Zweifel betriebsvereinbarungsoffene Regelung annehmen. | 14 BAG v. 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168 (171). | 15 Ebenso BAG v. 7.11.1989 – GS 3/85, NZA 1990, 816; v. 28.3.2000 – 1 AZR 366/99, NZA 2001, 49 (51); v. 17.6.2003 – 3 ABR 43/02, NZA 2004, 1110 (1115); Richardi/Richardi, § 77 BetrVG Rz. 153 ff.; diff. GK-BetrVG/Kreutz, Rz. 256 ff.; aA Däubler, AuR 1987, 349 ff.; Blomeyer, DB 1987, 634 ff.; Joost, RdA 1989, 7 (18 ff.); Annuß, NZA 2001, 756 (761); abl. Hromadka, NZA 1987 Beil. 3 S. 2 ff. | 16 BAG v. 18.3.2003 – 3 AZR 101/02, nv. | 17 BAG v. 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168 (176).

Voraussetzung für eine Anwendung des Prinzips der kollektiven Günstigkeit ist, dass die nach Maßgabe der Einheitsregelung gewährten Leistungen in einem Bezugssystem zueinander gestanden haben. Hiervon ist auszugehen, wenn arbeitgeberseitig eine Entscheidung über die Höhe der einzusetzenden Mittel und die Grundsätze ihrer Verteilung getroffen wurde, ohne dass dabei die individuelle Lage eines einzelnen ArbN, seine persönlichen Umstände oder seine besonderen individuellen Verdienste ein Rolle spielten. Wenn die insoweit durch einen Dotierungsrahmen vorgegebenen Mittel als Folge der „umstrukturierenden Betriebsvereinbarung“ zum Nachteil einzelner ArbN verändert werden, soll dies zulässig sein, wenn die Neuregelung generelle Ziele verfolgt und insgesamt bei kollektiver Betrachtung nicht ungünstiger ist¹. Eine isolierte Betrachtung einzelner Ansprüche wäre verfehlt, da günstigere Einzelansprüche aufgrund der vorgegebenen Finanzierungsmasse nur auf Kosten einer Verkürzung der Ansprüche anderer ArbN erzielt werden könnten². Bleiben die Aufwendungen des ArbGeb konstant oder werden sie erweitert, steht das Günstigkeitsprinzip einer Neuregelung nicht entgegen, selbst wenn einzelne ArbN dadurch schlechter gestellt werden. Umgekehrt gehen die Regelungen einer betrieblichen Einheitsregelung einer nachfolgenden BV (weiterhin) vor, wenn durch die BV der Gesamtaufwand des ArbGeb verringert wird³.

Beispiel für vorhandenes Bezugssystem: Geringere Jubiläumszuwendung gegenüber höherem Weihnachtsgeld⁴; Wegfall der Steigerungsbeträge in betrAV zugunsten fester und dynamisierter Zulagen zum Tarifentgelt⁵. Der Vergleich eines durch Gesamtzusage begründeten Versorgungswerks, das durch Widerruf für neu in den Betrieb eintretende Mitarbeiter geschlossen worden war, und einer neuen BV Altersversorgung, die wieder für alle Mitarbeiter geöffnet ist, kann nicht ohne weiteres in der Weise vorgenommen werden, dass dem Aufwand für das geschlossene Versorgungswerk mit der naturgemäß sinkenden Zahl von Versorgungsberechtigten der Aufwand gegenübergestellt wird, der auf unbestimmte Zeit für das wieder geöffnete Versorgungswerk aufzubringen ist⁶. Das für eine Anwendung des Prinzips der „kollektiven Günstigkeit“ erforderliche Bezugssystem der Leistungen ist nicht gegeben, wenn nur eine durch TV nach Höhe und/oder Verteilung vorgegebene Leistungspflicht umgesetzt wird. Beispiel für fehlendes Bezugssystem: Regelungen zur Altersgrenze für Vertragsbeendigung⁷, Regelungen über das eigentliche Arbeitsentgelt als Gegenleistung für die geschuldete Arbeitsleistung, die Bezugnahme auf TV, Regelungen über die Bezahlung von Mehrarbeit, Nacht- und Feiertagsarbeit, Urlaub und Urlaubsvergütung, Regelungen zur Lohnfortzahlung bei Fehlzeiten oder andere Regelungen, die – wie die Dauer der Wochenarbeitszeit, Kündigungsfristen – den Inhalt des Arbeitsverhältnisses bestimmen⁸. Einheitsregelungen zu diesen Angelegenheiten können durch BV nicht verändert werden. Soweit die BV für die einzelnen ArbN günstigere Normen enthält, verdrängt sie indes während ihrer Geltungsdauer die arbeitsvertragl. Regelungen⁹.

Mit Abschluss der ablösenden BV entfällt die betriebliche Einheitsregelung. Sie wird durch die BV ersetzt. Damit kann der Anspruch später auch durch BV geändert (Ablösungsprinzip) oder ohne Wiederaufleben der einzelvertragl. Regelung beendet werden¹⁰.

Wenn eine Änderung betrieblicher Einheitsregelungen durch BV bereits vor dem Beschluss des Großen Senats v. 16.9.1986¹¹ vorgenommen wurde, hat die BV ablösenden Charakter, selbst wenn sie die Rechte der ArbN insgesamt bei kollektiver Betrachtung verschlechtert, falls die Betriebspartner auf die Geeignetheit des Ablösungsmittels „Betriebsvereinbarung“ vertrauen durften und die Neuregelung ihrerseits einer inhaltlichen Kontrolle unter den Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes standhält¹². Jedenfalls bis zum Bekanntwerden von BAG v. 12.8.1982¹³ durften die Betriebsparteien davon ausgehen, dass die BV eine Gesamtzusage oder betriebliche Einheitsregelung ablösen und ungünstiger gestalten kann¹⁴.

c) Betriebsvereinbarungsoffene Arbeitsverträge. Abweichend hiervon kann durch BV in einzelvertragl. Regelungen auch zuungunsten der ArbN eingegriffen werden, wenn dort der Vorbehalt einer kollektivrechtl. Änderung enthalten war¹⁵ und die allgemeinen Grenzen der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes beachtet werden¹⁶. Dieser Vorbehalt kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Er muss jedenfalls in der Vereinbarung oder Zusage bzw. anlässlich der Verhandlungen über die einzel-

1 BAG v. 17.6.2003 – 3 ABR 43/02, NZA 2004, 1110 (1115). | 2 BAG v. 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168 (173 ff.); v. 21.9.1989 – 1 AZR 454/88, NZA 1990, 351; v. 28.3.2000 – 1 AZR 366/99, NZA 2001, 49 (51); krit. GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rz. 258.; Belling, DB 1987, 1888 ff.; Däubler, AuR 1987, 349 ff. | 3 BAG v. 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168 (175). | 4 BAG v. 3.11.1987 – 8 AZR 316/81, NZA 1988, 509 (510). | 5 LAG Hamm v. 17.12.1996 – 6 Sa 643/96, BB 1997, 528 ff. | 6 BAG v. 17.6.2003 – 3 ABR 43/02, NZA 2004, 1110. | 7 BAG v. 7.11.1989 – GS 3/85, NZA 1990, 816. | 8 BAG v. 28.3.2000 – 1 AZR 366/99, NZA 2001, 49 (51); v. 21.9.1989 – 1 AZR 454/88, NZA 1990, 351. | 9 BAG v. 28.3.2000 – 1 AZR 366/99, NZA 2001, 49 (51). | 10 Vgl. BAG v. 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168 ff.; v. 21.9.1989 – 1 AZR 454/88, NZA 1990, 351 (352 f.); abw. DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 24: nur einvernehmliche Verschlechterung oder Beendigung der BV; ErfK/Kania, § 77 BetrVG Rz. 78: nur (vorübergehend) verdrängende Wirkung. | 11 BAG v. 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168. | 12 BAG v. 20.11.1990 – 3 AZR 573/89, NZA 1991, 477; v. 18.9.2001 – 3 AZR 679/00, EzA § 1 BetrAVG – Ablösung Nr. 29 (S. 8). | 13 BAG v. 12.8.1982 – 6 AZR 1117/79, BB 1982, 2183. | 14 BAG v. 20.11.1990 – 3 AZR 573/89, NZA 1991, 477; v. 18.9.2001 – 3 AZR 679/00, NZA 2002, 760. | 15 BAG v. 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168 (171); v. 17.6.2003 – 3 ABR 43/02, NZA 2004, 1110, 1114. | 16 Vgl. BAG v. 10.12.2002 – 3 AZR 92/02, EzA § 1 BetrAVG – Ablösung Nr. 37 S. 9.

vertragl. Regelung zum Ausdruck kommen, ggf. muss eine Auslegung vorgenommen werden¹. Beispiel: Richtlinie über Jubiläumsgeld mit Bezugnahme auf vorherige Abstimmung mit KonzernBR². Der Arbeitsvertrag ist einer Änderung auch dann zugänglich, wenn auf eine BV in bestimmter Fassung verwiesen worden ist. Ausgehend davon, dass BV auch ohne den Hinweis unmittelbar und zwingend zur Anwendung kommen (§ 77 IV 1), soll eine solche Bezugnahme idR nur den Vorgaben des NachwG entsprechen. Insofern muss man den Verweis im Zweifel als deklaratorisch³ und „dynamisch“ verstehen⁴. Beispiel: Im Arbeitsvertrag wird die zu dieser Zeit im Betrieb geltende Regelung über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage Bezug genommen. Im Zweifel liegt darin keine individuelle Arbeitszeitvereinbarung, die gegenüber einer späteren Veränderung der betrieblichen Arbeitszeit durch BV Bestand haben kann⁵. Wenn der ArbN eine bestimmte Regelung (statisch) festgeschrieben wissen will, muss dies im Arbeitsvertrag selbst deutlich zum Ausdruck gebracht werden⁶. Wenn im Arbeitsvertrag indes eine Zahlung nach den Maßgaben einer BV zugesagt wird, kann dies eine konstitutive Bezugnahme sein, die nicht vom Fortbestand der BV abhängig ist. Ob sie auch dyn. ist, hängt von der weiteren Auslegung im Einzelfall ab⁷.

- 69 15. Besonderheiten bei Betriebsübergang und Umwandlung (vgl. auch § 613a BGB). a) Übertragung eines Betriebs unter Wahrung seiner Identität.** Wird ein Betrieb im Rahmen von § 613a BGB unter Wahrung seiner betriebsverfassungsrechtl. Identität auf einen anderen Rechtsträger übertragen⁸, gilt die BV auf kollektivrechtl. Ebene fort, da sie – unabhängig von der Frage des Betriebsinhabers – in ihrem Bestand am Betrieb anknüpft⁹. Dabei kommt es auf die Rechtsform der Übertragung nicht an; auch die Umwandlung wird einbezogen. Auch der Regelungsgegenstand spielt keine Rolle; § 613a I 2 bis 4 BGB kommt nicht zur Anwendung¹⁰. Einzelvertragl. Vereinbarungen zum Nachteil der ArbN sind bereits nach Abs. 4 unwirksam. Änderungen der BV sind nach den allgemeinen Grundsätzen zulässig (vgl. Rz. 54). Wenn eine BV unternehmensspezifische Regelungen enthält, die beim Erwerber keine Anwendung finden können (Beispiel: Stock-Option-Plan, umsatzabhängige Bonusregelung, Personalrabatt), ist ein Wegfall oder eine Anpassung nach den Grundsätzen zur ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB¹¹) bzw. – nachgeordnet – zur Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) denkbar¹². Der enge Bezug zwischen der Absicht einer Förderung der Eigenproduktion kann dabei zur Folge haben, dass gegenüber dem Erwerber kein Anspruch mehr auf dieselben Waren oder Dienstleistungen besteht¹³. Kommt eine Vertragsauslegung nicht zur gewünschten Anpassung, muss geprüft werden, ob bei Vertragsschluss von einem Umstand ausgegangen worden ist, der zwar nicht Vertragsinhalt geworden ist, dennoch erkennbar auf beiden Seiten den Geschäftswillen aufgebaut hat, und dieser aufgrund schwerwiegender Änderungen weggefallen ist. Voraussetzung ist, dass die veränderten Umstände die Grundlage der Vereinbarung betreffen und die Vereinbarung in Kenntnis der Veränderung nicht zustande gekommen wäre¹⁴.
- 70 b) Fortbestand des Betriebs als Gemeinschaftsbetrieb.** Wenn einzelne Teile auf einen anderen Rechtsträger übertragen werden, der Betrieb aber als gemeins. Betrieb der beteiligten Rechtsträger fortbesteht (§ 1 II Nr. 2), gelten diese Grundsätze entsprechend¹⁵. Die BV gilt also für die im gemeins. Betrieb der beteiligten Rechtsträger beschäftigten ArbN kollektivrechtl. fort¹⁶.
- 71 c) Spaltung eines Betriebs und Übertragung eines Betriebsteils.** Wird nur ein Betriebsteil ausgegliedert und übertragen, besteht aber der Betrieb in seiner Identität beim übertragenden Rechtsträger fort, gilt die BV dort kollektivrechtl. fort¹⁷. Entsprechendes gilt dann, wenn der ausgegliederte Betriebsteil beim übertragenden Rechtsträger bleibt, der Betrieb im Übrigen aber unter Wahrung seiner betriebsverfassungsrechtl. Identität auf einen anderen Rechtsträger übertragen wird. In diesem Fall gilt die BV für die ArbN kollektivrechtl. weiter, deren Arbeitsverhältnis auf den anderen Rechtsträger übergegangen ist. Ein Rückgriff auf § 613a I 2 bis 4 BGB ist nicht erforderlich.
- 72** In dem ausgegliederten Betriebsteil ist eine kollektivrechtl. Fortgeltung der BV wegen der fehlenden Identität mit dem bisherigen Betrieb ausgeschlossen¹⁸. Das Gleiche gilt dann, wenn der Betrieb aufge-

¹ BAG v. 3.11.1987 – 8 AZR 316/81, NZA 1988, 509, (510); v. 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168, (171); ErfK/Kania, § 77 BetrVG Rz. 83 ff. | ² Vgl. BAG v. 3.11.1987 – 8 AZR 316/81, NZA 1988, 509; ähnlich BAG v. 10.12.2002 – 3 AZR 92/02, EZA § 1 BetrAVG – Ablösung Nr. 37 S. 6 ff. („Beschluss im Einvernehmen mit Betriebsrat“). | ³ BAG v. 14.8.2001 – 1 AZR 619/00, NZA 2002, 276 (278). | ⁴ BAG v. 16.8.1988 – 3 AZR 61/87, NZA 1989, 102; v. 20.11.1987 – 2 AZR 284/86, NZA 1988, 617. | ⁵ BAG v. 23.6.1993 – 1 AZR 57/92, NZA 1993, 89. | ⁶ BAG v. 16.8.1988 – 3 AZR 61/87, NZA 1989, 102; v. 23.6.1993 – 1 AZR 57/92, NZA 1993, 89; DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 19a ff. | ⁷ Vgl. BAG v. 24.9.2003 – 10 AZR 34/03, nv. | ⁸ Hierzu Gaul, B., Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 12 ff. | ⁹ BAG v. 27.7.1994 – 7 ABR 37/93, NZA 1995, 222 (225); v. 7.11.2000 – 1 ABR 17/00, nv.; v. 28.6.2005 – 1 AZR 213/04, AP Nr. 25 zu § 77 BetrVG 1972 – Betriebliche Altersversorgung. | ¹⁰ BAG v. 27.7.1994 – 7 ABR 37/93, NZA 1995, 222 (225); Henssler, NZA 1994, 913 (914); Heinze, DB 1998, 1861 (1893); Röder/Haußmann, DB 1999, 1754; aA Junker, RdA 1993, 203 (205). | ¹¹ BAG v. 7.9.2004 – 9 AZR 631/03, DB 2005, 1223 f. | ¹² Vgl. Gaul, B., Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 13 Rz. 40 ff. | ¹³ BAG v. 7.9.2004 – 9 AZR 631/03, DB 2005, 1223 (1224); Fuchs, Betriebliche Sonderleistungen, S. 131 ff. | ¹⁴ Gaul, B., Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 13 Rz. 46. | ¹⁵ Gaul, B., Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 59 ff., 80 ff.; Hartmann, AuA 1997, 16 (17). | ¹⁶ BAG v. 5.2.1991 – 1 AZR 32/90, DB 1991, 1937 (1939); HSWG/Worzalla, § 77 BetrVG Rz. 226; GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rz. 387. | ¹⁷ Gaul, B., Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 154; GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rz. 386; DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 51; aA D. Gaul, NZA 1986, 628 (631); Sowka, DB 1988, 1318 (1321). | ¹⁸ BAG v. 27.7.1994 – 7 ABR 37/93, NZA 1995, 222; v. 24.7.2001 – 3 AZR 660/00, NZA 2002, 520; Erman/Hanau,

löst und die daraus entstehenden Teile – ganz oder teilweise – auf einen oder mehrere Rechtsträger übertragen werden¹. In diesem Fall gelten Rechte und Pflichten, die bislang durch BV geregelt waren, gem. § 613a I 2 BGB als Bestandteil des Arbeitsvertrags fort und dürfen für die Dauer von einem Jahr nicht zum Nachteil der betroffenen ArbN geändert werden². Maßgeblich für den Fristbeginn ist die tatsächliche Spaltung bzw. Auflösung des bisherigen Betriebs. Der Zeitpunkt des Übergangs der Arbeitsverhältnisse spielt insoweit keine Rolle. Analog § 613a I 2 bis 4 BGB gelten die bisherigen Rechte und Pflichten auch dann fort, wenn der ausgegliederte Betriebsteil beim übertragenden Rechtsträger bleibt, während der Restbetrieb unter Wahrung seiner Identität übertragen wird³.

Wird eine BV gem. § 613a I 2 BGB zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses, ist sie vor der Ablösung durch BV nicht anders geschützt, als wenn sie kollektivrechtl. weitergelten würde. Auf ihre Ablösung nach § 613a I 3 BGB finden insofern ohne Rücksicht auf die Ein-Jahres-Frist die Regelungen zur ablösenden BV Anwendung⁴. Voraussetzung ist allerdings, dass die ablösende BV ihrerseits wirksam ist. Das setzt insb. auch die Wahrung des Tarifvorrangs (Abs. 3) voraus⁵. Dem Ordnungsinteresse des neuen Betriebsinhabers wird also gegenüber dem Interesse der ArbN an einer individualrechtl. Fortgeltung der bisherigen Kollektivverträge Vorrang eingeräumt, wenn die neuen TV bzw. BV unmittelbar und zwingend für das mit dem Erwerber bestehende Arbeitsverhältnis gelten⁶. Dies gilt auch, wenn die Neuregelung erst nach dem Übergang des Betriebsteils geschaffen wird⁷. Allerdings muss die ablösende BV notwendigerweise der Sache nach den selben Gegenstand regeln⁸. Im Bereich der betrAV gelten darüber hinaus die allgemeinen Besonderheiten (vgl. Rz. 55)⁹.

Die individualrechtl. Fortgeltung gem. § 613a I 2 BGB ist auf Inhalts- und Beendigungsnormen beschränkt. Abschlussnormen gelten nur dann fort, wenn sie sich nicht auf Neueinstellungen, sondern auf Veränderungen in Arbeitsverhältnissen beziehen, die zum Zeitpunkt des Übertragungsvorgangs bereits bestanden haben. Regelungen über betriebliche oder betriebsverfassungsrechtl. Fragen sind von einer Fortgeltung ausgeschlossen¹⁰.

d) Zusammenschluss von Betrieben. Wenn der auf einen anderen Rechtsträger übertragene oder der beim übertragenden Rechtsträger bleibende Betriebsteil mit einem anderen Betrieb zusammengeslossen wird, kann dies zu einer Ablösung der bis dahin individualrechtl. fortgeltenden Regelungen der früheren BV führen¹¹. Voraussetzung ist, dass der Betriebsteil in den anderen Betrieb eingegliedert wird, damit dessen BV nach dem Zusammenschluss kollektivrechtl. fortgilt. Ob dies der Fall ist, muss vor allem durch Vergleich der Organisation der Einheiten vor dem Zusammenschluss und der Organisation der Einheit nach dem Zusammenschluss festgestellt werden¹². Für Eingliederung spricht zB, wenn in der aufnehmenden Einheit deutlich mehr ArbN beschäftigt werden (ungefähr 60 : 40) oder wenn der arbeitstechnische Zweck, der in den beteiligten Einheiten verfolgt wird, keine Integration einzelner Abteilungen/Bereiche erforderlich macht. Wenn auf dieser Grundlage davon auszugehen ist, dass die bisherige Organisation des aufnehmenden Betriebs fortbesteht, lösen die dort geltenden BV die bisherigen Regelungen zum gleichen Regelungsgegenstand ab. Auf die Günstigkeit der Regelungen kommt es nicht an. Wenn der Zusammenschluss des übertragenen Betriebs oder Betriebsteils mit einer beim übernehmenden Rechtsträger bestehenden Einheit hingegen als Neugründung eines Betriebs anzusehen ist, bleibt es zunächst einmal bei der individualrechtl. Fortgeltung der Rechte und Pflichten aus der BV gem. §§ 613a I 2 BGB, 324 UmwG. Eine Ablösung durch eine andere BV setzt voraus, dass diese Vereinbarung mit dem BR, der für den gegründeten Betrieb neu gewählt werden muss, abgeschlossen wird¹³. Wegen der Ablösung durch neue BV gilt § 613a I 3 BGB (vgl. Rz. 54, 73)¹⁴. Besteht Streit über die Frage, ob ein Betrieb oder mehrere Betriebe im Anschluss an einen Übertragungsvorgang bestehen, kann ein Beschlussverfahren nach § 18 II eingeleitet werden (vgl. § 18 Rz. 12 ff.).

e) Ablösung durch andere Vereinbarung. Die Regelungen einer BV können nach der Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils durch Gesamt- oder KonzernBV des Erwerbers abgelöst werden, sofern der gleiche Regelungsgegenstand betroffen ist und der Betrieb/Betriebsteil in den Geltungsbereich fällt¹⁵.

§ 613a BGB Rz. 73; abw. Staudinger/*Richardi/Annuß*, § 613a BGB Rz. 174; offen BAG v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097 (1098), das von der Möglichkeit einer Fortgeltung als „normativer Teilordnung“ im aufnehmenden Betrieb spricht (so für Sozialplan BAG v. 24.3.1981 – 1 AZR 805/78, DB 1981, 2178 [2180]). | 1 *Gaul, B.*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 117. | 2 *Gaul, B.*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 24 Rz. 31 ff., 25 Rz. 125. | 3 *P Hanau*, RdA 1989, 207 (211); *Gaul, B.*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 173 ff., 182 ff.; 194; abl. *Schiefer*, RdA 1994, 83 (85); *D. Gaul*, NZA 1986, 628 (630). | 4 Vgl. BAG v. 24.7.2001 – 3 AZR 660/00, NZA 2002, 520; v. 14.8.2001 – 1 AZR 619/00, NZA 2002, 276 (279). | 5 BAG v. 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, AP Nr 26 zu § 4 TVG – Geltungsbereich. | 6 BAG v. 21.2.2001 – 4 AZR 18/00, NZA 2001, 1318; v. 14.8.2001 – 1 AZR 619/00, NZA 2002, 276 (279). | 7 BAG v. 19.3.1986 – 4 AZR 640/84, NZA 1986, 687; v. 20.4.1994 – 4 AZR 342/93, NZA 1994, 1140; BAG v. 14.8.2002 – 1 AZR 619/00, NZA 2002, 276 (279). | 8 BAG v. 24.7.2001 – 3 AZR 660/00, NZA 2002, 520; v. 1.8.2001 – 4 AZR 82/00, NZA 2002, 41 ff. | 9 BAG v. 24.7.2001 – 3 AZR 660/00, NZA 2002, 520; *Gaul, B./Kühnreich*, NZA 2002, 495 ff. | 10 *Gaul, B.*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 120 f. | 11 BAG v. 24.7.2001 – 3 AZR 660/00, NZA 2002, 520 ff.; v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097 (1099 f.). | 12 Ausf. *Gaul, B.*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 157 ff. | 13 Vgl. *Gaul, B.*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 169 ff., 175 ff. | 14 BAG v. 14.8.2001 – 1 AZR 619/00, NZA 2002, 276 (278); v. 28.6.2005 – 1 AZR 213/04, AP Nr 25 zu § 77 BetrVG 1972 – Betriebliche Altersversorgung. | 15 *Gaul, B.*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 139; *Henssler*, NZA 1994, 913 (918); abw. *Sowka/Weiss*, DB 1991, 1518 (1520 f.).

Unerheblich ist dabei, ob ein Betrieb oder Betriebsteil übertragen wird. Voraussetzung ist lediglich, dass die Gesamt- oder KonzernBV – ausgehend von einem Sachgruppenvergleich – den gleichen Regelungsgegenstand betrifft. In diesem Fall verdrängt sie nach den allgemeinen Grundsätzen zur Konkurrenz zwischen BV einerseits und Gesamt- oder KonzernBV andererseits bzw. nach Maßgabe von § 613a I 3 BGB die bisherige Regelung.

- 77** Eine Ablösung der individualrechtl. fortgeltenden BV durch TV ist nach § 613a I 3 BGB ebenfalls möglich, ohne dass ein Günstigkeitsvergleich vorgenommen wird¹. Eine Ablösung der individualrechtl. fortgeltenden Regelungen einer früheren BV durch eine betriebliche Einheitsregelung, die beim übernehmenden Rechtsträger besteht, setzt Zustimmung des ArbN voraus und darf eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen erst nach Ablauf der Jahresfrist bewirken². Eine Ausnahme ist nur bei betriebsvereinbarungsoffenen Regelungen denkbar (vgl. Rz. 68).
- 78 f) Beendigung der Betriebsvereinbarung im Zusammenhang mit Übergang.** War die BV vor dem Übergang bereits beendet, ist ihre Fortgeltung beim übernehmenden Rechtsträger ausgeschlossen, wenn sie keine Nachwirkung hat³. Liegt Nachwirkung vor, gilt sie kollektivrechtl. (Übertragung des Betriebs) oder als Bestandteil des Arbeitsverhältnisses (Übertragung eines Betriebsteils) fort. Sie kann nicht nur durch Kollektivvereinbarung geändert werden. Vielmehr kann sie ohne Rücksicht auf die 1-Jahres-Frist durch Änderungskündigung oder Änderungsvereinbarung auch zum Nachteil der betroffenen ArbN geändert werden. Entsprechendes gilt, wenn die BV nach der Spaltung bzw. Übertragung des Betriebs oder Betriebsteils beendet wird.
- 79 g) Besonderheiten für Gesamtbetriebsvereinbarungen.** Eine GesamtBV gilt als GesamtBV fort, wenn sämtliche Betriebe unter Wahrung ihrer Identität übertragen werden und der übernehmende Rechtsträger – bspw. bei einer Spaltung zur Neugründung – seinerseits noch keine Betriebe oder Betriebsteile besitzt, die bei ihrer Einbeziehung zu einer Ausweitung des bisherigen Geltungsbereichs führen würden⁴. Bestehen beim übernehmenden Rechtsträger andere Betriebe, setzt eine kollektivrechtl. Fortgeltung voraus, dass die GesamtBV in ihrem Geltungsbereich auf die übertragenen Betriebe begrenzt ist.
- 80** Eine GesamtBV gilt als BV fort, wenn ein einzelner Betrieb unter Wahrung seiner Identität auf einen anderen Rechtsträger übertragen wird. Unerheblich ist, ob die Vereinbarung im originären oder im übertragenen Zuständigkeitsbereich abgeschlossen wird⁵. Folgt man der Entscheidung des BAG v. 18.9.2002⁶, gilt die GesamtBV auch dann als BV fort, wenn ein Betriebsteil übertragen und durch Erwerber als eigenständiger Betrieb fortgeführt wird⁷. Konsequenz der kollektivrechtl. Fortgeltung ist, dass eine Änderung oder Beendigung nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze zur Änderung oder Beendigung von BV (vgl. Rz. 34 ff., 54 ff.) erfolgen kann. Bei einer einzelvertragl. Fortgeltung müsste die Jahresfrist des § 613a I 2 BGB beachtet werden.
- 81** Beim übertragenden Rechtsträger wirkt die GesamtBV kollektivrechtl. als GesamtBV oder BV fort, sofern die dort verbleibenden Einheiten als Betrieb oder selbständiger Betriebsteil iSd. § 4 I 1 qualifiziert werden können⁸.
- 82 h) Besonderheiten für Konzernbetriebsvereinbarungen.** Eine KonzernBV wirkt als KonzernBV fort, wenn der Rechtsträger, auf den Betriebe oder Betriebsteile übertragen wurden, im Konzern steht⁹. Es genügt, dass die Einheiten auch im Anschluss an den Übertragungsvorgang in den Geltungsbereich fallen (§ 58 I 1). Steht der übernehmende Rechtsträger nicht in einer Konzernbindung, gelten die Ausführungen zur GesamtBV entsprechend¹⁰.
- 83 16. Unternehmensinterne Veränderungen/Bildung und Auflösung eines gemeinsamen Betriebs.** Wenn Betriebe oder Betriebsteile unternehmensintern ausgegliedert oder zusammengeschlossen werden, gelten die vorstehenden Ausführungen zu solchen Veränderungen im Anschluss an einen Betriebsübergang oder eine Umwandlung entsprechend (vgl. Rz. 69, 71 ff.). Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn die Veränderung mit der Bildung oder Auflösung eines gemeins. Betriebs verbunden ist. Ggf. kommt es also

¹ LAG Hamburg v. 7.6.1995 – 4 Sa 115/94, AuR 1996, 75; *Gaul, B.*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 146 ff.; *Kania*, DB 1995, 625 (626 f.); *Erman/Hanau*, § 613a BGB Rz. 93. | ² *Gaul, B.*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 26 Rz. 142 ff.; aA *Henssler*, NZA 1994, 913 (918). | ³ BAG v. 18.11.2003 – 1 AZR 604/02, NZA 2004, 803 (805); *Gaul, B.*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 129 ff. | ⁴ *Gaul, B.*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 210; *WHSS/Hohenstatt*, Umstrukturierung E Rz. 48; *Küttner/Zwanziger/Bachner*, Arbeitsrecht § 116 Rz. 12; abl. *Boecken*, Unternehmensumwandlungen Rz. 160. | ⁵ Vgl. BAG v. 18.9.2002 – 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670 (673); ArbG Frankfurt/M. v. 12.9.1996 – 18 Ca 8666/95, AiB 1997, 481 (482 f.); *Gaul, B.*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 216 ff.; aA noch BAG v. 29.10.1985 – 3 AZR 485/83, BB 1986, 1644; LAG Hamburg v. 7.6.1995 – 4 Sa 115/94, AuR 1996, 75 (76 f.); *Hanau*, ZGR 1990, 548 (555); *Berscheid*, FS Stahlhacke S. 15 (31 f.); Fortgeltung gemäß § 613a I 2 BGB. | ⁶ BAG v. 18.9.2002 – 1 ABR 54/01, nv. | ⁷ Abw. *Gaul, B.*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 223 ff. mwN: Fortgeltung gem. § 613a I 2 BGB. | ⁸ *Gaul, B.*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 229 f. | ⁹ *Gaul, B.*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 239 ff. | ¹⁰ *Gaul, B.*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 239 ff.

zu einer analogen Anwendung von § 613a BGB¹. Für Gesamt- oder KonzernBV hat die unternehmensinterne Veränderung keine Bedeutung. Sie gelten kollektivrechtl. fort².

17. Rechtsfolgen von Abschlussmängeln bei einer Betriebsvereinbarung. Da es sich bei der BV um einen Vertrag handelt (vgl. Rz. 1), sind die Vorschriften des BGB über Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte grds. anwendbar³. 84

a) Nichtigkeit/Unwirksamkeit von Betriebsvereinbarungen. BV sind damit nichtig, soweit sie gegen ein zwingendes Gesetz oder die guten Sitten verstoßen (§§ 134, 138 BGB) oder das Schriftformerfordernis nicht beachtet wird (§ 125 I BGB). Eine BV ist auch dann unwirksam, wenn die betrieblichen Sozialpartner außerhalb ihrer Regelungszuständigkeit handelten. Beispiel: Abschluss einer BV für anderen Betrieb, Vereinbarung über anderweitige Verteilung der Zuständigkeit zwischen BR, Gesamt- und KonzernBR oder Nichtbeachtung des Tarifvorrangs bzw. -vorbehalts aus §§ 77 III, 87 I⁴. Handelte der BR-Vorsitzende ohne bzw. außerhalb seiner Vertretungsbefugnis, kann der Abschluss der BV, die insoweit schwebend unwirksam ist, durch den BR genehmigt werden. War die BR-Wahl nichtig, ist die durch den vermeintlichen BR abgeschlossene Vereinbarung unwirksam. War die BR-Wahl nur anfechtbar, kann der BR allerdings bis zur rechtskräftigen Entscheidung nach § 19 alle Beteiligungsrechte ausüben, wozu auch der Abschluss einer BV gehört⁵. 85

IdR handelt es sich um eine anfängliche Unwirksamkeit. Die Nichtigkeit wirkt allerdings ex nunc, wenn die BV bereits ein Dauerschuldverhältnis gestaltet hat (Beispiel: Vereinbarung über die Gewährung übertarifl. Leistungen) oder der Grund für die Unwirksamkeit erst nach Abschluss der BV wirksam wird (Beispiel: Nachträglicher Abschluss eines TV zum gleichen Regelungsgegenstand). 86

Aus dem Normencharakter der BV folgt, dass sie trotz Nichtigkeit einzelner Regelungen im Übrigen wirksam ist, wenn die verbleibenden Bestimmungen eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung enthalten und kein solcher Zusammenhang zu dem unwirksamen Teil der BV besteht, der einer isolierten Fortgeltung entgegensteht⁶. Ob dabei § 139 BGB analog zur Anwendung kommt⁷, kann offen bleiben. 87

b) Umdeutung einer Betriebsvereinbarung. Eine nichtige BV kann nach § 140 BGB in eine Regelungsabrede umgedeutet werden, um in Bezug auf die Handhabe der betriebsverfassungsrechtl. Beteiligungsrechte als schuldrechtl. Vertrag zwischen ArbGeb und BR fortzubestehen⁸. Beispiel: Verletzung des Tarifvorbehalts aus Abs. 3⁹. 88

Weitergehend kann eine nichtige BV, die gleichwohl zur Umsetzung kommt, ausnahmsw. auch zur Begründung entsprechender Ansprüche im Wege der Gesamtzusage oder betrieblichen Übung führen. Voraussetzung ist allerdings, dass der ArbGeb bei Abschluss der BV in Kenntnis der Unwirksamkeit handelt und gleichzeitig zum Ausdruck bringt, sich ohne Rücksicht auf die Wirksamkeit der BV inhaltsgleich binden zu wollen¹⁰. Hiervon ist auch dann auszugehen, wenn die Vereinbarung abgeschlossen wird, um Unruhe im Betrieb wegen der Zahlung unterschiedlicher übertarifl. Zulagen zu beseitigen und die nichtige BV als „unkündbar“ bezeichnet worden ist¹¹. Folge der Umdeutung ist, dass eine Beendigung oder Änderung der Zusage nur noch mit den Mitteln des Individualarbeitsrechts möglich ist¹². Der Tarifvorrang steht einer solchen Umdeutung nicht entgegen¹³. Dass der Mangel der BV hätte erkannt werden können oder müssen, genügt nicht. Denn wenn der ArbGeb in der (irrtümlichen) Annahme handelt, eine durch die BV wirksam begründete Verpflichtung zu erfüllen, kann eine betriebliche Übung nicht entstehen¹⁴. Auch ist eine Umdeutung in eine Gesamtzusage ausgeschlossen¹⁵. Vermieden werden kann die Umdeutung bei Kenntnis der Unwirksamkeit nur dann, wenn eine einzelvertragl. Fortgeltung der Regelungen zwischen ArbGeb und BR bewusst ausgeschlossen wird¹⁶. 89

¹ Eingehend *Gaul, B.*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 59 ff., 111 ff., 157 ff., 196 ff. | ² *Gaul, B.*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 209, 232 ff., 238, 243 ff. | ³ *Richardi/Richardi*, § 77 BetrVG Rz. 45; *Wurth*, S. 47 ff., 86 ff. | ⁴ BAG v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097 (1099 ff.); v. 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, AP Nr. 26 zu § 4 TVG – Geltungsbereich. | ⁵ LAG Frankfurt v. 24.11.2987 – 5 Ta BV Ga 142/87, BB 1980, 140; *DKK/Berg*, § 77 BetrVG Rz. 5; *Fitting* § 19 BetrVG Rz. 49; *Richardi/Richardi*, § 77 BetrVG Rz. 31. | ⁶ BAG v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097 (1101) („Rechtsgedanken“ des § 139 BGB); v. 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, AP Nr. 26 zu § 4 TVG – Geltungsbereich; *Fitting*, § 77 BetrVG Rz. 32; *Richardi/Richardi*, § 77 BetrVG Rz. 48; *GK-BetrVG/Kreutz*, § 77 Rz. 61. | ⁷ So BAG v. 15.5.1964 – 1 ABR 15/63, BB 1964, 1004 (1005); v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097 (1101) („Rechtsgedanken“ des § 139 BGB); *HSWG/Hess*, § 77 BetrVG Rz. 225; abl. *Wurth*, S. 94 f.; *Richardi/Richardi*, § 77 BetrVG Rz. 48; diff. *GK-BetrVG/Kreutz*, § 77 Rz. 61. | ⁸ BAG v. 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887; *Richardi/Richardi*, § 77 BetrVG Rz. 46; abl. *Wurth*, S. 247 f. | ⁹ BAG v. 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887 (890). | ¹⁰ Vgl. BAG v. 23.8.1989 – 5 AZR 391/88, BB 1989, 2330; v. 24.1.1996 – 1 AZR 597/95, NZA 1996, 948 (949); v. 5.3.1997 – 4 AZR 532/95, NZA 1997, 951; *Wurth*, S. 254; *DKK/Berg*, § 77 BetrVG Rz. 65; aA LAG Hamm v. 22.10.1998 – 8 Sa 1353/98, NZA-RR 2000, 27, das aus Gründen des Verkehrsschutzes jede Umdeutung ablehnt. | ¹¹ BAG v. 23.8.1989 – 5 AZR 391/88, BB 1989, 2330. | ¹² BAG v. 23.8.1989 – 5 AZR 391/88, BB 1989, 2330; v. 20.11.2001 – 1 AZR 12/01, EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 70 (S. 10 ff.). | ¹³ BAG v. 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887 (890). | ¹⁴ BAG v. 26.4.1990 – 6 AZR 278/88, DB 1990, 1871 (1873); v. 14.8.2001 – 1 AZR 619/00, NZA 2002, 276 (278); v. 28.6.2005 – 1 AZR 213/04, AP Nr. 25 zu § 77 BetrVG 1972 – Betriebliche Altersversorgung. | ¹⁵ *Wurth*, S. 253 f. | ¹⁶ Vgl. BAG v. 20.11.2001 – 1 AZR 12/01, EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 70 (S. 9).

- 90** c) **Anfechtung einer Betriebsvereinbarung.** Die Erklärung zum Abschluss einer BV ist anfechtbar nach Maßgabe der §§ 119 ff. BGB. Die Wirkung tritt indes nicht rückwirkend, sondern nur ex nunc ein¹.
- 91** **18. Gerichtliche Klärung von Zweifelsfragen.** Antragsbefugnis im Beschlussverfahren besitzt, wer nach materiellem Recht durch die begehrte Entscheidung in seiner eigenen betriebsverfassungsrechtl. Rechtsstellung unmittelbar betroffen wird bzw. dies zumindest behauptet². Ein solches Interesse von ArbGeb und BR besteht, wenn der Inhalt einer BV³, die Mitbestimmungspflichtigkeit einer konkreten Maßnahme⁴ oder die Wirksamkeit, Unwirksamkeit oder Nachwirkung einer BV⁵ streitig sind oder ein Anspruch auf Anwendung oder Durchführung einer BV, der sich aus Abs. 1 bzw. der BV selbst ergibt, durchgesetzt werden soll⁶. Die Feststellung oder Erfüllung individueller Ansprüche einzelner ArbN kann durch den BR nicht zum Gegenstand eines Beschlussverfahrens gemacht werden⁷. Darüber wird im Urteilsverfahren, ggf. unter inzidenter Prüfung der BV, entschieden⁸. Etwas anderes gilt, wenn der BR über die Feststellung individualrechtl. Positionen eigene betriebsverfassungsrechtl. Rechte und Pflichten klären will⁹.
- 92** Gesamt- oder KonzernBR sind antragsbefugt, wenn sie Partei einer BV sind oder ihre Beteiligung im Rahmen der Zuständigkeit nach §§ 50, 58 in Rede steht¹⁰. Bei ArbN-Vertretungen nach § 3 I Nr. 1–3 gilt Entsprechendes.
- 93** Gerichtliche Entscheidungen über den Inhalt, die Wirksamkeit oder den Fortbestand einer BV im Beschlussverfahren sind für ArbGeb, BR und ArbN im Geltungsbereich der Vereinbarung verbindlich¹¹. Ist die beantragte Feststellung nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet, muss der ArbGeb nach § 40 die Kosten des Verfahrens tragen¹².
- 94** **Gewerkschaften** sind grds. nicht antragsbefugt, da die BV das Rechtsverhältnis zwischen ArbGeb und BR bzw. ArbN betrifft¹³. Etwas anderes gilt dann, wenn sie gem. § 1004 I 2 iVm. § 823 BGB eine Unterlassung der Verletzung ihrer durch Art. 9 III GG geschützten Koalitionsfreiheit einwendet¹⁴. Als TV-Partei kann sie diesen Anspruch auch selbständig mit dem Ziel verfolgen, den Geltungsanspruch des TV gegenüber unzulässigen konkurrierenden oder abweichenden Vereinbarungen zu verteidigen, ohne den Bestand des TV anzutasten, über den die TV-Parteien im Grundsatz nicht allein verfügen können¹⁵. Unerheblich ist, dass der Eingriff in die Koalitionsfreiheit als Folge einer Umdeutung der nichtigen BV letztendlich auf einzelvertragl. Ebene erfolgt¹⁶. Unerheblich ist auch, ob es sich um mitbestimmungspflichtige oder freiwillige Angelegenheiten handelt¹⁷. Voraussetzung für einen Eingriff ist aber, dass eine Tarifnorm als kollektive Ordnung verdrängt und ihrer zentralen Funktion beraubt werden soll. Hierfür ist eine betriebliche Regelung notwendig, die einheitlich wirken und an die Stelle der Tarifnorm treten soll¹⁸.
- 95** Ob ein Verstoß gegen den Tarifvorrang aus Abs. 3 bzw. Tarifvorbehalt aus § 87 I Einleitungssatz auch Unterlassungsansprüche der Gewerkschaft gem. § 23 III begründen kann, ist zweifelhaft. Nach BAG v. 20.8.1991¹⁹ soll nämlich nur ein Verstoß gegen Abs. 3, nicht aber gegen den Tarifvorbehalt aus § 87 I Einleitungssatz geeignet sein, Ansprüche aus § 23 I zu begründen²⁰. Weitergehend lässt BAG v. 20.4.1999²¹ sogar offen, ob § 23 überhaupt zur Abwehr von Verstößen gegen Abs. 3 gedacht war²².
- 96** Für die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs durch Gewerkschaft, der sich gegen die Durchführung oder den Abschluss einer BV richtet, soll das Beschlussverfahren die zutreffende Verfahrensart sein, und zwar auch dann, wenn die Gewerkschaft einen deliktsrechtl. Unterlassungsanspruch geltend macht²³.

¹ BAG v. 15.12.1961 – 1 AZR 207/59, DB 1962, 306; *Fitting*, § 77 BetrVG Rz. 33; Richardi/*Richardi*, § 77 BetrVG Rz. 49; DKK/*Berg*, § 77 BetrVG Rz. 54. | ² BAG v. 20.12.1995 – 7 ABR 8/95, NZA 1996, 945 (947); LAG Köln v. 20.5.1999 – 13 Ta BV 37/98, NZA-RR 2000, 140 (141). | ³ BAG v. 27.5.1986 – 1 ABR 48/84, NZA 1986, 643. | ⁴ BAG v. 15.1.2002 – 1 ABR 13/01, NZA 2002, 995 (996 ff.); v. 28.5.2002 – 1 ABR 40/01, DB 2002, 2385 ff.; v. 11.6.2002 – 1 ABR 44/01, DB 2002, 2727 ff.; v. 11.6.2002 – 1 ABR 46/01, NZA 2002, 1299 f. | ⁵ BAG v. 8.12.1970 – 1 ABR 20/70, DB 1971, 582 f.; v. 21.8.1990 – 1 ABR 73/89, BB 1990, 2406 ff.; LAG Hamburg v. 13.2.2002 – 8 TaBV 10/01, NZA 2002, 507 (508); *Kort*, NZA 2005, 620. | ⁶ Vgl. BAG v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097 (1098). | ⁷ BAG v. 17.10.1989 – 1 ABR 75/88, NZA 1990, 441; v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097 (1098); v. 18.1.2005 – 3 ABR 21/04, DB 2005, 2417 (2419). | ⁸ Vgl. BAG v. 24.11.1987 – 1 ABR 57/86, NZA 1988, 322; v. 22.1.2002 – 3 AZR 554/00, NZA 2002, 1224 ff. | ⁹ Vgl. BAG v. 17.8.1999 – 3 ABR 55/98, NZA 2000, 498 (501); v. 22.10.1985 – 1 ABR 47/83, DB 1986, 704. | ¹⁰ BAG v. 31.1.1989 – 1 ABR 60/87, NZA 1989, 606 (608); LAG Köln v. 20.5.1999 – 13 Ta BV 37/98, NZA-RR 2000, 140 f. | ¹¹ BAG v. 17.2.1992 – 10 AZR 448/91, NZA 1992, 999; v. 17.8.1999 – 3 ABR 55/98, NZA 2000, 498, 502; LAG Nürnberg v. 23.12.2002 – 6 Sa 66/00, LAGReport 2003, 131 (132 f.). | ¹² BAG v. 19.4.1989 – 7 ABR 6/88, NZA 1990, 233. | ¹³ BAG v. 23.2.1988 – 1 ABR 75/86, NZA 1989, 229; v. 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887 (889). | ¹⁴ BAG v. 20.8.1991 – 1 ABR 85/90, NZA 1992, 317 (318 f.); v. 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887 (889); offenbar ohne weitere Prüfung LAG BW v. 11.7.2002 – 2 Ta BV 2/01, BB 2002, 1751 (1758). | ¹⁵ BAG v. 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887 (889). | ¹⁶ BAG v. 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887 (890 f.). | ¹⁷ Vgl. BAG v. 20.8.1991 – 1 ABR 85/90, NZA 1992, 317; v. 13.3.2001 – 1 AZB 19/00, NZA 2001, 1037. | ¹⁸ BAG v. 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887 (892). | ¹⁹ BAG v. 20.8.1991 – 1 ABR 85/90, NZA 1992, 317. | ²⁰ Krit. DKK/*Berg*, § 77 BetrVG Rz. 85. | ²¹ BAG v. 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887 (890). | ²² Vgl. auch BAG v. 13.3.2001 – 1 AZB 19/00, NZA 2001, 1037 (1038). | ²³ BAG v. 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887; v. 13.3.2001 – 1 AZB 19/00, NZA 2001, 1037; *Fitting*, § 77 BetrVG Rz. 237; krit. *Annuß*, RdA 2000, 287 (297); *Bauer*, NZA 1999, 957 (958); *Hromadka*, ZTR 2000, 253 (256).

II. Die Regelungsabrede. 1. Inhalt und rechtliche Bedeutung. Die Regelungsabrede ist eine formlose Abrede zwischen ArbGeb und BR; sie kann auch konkludent zustande kommen¹. Bloßes Schweigen oder widerspruchslöse Hinnahme arbeitgeberseitiger Maßnahmen genügen nicht². Insofern sind auch Erklärungen des BR-Vorsitzenden unzureichend, solange sie nicht von einem BR-Beschluss gedeckt sind³. 97

Gegenstand einer Regelungsabrede ist die einvernehmliche Handhabe einer bestimmten – nicht zwingend mitbestimmungspflichtigen – Angelegenheit⁴. Beispiel: Handhabe der Beteiligung bei der Anordnung von Überstunden in Eilfällen. Da die formalen Voraussetzungen einer BV nicht beachtet werden müssen, erleichtert die Regelungsabrede den Umgang mit Beteiligungsrechten des BR. Sie sind mit ihrem Abschluss gewahrt⁵. Durch Regelungsabrede kann auch Erweiterung der MitbestR vereinbart werden⁶. 98

Im Gegensatz zur BV entfaltet die Regelungsabrede keine normative Wirkung in Bezug auf einzelne Arbeitsverhältnisse, sondern begründet nur eine schuldrechtl. Beziehung zwischen ArbGeb und BR⁷. Ein Vertrag zugunsten Dritter liegt darin nicht⁸. Rechtsansprüche der ArbN auf ein abredgemäßes Verhalten des ArbGeb begründet die Regelungsabrede deshalb nicht⁹. Wenn als Folge einer Regelungsabrede Rechte oder Pflichten im Rahmen des Arbeitsverhältnisses begründet werden sollen, ist individualrechtl. Umsetzung durch den ArbGeb erforderlich¹⁰. Beispiel: einseitige Leistungszusage, Vereinbarung einer Vertragsänderung, Anordnung von Überstunden im Rahmen des Direktionsrechts, Widerruf einer übertarifl. Zulage, Änderungskündigung. Wirksam sind diese Maßnahmen ohne Rücksicht auf die vorherige Zustimmung des BR indes nur dann, wenn die arbeitsvertragl. und gesetzl. Schranken (zB § 315 BGB, §§ 1, 2 KSchG) berücksichtigt werden¹¹. Die Sperrwirkung des Abs. 3 steht einer bloßen Regelungsabrede indes nicht entgegen¹². 99

ArbGeb oder BR können frei darüber entscheiden, ob Regelungen durch BV oder Regelungsabrede getroffen werden¹³. Allerdings kann in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten wechselseitig der Abschluss einer BV, ggf. ein Spruch der Einigungsstelle, verlangt werden¹⁴. 100

Der BR kann im Beschlussverfahren – ggf. sogar im Wege einstw. Verfügung – eine Verurteilung des ArbGeb zur Unterlassung abredewidriger Maßnahmen verlangen¹⁵. 101

2. Beendigung einer Regelungsabrede. Die Regelungsabrede endet nach den für BV geltenden Grundsätzen, nämlich durch Zweckerreichung, Ablauf der vereinbarten Geltungsdauer, Aufhebungsvertrag, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Kündigung oder Ablösung durch anderweitige Vereinbarung¹⁶. Insofern kann die Regelungsabrede zwar durch BV abgelöst werden. Eine BV kann jedoch nur dann durch Regelungsabrede aufgehoben und abgelöst werden, wenn dieser Wille zur Änderung der normativen Vorgabe klar erkennbar ist (vgl. Rz. 39). 102

Die Kündigung einer Regelungsabrede ist mit Drei-Monats-Frist des Abs. 5 möglich, sofern nichts anderes vereinbart wurde oder sich aus dem Zweck der Vereinbarung nichts anderes ergibt¹⁷. Weiterhin geht BAG v. 23.6.1992¹⁸ von der Nachwirkung einer Regelungsabrede in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten analog Abs. 6 aus¹⁹. Schließlich habe die Regelungsabrede in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten für ArbGeb und BR die gleiche Rechtswirkung wie eine BV. Insofern bestehe das gleiche Weitergeltungsbedürfnis²⁰. 103

3. Rechtsfolgen einer Reorganisation, eines Betriebsübergangs oder einer Umwandlung. Regelungsabreden, die zwischen den betrieblichen Sozialpartnern außerhalb der formalen Erfordernisse für BV abgeschlossen werden, gelten kollektivrechtl. fort, wenn der Betrieb unter Wahrung seiner Identität übertragen wird. Wird ein Teil des Betriebs ausgegliedert und eigenständig fortgeführt, besteht der Restbetrieb aber unter Wahrung der Identität fort, gilt die Regelungsabrede in diesem Restbetrieb entsprechend in kollektivrechtl. Form weiter. Unerheblich ist, ob der Restbetrieb beim bisherigen ArbGeb verblieben oder von anderem Rechtsträger übernommen wurde. In dem Teil, der keine Identität mit dem fortbeste-

1 BAG v. 15.12.1961 – 1 AZR 492/59, BB 1962, 371; v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097 (1099); Richardi/Richardi, § 77 BetrVG Rz. 227; GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rz. 11. | 2 BAG v. 10.11.1992 – 1 AZR 183/92, NZA 1993, 570 (572); LAG Frankfurt v. 17.3.1983 – 4 Ta BV 130/82, ZIP 1983, 1114 ff. | 3 BAG v. 10.11.1992 – 1 AZR 183/92, NZA 1993, 570 (572); Stege/Weinspach/Schiefer, § 77 BetrVG Rz. 45; Richardi/Richardi, § 77 BetrVG Rz. 227. | 4 Vgl. BAG v. 14.8.2001 – 1 AZR 744/00, NZA 2002, 342 (344 f.); Peterek, FS D. Gaul S. 471, 472 ff.; DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 79 ff. | 5 BAG v. 14.2.1991 – 2 AZR 415/90, NZA 1991, 607. | 6 BAG v. 14.8.2001 – 1 AZR 744/00, NZA 2002, 342 (344 f.). | 7 BAG v. 24.2.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639; v. 14.2.1991 – 2 AZR 415/90, NZA 1991, 607; v. 6.5.2003 – 1 AZR 340/02, nv. | 8 BAG v. 9.12.1997 – 1 AZR 319/97, NZA 1998, 661 (663); aA ErfK/Kania, § 77 BetrVG Rz. 132. | 9 BAG v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097 (1099). | 10 BAG v. 20.4.1999 – 1 AZR 631/98, NZA 1999, 1059 (1061 ff.); Peterek, FS D. Gaul S. 471 (475); aA Erman/Hanau, § 613a BGB Rz. 82. | 11 BAG v. 14.2.1991 – 2 AZR 415/90, NZA 1991, 607 (609); v. 3.12.1991 – GS 2/90, NZA 1991, 749 (753). | 12 BAG v. 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887 (890); v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097 (1099). | 13 BAG v. 14.8.2001 – 1 AZR 744/00, NZA 2002, 342 (344 f.). | 14 BAG v. 8.8.1989 – 1 ABR 62/88, NZA 1990, 322 (324). | 15 BAG v. 23.6.1992 – 1 ABR 53/91, NZA 1992, 1098. | 16 Vgl. DKK/Berg, § 77 BetrVG Rz. 82; Richardi/Richardi, § 77 BetrVG Rz. 231 ff. | 17 BAG v. 23.6.1992 – 1 ABR 53/91, NZA 1992, 1098; v. 10.3.1992 – 1 ABR 31/91, NZA 1992, 952; Peterek, FS D. Gaul S. 471 (492). | 18 BAG v. 23.6.1992 – 1 ABR 53/91, NZA 1992, 1098. | 19 Abl. BAG v. 3.12.1991 – GS 2/90, NZA 1992, 749 (753 f.); Richardi/Richardi, § 77 BetrVG Rz. 234; GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rz. 22. | 20 BAG v. 23.6.1992 – 1 ABR 53/91, NZA 1992, 1098.

henden Restbetrieb besitzt, gilt die Regelungsabrede nur für die Dauer des Übergangsmandats des BR nach § 21a fort. Mit dem Wegfall des BR entfällt auch der Sozialpartner, mit dem Einvernehmen hinsichtlich der Handhabung einer bestimmten Angelegenheit erzielt wurde. Ein neu gewählter BR ist an diese Vereinbarung nicht gebunden. Auf die Rechtsform der Übertragung (Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge) kommt es nicht an. Hiervon kann auch bei einer unternehmensinternen Betriebsspaltung oder der Auflösung eines gemeins. Betriebs ausgegangen werden¹.

78 Schutzbestimmungen

Die Mitglieder des Betriebsrats, des Gesamtbetriebsrats, des Konzernbetriebsrats, der Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Gesamt-Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Konzern-Jugend- und Auszubildendenvertretung, des Wirtschaftsausschusses, der Bordvertretung, des Seebetriebsrats, der in § 3 Abs. 1 genannten Vertretungen der Arbeitnehmer, der Einigungsstelle, einer tariflichen Schlichtungsstelle (§ 76 Abs. 8) und einer betrieblichen Beschwerdestelle (§ 86) sowie Auskunftspersonen (§ 80 Abs. 2 Satz 3) dürfen in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht gestört oder behindert werden. Sie dürfen wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden; dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung.

- 1 **I. Vorbemerkung.** Der BR sowie die sonstigen Organe der Betriebsverfassung haben die Interessen der ArbN gegenüber dem ArbGeb zu vertreten. In der **Betriebswirklichkeit** bleiben Spannungen und Konflikte mit dem ArbGeb nicht aus, sie liegen in der Natur der Sache und können durch keine rechtl. Regelung vermieden werden². Es bedarf daher für den BR sowie die sonstigen Organe der Betriebsverfassung eines besonderen und nachhaltigen Schutzes, damit ihre Unabhängigkeit gesichert wird. § 78 sieht in zweierlei Hinsicht entsprechende Schutzregelungen vor: Nach § 78 S. 1 besteht ein **Verbot der Störung oder Behinderung** der Amtstätigkeit, nach § 78 S. 2 gilt ein **Verbot der Begünstigung oder Benachteiligung**, das sich auch auf die berufliche Entwicklung erstreckt. Die Vorschrift des § 78 ist **zwingend**. Sie kann weder durch TV noch durch BV noch durch eine einzelvertragl. Absprache abbedungen werden³.
- 2 **II. Persönlicher Schutzbereich.** Nach dem ausdrücklichen Wortlaut findet die Vorschrift Anwendung auf Mitglieder des BR, des GesamtBR, des KonzernBR, der JAV, der GesamtJAV, der KonzernJAV, des Wirtschaftsausschusses, der Bordvertretung, des SeeBR, der in § 3 I genannten Vertretungen der ArbN (zB SpartenBR), der Einigungsstelle, einer tarifl. Schlichtungsstelle (§ 76 VIII), einer betrieblichen Beschwerdestelle (§ 86) sowie auf Auskunftspersonen (§ 80 II 3). Der Schutz der Vorschrift erstreckt sich auch auf **amtierende Ersatzmitglieder**⁴. **Schutzbestimmungen** enthalten die §§ 78a, 103 sowie § 15 KSchG.
- 3 **III. Störungs- und Behinderungsverbot (Satz 1).** § 78 S. 1 untersagt zunächst die Störung oder Behinderung in der Ausübung der Tätigkeit.
- 4 **1. Störungen und Behinderungen.** Der Begriff der Behinderung in § 78 S. 1 ist umfassend zu verstehen. Er erfasst jede unzulässige Erschwerung, Störung oder gar Verhinderung der Tätigkeit der in § 78 S. 1 genannten betriebsverfassungsrechtl. Organe oder Gremien⁵. Die Vorschrift richtet sich gegen **jedermann**, dh. nicht nur gegen den ArbGeb, sondern auch gegen ArbN, Betriebsangehörige, die nicht ArbN sind, sowie leitende Angestellte (§ 5 III und IV) und gegen außerbetriebliche Stellen⁶. Behinderungen können durch **positives Tun** oder durch **Unterlassen** bei entsprechenden Mitwirkungspflichten erfolgen⁷. So kann bspw. eine Behinderung durch Unterlassung vorliegen, wenn sich der ArbGeb weigert, die für Sitzungen, Sprechstunden und die laufende Geschäftsführung erforderlichen Räume und sachlichen Mittel zur Verfügung zu stellen⁸ oder widerrechtl. in Intranetbekanntmachungen des BR eingegriffen wird⁹.
- 5 **2. Verschulden.** Erfasst wird jede **objektive Behinderung**, und zwar unabhängig davon, ob ein Verschulden vorliegt oder nicht¹⁰. So kann bspw. der Hinweis des ArbGeb auf die mit der BR-Tätigkeit verbundenen Kosten eine Behinderung sein, wenn nicht erkennbar wird, dass es sich um für die BR-Tätigkeit erforderliche und verhältnismäßige Kosten handelt, für die der ArbGeb von Gesetzes wegen einzustehen hat¹¹. Denn stellt der ArbGeb diese Zusammenhänge nicht heraus, wird nicht hinreichend deutlich, dass der BR nicht nach eigenem Gutdünken über die durch seine Amtsführung verursachten Kosten befinden kann und ihre Höhe nur durch den Umfang erforderlicher BR-Tätigkeit bestimmt wird¹². Eine Behinderung liegt nicht vor bei **zulässigem Handeln**. Insoweit kann die Abgrenzung im Einzelfall problematisch sein.

1 Eingehend *Gaul, B.*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 26 Rz. 8 ff. | 2 *MünchArbR/Joost*, § 308 Rz. 143. | 3 *Fitting*, § 78 BetrVG Rz. 4; GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 Rz. 20. | 4 *DKK/Buschmann*, § 78 BetrVG Rz. 6; *Fitting*, § 78 BetrVG Rz. 2. | 5 BAG v. 20.10.1999 – 7 ABR 37/98 nv.; v. 12.11.1997 – 7 ABR 14/97, AP Nr. 27 zu § 23 BetrVG 1972; v. 19.7.1995 – 7 ABR 60/94, AP Nr. 25 zu § 23 BetrVG 1972. | 6 *Fitting*, § 78 BetrVG Rz. 7; *DKK/Buschmann*, § 78 BetrVG Rz. 9. | 7 GK-BetrVG/*Kreutz*, § 78 Rz. 27; *DKK/Buschmann*, § 78 BetrVG Rz. 12. | 8 *Steger/Weinspach/Schiefer*, § 78 BetrVG Rz. 2. | 9 Vgl. LAG Hamm v. 12.3.2004 – 10 TaBV 161/03. | 10 BAG v. 20.10.1999 – 7 ABR 37/98, nv.; v. 12.11.1997 – 7 ABR 14/97, AP Nr. 27 zu § 23 BetrVG 1972; v. 19.7.1995 – 7 ABR 60/94, AP Nr. 25 zu § 23 BetrVG 1972. | 11 Vgl. BAG v. 12.11.1997 – 7 ABR 14/97, AP Nr. 27 zu § 23 BetrVG 1972; v. 19.7.1995 – 7 ABR 60/94, AP Nr. 25 zu § 23 BetrVG 1972; vgl. zu herabsetzenden Äußerungen in Aushängen LAG Nds v. 6.4.2004 – 1 TaBV 64/03, NZA-RR 2005, 78. | 12 Vgl. BAG v. 12.11.1997 – 7 ABR 14/97, AP Nr. 27 zu § 23 BetrVG 1972.

ArbGG). Streitigkeiten zwischen ArbGeb und ArbN über Vergütungszahlungen, wenn der ArbN sich während der Arbeitszeit an den BR wendet oder sich um Unterschriften für das Quorum nach § 86a S. 2 bemüht und damit keine Arbeitsleistung erbringt, sind im arbeitsgerichtl. **Urteilsverfahren** zu entscheiden (§§ 2 I Nr. 3a, V iVm. 46 ff. ArbGG). Der ArbN ist insoweit darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass er dem BR einen Vorschlag iSv. § 86a unterbreitet hat und dies während der Arbeitszeit erforderlich war. Nimmt der BR willkürlich oder generell Vorschläge von ArbN nicht zur Kenntnis, kann hierin eine grobe Amtspflichtverletzung iSv. § 23 I liegen. Gleiches gilt, wenn der BR-Vorsitzende den Vorschlag eines ArbN willkürlich nicht auf die Tagesordnung einer BR-Sitzung setzt. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 23 I kann daher der Ausschluss eines Mitglieds aus dem BR oder die Auflösung des BR insgesamt beantragt werden. Das ArbG hätte im **Beschlussverfahren** zu entscheiden (§§ 2a I Nr. 1, II iVm. 80 ff. ArbGG).

Dritter Abschnitt. Soziale Angelegenheiten

87 *Mitbestimmungsrechte*

(1) Der Betriebsrat hat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, in folgenden Angelegenheiten mitzubestimmen:

1. Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb;
2. Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage;
3. vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit;
4. Zeit, Ort und Art der Auszahlung der Arbeitsentgelte;
5. Aufstellung allgemeiner Urlaubsgrundsätze und des Urlaubsplans sowie die Festsetzung der zeitlichen Lage des Urlaubs für einzelne Arbeitnehmer, wenn zwischen dem Arbeitgeber und den beteiligten Arbeitnehmern kein Einverständnis erzielt wird;
6. Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen;
7. Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften;
8. Form, Ausgestaltung und Verwaltung von Sozialeinrichtungen, deren Wirkungsbereich auf den Betrieb, das Unternehmen oder den Konzern beschränkt ist;
9. Zuweisung und Kündigung von Wohnräumen, die den Arbeitnehmern mit Rücksicht auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses vermietet werden, sowie die allgemeine Festlegung der Nutzungsbedingungen;
10. Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere die Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und die Einführung und Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung;
11. Festsetzung der Akkord- und Prämiensätze und vergleichbarer leistungsbezogener Entgelte, einschließlich der Geldfaktoren;
12. Grundsätze über das betriebliche Vorschlagswesen;
13. Grundsätze über die Durchführung von Gruppenarbeit; Gruppenarbeit im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn im Rahmen des betrieblichen Arbeitsablaufs eine Gruppe von Arbeitnehmern eine ihr übertragene Gesamtaufgabe im Wesentlichen eigenverantwortlich erledigt.

(2) Kommt eine Einigung über eine Angelegenheit nach Absatz 1 nicht zustande, so entscheidet die Einigungsstelle. Der Spruch der Einigungsstelle ersetzt die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.

I. Vorbemerkung	1	3. Erweiterung des Mitbestimmungsrechts	25
II. Voraussetzungen und Schranken des Mitbestimmungsrechts	2	4. Beschränkung und Verzicht	28
1. Persönlicher Geltungsbereich	2	5. Initiativrecht	32
2. Kollektivmaßnahme	3	6. Form der Ausübung	35
3. Gesetzes-/Tarifvorrang	6	IV. Nichtbeachtung des Mitbestimmungsrechts	38
a) Gesetzesvorbehalt	7	1. Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung	38
b) Tarifvorbehalt	9	2. Individualrechtliche Folgen	41
c) § 77 Abs. 3	14	V. Einigungsstelle	44
III. Reichweite und Ausübung des Mitbestimmungsrechts	16	VI. Rechtsstreitigkeiten	51
1. Erzwingbare und freiwillige Mitbestimmung	16	1. Unterlassungsanspruch aus § 23 Abs. 3	52
2. Eil- und Notfälle	21	2. Allgemeiner Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch	55
		3. Sonstige Streitigkeiten	59

VII. Die einzelnen Mitbestimmungstatbestände des Abs. 1	60	c) Beispiele	121
1. Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb (Abs. 1 Nr. 1)	60	aa) Mitbestimmungspflichtige Einrichtungen	121
a) Zweck	60	bb) Mitbestimmungsfreie Einrichtungen	124
b) Tendenzbetriebe	61	d) Umfang des Mitbestimmungsrechts	125
c) Umfang des Mitbestimmungsrechts	62	e) Grenzen des Mitbestimmungsrechts	128
aa) Mitbestimmungspflichtiges Ordnungsverhalten	63	f) Individualrechtliche Folgen der Nichtbeachtung des Mitbestimmungsrechts	129
bb) Mitbestimmungsfreies Arbeitsverhalten	64	g) Gesetzessystematik	130
d) Grenzen des Mitbestimmungsrechts	65	7. Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, Gesundheitsschutz (Abs. 1 Nr. 7)	131
e) Gesetzessystematik	66	a) Zweck	131
2. Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage (Abs. 1 Nr. 2)	67	b) Begriffsbestimmungen	132
a) Zweck	67	aa) Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten	132
b) Tendenzbetriebe	68	bb) Gesundheitsschutz	133
c) Begriffsbestimmung	69	cc) Ausfüllungsbedürftige Rahmenvorschriften	134
d) Umfang des Mitbestimmungsrechts	70	dd) Regelungen	135
aa) Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit	70	c) Umfang des Mitbestimmungsrechts	136
bb) Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage	77	aa) Mitbestimmungspflichtige Maßnahmen	136
cc) Pausen	79	bb) Mitbestimmungsfreie Maßnahmen	137
e) Grenzen des Mitbestimmungsrechts	80	cc) Exkurs: Bildschirmarbeitsplätze	138
3. Vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit (Abs. 1 Nr. 3)	81	d) Initiativrecht	139
a) Zweck	81	e) Gesetzessystematik, weitere Beteiligungsrechte	140
b) Begriffsbestimmung	82	8. Form, Ausgestaltung und Verwaltung von Sozialeinrichtungen (Abs. 1 Nr. 8)	142
c) Umfang der Mitbestimmung	84	a) Zweck	142
aa) Kurzarbeit	84	b) Begriffsbestimmung	143
bb) Überstunden	85	aa) Sozialeinrichtung	143
cc) Sonderfall: Arbeitskampf	89	bb) Beschränkter Wirkungsbereich	144
d) Art und Form der Mitbestimmung	90	cc) Beispiele	146
e) Initiativrecht	92	c) Umfang der Mitbestimmung	147
f) Grenzen des Mitbestimmungsrechts	93	aa) Mitbestimmungsfreie Entscheidungen	148
g) Nichtbeachtung des Mitbestimmungsrechts	94	bb) Form	150
4. Zeit, Ort und Art der Auszahlung der Arbeitsentgelte (Abs. 1 Nr. 4)	95	cc) Ausgestaltung	151
a) Zweck	95	dd) Verwaltung	152
b) Begriffsbestimmung	96	d) Ausübung der Mitbestimmung	153
c) Umfang der Mitbestimmung	97	aa) Sozialeinrichtungen mit eigener Rechtspersönlichkeit	154
aa) Zeit der Entgeltleistung	98	bb) Sozialeinrichtungen ohne eigene Rechtspersönlichkeit	155
bb) Ort der Entgeltleistung	100	cc) Sozialeinrichtung mit eigenem Betriebsrat	156
cc) Art der Entgeltleistung	101	dd) Zuständigkeit des Gesamt- oder Konzernbetriebsrats	157
dd) Mitbestimmungsfreie Tatbestände	102	e) Grenzen des Mitbestimmungsrechts	158
d) Grenzen des Mitbestimmungsrechts	103	f) Nichtbeachtung des Mitbestimmungsrechts	159
5. Aufstellung allgemeiner Urlaubsgrundsätze, des Urlaubsplans und Festsetzung der zeitlichen Lage des Urlaubs für einzelne Arbeitnehmer (Abs. 1 Nr. 5)	104	g) Gesetzessystematik	160
a) Zweck	104	9. Zuweisung und Kündigung von Wohnräumen sowie allgemeine Festlegung der Nutzungsbedingungen (Abs. 1 Nr. 9)	161
b) Begriffsbestimmung	105	a) Zweck	161
c) Umfang der Mitbestimmung	106	b) Begriffsbestimmung	162
aa) Urlaubsgrundsätze	106	c) Umfang der Mitbestimmung	165
bb) Urlaubsplan	107	aa) Zuweisung von Wohnraum	166
cc) Streit über einzelne Urlaubswünsche	109	bb) Kündigung des Mietverhältnisses	167
dd) Mitbestimmungsfreie Tatbestände	111	cc) Exkurs: Veräußerung von Werkmietwohnungen	168
d) Initiativrecht	112	dd) Allgemeine Festlegung der Nutzungsbedingungen	169
e) Grenzen des Mitbestimmungsrechts	113	d) Ausübung des Mitbestimmungsrechts	170
f) Nichtbeachtung des Mitbestimmungsrechts	114	e) Grenzen des Mitbestimmungsrechts	171
6. Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen (Abs. 1 Nr. 6 BetrVG)	115	f) Nichtbeachtung des Mitbestimmungsrechts	172
a) Zweck	115	g) Gesetzessystematik	173
b) Begriffsbestimmung	116		
aa) Technische Einrichtungen	116		
bb) Zur Überwachung bestimmt	117		

<p>10. Fragen der betrieblichen Lohngestaltung (Abs. 1 Nr. 10) 174</p> <p>a) Zweck 174</p> <p>b) Tendenzbetriebe 175</p> <p>c) Lohn 176</p> <p>d) Fragen der betrieblichen Lohngestaltung 178</p> <p>aa) Lohnpolitische Entscheidungen 179</p> <p>bb) Betriebliche Lohngestaltung 180</p> <p>e) Aufstellen von Entlohnungsgrundsätzen 183</p> <p>f) Einführung und Anwendung von Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung 184</p> <p>g) Grenzen des Mitbestimmungsrechts 185</p> <p>h) Nichtbeachtung des Mitbestimmungsrechts 186</p> <p>i) Gesetzssystematik 187</p> <p>j) Besonderheiten 188</p> <p>aa) Besonderheiten bei freiwilligen Leistungen, insbesondere der betrieblichen Altersversorgung 189</p> <p>(1) Mitbestimmungsfreie Entscheidungen 191</p> <p>(2) Mitbestimmungspflichtige Entscheidungen 192</p> <p>bb) Besonderheiten bei der Anrechnung einer Tariflohnerhöhung auf Zulagen 193</p> <p>k) Entgeltfindung für AT-Angestellte 199</p>	<p>11. Festsetzung der Akkord- und Prämiensätze und vergleichbarer leistungsbezogener Entgelte (Abs. 1 Nr. 11) 200</p> <p>a) Zweck 200</p> <p>b) Begriffsbestimmung 201</p> <p>aa) Akkord 202</p> <p>bb) Prämien 204</p> <p>cc) Vergleichbare leistungsbezogene Entgelte 205</p> <p>c) Umfang des Mitbestimmungsrechts 206</p> <p>d) Gesetzssystematik 207</p> <p>12. Betriebliches Vorschlagswesen (Abs. 1 Nr. 12) 208</p> <p>a) Zweck 208</p> <p>b) Begriffsbestimmung 209</p> <p>c) Umfang der Mitbestimmung 211</p> <p>d) Initiativrecht 213</p> <p>13. Gruppenarbeit (Abs. 1 Nr. 13) 214</p> <p>a) Zweck 214</p> <p>b) Begriffsbestimmung 215</p> <p>c) Umfang des Mitbestimmungsrechts 216</p> <p>aa) Mitbestimmungsfreie Angelegenheiten 216</p> <p>bb) Mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten 217</p> <p>d) Delegation der Mitbestimmung 218</p> <p>e) Sonstige Beteiligungsrechte 219</p> <p>f) Übergangszeitraum 220</p>
--	--

1 I. Vorbemerkung. In § 87 ist der Kernbereich der betrieblichen Mitbest. geregelt¹. Die Vorschrift dient dem Schutz der ArbN und soll ihnen die Mitgestaltung der wichtigsten Arbeitsbedingungen ermöglichen². Sinn und Zweck der Regelung ist nach Auffassung des BAG die Sicherstellung der gleichberechtigten Teilhabe der ArbN an unternehmerischen Entscheidungen, die sie unmittelbar betreffen³. Das MitbestR nach § 87 gilt in jedem Betrieb mit gewähltem BR unabhängig von der Betriebsgröße. Die Rechte stehen also auch dem Betriebsobmann im Kleinbetrieb uneingeschränkt zu⁴. Die Vorschrift gilt auch für GesamtBR und KonzernBR im Rahmen ihrer Zuständigkeit⁵. Das BetrVerf-Reformgesetz vom 23.7.2001⁶ hat in diesem Bereich nur maßvoll eingegriffen und lediglich den Mitbestimmungskatalog um die Ziff. 13 (Grundsätze über die Durchführung von Gruppenarbeit erweitert).

2 II. Voraussetzungen und Schranken des Mitbestimmungsrecht. 1. Persönlicher Geltungsbereich. Das MitbestR des BR in sozialen Angelegenheiten erstreckt sich auf ArbN iSd. Gesetzes, wie sie in § 5 definiert sind. Erfasst werden also Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten sowie die in Heimarbeit Beschäftigten, die in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten⁷. Der BR kann auch im Rahmen des § 87 MitbestR nur für die ArbN geltend machen, die er repräsentiert. Außerhalb seiner gesetzl. MitbestR stehen damit aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedene ArbN wie insb. auch Betriebsrentner⁸. Auf LeihArbN kann sich das MitbestR dann erstrecken, wenn aufgrund des Normzwecks einerseits und des Direktionsrechts des ArbGeb des Entleiherbetriebs andererseits eine betriebsverfassungsrechtl. Zuordnung der LeihArbN auch zum Entleiherbetrieb erforderlich ist, weil sonst die Schutzfunktion des Betriebsverfassungsrechts außer Kraft gesetzt würde⁹. Eine generelle Einbeziehung von LeihArbN, die länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden, ist auch vor dem Hintergrund des neuregelten § 7 S. 2 abzulehnen¹⁰. In der Begründung zum Regierungsentwurf des BetrVerf-Reformgesetzes wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die LeihArbN durch Verleihung des aktiven Wahlrechts nicht in „rechtl. unzutreffender Weise als ArbN“ des Entleiherbetriebs eingestuft werden sollen¹¹. Nachdem der Gesetzgeber also ausdrücklich die LeihArbN auch mit Verleihung des aktiven Wahlrechts nicht in den Kreis der ArbN des Betriebes einbeziehen wollte, bleibt es für diesen Personenkreis bei der „gespaltenen“ Zuständigkeit des BR des Entleiher- und des Verleiherbetriebes. Eine Mitbest. des BR des Entleiherbetriebes im Rahmen des § 87 kommt nur in Ausnahmefälle zum Tragen. Das BetrVerf-Reformgesetz ändert insoweit nichts an den vom BAG hierzu entwickelten Grundsätzen.

¹ *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 2; *Stege/Weinspach/Schiefer*, § 87 BetrVG Rz. 1; *HSWG/Worzalla*, § 87 BetrVG Rz. 1; *GK-BetrVG/Wiese*, Vor § 87 Rz. 1; *Richardi/Richardi*, § 87 BetrVG Rz. 2, der von der „Urzelle“ der Mitbestimmung spricht. ² *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 3. ³ BAG v. 18.4.1989 – 1 ABR 100/87, BAGE 61, 296. ⁴ *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 9; *Stege/Weinspach/Schiefer*, § 87 BetrVG Rz. 2; *HSWG/Worzalla*, § 87 BetrVG Rz. 2; *DKK/Klebe*, § 87 BetrVG Rz. 1. ⁵ *GK-BetrVG/Wiese*, § 87 Rz. 2. ⁶ BGBl I S. 1852. ⁷ *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 12; *Richardi/Richardi*, § 87 BetrVG Rz. 14; *HSWG/Worzalla*, § 87 BetrVG Rz. 3 b. ⁸ *Grundl. BAG v. 16.3.1956 – GS 1/55, BAGE 3,1*; ausdrücklich bestätigt durch BAG v. 25.1.1988 – 3 AZR 483/86, BAGE 60, 78 und v. 13.5.1997 – 1 AZR 75/97, NZA 1998, 160. ⁹ BAG v. 15.12.1992 – 1 ABR 38/92, BAGE 72, 107; v. 19.6.2001 – 1 ABR 43/00, NZA 2001, 1263. ¹⁰ Vgl. BAG v. 16.4.2003 – 7 ABR 53/02, nv.; LAG Hamm v. 15.11.2002 – 10 TaBV 92/02, DB 2003, 342; LAG Düsseldorf v. 31.10.2002 – 5 TaBV 42/02, AP Nr. 6 zu § 7 BetrVG 1972, *DKK/Klebe*, § 87 BetrVG Rz. 6. ¹¹ *Begr. RegE, BetrVerf.-Reformgesetz, BT-Drs. 14/5741, 28.*

2. Kollektivmaßnahme. Der Streit, ob die MitbestR des BR nach § 87 nur für kollektive Tatbestände 3
gelten oder auch einzelne Maßnahmen erfassen, wurde bereits zu § 56 BetrVG 1952 diskutiert¹. Nach
dem Bericht des BT-Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung für das BetrVG 1972 hielt der Gesetzge-
ber an der seinerzeit vorherrschenden Meinung fest, wonach sich die „Mitbestimmung des BR grds. nur
auf generelle Tatbestände und nicht auf die Regelungen von Einzelfällen beziehe“². Dementsprechend
unterwirft § 87 I nur ausnahmsw., nämlich in den Nr. 5 und 6 auch Individualtatbestände dem MitbestR.
Gleichwohl ist bislang nicht abschließend geklärt, ob grds. von einer Beschränkung des MitbestR auf
kollektive Tatbestände auszugehen ist und nach welchen Kriterien Kollektiv- und Individualtatbestän-
de von einander abzugrenzen sind. Mit der auch heute herrschenden Auffassung sind richtigerweise
nur kollektive Tatbestände mitbestimmungspflichtig, soweit nicht im Wege der Auslegung dem Katalo-
g des § 87 I eine Mitbest. in Einzelfällen zu entnehmen ist³.

Das BAG stellt zwar vielfach auf den kollektiven Bezug einer Maßnahme ab⁴, vermeidet bisher aber 4
eine festlegende Stellungnahme zu dieser Grundsatzfrage. Die Abgrenzung zwischen Kollektiv- und In-
dividualmaßnahmen ist wenig präzise. So soll es für den kollektiven Bezug ausreichen, wenn auch kolle-
ktive Interessen der ArbN eines Betriebes berührt werden, ohne dass es auf die Zahl der konkret be-
troffenen ArbN ankommt⁵.

Maßnahmen, die nur den individuellen Besonderheiten einzelner Arbeitsverhältnisse Rechnung tra- 5
gen und deren Auswirkungen sich auch darauf beschränken, sind aber nach soweit ersichtlich ganz über-
wiegender Auffassung mitbestimmungsfrei⁶.

3. Gesetzes-/Tarifvorrang. § 87 I Hs. 1 stellt das MitbestR des BR in den nachfolgend katalogartig auf- 6
geführten Angelegenheiten unter den Vorbehalt, dass insoweit eine gesetzl. oder tarifl. Regelung nicht
besteht. Wenn der ArbGeb bei einer bestimmten Maßnahme aufgrund vorrangiger gesetzl. oder tarifl.
Regelungen keinen Regelungsspielraum mehr hat, bleibt kein Raum für einen Schutz durch das Mit-
bestR. Soweit Gesetz oder TV die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit zwingend und abschlie-
ßend regeln, wird das einseitige Bestimmungsrecht des ArbGeb beseitigt und dadurch bereits den Inte-
ressen der ArbN an gleichberechtigter Teilhabe Rechnung getragen⁷.

a) Gesetzesvorbehalt. Gesetz iSd. Vorbehaltsregelung ist neben den formellen Gesetzen jedes Gesetz 7
in materiellen Sinne, also auch Satzungsrecht öffentl. Körperschaften und Anstalten⁸. Verwaltungsak-
te und bindende behördliche Anordnungen, die den ArbGeb verpflichten, eine bestimmte Maßnahme
vorzunehmen, stehen dem Gesetzesrecht gleich⁹. Das MitbestR wird nicht ausgeschlossen, wenn in die-
sen Fällen auf den ArbGeb nur ein faktischer, zB finanzieller Zwang für eine bestimmte Entscheidung
ausgeübt wird. In diesen Fällen ist aber das Ermessen der Einigungsstelle insoweit gebunden, als eine
entsprechende Zwangslages des ArbGeb Berücksichtigung finden muss¹⁰.

Umstritten ist, ob auch das sog. gesetzvertretende Richterrecht als zwingende gesetzl. Regelung 8
iSd. § 87 anzusehen ist¹¹. Richtiger Weise ist auch das gesetzvertretende Richterrecht, soweit es zwin-
gende Vorgaben enthält, einer gesetzl. Regelung iSd. § 87 I gleichzustellen. Es wäre mit der Rechtsord-
nung schwer vereinbar, wenn ArbGeb und BR Grundsatzentscheidungen der höchsten Gerichte igno-
rieren könnten¹².

b) Tarifvorbehalt. Wenn ein TV die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit zwingend und abschlie- 9
ßend regelt und dadurch das einseitige Bestimmungsrecht des ArbGeb beseitigt, besteht ebenfalls kein
MitbestR nach § 87, weil auch hierdurch dem Interesse der ArbN an gleichberechtigter Teilhabe Rech-
nung getragen ist¹³. Gem. § 19 III HAG stehen bindende Festsetzungen des Heimarbeitsausschusses

1 Vgl. die Nachw. bei GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rz. 15 ff. | 2 Vgl. BT-Drs. VI/2729, S. 4. | 3 *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 15; GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rz. 18 f.; *Stege/Weinspach/Schiefer*, § 87 BetrVG Rz. 16; *Löwisch/Kaiser*, § 87 BetrVG Rz. 2; *Erk/Kania*, § 87 BetrVG Rz. 6; diff. *Richardi/Richardi*, § 87 BetrVG Rz. 21 f.; *DKK/Klebe*, § 87 BetrVG Rz. 16. | 4 BAG v. 21.12.1982 – 1 ABR 14/81, BB 1983, 503; v. 27.11.1990 – 1 ABR 777/89, BB 1991, 548; v. 3.12.1991 – GS 2/90, BAGE 69, 134 (161); v. 27.6.1995 – 1 AZR 998/94, BuW 1996, 338. | 5 BAG v. 18.4.1985 – 6 ABR 19/84, NZA 1985, 783 (785); v. 10.6.1986 – 1 ABR 61/84, BAGE 52, 160. | 6 BAG v. 21.12.1982 – 1 ABR 14/82, BB 1984, 503; v. 10.6.1986 – 1 ABR 61/84, NZA 1986, 840 (841); v. 27.11.1990 – 1 ABR 77/89, NZA 1991, 382 (383); v. 3.12.1991, GS 2/90, BAGE 69, 134 (163); v. 22.9.1992 – 1 AZR 461/90, NZA 1993, 569; *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 16; *Löwisch/Kaiser*, § 87 BetrVG Rz. 3; *DKK/Klebe*, § 87 BetrVG Rz. 16; GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rz. 33; diff. auch hier *Richardi/Richardi*, § 87 BetrVG Rz. 25. | 7 BAG v. 25.1.2000 – 1 ABR 3/99, NZA 2000, 665; v. 18.4.1989 – 1 ABR 100/87, DB 1989, 1676; v. 14.12.1993 – 1 ABR 31/93, NZA 1994, 809; v. 3.12.1991 – GS 2/90, BAGE 69, 134; *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 32. | 8 BAG v. 25.5.1982 – 1 AZR 1073/79, DB 1982, 2712; *HSWG/Worzalla*, § 87 BetrVG Rz. 47; *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 29; *DKK/Klebe*, § 87 BetrVG Rz. 27. | 9 BAG v. 9.7.1991 – 1 ABR 57/90, NZA 1992, 126 (Verfassungsbeschwerde des BR gegen diese Entscheidung, nicht angenommen: BVerfG v. 22.8.1994 – 1 BVR 176/91, NZA 1995, 129); BAG v. 26.5.1988 – 1 ABR 9/87, DB 1988, 2055; *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 31; *HSWG/Worzalla*, § 87 BetrVG Rz. 49; aA *DKK/Klebe*, § 87 BetrVG Rz. 28. | 10 So zu Recht: *Erk/Kania*, § 87 BetrVG Rz. 12; *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 33 ff. | 11 Dafür: GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rz. 58; *Richardi/Richardi*, § 87 BetrVG Rz. 145; *HSWG/Worzalla*, § 87 BetrVG Rz. 47; *MünchArbR/Matthes*, § 332, Rz. 13; *Ziegler*, NZA 1987, 224 (226); dagegen: *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 30; *DKK/Klebe*, § 87 BetrVG Rz. 26; *Erk/Kania*, § 87 BetrVG Rz. 11. | 12 So zutr. *HSWG/Worzalla*, § 87 BetrVG Rz. 47. | 13 BAG v. 18.4.1989 – 1 ABR 100/87, DB 1989, 1676; v. 3.12.1991 – GS 2/90, BAGE 69, 134; v. 14.12.1993 – 1 ABR 31/93, NZA 1994, 809; *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 37 ff.

für die in Heimarbeit Beschäftigten einem allgemein verbindlichen TV gleich. Sie sperren das MitbestR gleichermaßen¹.

- 10 Der Tarifvorbehalt des § 87 sperrt nur die erzwingbare Mitbest. des BR. Freiwillige BV gem. § 88 werden nicht ausgeschlossen, insoweit ist aber § 77 III zu beachten².
- 11 Voraussetzung für die Sperrwirkung ist, dass der TV für den betreffenden Betrieb gilt. Der Betrieb muss also vom sachlich-/fachlichen und räumlichen Geltungsbereich des TV erfasst werden³. Zudem muss die tarifl. Regelung „bestehen“, das heißt, der TV muss schon bzw. noch in Kraft sein. Ein abgelauener oder nachwirkender TV schließt die MitbestR des BR nach § 87 I nicht aus⁴. Anders als im Geltungsbereich des § 77 III löst die bloße Tarifüblichkeit keine Sperrwirkung im Rahmen des § 87 I aus, weil sie für den konkreten Betrieb keine Bindung erzeugt und damit die durch die Beteiligungsrechte des BR zu gewährleistende Teilhabe der ArbN nicht sicherstellt⁵.
- 12 Der TV muss entweder nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt worden sein oder den Betrieb über die Tarifbindung des ArbGeb erfassen. Eine Tarifbindung der ArbN des Betriebes ist nach herrschender Meinung nicht erforderlich, da die ArbN den Schutz der tarifl. Regelung jederzeit durch Beitritt zur vertragsschließenden Gewerkschaft erlangen können⁶. Soweit ArbN vom persönlichen Geltungsbereich des TV nicht erfasst sind (außertarifl. Angestellte), sperrt der Tarifvorbehalt das MitbestR des BR für diese Personengruppe bei im Übrigen bestehender Tarifbindung nicht⁷.
- 13 Ein für den Betrieb geltender TV kann das MitbestR nur soweit ausschließen, wie die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit zwingend und abschließend geregelt und dadurch das einseitige Bestimmungsrecht des ArbGeb beseitigt wird. Insoweit gilt Gleiches, wie für den Gesetzesvorrang. Die Tarifregelung muss also dem Schutzzweck des Mitbestimmungsgesetzes genügen. Der Tarifvorrang greift daher nicht, wenn die TV-Parteien das MitbestR des BR durch ein einseitiges Gestaltungsrecht des ArbGeb ersetzen⁸. Deshalb kann ein TV die Befugnis des ArbGeb, ohne Zustimmung des BR Überstunden anzuordnen, nur als Teil einer für Ausnahmefälle vorgesehenen Verfahrensregelung einräumen. Die TV-Parteien sind nicht befugt, den ArbGeb pauschal zur Anordnung von Überstunden zu ermächtigen⁹. Eine zwingende und abschließende Regelung fehlt auch bei einer vom ArbGeb gezahlten freiwilligen Zulage zum Tariflohn, da der TV nur die Mindestentlohnung, aber nicht die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit an sich, abschließend regelt¹⁰. Das MitbestR bleibt also bestehen, wenn die TV-Parteien von ihrem Vorrangsrecht keinen Gebrauch machen und/oder den Betriebspartner über eine Öffnungsklausel ausdrücklich das Recht zu ergänzenden/ausfüllenden Regelungen einräumen¹¹. Wenn die TV-Parteien die Angelegenheit abschließend und vollständig geregelt haben, den Betriebsparteien aber durch eine Öffnungsklausel die Möglichkeit einräumen, im gegenseitigen Einvernehmen abweichende Regelungen zu treffen, sperrt der TV im Fall der Nichteinigung die erzwingbare Mitbest., weil in diesem Fall der Tarifvorrang eingreift¹². Die Auslegung der jeweiligen tarifvertragl. Vorgaben kann im Einzelfall schwierig sein. Entscheidend ist, ob der TV eine Materie erkennbar vollständig regelt, ohne dass eine weitere Ergänzung zwingend notwendig ist, um die Regelung auch praktisch handhabbar zu machen. In diesem Fall kann auch eine Nichtregelung einzelner Teilkomplexe das MitbestR sperren, wenn die im Übrigen vorhandenen Regelungen nicht ohne weiteres als nur unvollständig gemeint erkennbar sind¹³.
- 14 c) § 77 Abs. 3. Nach § 77 III können Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen die durch TV geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer BV sein. Diese den Tarifpartnern eingeräumte Vorrangkompetenz vor den Betriebsparteien dient der Absicherung der in Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtl. gewährleisteten Tarifautonomie und hat damit eine andere Zweckrichtung als der Tarifvorbehalt des § 87 I Eingangssatz.
- 15 Die Frage, ob das MitbestR nach § 87 außer durch den Gesetzes- und Tarifvorrang des § 87 I Eingangssatz auch bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 77 III ausgeschlossen wird (Zwei-Schranken-Theo-

1 BAG v. 13.9.1983 – 3 AZR 343/81, NZA 1984, 41; *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 36; DKK/*Klebe*, § 87 BetrVG Rz. 29; GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rz. 60. | 2 *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 39; HSWG/*Worzalla*, § 87 BetrVG Rz. 61; GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rz. 59. | 3 HSWG/*Worzalla*, § 87 BetrVG Rz. 57; *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 44; DKK/*Klebe*, § 87 BetrVG Rz. 30. | 4 BAG v. 14.2.1989 – 1 AZR 97/88, AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972; v. 24.2.1987 – 1 ABR 18/85, BAGE 54, 191; v. 13.7.1977 – 1 AZR 336/75, BB 1977, 1702; HSWG/*Worzalla*, § 87 BetrVG Rz. 53; *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 41; GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rz. 64. | 5 BAG v. 23.6.1992 – 1 ABR 9/92, NZA 1993, 229; DKK/*Klebe*, § 87 Rz. 32. | 6 BAG v. 24.2.1987 – 1 ABR 18/85, BAGE 54, 191; v. 24.11.1987 – 1 ABR 25/86, DB 1988, 813; v. 30.1.1990 – 1 ABR 98/88, BAGE 64, 94; v. 10.8.1993 – 1 ABR 21/93, AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 – Auszahlung; *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 42; HSWG/*Worzalla*, § 87 BetrVG Rz. 55; DKK/*Klebe*, § 87 BetrVG Rz. 30, mit der Einschränkung, dass die tarifvertragschließende Gewerkschaft eine Mindestrepräsentativität für den Betrieb habe; ebenso *Richardi/Richardi*, § 87 BetrVG Rz. 156; für die Notwendigkeit einer Tarifbindung sowohl des ArbGeb als auch der ArbN GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rz. 67 ff. | 7 BAG v. 22.1.1980 – 1 ABR 48/77, DB 1980, 1895; v. 11.2.1992 – 1 ABR 51/91, NZA 1992, 702; *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 44. | 8 BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, NZA 1999, 662. | 9 BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, NZA 1999, 662. | 10 BAG v. 17.12.1985 – 1 ABR 6/84, BB 1986, 734; v. 3.12.1991 – GS 2/90, BAGE 69, 134. | 11 *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 53. | 12 So zu Recht BAG v. 28.2.1984 – 1 ABR 37/82, DB 1984, 1682; v. 25.4.1989 – 1 ABR 91/87, NZA 1989, 976; *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 55; HSWG/*Worzalla*, § 87 BetrVG Rz. 59. | 13 HSWG/*Worzalla*, § 87 BetrVG Rz. 58; einschr. GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rz. 73.

rie), ist nach wie vor umstritten¹. Der Große Senat des BAG hat sich den Vertretern der sog. Vorrang-Theorie angeschlossen². Die Sperre des § 77 III gilt seitdem in nunmehr ständiger Rspr. nicht in Angelegenheiten, die nach § 87 I der Mitbest. des BR unterliegen³. § 87 BetrVG wird als speziellere Vorschrift gegenüber § 77 III angesehen, weil der Schutz der ArbN durch die MitbestR des § 87 I nicht schon dann ausgeschlossen sein könne, wenn die betreffende Angelegenheit nur üblicherweise durch TV geregelt würde, eine die ArbN schützende tarifl. Regelung also tatsächlich für den Betrieb und seine ArbN gar nicht gelte⁴. Der Theorienstreit ist damit für die Praxis entschieden⁵.

III. Reichweite und Ausübung des Mitbestimmungsrechts. 1. Erzwingbare und freiwillige Mitbestimmung. § 87 zählt abschließend die Angelegenheiten auf, in denen der BR ein erzwingbares MitbestR hat. Daneben können die Betriebspartner nach § 88 in allen anderen sozialen Angelegenheiten freiwillig, also im beiderseitigen Einvernehmen, BV abschließen. 16

Eine andere Frage ist, ob die Freiwilligkeit einer Leistung das MitbestR des BR nach § 87 ausschließt. Eine freiwillige Leistung liegt dann vor, wenn der ArbGeb weder gesetzl. noch aufgrund tarifl. Vorschriften zur Leistung verpflichtet ist⁶. Entscheidend für die Freiwilligkeit ist, dass die Leistung auf einer eigenen lohnpolitischen Entscheidung des ArbGeb beruht. Sie wird nicht durch etwaige individualrechtl. Bindungen ausgeschlossen, die der ArbGeb bei Gewährung dieser Leistung eingegangen ist⁷. Für die Gewährung freiwilliger Leistungen hat das BAG in ständiger Rspr. – teils auch schon zur Vorläufervorschrift des § 56 – einen „Negativkatalog“⁸ entwickelt, welche Entscheidungen des ArbGeb in diesem Zusammenhang mitbestimmungsfrei sind. Ein zwingendes MitbestR sei mit dem Charakter der Freiwilligkeit nicht zu vereinbaren⁹, sonst könne von Freiwilligkeit nicht mehr die Rede sein¹⁰. Das BAG unterscheidet dabei zwischen dem mitbestimmungsfreien „Ob“ und dem mitbestimmungspflichtigen „Wie“. Mitbestimmungsfrei ist die Entscheidung des ArbGeb, ob und in welchem Umfang er finanzielle Mittel für eine freiwillige Leistung zur Verfügung stellen will (sog. Dotierungsrahmen). Bei der Verteilung der Leistung greift dann das MitbestR des BR im Rahmen der Vorgaben des § 87. 17

Der Dotierungsrahmen ist die Summe aller freiwilligen Leistungen die der ArbGeb gewähren will bzw. versprochen hat¹¹. Der BR kann den Dotierungsrahmen im Wege der erzwingbaren Mitbest. nicht erhöhen. Gleichwohl kann es infolge mitbestimmungswidrigen Verhaltens des ArbGeb faktisch zu einer Erhöhung des Dotierungsrahmens kommen. Hat nämlich der ArbGeb bereits vor der Beteiligung des BR Zahlungen erbracht, die er nicht mehr zurückfordern kann, können im Fall einer dann abweichenden Verteilungsentscheidung nach Durchführung des Mitbestimmungsverfahrens Kosten entstehen, die den ursprünglich vorgesehenen Dotierungsrahmen übersteigen. Im schlimmsten Fall kann sich der zur Befriedigung aller Ansprüche erforderliche finanzielle Aufwand verdoppeln, nämlich dann, wenn keiner der ursprünglichen Empfänger der freiwilligen Leistung zum Kreise derjenigen gehört, die nach der mitbestimmten Entscheidung begünstigt sein sollen. Nach Auffassung des BAG ist eine solche zusätzliche Belastung des ArbGeb aber als Folge seines rechtswidrigen Verhaltens allein ihm zuzurechnen¹². 18

Mitbestimmungsfrei ist nicht nur die Entscheidung des ArbGeb, ob eine freiwillige Leistung überhaupt gewährt wird, sondern auch die Entscheidung, sie einzustellen oder zu kürzen¹³. Gesetzessystematisch ist dies mit § 88 Nr. 2 zu begründen, wonach die Errichtung einer Sozialeinrichtung nur in einer freiwilligen BV geregelt werden kann¹⁴. Bei der Kürzung der Leistung ist auch die Entscheidung mitbestimmungsfrei, in welchem Umfang gekürzt werden soll¹⁵. 19

Der ArbGeb ist nicht nur frei in der Entscheidung, ob er überhaupt eine freiwillige Leistung gewähren will, er kann mitbestimmungsfrei auch den mit der Zahlung verfolgten Zweck und den abstrakt begünstigten Personenkreis festlegen¹⁶. Gleichwohl kann sich auch hier eine Erweiterung des Dotierungsrahmens ergeben, wenn nicht begünstigte ArbN erfolgreich eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes oder des Maßregelungsverbotes geltend machen können und damit Ansprüche in gleicher Höhe erwerben, wie der ursprünglich begünstigte Personenkreis¹⁷. 20

2. Eil- und Notfälle. Der ArbGeb muss vor Durchführung einer nach § 87 mitbestimmungspflichtigen Maßnahme an den BR herantreten und dessen Zustimmung einholen. Wenn der BR zu eigenmächtigen Maßnahmen/Regelungen des ArbGeb schweigt oder diese hinnimmt, liegt darin regelmäßig keine Zu- 21

1 HSWG/Worzalla, § 87 BetrVG Rz. 62; *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 58 ff.; GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rz. 47 ff. mwN.
 2 BAG v. 3.12.1991 – GS 1/90, ArbUR 1993, 28; v. 3.12.1991 – GS 2/90, BAGE 69, 134. 3 BAG v. 24.1.1996 – 1 AZR 597/95, NZA 1996, 948. 4 So bereits BAG v. 24.2.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639. 5 *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 58. 6 BAG v. 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168. 7 MünchArbR/Matthes, § 341, Rz. 17.
 8 BAG v. 12.6.1975 – 3 ABR 13/74, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 – Altersversorgung. 9 BAG v. 4.10.1956 – 2 AZR 213/54, AP Nr. 4 zu § 611 BGB – Gratifikation. 10 BAG v. 15.5.1957 – 1 ABR 8/55, AP Nr. 5 zu § 56 BetrVG.
 11 *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 445. 12 BAG v. 12.6.1975 – 3 ABR 13/74, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 – Altersversorgung; v. 14.6.1994 – 1 ABR 63/93, BAGE 77, 86. 13 BAG v. 15.8.2000 – 1 AZR 485/99, nv.; v. 3.12.1991 – GS 2/90, BAGE 69, 134. 14 BAG v. 6.12.1963 – 1 ABR 9/63, AP Nr. 6 zu § 56 BetrVG – Wohlfahrtseinrichtungen; v. 13.3.1973 – 1 ABR 16/72, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 – Werkmietwohnungen. 15 BAG v. 10.2.1988 – 1 ABR 56/86, BAGE 57, 309. 16 BAG v. 14.6.1994 – 1 ABR 63/93, BAGE 77, 86; v. 15.8.2002 – 1 AZR 458/99, nv.; *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 449 ff.; *ErfK/Kania*, § 87 BetrVG Rz. 109. 17 Vgl. BAG v. 13.2.2002 – 5 AZR 713/2000, AP Nr. 184 zu § 242 BGB – Gleichbehandlung.

stimmung, obwohl das MitbestR auch formlos (etwa durch eine Regelungsabrede) ausgeübt werden kann. Dies bedeutet aber keineswegs, dass ein stillschweigendes Einverständnis im Sinne einer konkludenten Zustimmung in jedem Fall ausgeschlossen ist¹. Entscheidend ist vielmehr, ob dem Schweigen oder der Hinnahme unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles eine konkludente Zustimmung zu entnehmen ist und diese Zustimmung durch eine auch für die Ausübung des MitbestR nach § 87 notwendige, ordnungsgemäße Beschlussfassung des BR gedeckt ist².

- 22 Auch in Eilfällen entfällt das MitbestR des BR nicht³. Sowohl die Rspr. als auch die Lit. verweisen den ArbGeb für Fälle, in denen eine Regelung möglichst umgehend erfolgen muss und der BR im Zweifel nicht rechtzeitig um Zustimmung ersucht werden kann, auf den Abschluss sog. Rahmenregelungen, mit denen dem ArbGeb gestattet wird, unter bestimmten Voraussetzungen im Einzelfall einseitige Anordnungen zu treffen. Ohne diese kann der ArbGeb keine vorläufigen Anordnungen treffen, ohne zumindest eine formlose Regelungsabrede mit dem BR getroffen zu haben.
- 23 Ob in sog. Notfällen, dh. in Extremsituationen wie beispielsweise Brand, Überschwemmungen oÄ, das MitbestR suspendiert wird, hat die Rspr. zunächst offen gelassen, inzwischen aber bejaht⁴. Das BAG leitet die Suspendierung des MitbestR in diesen Fällen aus dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit gem. § 2 I ab⁵. Bei einer Extremsituation, die zum Ausschluss der Mitbest. führen kann, muss es sich um eine unvorhersehbare und schwerwiegende Situation handeln, in welcher der BR entweder nicht erreichbar oder nicht zur rechtzeitigen Beschlussfassung in der Lage ist, der ArbGeb aber sofort handeln muss, um vom Betrieb oder den ArbN nicht wieder gutzumachende Schäden abzuwenden⁶. Die Beteiligung des BR ist in diesen Fällen unverzüglich nachzuholen.
- 24 In allen Fällen, die keine Notfälle iSd. Rspr. sind, ist die Zustimmung des BR Wirksamkeitsvoraussetzung für mitbestimmungspflichtige Maßnahmen⁷. Führt der ArbGeb gleichwohl eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme durch, ohne den BR zuvor beteiligt zu haben, so ist die Maßnahme unwirksam. Auch eine nachträgliche Zustimmung des BR kann diesen Mangel nicht heilen⁸.
- 25 **3. Erweiterung des Mitbestimmungsrechts.** Nach § 87 hat der BR in „folgenden“ Angelegenheiten mitzubestimmen. Gleichwohl geht die ganz überwiegende Meinung in Rspr. und Lit. davon aus, dass das MitbestR des BR im Bereich der sozialen Angelegenheiten erweitert werden kann. Dem liegt die Auffassung zugrunde, dass die funktionelle Zuständigkeit des BR in sozialen Angelegenheiten unbeschränkt ist. Dies wird insb. daraus abgeleitet, dass nach § 88 auch über den Katalog des § 87 hinaus freiwillige BV abgeschlossen werden können und die dort aufgeführten Regelungsbereiche nicht abschließend sind („insbesondere“)⁹.
- 26 So kann das MitbestR des BR in sozialen Angelegenheiten durch TV-Parteien nach hM erweitert werden. Nach § 1 I TVG iVm. § 3 II TVG sind die TV-Parteien berechtigt, betriebliche und betriebsverfassungsrechtl. Fragen mit verbindlicher Wirkung für tarifgebundene Betriebe zu ordnen. Diese Rechtssetzungsbefugnis der TV-Parteien wird durch das BetrVG nicht beschränkt¹⁰. Demnach soll es zulässig sein, wenn die TV-Parteien dem BR ein MitbestR bei der Festlegung der individuellen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit einräumen¹¹. Gleiches gilt für ein von den TV-Parteien eingeräumtes MitbestR bei der Festlegung von tarifl. Erschwerniszulagen¹². Verfassungsrechtl. zweifelhaft dürfte es allerdings sein, wenn eine tarifl. Regelung dem BR ein echtes MitbestR bei der Frage zubilligt, welcher Bewerber einzustellen ist. Dies gilt auch dann, wenn im Streitfall die Einigungsstelle entscheiden soll¹³. Auch die Rechtssetzungsbefugnis der TV-Parteien hat sich im Rahmen der verfassungsrechtl. Grenzen zu bewegen mit einer entsprechenden Begrenzung auch einer etwaigen Delegationsbefugnis. Unabhängig davon, ob durch TV das MitbestR erweitert oder nur die Beteiligung des BR ausgestaltet werden soll, sind daher die verfassungsrechtl. Grenzen der im Kern geschützten unternehmerischen Freiheit zu beachten¹⁴.
- 27 Die Betriebsparteien können nach § 88 auch soziale Angelegenheiten, die in § 87 I nicht aufgeführt sind, der Mitbest. unterwerfen. Dabei sind die Betriebsparteien nicht auf das Regelungsinstrument der BV beschränkt. Auch eine Erweiterung der Mitbest. durch formlose Regelungsabrede ist zulässig¹⁵.

1 So aber DKK/Klebe, § 87 BetrVG Rz. 12. | 2 Richardi/Richardi, § 87 BetrVG Rz. 80; GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rz. 91 ff. | 3 BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, BAGE 90, 194; v. 19.2.1991 – 1 ABR 31/90, BAGE 38, 96; HSWG/Worzalla, § 87 BetrVG Rz. 29; Fitting, § 87 BetrVG Rz. 24; DKK/Klebe, § 87 BetrVG Rz. 21. | 4 Offen gelassen noch BAG v. 13.7.1977 – 1 AZR 336/75, DB 1977, 2235; für Suspendierung BAG v. 19.2.1991 – 1 ABR 31/90, NZA 1991, 609. | 5 BAG v. 19.2.1991 – 1 ABR 31/90, NZA 1991, 609. | 6 BAG v. 19.2.1991 – 1 ABR 31/90, BAGE 38/96; v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, NZA 1999, 692. | 7 Vgl. nur BAG v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93, DB 1994, 2450; v. 3.12.1991 – GS 2/90, DB 1992, 1579; DKK/Klebe, § 87 BetrVG Rz. 4 mwN; Fitting, § 87 BetrVG Rz. 595; aA HSWG/Worzalla, § 87 BetrVG Rz. 83 mwN. | 8 Fitting, § 87 BetrVG Rz. 602; LAG Hess. v. 27.11.1986 – 9 Sa 828/86, DB 1987, 1844. | 9 Fitting, § 87 BetrVG Rz. 7 ff. mwN. | 10 Grundl. BAG v. 18.8.1987 – 1 ABR 30/86, BAGE 56, 18; v. 10.2.1988 – 1 ABR 70/86, NZA 1988, 699; v. 9.5.1995 – 1 ABR 56/94, NZA 1996, 156; GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rz. 11 mwN; DKK/Klebe, § 87 BetrVG Rz. 37; widersprüchlich Richardi/Richardi, vor § 87 BetrVG Rz. 12, Einl. Rz. 151; aA ArbG Solingen v. 9.10.1985 – 3 BV 6/85, NZA 1986, 102. | 11 BAG v. 18.8.1987 – 1 ABR 30/86, BAGE 56, 18. | 12 BAG v. 9.5.1995 – 1 ABR 56/94, NZA 1996, 156. | 13 Unbedenklich nach Auffassung BAG v. 10.2.1988 – 1 ABR 70/86, BAGE 56, 18. | 14 Vgl. Fitting, § 87 BetrVG Rz. 8. | 15 BAG v. 14.8.2001 – 1 AZR 744/00, NZA 2002, 342; Fitting, § 87 BetrVG Rz. 7; DKK/Klebe, § 87 BetrVG Rz. 36.

4. Beschränkung und Verzicht. Das BetrVG regelt als Schutzgesetz zu Gunsten der ArbN die Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte des BR in zwingender Weise. Aus diesem Grund ist ein Verzicht des BR auf die Ausübung der ihm eingeräumten MitbestR nach ganz herrschender Meinung und ständiger Rspr. des BAG unzulässig¹. Damit ist eine BV unzulässig, mit der dem ArbGeb in einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit das Alleinentscheidungsrecht uneingeschränkt eingeräumt wird. Eine BV kann aber für bestimmte Fälle ein Alleinentscheidungsrecht des ArbGeb vorsehen, soweit dadurch das MitbestR nicht in seiner Substanz beeinträchtigt wird². Nach Auffassung des BAG ist der BR verpflichtet, sein Mandat höchstpersönlich auszuüben im Sinn einer Verpflichtung zur Normsetzung³. Er darf daher nur, für bestimmte, eng umgrenzte Fallkategorien, etwa für nicht vorhersehbare und planbare Verkaufsvorbereitungs- und Abschlussarbeiten vor oder nach Ladenschluss im Voraus die Zustimmung zu notwendig werdender Mehrarbeit zu erteilen⁴. Dabei muss es sich aber um eine erkennbare Ausübung des MitbestR in konkreten Fallgestaltungen handeln, eine „Generalmächtigung“ liefe auf einen unzulässigen Verzicht hinaus.

Aus dem gleichen Grund sind sog. **dyn. Blankettverweisungen** auf TV in BV grds. unzulässig⁵. Nach Auffassung des BAG entäußern sich die Betriebspartner mit einer derartigen Verweisung ihrer gesetzl. Normsetzungsbefugnis. Anders als bei Übernahme bestehender, konkreter Regelungen eines TV sei die vorherige Unterwerfung unter künftige Regelungen, die von dritter Seite getroffen werden, mit den Funktionen des Betriebsverfassungsrechts unvereinbar⁶.

Obwohl die Erweiterung von MitbestR durch TV weitestgehend anerkannt ist, wird eine Einschränkung der MitbestR durch Tarifvertragl. Regelungen außerhalb des Tarifvorrangs in § 87 I Eingangssatz von der herrschenden Auffassung für unzulässig erachtet⁷. Insoweit räumte § 1 I TVG iVm. § 3 II TVG den TV-Parteien keine Vorrangkompetenz gegenüber den Betriebspartnern ein, die über die in § 87 I Eingangssatz und § 77 III geregelten Tarifsperren hinausginge. Allerdings sind die tarifl. Regelungsspielräume auch nicht enger als die der Betriebsparteien. Auch die TV-Parteien können also in gleicher Weise wie die Betriebspartner für Ausnahmefälle Vorsorge treffen. Ein TV kann also im Rahmen eines tarifvertragl. Mitbestimmungsverfahrens die Befugnis des ArbGeb vorsehen, auch ohne Zustimmung des BR Überstunden anzuordnen⁸. Derartige Regelungen sollen aber nach Auffassung des Ersten Senats keine Alleinentscheidungsbefugnis des ArbGeb auch für Fälle eröffnen dürfen, in denen die Notwendigkeit von Überstunden mit einer gewissen Regelmäßigkeit auftritt oder bezogen auf den Einzelfall schon seit längerem erkennbar ist oder in denen der zusätzliche Arbeitsbedarf nicht kurzfristig befriedigt werden muss. Darin soll ein unzulässiger Ausschluss des MitbestR liegen⁹.

Einen **Sonderfall** der zulässigen Delegation von MitbestR auf den ArbGeb und ArbN regelt nun § 28a. Da der Gesetzgeber mit dieser Neuregelung bewusst einen Teil der Kompetenzen des BR auf eine Arbeitsgruppe delegieren lässt, ist auf die Übertragung von MitbestR in diesem Zusammenhang ein weiterer Maßstab anzulegen. Der Arbeitsgruppe soll nach der gesetzl. Konzeption gerade ein eigenständiges Ausüben der übertragenen MitbestR zukommen. Die für Betriebe außerhalb des Anwendungsbereiches des § 28a geforderte Beschränkung auf den bloßen „Vollzug“ einer vorgegebenen Vereinbarung¹⁰ greift im Anwendungsbereich des § 28a nicht. Ansonsten würde der Sinn und Zweck der gesetzl. Vorgaben konterkariert.

5. Initiativrecht. Aus dem Grundgedanken der gleichberechtigten Teilhabe folgt, dass das MitbestR des BR nach § 87 grds. auch ein Initiativrecht beinhaltet¹¹. Der BR kann also an den ArbGeb herantreten und die Regelung einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit verlangen. Kommt eine Einigung nicht zu Stande, entscheidet die Einigungsstelle verbindlich.

Dieses grds. zu bejahende Initiativrecht besteht nur, soweit die MitbestR des BR reichen. Es ist zudem durch Sinn und Zweck des jeweiligen Mitbestimmungstatbestandes begrenzt¹². Ein MitbestR, das dem Schutz und der Abwehr belastender Maßnahmen dient, schließt ein Initiativrecht des BR auf Einführung eben solcher Maßnahmen aus¹³. Aus diesem Grund kommt im Rahmen der Mitbestimmungstatbestände des § 87 I Nr. 3 (Anordnung von Überstunden), § 87 I Nr. 11 (Leistungsentgelte) und § 87 I Nr. 6 (technische Überwachungseinrichtungen) ein Initiativrecht des BR nicht in Betracht¹⁴.

¹ BAG v. 14.8.2001 – 1 AZR 619/00, NZA 2002, 276; v. 14.12.1999 – 1 ABR 27/98, NZA 2000, 783; v. 26.5.1998 – 1 AZR 704/97, NZA 1998, 1292; v. 23.6.1992 – 1 ABR 53/91, NZA 1992, 1098. | ² BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, NZA 1999, 662; v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 – Provision; v. 12.1.1988 – 1 ABR 54/86, AP Nr. 8 zu § 81 ArbGG 1979. | ³ BAG v. 23.6.1992 – 1 ABR 9/92, NZA 1993, 229. | ⁴ BAG v. 12.1.1988 – 1 ABR 54/86, AP Nr. 8 zu § 81 ArbGG 1979. | ⁵ BAG v. 23.6.1992 – 1 ABR 9/92, NZA 1993, 229. | ⁶ BAG v. 23.6.1992 – 1 ABR 9/92, NZA 1993, 229. | ⁷ BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, NZA 1999, 662; v. 23.7.1996 – 1 ABR 13/96, NZA 1997, 274; v. 21.9.1993 – 1 ABR 16/93, BAGE 74, 206; v. 23.3.1993 – 1 AZR 520/92, NZA 1993, 806; *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 6; GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rz. 5 mwN; DKK/*Klebe*, § 87 BetrVG Rz. 38. | ⁸ BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, NZA 1999, 662. | ⁹ BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, NZA 1999, 662. | ¹⁰ DKK/*Klebe*, § 87 BetrVG Rz. 39. | ¹¹ BAG v. 10.8.1994 – 7 ABR 35/93, NZA 1995, 796; v. 22.9.1992 – 1 AZR 405/90, BAGE 71, 180; v. 28.7.1992 – 1 ABR 22/92, NZA 1993, 272; *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 583; HSWG/*Worzalla*, § 87 BetrVG Rz. 42; DKK/*Klebe*, § 87 BetrVG Rz. 19. | ¹² BAG v. 28.11.1989 – 1 ABR 97/88, NZA 1990, 406; v. 4.3.1986 – 1 ABR 15/84, BAGE 51, 187; MünchArbR/*Matthes*, § 327 Rz. 38 ff.; aA *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 589. | ¹³ So zu Recht BAG v. 28.11.1989 – 1 ABR 97/88, NZA 1990, 406; ebenso MünchArbR/*Matthes*, § 327 Rz. 40. | ¹⁴ MünchArbR/*Matthes*, § 327 Rz. 41.

- 34 Die MitbestR des BR, wie auch das daraus resultierende Initiativrecht stehen nicht unter dem allgemeinen Vorbehalt, das durch sie nicht in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingegriffen werden dürfte. Die Betriebsverfassung ist als Kooperationsmodell angelegt, die MitbestR des BR sollen gerade die unternehmerische Freiheit in einer gleichberechtigten Teilhabe einschränken¹. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass es trotz der gesetzl. weitgehend ausgestalteten MitbestR einen dem Zugriff des BR entzogenen Kernbereich der unternehmerischen Entscheidung gibt. Dies ist bereits in der Konzeption des BetrVG angelegt, wie die unterschiedliche Ausgestaltung der verschiedenen mitbestimmungsrechtl. Angelegenheiten zeigt. Sachverhalte, bei denen das vom BR geltend gemachte MitbestR unmittelbar die unternehmerische Entscheidung als solche zum Regelungsgegenstand macht, sind daher sorgfältig darauf zu prüfen, ob die begehrte Regelung vom MitbestR des § 87 abgedeckt wird oder darüber hinaus in den nach der gesetzl. Konzeption mitbestimmungsfreien unternehmerischen Entscheidungsspielraum eingreifen².
- 35 **6. Form der Ausübung.** § 87 sagt nichts darüber aus, in welcher Form das MitbestR des BR auszuüben ist. Möglich ist daher sowohl der Abschluss einer förmlichen BV als auch eine Verständigung im Wege der Regelungsabrede. Die Zustimmung des BR kann sowohl ausdrücklich als auch konkludent erteilt werden. Da die Regelungsabrede aber nicht wie eine BV normativ auf die Arbeitsverhältnisse einwirkt, ist der Abschluss einer BV in der Regel zweckmäßig. Jeder Beteiligung des BR, gleich in welcher Form sie stattfindet, muss ein ordnungsgemäßer Beschluss des Gremiums zugrunde liegen. Wenn allerdings der BR-Vorsitzende in seiner Funktion die Zustimmung zu einer vom ArbGeb begehrten Maßnahme erteilt, spricht eine widerlegbare Vermutung dafür, dass dem ein ordnungsgemäßer Beschluss zugrunde liegt³.
- 36 Der BR ist im Rahmen seiner MitbestR nach § 87 grds. nicht verpflichtet, eine etwaige Verweigerung der Zustimmung zu begründen. Dies sieht das Gesetz anders als im Bereich der personellen Maßnahmen nicht vor. Gleichwohl muss auch im Rahmen des § 87 die Ausübung der MitbestR, wie alle Handlungen der von den Betriebspartner im Rahmen der Betriebsverfassung, dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 I) entsprechen. Hieraus ergibt sich im Einzelfall eine Begrenzung des MitbestR mit der Folge, dass eine gegen diesen Grundsatz verstoßende rechtsmissbräuchliche Zustimmungsverweigerung gegenstandslos ist und den ArbGeb berechtigt, die beabsichtigte Maßnahme umzusetzen. Der Gesetzgeber hat dem BR weitgehende MitbestR in sozialen Angelegenheiten eingeräumt, mit denen der ArbGeb erheblich in seiner unternehmerischen Freiheit beschränkt wird. Diese MitbestR dürfen nicht rechtsmissbräuchlich dazu genutzt werden, um über sog. „Koppelungsgeschäfte“ Leistungen des ArbGeb zu erzwingen, die außerhalb der Mitbest. des BR stehen. Das BAG hat dies – soweit ersichtlich – bisher noch nicht ausdrücklich anerkannt, weist aber darauf hin, dass ein Widerspruch des BR im Rahmen des § 87 dann unbeachtlich ist, wenn er etwas durchsetzen will, worauf kein MitbestR besteht⁴.
- 37 Es ist insb. rechtsmissbräuchlich, wenn der BR die Zustimmung zur beantragten Mehrarbeit von der Zahlung zusätzlicher Leistungen abhängig macht oder für die Einführung von Schichtarbeit weitere Zuschläge oder gar den Ausschluss einer ordentl. Kündigung verlangt⁵. Gleiches gilt für die Koppelung der Zustimmung zur Kurzarbeit an die Vereinbarung einer Garantieklausel, bei Nichteintritt der BA 100 % der Entgeltfortzahlung durch den ArbGeb sicherzustellen⁶.
- 38 **IV. Nichtbeachtung des Mitbestimmungsrechts. 1. Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung⁷.** Das BAG sowie die herrschende Auffassung in der Lit. folgert aus dem Gesetzeszweck des § 87, dass die Mitbest. des BR Wirksamkeitsvoraussetzung für jede der Mitbest. gem. § 87 unterliegende Maßnahme des ArbGeb ist⁸. Um die gesetzl. bezweckte gleichberechtigte Teilhabe der durch den BR repräsentierten ArbN-Seite sicherzustellen, soll mit der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung verhindert werden,

Für § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG: BAG v. 28.11.1989 – 1 ABR 97/88, NZA 1990, 406; Anordnung von Mehrarbeit und Überstunden: BVerwG v. 6.10.1992 – 6 P 25/90, AP Nr. 1 zu § 79 LPVG Berlin. | 1 BVerfG v. 18.12.1985 – 1 BVR 143/83, AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit; BAG v. 31.8.1982 – 1 ABR 27/80, DB 1982, 1884; MünchArbR-/Matthes, § 327 Rz. 45 ff. mwN. | 2 So zu Recht GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rz. 146 ff. mit instruktiven Beispielen. | 3 BAG v. 17.2.1981 – 1 AZR 290/78, BAGE 35, 80. | 4 Vgl. BAG v. 26.5.1998 – 1 AZR 704/97, DB 1998, 2119: Wenn der BR der Verteilung eines Kürzungsvolumens allein mit dem Ziel widerspricht, eine Verringerung des Kürzungsvolumens durchzusetzen, darf der ArbGeb in die mitbestimmungsfreie Vollarrechnung ausweichen; vgl. BAG v. 10.2.1988 – 1 ABR 56/86, BAGE 57, 309: Erhebt der BR keine Einwände gegen die Verteilung des Kürzungsvolumens, sondern nur gegen die Kürzung als solche, kann eine Einigung über die Verteilungsgrundsätze vorliegen und die Kürzung vorgenommen werden; vgl. auch LAG Köln v. 14.6.1989 – 2 TaBV 17/89, NZA 1989, 939: Aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit folgt vielmehr die Pflicht des BR, bei der Ausübung des MitbestR allein diejenigen Überlegungen anzustellen und zur Grundlage der Entscheidung zu machen, die im Rahmen des konkreten MitbestR geboten sind. | 5 ArbG Bielefeld v. 29.10.1982 – 3 BV 10/82, DB 1983, 1880; GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rz. 361 mwN; aA LAG Nürnberg v. 6.11.1990 – 4 TaBV 13/90, DB 1991, 707 (Lärmzulage gegen Zustimmung zu Mehrarbeit); ArbG Hamburg v. 6.4.1993 – 5 BV 14/92, AiB 1994, 120 (zusätzliche Leistungen für die Anordnung von Mehrarbeit); DKK/Klebe, § 87 BetrVG Rz. 9; MünchArbR/Matthes, § 332 Rz. 42. | 6 LAG Köln v. 14.6.1989 – 2 TaBV 17/89, NZA 1989, 939. | 7 Auch als Theorie der notwendigen Mitbestimmung bezeichnet, vgl. GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rz. 98. | 8 BAG v. 14.11.1974 – 1 ABR 65/73, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972; v. 16.9.1986 – GS 1/82, BAGE 53, 42; v. 8.8.1989 – 1 ABR 62/88, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 – Initiativrecht; v. 17.6.1998 – 2 AZR 336/94, BAGE 98, 149; *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 599, DKK/Klebe, § 87 BetrVG Rz. 4; GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rz. 99 mwN.

dass der ArbGeb dem Einigungszwang mit dem BR durch Rückgriff auf arbeitsvertragl. Gestaltungsmöglichkeiten ausweicht. Das gesetzl. MitbestR beschränkt also die Gestaltungsmacht des ArbGeb, wobei die Mitbest. (im Gegensatz etwa zur anderweitig erforderlichen Zustimmung gesetzl. Vertreter) nicht eine außerhalb des Geschäftsakts liegende zusätzliche Wirksamkeitsvoraussetzung, sondern rechtsnotwendiger Bestandteil der Maßnahme selbst ist¹.

Folge dieser Theorie ist, dass eine ohne Mitwirkung des BR durchgeführte arbeitgeberseitige Maßnahme nicht schwebend unwirksam ist und daher nicht im Nachhinein durch Genehmigung Wirksamkeit erlangen kann. Vielmehr muss die Zustimmung des BR stets vorher erteilt werden, eine nachträgliche Zustimmung kann die Unwirksamkeit nicht mehr heilen. Anderenfalls würde das MitbestR ausgehöhlt und zu einem bloßen Kontrollrecht degradiert².

Solange noch kein BR gewählt ist, kann der ArbGeb im Rahmen der gesetzl., tarifl. und vertragl. Regelungen einseitig Maßnahmen treffen, die auch bei Neuwahl eines BR wirksam bleiben, bis sie durch eine anderweitige Einigung zwischen BR und ArbGeb oder einen ersetzenden Spruch der Einigungsstelle ersetzt werden³. Für die in der Lit. und Rspr. teilweise vertretene Auffassung, vom ArbGeb in betriebsratslosen Zeiten einseitig eingeführte Regelungen würden nach einer Übergangszeit rechtsunwirksam⁴, fehlt die gesetzl. Grundlage. Das Zurückführen eines Betriebes mit Ablauf einer solchen Übergangsfrist auf eine gleichsam mitbestimmungsrechtl. „Nulllinie“ ist angesichts der Vielzahl der Gestaltungsmöglichkeiten nicht nur praktisch unmöglich (wie wäre eine solche Nulllinie zu definieren), sondern auch unter Berücksichtigung der gesetzl. Vorgaben verfassungswidrig. Damit würde im Ergebnis nämlich dem BR, ohne dass vorher ein entsprechendes Verfahren durchgeführt worden wäre, zumindest für den dann anlaufenden Zeitraum der Entscheidungsfindung die Befugnis übertragen, die unternehmerische Grundentscheidung über die Ausgestaltung einzelner Maßnahmen zu treffen, bis diese Situation dann durch ein entsprechend mitbestimmtes Verfahren abgeändert würde. Es ist daher mit dem BAG und der wohl herrschenden Auffassung in der Lit. davon auszugehen, dass die zunächst wirksam eingeführte Maßnahme wirksam bleibt, bis sie auf Initiative des BR oder des ArbGeb im Rahmen eines mitbestimmten Verfahrens abgelöst wird⁵. Für die von *Klebe* vertretene Auffassung, der ArbGeb sei verpflichtet, in dieser Situation die Initiative zu ergreifen⁶, fehlt ebenfalls jegliche gesetzl. Grundlage.

2. Individualrechtliche Folgen. Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung führt allerdings nicht dazu, dass Maßnahmen, die sich zu Gunsten der ArbN auswirken, auch ihnen gegenüber unwirksam sind. Vielmehr gilt umgekehrt, dass mitbestimmungswidrige Anordnungen des ArbGeb dem ArbN im Individualarbeitsverhältnis nicht zum Nachteil gereichen dürfen. Wirkt die Maßnahme zu seinen Gunsten, darf sich der ArbGeb auf das mitbestimmungswidrige Zustandekommen nicht berufen, wirkt die Maßnahme zu seinen Lasten, gilt Gleiches, aber mit dem Ergebnis, dass die Situation des ArbN durch die mitbestimmungswidrige Maßnahme nicht verschlechtert werden darf⁷. Es gilt das aus § 242 BGB herzuleitende allgemeine Rechtsprinzip, dass sich der ArbGeb gegenüber dem ArbN nicht auf sein eigenes rechtswidriges Verhalten berufen darf⁸.

Die mitbestimmungswidrige Maßnahme darf den ArbN nicht belasten. Es besteht aber Einigkeit darüber, dass aus der Verletzung des betriebsverfassungsrechtl. MitbestR kein individualrechtl. Anspruch entstehen kann, der zuvor nicht bestanden hat⁹.

Mitbestimmungswidriges Verhalten des ArbGeb kann also sowohl zur Unwirksamkeit einzelner Maßnahmen als auch uU zu prozessualen Hindernissen führen:

- Die einseitig verhängte Betriebsbuße ist unwirksam¹⁰.
- Bei mitbestimmungswidrig angeordneten Überstunden haben ArbN ein Leistungsverweigerungsrecht, wird die Arbeit geleistet, muss der ArbGeb sie vergüten¹¹.
- Der bisherige Entgeltzahlungsanspruch bleibt insb. in Bezug auf etwaige Zuschläge bei mitbestimmungswidriger Versetzung von der Wechsel – in die Normalschicht erhalten¹².
- Bei Einsatz von Überwachungseinrichtungen im Sinn der Nr. 6 ohne Beteiligung des BR kann im späteren Kündigungsschutzprozess ein Beweisverwertungsverbot drohen¹³.

1 GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rz. 100; v. *Hoyningen-Huene*, Die fehlerhafte Beteiligung des Betriebsrates in sozialen Angelegenheiten – Rechtsfolgen und Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrates, DB 1987, 1426. | 2 BAG v. 20.1.1998 – 9 AZR 698/96, AP Nr. 73 zu § 77 BetrVG 1972; LAG Hess. v. 27.11.1986 – 9 Sa 828/86, DB 1987, 1844; *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 602; GK-BetrVG/Wiese § 87 Rz. 100, DKK/Klebe, § 87 BetrVG Rz. 13; MünchArbR/Matthes, § 330 Rz. 17. | 3 BAG v. 25.11.1981 – 4 AZR 274/79, AP Nr. 3 zu § 9 TVAL II; LAG Berlin v. 9.1.1984 – 12 Sa 127/83, DB 1984, 2098; GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rz. 85. | 4 LAG Frankfurt/M. v. 6.3.1990 – 5 Sa 1202/89, DB 1991, 1027; DKK/Klebe, § 87 BetrVG Rz. 8. | 5 BAG v. 25.11.1981 – 4 AZR 274/79, AP Nr. 3 zu § 9 TVAL II; LAG Berlin v. 9.1.1984 – 12 Sa 127/83, DB 1984, 2098; GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rz. 85 mwN. | 6 DKK/Klebe, § 87 BetrVG Rz. 8. | 7 *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 599; GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rz. 119 ff. mwN. | 8 GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rz. 125 mwN. | 9 BAG v. 20.1.1998 – 9 AZR 698/96, NZA 1998, 1237; v. 15.11.1994 – 5 AZR 682/93, DB 1995, 580; v. 20.8.1991 – 1 AZR 326/90, DB 1992, 687; GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rz. 128; *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 606. | 10 BAG v. 17.10.1989 – 1 ABR 100/88, BAGE 63,169. | 11 BAG v. 5.7.1976 – 5 AZR 264/75, BB 1976, 1223. | 12 LAG BW v. 27.10.1994 – 5 Sa 55/94, AiB 1995, 291. | 13 BAG v. 29.10.1997 – 5 AZR 508/96, NZA 1998, 307.

- Mitbestimmungswidrige einzelvertragl. Vereinbarungen mit einzelnen Mitarbeitern zur Umgehung des MitbestR sind unwirksam¹.

Für den Fall der mitbestimmungswidrigen Änderungskündigung differenziert die Rspr. Das BAG trennt zwischen dem individualrechtl. und dem kollektivrechtl. Teil der Änderungskündigung. Will ein ArbGeb durch betriebsbedingte Änderungskündigung Lohnzusatzleistungen reduzieren und umgestalten, so ist die vorherige Beteiligung des BR gem. § 87 I Nr. 10 für die Wirksamkeit der Änderungskündigung nicht erforderlich. Im Fall der rechtzeitigen Vorbehaltsannahme der Änderungskündigung durch den ArbN ist nur die Durchsetzung der beabsichtigten Vertragsänderung davon abhängig, ob die Mitbest. des BR erfolgt ist. Wenn ein ArbN also bei einer Änderungskündigung das Änderungsangebot nicht bzw. nicht rechtzeitig unter Vorbehalt annimmt, geht er das Risiko ein, dass die Änderungskündigung trotz einer eventuell vorliegenden Verletzung des § 87 I Nr. 10 (im Übrigen) wirksam und sozial gerechtfertigt ist².

- 44 **V. Einigungsstelle.** Können ArbGeb und BR über die Regelung eines der zwingenden Mitbestimmungstatbestände des Abs. 1 Nr. 1 bis 13 keine Einigung erzielen, entscheidet gem. § 87 II die Einigungsstelle.
- 45 Die Einigungsstelle ist in allen Fällen zuständig, in denen der BR ein MitbestR nach Abs. 1 Nr. 1 bis 13 hat. Der Umfang ihrer Zuständigkeit ist deckungsgleich mit der Reichweite des MitbestR. Die Einigungsstelle ist bei ihrer Entscheidung an zwingende gesetzl. Vorschriften gebunden. Sie muss zB bei einem Spruch
- im Rahmen des Abs. 1 Nr. 2 und 3 die Vorschriften des öffentl.-rechtl. Arbeitszeitrechts (ArbZG; JArbSchG; MuSchG) beachten;
 - im Rahmen des Abs. 1 Nr. 5 die zeitliche Lage des Urlaubs einzelner ArbN (§ 7 I BUrlG) beachten;
 - im Rahmen des Abs. 1 Nr. 6 zwingende datenschutzrechtl. Vorschriften beachten.
- 46 Europäische Richtlinien, die vom Gesetzgeber noch nicht (ausreichend) umgesetzt worden sind (zB die EG-Arbeitszeitrichtlinie³), sind im Verhältnis zwischen privaten Arbeitsvertragsparteien nicht unmittelbar anwendbar⁴, binden mithin auch die Einigungsstelle nicht. Erst wenn der Gesetzgeber tätig geworden ist, sind daran auch die Betriebspartner bzw. die Einigungsstelle gebunden.
- 47 Sie wird auf Antrag des ArbGeb oder des BR tätig (§ 76 V 1). Der BR kann sie nur anrufen, wenn ihm ein Initiativrecht in der konkreten Frage zusteht⁵.
- 48 Das Verfahren vor der Einigungsstelle ist in § 76 geregelt. TV können bestimmen, dass statt der Einigungsstelle eine tarifl. Schlichtungsstelle tätig wird (§ 76 VIII).
- Der Spruch der Einigungsstelle ersetzt die Einigung der Betriebspartner (Abs. 2) und hat die Wirkung einer BV⁶. Bei den sog. „gemischten Tatbeständen“ – Sachverhalte mit mitbestimmungsfreien und -pflichtigen Elementen – ersetzt der Spruch die Einigung der Betriebspartner verbindlich nur so weit, wie das zwingende MitbestR jeweils reicht. Wenn die mit dem Spruch festgelegte Ausgestaltung den Vorstellungen des ArbGeb nicht entspricht, kann er von der Gewährung der Leistung insgesamt absehen. Nur wenn und solange er die Leistung tatsächlich gewährt, ist er an den Spruch der Einigungsstelle gebunden⁷.
- 49 Der Spruch der Einigungsstelle hat unmittelbare und zwingende Wirkung auf die Arbeitsverhältnisse (§ 77 IV 1) und gehen damit arbeitsvertragl. Vereinbarungen vor.
- 50 Im Streitfall entscheidet das ArbG im Beschlussverfahren (§§ 2a, 80 ff., 98 ArbGG) über die Zuständigkeit der Einigungsstelle, über deren Zusammensetzung, über die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens und über die Rechtswirksamkeit eines Spruchs.
- 51 **VI. Rechtsstreitigkeiten.** Die Mitbest. des BR in sozialen Angelegenheiten vollzieht sich keinesfalls reibungslos wie die Vielzahl von Beschlussverfahren zur Klärung streitiger Fragen zeigt. Die mitbestimmungswidrigen Maßnahmen des ArbGeb sind zwar nicht wirksam (Rz. 38 ff.), dies hindert den ArbGeb aber dennoch nicht, sie betriebsverfassungswidrig aufrecht zu erhalten oder weiterhin gegen § 87 zu verstoßen. Um das für die Zukunft zu verhindern, kann der BR unter bestimmten Voraussetzungen Unterlassungsansprüche gegenüber dem ArbGeb durchsetzen. Wirkt ein betriebsverfassungswidriger Zustand fort, kann er dessen Beseitigung verlangen. Nicht selten ist zwischen den Betriebspartnern schon die Frage streitig, ob überhaupt ein MitbestR eingreift bzw. wie weit es reicht.

1 BAG v. 10.11.1992 – 1 AZR 183/92, NZA 1993, 507; v. 13.2.1990 – 1 ABR 35/87, AP Nr. 43 zu § 87 BetrVG 1972 – Lohngestaltung; *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 607; GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rz. 120 mwN. | 2 So ausdrücklich BAG v. 23.11.2002 – 2 AZR 690/99, FA 2001, 243. | 3 RL 93/104/EG, ABL. EG Nr. L 307/1993, 18. | 4 EuGH v. 3.10.2000 – Rs. C-303/98, AP Nr. 2 zu EWG-RL Nr. 93/104 (SIMAP); BAG v. 18.2.2003 – 1 ABR 2/02, FA 2003, 215; gegen Vorinstanz: LAG Hamburg v. 13.2.2002 – 8 TaBV 10/01, AP Nr. 1 zu § 611 BGB – Bereitschaftsdienst. | 5 GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rz. 1073. | 6 BAG v. 8.3.1977 – 1 ABR 33/75, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 – Auszahlung. | 7 BAG v. 13.9.1983 – 1 ABR 32/81, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 – Prämie.

1. Unterlassungsanspruch aus § 23 Abs 3. Bei groben Verstößen des ArbGeb gegen seine Pflichten aus dem BetrVG, also auch aus § 87, können der BR oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft beim ArbG beantragen, dem ArbGeb aufzugeben, eine Handlung zu unterlassen, vorzunehmen oder zu dulden (§ 23 III).

Ein grober Verstoß liegt vor, wenn es sich um eine objektiv erhebliche und offensichtlich schwerwiegende Pflichtverletzung handelt, wobei es auf ein Verschulden nicht ankommt¹. Das ist im Rahmen der Mitbest. nach § 87 zB in folgenden Konstellationen der Fall:

- mehrfache Anordnung bzw. Duldung von Überstunden ohne Beteiligung des BR²
- Abwicklung von Überstunden über einen „Strohmann“ trotz mehrfacher Verfahren über MitbestR bei Anordnung von Überstunden³
- Dienstplanänderung⁴ oder Aufstellen einer Kleiderordnung⁵ ohne Beteiligung des BR trotz entgegenstehender rechtskräftiger Entscheidung.

Eine Wiederholungsgefahr wird nicht vorausgesetzt⁶.

Antragsberechtigt sind der BR und eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft (§ 23 III 1). Sie müssen den Anspruch im Beschlussverfahren (§§ 2a, 80 ff. ArbGG) geltend machen. Der Antrag des BR setzt eine ordnungsgemäße Beschlussfassung (§ 33) voraus. Der BR bzw. die Gewerkschaft können mit dem Antrag nach § 23 III 1 bereits einen Antrag auf Ordnungsgeld/Zwangsgeld (§ 23 III 2 und 3) für den Fall der Zuwiderhandlung/Nichtvornahme stellen. Das Höchstmaß des Ordnungsgelds/Zwangsgelds ist auf 10 000 Euro beschränkt (§ 23 III 5). Eine Festsetzung von Ordnungs- oder Zwangshaft ist nicht möglich (§ 85 I 3 ArbGG). Einstw. Rechtsschutz erlangen die Antragsteller im Rahmen des § 23 III nicht⁷.

2. Allgemeiner Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch, Anspruch auf Durchführung. Nach der jüngeren Rspr. des BAG steht dem BR auch unabhängig von einer groben Pflichtverletzung iSd. § 23 III ein sog. „allgemeiner Unterlassungsanspruch“ als selbständiger, einklagbarer Nebenleistungsanspruch zu⁸. Bei der Mitbest. nach § 87 ergebe sich der Anspruch aus der besonderen Rechtsbeziehung, die zwischen ArbGeb und BR bestehe, die insb. in § 2 zum Ausdruck komme⁹. Der allgemeine Unterlassungsanspruch ist nur begründet, wenn Wiederholungsgefahr besteht¹⁰. Erforderlich ist eine ernstliche, sich auf Tatsachen gründende Besorgnis weiterer Eingriffe zurzeit der letzten mündlichen Verhandlung. Dafür besteht allerdings eine tatsächliche Vermutung, es sei denn, dass zB die tatsächliche Entwicklung einen neuen Eingriff unwahrscheinlich macht¹¹.

Wenn der ArbGeb das mitbestimmungswidrige Verhalten bereits vollzogen hat, kann der BR Beseitigung des mitbestimmungswidrigen Zustands verlangen. Dieser Beseitigungsanspruch ist das Gegenstück zum Unterlassungsanspruch¹². Daneben besteht gem. § 77 I 1 ein Anspruch des BR gegen den ArbGeb auf Durchführung der im Rahmen einer BV getroffenen Regelungen¹³.

Der BR muss die Unterlassungsansprüche, ebenso wie Ansprüche auf Beseitigung oder Durchführung im Beschlussverfahren (§§ 2a, 80 ff. ArbGG) geltend machen. Der Antrag muss dem Bestimmtheitsanfordernis (§ 253 II Nr. 2 ZPO) genügen. Nach der jüngeren Rspr. des BAG ist ein Globalantrag zulässig, mit dem für einen bestimmten Vorgang generell ein MitbestR (zB jede Änderung von Zulagen; jede Anordnung von Überstunden) geltend gemacht wird¹⁴. Er ist unbegründet, wenn auch nur für eine erfasste Sachverhaltsvariante ein MitbestR ausscheidet¹⁵. Wiederholt der Antrag indes allein den Gesetzeswortlaut ist er unzulässig¹⁶. Die Vollstreckung erfolgt nach § 85 I ArbGG iVm. §§ 888 ff. ZPO. Dabei ist zu beachten, dass die Durchsetzung dieser Ansprüche nur mit der Androhung eines Ordnungsgeldes in Höhe bis zu 10 000 Euro versehen werden kann. § 23 III ist nach Auffassung des BAG lex specialis und geht insoweit § 890 ZPO vor. Zudem ergäben sich Wertungswidersprüche, wenn etwa

1 BAG v. 29.2.2000 – 1 ABR 4/99, AP Nr. 105 zu § 87 BetrVG 1972 – Lohngestaltung. | 2 BAG v. 18.4.1985 – 6 ABR 19/84, AP Nr. 5 zu § 23 BetrVG 1972; v. 27.11.1990 – 1 ABR 77/89, AP Nr. 41 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | 3 BAG v. 22.10.1991 – 1 ABR 28/91, AP Nr. 48 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | 4 BAG v. 8.8.1989 – 1 ABR 59/88, AP Nr. 11 zu § 23 BetrVG 1972. | 5 BAG v. 8.8.1989 – 1 ABR 65/88, AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | 6 BAG v. 18.4.1985 – 6 ABR 19/84, AP Nr. 5 zu § 23 BetrVG 1972. | 7 LAG Hamm, DB 1977, 1514; LAG Nds. v. 5.6.1987 – 12 TaBV 17/87, LAGE § 23 BetrVG 1972 Nr. 11; LAG Köln v. 22.4.1985 – 6 TaBV 5/85, NZA 1985, 634; ArbG Münster v. 8.9.186 – 3 BVGa 7/86, AIB 1986, 236; LAG Schl.-Holst. v. 15.11.1984 – 2 TaBV 26/84, BB 1985, 997; *Fitting*, § 23 BetrVG Rz. 74; GK-BetrVG/*Oetker*, § 23 Rz. 189. | 8 BAG v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93, AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 unter Aufgabe der entgegenstehenden Rspr. (BAG v. 22.2.1983 – 1 ABR 27/81, AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972). Bestätigt: BAG v. 23.7.1996 – 1 ABR 13/96, AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit; v. 28.5.2002 – 1 ABR 32/01, AP Nr. 39 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | 9 Kritisch zum dogmatischen Ansatz Richardi/*Richardi*, § 87 BetrVG Rz. 137; im Ergebnis aber zust.: ebd., Rz. 139 ff. (142). | 10 BAG v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93, AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972; v. 9.2.2000 – 1 ABR 4/99, AP Nr. 105 zu § 87 BetrVG 1972 – Lohngestaltung. | 11 BAG v. 9.2.2000 – 1 ABR 4/99, AP Nr. 105 zu § 87 BetrVG 1972 – Lohngestaltung. | 12 BAG v. 16.6.1998 – 1 ABR 68/97, AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 – Gesundheitsschutz. | 13 BAG v. 29.4.2004 – 1 ABR 30/02, BAGReport 2004, 241. | 14 BAG v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93, AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972. | 15 BAG v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/96, AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972; v. 28.5.2002 – 1 ABR 40/01, AP Nr. 96 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | 16 BAG v. 17.3.1987 – 1 ABR 65/85, AP Nr. 7 zu § 23 BetrVG 1972.

die Nichtbefolgung eines allgemeinen Unterlassungsanspruchs härter sanktioniert würde als ein grober Verstoß gegen die betriebsverfassungsrechtl. Pflichten¹.

- 58 Der allgemeine Unterlassungsanspruch kann im Wege des einstw. Rechtsschutzes durchgesetzt werden² (§ 85 II ArbGG). Voraussetzung ist neben den Verfügungsanspruch ein Verfügungsgrund. Der BR ist auf den Erlass der einstw. Verfügung dringend angewiesen, wenn der ArbGeb immer wieder gegen das MitbestR des BR verstößt und zurzeit eine Regelung der umstrittenen Angelegenheit durch die Einigungsstelle nicht in Sicht ist³.
- 59 **3. Sonstige Streitigkeiten.** Streiten die Betriebspartner darüber,
- ob bzw. in welchem Umfang ein MitbestR besteht,
 - ob das MitbestR wirksam ausgeübt worden ist,
 - ob eine BV/Regelungsabrede besteht, welchen Inhalt sie hat oder wie sie durchzuführen ist,
 - ob die Voraussetzungen eines Notfalls gegeben waren,
- können sie diese Frage im Beschlussverfahren (§ 2a I Nr. 1, II; §§ 80 ff. ArbGG) vom ArbG klären lassen⁴. Voraussetzung für den Erfolg eines solchen Feststellungsantrags ist gem. § 256 ZPO ein Rechtsschutzinteresse⁵. Daran fehlt es regelmäßig bei einer nur in die Vergangenheit gerichtete Feststellung (abgeschlossener Sachverhalt). Das BAG hält zu Recht daran fest, dass es nicht Aufgabe der Gerichte ist, den Betriebsparteien zu bescheinigen, ob und wer im Recht war und auch nicht, eine die Beteiligten interessierende Rechtsfrage gutachterlich zu klären⁶.
- 60 **VII. Die einzelnen Mitbestimmungstatbestände des Abs. 1. 1. Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb (Abs. 1 Nr. 1). a) Zweck.** Nach Nr. 1 hat der BR mitzubestimmen über Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der ArbN im Betrieb. Zweck des MitbestR nach Nr. 1 ist es, die Belange der ArbN geltend zu machen und unter Einschränkung der Regelungsbefugnis des ArbGeb beide Interessenlagen in einen gleichberechtigten Ausgleich zu bringen⁷. Zudem bezweckt das MitbestR den Schutz der Persönlichkeit des einzelnen ArbN und die gleichberechtigte Teilhabe der ArbN an der Gestaltung der betrieblichen Ordnung⁸.
- 61 **b) Tendenzbetriebe.** Was die Mitbest. in Tendenzbetrieben betrifft, so wird im Allgemeinen bei Nr. 1 eine Einschränkung nicht in Betracht kommen, da es meist um den wertneutralen Arbeitsablauf des Betriebs geht. Nur ausnahmsw. kann bei Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der ArbN im Betrieb eine Einschränkung des MitbestR nach § 118 I in Betracht kommen, wenn nämlich eine Beteiligung des BR dazu führte, dass die durch Art. 5 I S. 2 GG geschützte geistig-ideelle Zielrichtung ernsthaft beeinträchtigt würde. Dies ist der Fall bei der Einführung von Regeln, die für Redakteure einer Wirtschaftszeitung den Besitz von Wertpapieren mit dem Ziel einschränken, die Unabhängigkeit der Berichterstattung zu gewährleisten. Hier schließt der Tendenzschutz eine Mitbest. nach Nr. 1 aus⁹.
- 62 **c) Umfang des Mitbestimmungsrechts.** Das BAG unterscheidet in st. Rspr.¹⁰ zwischen dem Mitbestimmungsfreien Arbeitsverhalten und dem mitbestimmungspflichtigen Ordnungsverhalten¹¹. Das Arbeitsverhalten ist berührt, wenn der ArbGeb kraft seines Weisungsrechts näher bestimmt, welche Arbeiten wie auszuführen sind, also Anordnungen trifft, mit denen die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisiert wird. Trifft er hingegen Anordnungen, um das sonstige Verhalten der ArbN zu koordinieren, ist das Ordnungsverhalten betroffen¹². Entscheidend für die Abgrenzung ist der jeweilige objektive Regelungszweck¹³. In jedem Fall berechtigt das MitbestR die Betriebspartner nicht, in die private Lebensführung der ArbN einzugreifen¹⁴. Neuerdings dehnt das BAG das MitbestR auch auf Maßnahmen in Kundenbetrieben aus. Weil der Begriff des Betriebes iSd. § 87 I Nr. 1 nicht räumlich zu verstehen sei, bestehe ein MitbestR auch für Anweisungen, wie sich ArbN in Kundenbetrieben zu verhalten haben (biometrisches Zugangskontrollsystem im Kundenbetrieb)¹⁵.

1 BAG v. 29.4.2004 – 1 ABR 30/02, BAGReport 2004, 241. | 2 BAG v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93, NZA 1995,40; LAG Frankfurt v. 19.4.1988 – 5 TaBVGa 52/88, LAGE § 99 BetrVG 1972 Nr. 17; *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 610; DKK/*Klebe*, § 87 Rz. 316; GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rz. 1075. | 3 LAG Hamm v. 6.2.2001 – 13 TaBV 132/00, AiB 2001, 488; aA LAG Bremen v. 25.7.1986 – 2 TaBV 50/86, LAGE § 23 BetrVG 1972 Nr. 7: Ein Verstoß des ArbGeb gegen die Bestimmungen der §§ 87 I Nr. 2 und 3 gibt grundsätzlich einen Verfügungsgrund. | 4 BAG v. 16.8.1983 – 1 ABR 11/82 und v. 13.10.1987 – 1 ABR 53/86, AP Nr. 2 und 7 zu § 81 ArbGG 1979. | 5 BAG v. 8.2.1957 – 1 ABR 11/55, AP Nr. 1 zu § 82 BetrVG; v. 29.7.1982 – 6 ABR 51/79, AP Nr. 5 zu § 83 ArbGG 1979. | 6 BAG v. 28.5.2002 – 1 ABR 35/01, AP Nr. 76 zu § 256 ZPO 1977; v. 11.12.2001 – 1 ABR 9/01, EZA ZPO § 256, 61. | 7 BAG v. 24.3.1981 – 1 ABR 32/78, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitssicherheit. | 8 BAG v. 23.7.1996 – 1 ABR 17/96, AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes; v. 18.4.2000 – 1 ABR 22/99, AP Nr. 33 zu § 87 BetrVG 1972 – Überwachung. | 9 BAG v. 28.5.2002 – 1 ABR 32/01, AP Nr. 39 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | 10 Seit BAG v. 24.3.1981 – 1 ABR 32/78, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitssicherheit. | 11 Kritisch dazu *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 66 ff. mwN. | 12 BAG v. 25.1.2000 – 1 ABR 3/99, AP Nr. 34 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | 13 BAG v. 11.6.2002 – 1 ABR 46/01, BAGReport 2003, 52. | 14 BAG v. 19.1.1999 – 1 AZR 499/98, AP Nr. 28 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes; v. 11.7.2000 – 1 AZR 551/99, AP Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 – Sozial-einrichtung. | 15 BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, NZA 2004, 556.

aa) Mitbestimmungspflichtiges Ordnungsverhalten. Nach den oben dargestellten Grundsätzen unterliegen der Mitbest. beispielsw.¹: 63

- Alkohol- und Rauchverbote zum Zwecke der betrieblichen Ordnung²; generelle Regelung von Alkoholtests³;
- Anwesenheitskontrollen bei gleitender Arbeitszeit;
- Einführung eines Formulars, in dem die Notwendigkeit eines Arztbesuchs während der Arbeitszeit bescheinigt wird⁴;
- Anordnungen über den Zeitpunkt der Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung⁵;
- Benutzungsordnungen für Kantinen⁶, Gemeinschaftsräume etc.;
- Betriebsausweise⁷;
- Betriebsbußordnungen⁸, Verhängen der Buße im Einzelfall als Durchsetzung der betrieblichen Ordnung⁹;
- Namensschilder auf Dienstkleidung¹⁰; einheitliche Arbeitskleidung¹¹; Behandlung und Bezahlung der Arbeitskleidung¹²; Trageordnung für Dienstkleidung¹³;
- formalisierte „Krankengespräche“ (zur Aufklärung eines überdurchschnittlichen Krankenstandes), wenn sie mit einer nach abstrakten Kriterien ermittelten Zahl von ArbN erfolgen und Regelungsgegenstand das Verhalten der ArbN bei der Führung der Gespräche selbst ist¹⁴;
- allgemeine Anordnung, während der Pausen, den Betrieb nicht zu verlassen¹⁵;
- Parkplatzordnung¹⁶;
- allgemeines Verbot, im Betrieb Radio zu hören¹⁷;
- Einführung von Stechuhren und EDV-Anwesenheitslisten, Taschen- und Torkontrollen¹⁸;
- Anordnungen über die Modalitäten der privaten Telefon-, E-Mail-, Internetnutzung im Betrieb, soweit vom ArbGeb gestattet¹⁹;
- Behandlung von Werbegeschenken²⁰.

bb) Mitbestimmungsfreies Arbeitsverhalten. Mitbestimmungsfrei sind beispielsw. folgende Anordnungen: 64

- Abmahnungen oder sonstige individuelle Gestaltungsmittel wie Versetzung, Kündigung oder Vertragsstrafen²¹;
- Arbeitsablaufstudien²²;
- Führen und Abliefern arbeitsbegleitender Papiere²³;
- Führen von Arbeitsbüchern (Betriebshandwerker)²⁴;
- Eintragen von Zeiten für die Ausführung bestimmter Arbeitsvorgänge in Lochkarten oder Arbeitsbogen zwecks Auswertung durch EDV für die Kalkulation²⁵;
- Verfahrensregelung für Vorgesetzte betreffend Abmeldung der BR-Mitglieder im Rahmen ihrer Amtstätigkeit²⁶;

1 Umfangreiche Rspr.-Nachw. bei GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rz. 227 ff. | 2 BAG v. 19.1.1999 – 4 AZR 499/98, AP Nr. 28 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | 3 BAG v. 13.2.1990 – 1 ABR 11/89, AiB 1991, 272. | 4 BAG v. 21.1.1997 – 1 ABR 53/96, AP Nr. 27 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | 5 BAG v. 25.1.2000 – 1 ABR 3/99, AP Nr. 34 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | 6 BAG v. 11.7.2000 – 1 AZR 551/99, AP Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 – Sozialeinrichtung. | 7 BAG v. 16.12.1986 – 1 ABR 35/85, AP Nr. 13 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | 8 BAG v. 17.10.1989 – 1 ABR 100/88, AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 – Betriebsbuße. | 9 BAG v. 7.4.1992 – 1 AZR 322/91, AP Nr. 4 zu § 75 LPVG Niedersachsen. | 10 BAG v. 11.6.2002 – 1 ABR 46/01, AP Nr. 38 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | 11 BAG v. 1.12.1992 – 1 AZR 260/92, BAGE 72, 40; v. 8.8.1989 – 1 ABR 65/88, AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | 12 LAG Nürnberg v. 10.9.2002 – 6 (5) TaBV 41/01, LAGE § 87 BetrVG 2001 – Betriebliche Ordnung Nr. 1. | 13 BAG v. 8.8.1989 – 1 ABR 65/88, AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | 14 BAG v. 8.11.1994 – 1 ABR 22/94, AP Nr. 24 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | 15 BAG v. 21.8.1990 – 1 AZR 567/89, AP Nr. 17 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | 16 GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rz. 219 ff. | 17 BAG v. 14.1.1986 – 1 ABR 75/83, AP Nr. 10 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | 18 BAG v. 26.5.1988 – 1 ABR 9/87, AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | 19 LAG Nürnberg v. 29.1.1987 – 5 TaBV 4/86, LAGE § 87 BetrVG 1972 – Kontrolleinrichtung Nr. 9. | 20 LAG Köln v. 20.6.1984 – 5 TaBV 20/84, DB 1984, 2202. | 21 BAG v. 7.11.1979 – 5 AZR 962/77, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 – Betriebsbuße. | 22 BAG v. 8.11.1994 – 1 ABR 22/94, AP Nr. 24 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | 23 BAG v. 24.11.1981 – 1 ABR 108/79, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | 24 LAG Hamm v. 12.11.1976 – 3 TaBV 56/76, LAGE § 87 BetrVG 1972 – Betriebliche Ordnung Nr. 1. | 25 BAG v. 23.1.1979 – 1 ABR 101/76, DB 1981, 1144. | 26 BAG v. 23.6.1986 – 6 ABR 65/80, AP Nr. 45 zu § 37 BetrVG 1972; v. 13.5.1997 – 1 ABR 2/97, AP Nr. 119 zu § 37 BetrVG 1972.

- Dienstreiseordnung, die Verfahrens- und Abrechnungsvorschriften enthält¹; die Anordnung einer Dienstreise, die Reisezeiten außerhalb der normalen Arbeitszeit erforderlich macht²;
 - Ehrlichkeitskontrollen (heimliche Erhöhung des Wechselgeldbestandes)³;
 - Führungsrichtlinien⁴;
 - Angabe von Vor- und Nachnamen in Geschäftsbriefen⁵;
 - Überwachung des ArbN durch einen vom ArbGeb eingeschalteten Privatdetektiv⁶;
 - Rauchverbot, wenn die Arbeitsleistung selbst durch das Rauchen beeinträchtigt wird⁷;
 - Anordnung zum Führen von Tätigkeitsberichten für Außendienstmitarbeiter⁸; Ausfüllen von Tätigkeitslisten⁹;
 - Anonyme, unangekündigte Tests an Bankschaltern zur Feststellung des tatsächlich vorhandenen Serviceniveaus¹⁰;
 - Ausfüllen von Überstundennachweisen¹¹;
 - Zugangssicherungssystem ohne Speicherung der Ein- und Austrittsdaten¹².
- 65 d) Grenzen des Mitbestimmungsrechts.** § 5 I 3 EFZG beschränkt das MitbestR des BR nicht¹³. Auch das Weisungsrecht des ArbGeb nach § 106 S. 2 GewO¹⁴ ist keine gesetzl. Bestimmung iSd. Einleitungssatzes¹⁵. Im Rahmen der Nr. 1 sind die Betriebspartner verpflichtet, Persönlichkeitsrechte der ArbN zu berücksichtigen (§ 75 II). Zwingende Regelungen, die das MitbestR nach Nr. 1 beschränken, können sich auch in VO oder Verwaltungsakten finden, die dem ArbGeb keinen Regelungsspielraum lassen¹⁶.
- 66 e) Gesetzessystematik.** Nr. 6 geht als Spezialvorschrift der Nr. 1 vor, soweit eine Verhaltens- oder Leistungskontrolle der ArbN durch technische Einrichtungen erfolgt¹⁷. Regelungen im Rahmen des gesetzl. Arbeits- und Gesundheitsschutzes können Teil der Ordnung des Betriebes iSd. Nr. 1 sein, soweit sie dem Arbeitsschutz dienende Verhaltenspflichten der ArbN begründen. Soweit es um die Schaffung dieses Teils der Ordnung des Betriebes geht, geht das MitbestR nach Nr. 7 dem MitbestR nach Nr. 1 vor¹⁸.
- 67 2. Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage (Abs. 1 Nr. 2). a) Zweck.** Der BR hat nach Nr. 2 mitzubestimmen über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage und die Pausen. Die Beteiligung des BR nach Nr. 2 soll die Interessen der ArbN an einer sinnvollen Arbeitszeit- und Freizeiteinteilung und -gestaltung schützen¹⁹. Anders als Nr. 3 dient dieses MitbestR aber nicht dem Schutz des ArbN vor Überforderung²⁰.
- 68 b) Tendenzbetriebe.** Die Eigenart eines Unternehmens oder eines Betriebes iSv. § 118 I steht einem Beteiligungsrecht des BR nur dann entgegen, wenn durch die Ausübung des Beteiligungsrechts die geistig-ideelle Zielsetzung des Tendenzträgers ernstlich beeinträchtigt werden kann. Das ist zB in karitativen Einrichtungen aus therapeutischen Gründen, in Presseunternehmen²¹ wegen der Aktualität der Berichterstattung oder bei Theatern wegen der künstlerischen Qualität²² denkbar²³.
- 69 c) Begriffsbestimmung.** Der Begriff der Arbeitszeit iSd. Nr. 2 ist weiter als der des ArbZG oder der der Arbeitszeit im vergütungsrechtl. Sinn. Demgemäß unterfallen dem MitbestR grds. auch Arbeitsbereitschaft (§ 7 Ia ArbZG), Bereitschaftsdienst²⁴ und Rufbereitschaft²⁵ sowie Reisezeit, wenn in dieser Zeit

¹ BAG v. 8.12.1981 – 1 ABR 91/79, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 – Lohngestaltung. | ² BAG v. 8.12.1981 – 1 ABR 91/79, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | ³ BAG v. 26.3.1991 – 1 ABR 26/90, AP Nr. 21 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes; v. 18.11.1999 – 2 AZR 743/98, AP Nr. 32 zu § 626 BGB – Verdacht strafbarer Handlung. | ⁴ BAG v. 23.10.1984 – 1 ABR 2/83, AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | ⁵ BAG v. 8.6.1999 – 1 ABR 67/98, AP Nr. 31 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | ⁶ BAG v. 26.3.1991 – 1 ABR 26/90, AP Nr. 21 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | ⁷ BAG v. 19.1.1999 – 4 AZR 499/98, AP Nr. 28 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | ⁸ LAG Düsseldorf v. 17.1.1975 – 9 TaBV 115/74, BB 1975, 328. | ⁹ LAG Hamburg v. 23.9.1981 – 12 TaBV 90/81, DB 1982, 385. | ¹⁰ BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 22/99, AP Nr. 33 zu § 87 BetrVG 1972 – Überwachung. | ¹¹ BAG v. 4.8.1981 – 1 ABR 54/78, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 – Tarifvorrang. | ¹² BAG v. 10.4.1984 – 1 ABR 69/82, AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | ¹³ BAG v. 25.1.2000 – 1 ABR 3/99, AP Nr. 34 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | ¹⁴ IdF v. 22.2.1999, BGBl. I S. 202; zuletzt geändert am 11.10.2002, BGBl. I S. 3970. | ¹⁵ Bauer/Opolomy, BB 2002, 1590 (1591). | ¹⁶ BAG v. 26.5.1988 – 1 ABR 9/87, AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes; v. 9.7.1991 – 1 ABR 57/90, AP Nr. 19 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | ¹⁷ BAG v. 9.9.1975 – 1 ABR 20/74, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 – Überwachung. | ¹⁸ BAG v. 24.3.1981 – 1 ABR 32/78, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitssicherheit. | ¹⁹ BAG v. 23.7.1996 – 1 ABR 17/96, AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes mwN. | ²⁰ BAG v. 28.5.2002 – 1 ABR 40/01, AP Nr. 96 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes mwN. | ²¹ BAG v. 30.1.1990 – 1 ABR 101/88, AP Nr. 44 zu § 118 BetrVG 1972; v. 14.1.1992 – 1 ABR 35/91, AP Nr. 49 zu § 118 BetrVG 1972. | ²² BAG v. 4.8.1981 – 1 ABR 106/79, AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | ²³ Zusammenfassend *Fitting*, § 118 BetrVG Rz. 32. | ²⁴ BAG v. 29.2.2000 – 1 ABR 15/99, AP Nr. 81 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | ²⁵ BAG v. 21.12.1982 – 1 ABR 14/81, AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit; v. 29.2.2000 – 1 ABR 15/99, AP Nr. 81 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit; v. 23.1.2001 – 1 ABR 36/00, AP Nr. 78 zu § 75 BPersVG.

Arbeitsleistung erbracht wird¹. Ob bestimmte Tätigkeiten der Arbeitszeit zuzurechnen sind, unterliegt nicht der Mitbest., sondern muss durch Auslegung des Arbeits- oder TV ermittelt werden².

d) Umfang des Mitbestimmungsrechts. aa) Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit. Der BR hat mitzubestimmen über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, nicht aber über die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit. Man unterscheidet zwischen der mitbestimmungspflichtigen Festlegung der Dauer der täglichen Arbeitszeit und der mitbestimmungsfreien Regelung der Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit³. 70

Das MitbestR bezieht sich – in dem durch Gesetze oder TV vorgegebenen Rahmen – nur auf den Beginn und das Ende, also die Lage, der täglichen Arbeitszeit. Es erfasst auch die nur einmalige Änderung der bisherigen Lage, soweit ein kollektiver Bezug besteht⁴. Der BR kann indes nach der st. Rspr. des BAG⁵ keine Beteiligung nach Nr. 2 wegen der Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit verlangen⁶. Das ergibt schon der Umkehrschluss aus Nr. 3, der ausnahmsw. ein MitbestR über die Dauer der Arbeitszeit (Verkürzung/Verlängerung) vorsieht⁷. Auch die Dauer der Betriebsnutzungszeit, also der Zeit, in der die betrieblichen Anlagen, Einrichtungen durch arbeitende ArbN tatsächlich genutzt werden, unterliegt nicht der Mitbest.⁸ 71

Bei der Arbeitszeit von TeilzeitArbN gilt es zu differenzieren: Der BR hat in Bezug auf die Teilzeitbeschäftigten dieselben MitbestR wie gegenüber den Vollzeitbeschäftigten⁹. Er hat also – wie bei den VollzeitArbN – kein MitbestR hinsichtlich der Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit¹⁰. Aus diesem Grund ist die Einführung oder Beibehaltung der Teilzeitarbeit nicht nach Nr. 2 mitbestimmungspflichtig¹¹. Besteht im Betrieb eine BV über die wöchentliche Arbeitszeit können deren Regelungen dem Teilzeitbegehren des ArbN entgegenstehende „betriebliche Gründe“ iSd. § 8 IV 1 TzBfG sein¹². 72

Das MitbestR über die Lage der Arbeitszeit greift ua. in folgenden Fällen ein: 73

- Einführung von Bereitschaftsdiensten¹³;
- Verlegung der Arbeitszeit wegen einer Betriebsfeier¹⁴;
- Aufstellung und Änderung von Dienstplänen¹⁵, auch wenn das die gesetzl. Ladenöffnungszeiten tangiert¹⁶;
- Einführung und Änderung von Gleitzeit; Modalitäten der Gleitzeit¹⁷; Überwachung der Gleitzeitkonten¹⁸;
- Regelungen des ArbGeb über die Lage¹⁹ der Arbeitszeit beim Job-Splitting²⁰ oder Job-Sharing (§ 13 I TzBfG)²¹; nicht aber Abschluss einzelner Verträge;
- Einsatz von ArbN in KAPOVAZ²² (kapazitätsorientierter variabler Arbeitszeit – Arbeit auf Abruf, § 12 TzBfG); nicht aber Abschluss von KAPOVAZ-Verträgen²³;
- Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit der LeihArbN (zuständig ist der EntleiherBR)²⁴;
- Festlegung der Probenzeit in einem Theater²⁵;
- Einrichtung einer Rufbereitschaft²⁶;
- Schichtarbeit²⁷: Einführung; zeitliche Lage der einzelnen Schichten; Abgrenzung des Personenkreises, der Schichtarbeit zu leisten hat; Schichtplan und dessen nähere Ausgestaltung bzw. Grundsätze

1 BAG v. 23.7.1996 – 1 ABR 17/96, AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | 2 BAG v. 29.10.2002 – 1 AZR 603/01, ArbRB 2003, 168. | 3 BAG v. 13.10.1987 – 1 ABR 10/86, AP Nr. 24 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | 4 BAG v. 13.7.1977 – 1 AZR 336/75, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 – Kurzarbeit; v. 25.2.1997 – 1 ABR 69/96, AP Nr. 72 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | 5 St. Rspr., vgl. nur BAG v. 21.11.1978 – 1 ABR 67/76, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit; v. 27.1.1998 – 1 ABR 35/97, AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 – Sozialeinrichtung; aA DKK/Klebe, § 87 BetrVG Rz. 73 mwN. | 6 Vgl. zuletzt BAG v. 22.7.2003 – 1 ABR 28/02, Pressemitteilung des BAG Nr. 51/03 = EzA-SD 2003, Heft 15. | 7 BAG v. 27.1.1998 – 1 ABR 35/97, AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 – Sozialeinrichtung. | 8 BAG v. 18.12.1990 – 1 ABR 11/90, BAGE 66,338. | 9 BAG v. 13.10.1987 – 1 ABR 10/86, AP Nr. 24 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | 10 BAG v. 13.10.1987 – 1 ABR 10/86, AP Nr. 24 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit; v. 14.3.1989 – 1 ABR 77/87, nv. | 11 GK-BetrVG/Wiese, § 87 BetrVG Rz. 312 mwN. | 12 LAG Berlin v. 18.1.2002 – 19 Sa 1982/01, NZA-RR 2002, 401. | 13 BAG v. 29.2.2000 – 1 ABR 15/99, AP Nr. 81 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit; LAG Hamburg, 13.2.2002 – 8 TaBV 10/01, LAGE § 7 ArbZG Nr. 1. | 14 GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rz. 288. | 15 BAG v. 4.6.1969 – 3 AZR 180/68, AP Nr. 1 zu § 16 BMT-G II; v. 18.4.1989 – 1 ABR 2/88, AP Nr. 34 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit; v. 18.2.2003 – 1 ABR 2/02, FA 2003, 123 ff. | 16 BAG v. 31.8.1982 – 1 ABR 27/80, AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit; v. 13.10.1987 – 1 ABR 10/86, AP Nr. 24 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | 17 BAG v. 18.4.1989 – 1 ABR 3/88, AP Nr. 33 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit; v. 21.8.1990, AP Nr. 17 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes. | 18 LAG BW v. 21.2.1994 – 15 TaBV 11/93, BB 1994, 1352. | 19 Nicht aber Absprachen der am Job-Sharing beteiligten ArbN. | 20 GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rz. 315. | 21 GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rz. 316; *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 110. | 22 BAG v. 28.9.1988 – 1 ABR 41/87, AP Nr. 29 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | 23 Vgl. auch ausf. zum Streitstand GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rz. 318 ff. | 24 BAG v. 15.12.1992 – 1 ABR 38/92, AP Nr. 7 zu § 14 AÜG; v. 19.6.2001 – 1 ABR 43/00, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 – Leiharbeitnehmer. | 25 BAG v. 4.8.1981 – 1 ABR 106/79, AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | 26 BAG v. 21.12.1982 – 1 ABR 14/81, AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | 27 BAG v. 1.7.2003 – 1 ABR 22/02, NZA 2003, 1209; v. 28.5.2002 – 1 ABR 40/01 und v. 27.6.1989 – 1 ABR 33/88, AP Nr. 96 und 35 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit.

der Schichtplanerstellung; Zuordnung der ArbN zu den einzelnen Schichten; Abweichung vom Schichtplan; vorzeitige Rückkehr von befristeter Schichtarbeit zur Normalarbeitszeit¹;

- Einsatz von AushilfsArbN im einmaligen Sonntagsverkauf bei sonst nur werktäglicher Arbeitszeit²;
 - die Vorgabe der Betriebszeit (Einschaltzeit) des Computers bei Telearbeit³.
- 74** Die Einführung der Vertrauensarbeitszeit, also der Verzicht auf (maschinelle) Zeiterfassung, Arbeitszeitkontrolle und geregelte Arbeitszeiten, unterliegt als Arbeitszeitmodell der Mitbest. des BR. Ist sie jedoch einmal eingeführt, kommt eine Mitbest. nach Nr. 2 nicht mehr in Betracht, weil der ArbGeb die Lage der Arbeitszeit gerade nicht mehr regelt⁴. In einer neuen Entscheidung stellt das BAG aber fest, dass der ArbGeb nicht auf die arbeitszeitrechtl. Dokumentationspflicht (§ 16 II ArbZG) verzichten könne und er mithin den BR nach § 80 II 1 auch über die Arbeitszeit der ArbN mit Vertrauensarbeitszeit zu unterrichten habe⁵.
- 75** Ohne die Mitbest. des BR kann der ArbGeb die Lage der Arbeitszeit nicht wirksam neu festsetzen; die ArbN dürfen nach der bisherigen Arbeitsregelung weiter arbeiten und haben ggf. Verzugslohnansprüche (§ 615 BGB).
- 76** Keiner Beteiligung nach Nr. 2 unterliegt die Lage der Arbeitszeit der ArbN von Fremdfirmen⁶. Auch hier greift aber ggf. der Unterrichtsanspruch nach § 80 II 1 Hs. 2, zudem ist ggf. das MitbestR aus § 99 zu beachten.
- 77** **bb) Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage.** Das MitbestR nach Nr. 2 erfasst auch die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage, also beispielsweise:
- Einführung der Vier-, Fünf- oder Sechs-Tage-Woche⁷;
 - Sonntagsarbeit⁸;
 - Einführung flexibler/rollierender Arbeitszeitmodelle⁹;
 - Lage des Ersatzruhetags für Feiertagsbeschäftigung¹⁰;
 - Einführung und Ausgestaltung eines rollierenden Arbeitszeitsystems, bei dem die arbeitsfreien Tage in verschiedenen Wochen auf verschiedene Wochentage verteilt werden¹¹;
 - Erstellung von Studienplänen für angestellte Lehrer¹²;
 - Grundsätze über die Ableistung variabler Wochenarbeitszeit¹³.
- 78** Besteht zwischen Betriebsnutzungszeit und regelmäßiger wöchentlicher Arbeitszeit der ArbN eine Differenz, so muss diese Differenz im Rahmen eines Arbeitszeitmodells durch freie Tage ausgeglichen werden. Ist also der Betrieb des ArbGeb an sechs Werktagen in der Woche geöffnet, die ArbN arbeiten aber in einer Fünf-Tage-Woche, so ist die Regelung des Systems, mit dem die Fünf-Tage-Woche für Vollzeitbeschäftigte verwirklicht werden soll, in allen Details mitbestimmungspflichtig nach § 87 I Nr. 2. In diesem Fall unterliegt der Mitbest. nach Auffassung des BAG nicht nur die Frage, nach welchem System (rollierend oder nicht) Freizeit gewährt werden soll. Der BR soll auch darüber mitbestimmen, in wie viel Rolliergruppen ggf. die Belegschaft aufzuteilen ist, welche ArbN den einzelnen Rolliergruppen zuzuordnen sind und ob für die einzelnen Rolliergruppen Freizeitkalender zu führen sind¹⁴. Dem MitbestR ist aber Genüge getan, wenn die Betriebspartner sich auf die Grundsätze der Regelung eines entsprechenden Systems beschränken und die Aufstellung von Einzelplänen nach diesen Vorgaben dem ArbGeb überlassen. Dies gilt auch dann, wenn in der Rahmenvereinbarung nicht alle im Interesse der ArbN liegenden Fragen abschließend geregelt sind¹⁵.
- 79** **cc) Pausen.** Pausen iSd. Nr. 2 sind Ruhepausen (§ 4 ArbZG¹⁶), durch die die Arbeitszeit unterbrochen wird, die selbst nicht zur Arbeitszeit gehören und deshalb auch nicht vergütet werden müssen¹⁷. Das Fehlen einer Vergütungspflicht ist aber nicht zwingend für den Begriff der Pause. Entscheidend ist die Freistellung von jeder Arbeitsverpflichtung, so dass auch bezahlte (tarifl.) Kurzpausen vom MitbestR erfasst werden¹⁸. Erholungszeiten beim Akkord gehören zur Arbeitszeit und sind daher keine Pausen¹⁹.

¹ BAG v. 18.9.2002 – 1 AZR 668/01, AP Nr. 99 zu § 615 BGB. | ² BAG v. 25.2.1997 – 1 ABR 69/96, AP Nr. 72 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | ³ *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 127. | ⁴ Zur Wirksamkeit unter dem Gesichtspunkt des Verzichts auf Mitbestimmungsrechte *Hamm*, AiB 2000, 152 (158); *DKK/Klebe*, § 87 BetrVG Rz. 80a. | ⁵ BAG v. 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, Pressemitteilung Nr. 36/03, FA 2003, 215. | ⁶ ArbG Passau v. 8.5.1990 – 4 BVGa 1/90, BB 1990, 2335. | ⁷ BAG v. 31.1.1989 – 1 ABR 69/87, DB 1989, 1631; v. 21.7.1997 – 1 AZR 52/96, NZA 1997, 1009 (1011). | ⁸ BAG v. 25.2.1997 – 1 ABR 69/96, AP Nr. 72 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | ⁹ BAG v. 18.8.1987 – 1 ABR 30/86, NZA 1987, 779; v. 25.7.1989 – 1 ABR 46/88, DB 1990, 791. | ¹⁰ LAG Köln v. 24.9.1998 – 10 TaBV 57/97, AiB 1999, 467. | ¹¹ BAG v. 25.7.1989 – 1 ABR 46/88, AP Nr. 38 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | ¹² BAG v. 23.6.1992 – 1 ABR 53/91, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | ¹³ GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 BetrVG Rz. 298. | ¹⁴ BAG v. 25.7.1989 – 1 ABR 46/88, DB 1990, 791. | ¹⁵ BAG v. 28.5.2002 – 1 ABR 40/01, DB 2002, 2385; v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | ¹⁶ BAG v. 29.10.2002 – 1 AZR 603/01, ArbRB 2003, 168. | ¹⁷ BAG v. 28.7.1981 – 1 ABR 65/79, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitssicherheit. | ¹⁸ BAG v. 1.7.2003 – 1 ABR 20/02, BAGReport 2004, 78. | ¹⁹ *Fitting*, § 87 BetrVG Rz. 118 mwN.

Lärm- und Bildschirmpausen¹ sind nicht mitbestimmungspflichtig nach Nr. 2, ggf. aber nach Nr. 7. Das MitbestR erstreckt sich auf die Dauer und Lage der Pausen². Ob eine Pause als Arbeitszeit anzusehen und daher zu vergüten ist, unterliegt nicht der Mitbest. nach Nr. 2³.

e) Grenzen des Mitbestimmungsrechts. Das MitbestR des BR wird neben vielfältigen tarifl. Vorgaben insb. durch die zwingenden Vorschriften des öffentl.-rechtl. Arbeitszeitrechts⁴ beschränkt. In diesem Kontext ist aber zu beachten, dass der BR gerade nicht mitbestimmen kann, wie Zeiten von Arbeitsbelegschaft oder Bereitschaftsdienst arbeitszeitrechtlich zu qualifizieren sind. Dabei handelt es sich um ein von den Gerichten zu entscheidende Auslegung arbeitszeitrechtl. Vorschriften, nicht um eine der Mitbest. nach § 87 zugängliche Regelungsfrage⁵. 80

3. Vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit (Abs. 1 Nr. 3). 81

a) Zweck. Nr. 3 regelt die Mitbest. des BR bei der vorübergehenden Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit und stellt eine Ausnahme von dem Grundsatz dar, dass die Dauer der Arbeitszeit mitbestimmungsfrei ist. Zweck des MitbestR bei der Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit ist es, die Interessen der ArbN bei der Änderung zur Arbeitszeit zur Geltung zu bringen. Dazu gehört neben der Frage, ob die Arbeitszeit überhaupt verlängert bzw. verkürzt werden soll, vor allem auch eine gerechte Verteilung der mit Überstunden bzw. Kurzarbeit verbundenen Belastungen und Vorteile⁶.

b) Begriffsbestimmung. Betriebsübliche Arbeitszeit iSd. Nr. 3 ist die regelmäßige betriebliche Arbeitszeit, die durch den regelmäßig geschuldeten zeitlichen Umfang der Arbeitsleistung und die für ihn erfolgte Verteilung auf einzelne Zeitabschnitte bestimmt wird⁷. In einem Betrieb kann es mehrere betriebsübliche Arbeitszeiten geben. Sie muss nicht für eine Mehrzahl der im Betrieb beschäftigten ArbN gelten, sondern kann auch für Gruppen von ArbN oder sogar einzelne ArbN unterschiedlich sein⁸. Wenn die Verteilung des für einen bestimmten Zeitraum regelmäßig geschuldeten Arbeitszeitumfangs bis auf einzelne Wochentage vorgenommen worden ist, so ist die betriebsübliche Arbeitszeit mit der Dauer der regelmäßigen täglichen Arbeitszeit gleichzusetzen⁹. Arbeitszeit ist die Zeit, innerhalb derer die ArbN ihrer Leistungspflicht nachkommen müssen¹⁰. 82

Kurzarbeit ist die vorübergehende Herabsetzung der betriebsüblichen Arbeitszeit um Stunden, Tage oder Wochen¹¹. Die Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG unterliegt nicht der Mitbest., weil sie nicht nur vorübergehend ist, keine abstrakt-generelle Regelung erfordert und auf Initiative des ArbN erfolgt. Überstunden nennt man die Arbeitszeit, die vorübergehend über die (tarif-)vertragl. geschuldete Arbeitszeit hinausgeht¹². Mehrarbeit hingegen ist die Überschreitung der gesetzl. Höchstarbeitszeit, die im ArbZG geregelt ist. Eine vorübergehende Veränderung der Arbeitszeit liegt vor, wenn diese nur einen begrenzten Zeitraum betrifft, nicht auf Dauer gelten und anschließend zur normalen Arbeitszeit zurückgekehrt werden soll¹³. 83

c) Umfang der Mitbestimmung. **aa) Kurzarbeit.** Ob, in welchem Umfang und mit welcher Ankündigungsfrist Kurzarbeit eingeführt wird, unterliegt der betrieblichen Mitbest. ebenso wie die Frage, wie die verbleibende Arbeitszeit auf die Wochentage verteilt werden soll¹⁴. Die Rückkehr von der Kurzarbeit zur betriebsüblichen Arbeitszeit ist ebenso wenig mitbestimmungspflichtig¹⁵ wie der Abbau von Überstunden¹⁶. Ob Kug (§§ 169 ff. SGB III) beansprucht werden kann, ist mitbestimmungsrechtlich ohne Bedeutung. Weder schließen die §§ 169 ff. SGB III das MitbestR aus¹⁷, noch sind sie Voraussetzung für dessen Ausübung¹⁸. Entsprechendes gilt auch für die Entscheidung der BA nach § 19 KSchG¹⁹ (Kurzarbeit bei beabsichtigter Massenentlassung). Umstritten ist aber, ob sich das MitbestR auch auf Fragen der Milderung der Folgen der Kurzarbeit bezieht. Die überwiegende Meinung lehnt insoweit zu Recht ein erzwingbares MitbestR ab²⁰. Die Entgeltminderung ist nur Folge der mitbestimmten Ent- 84

1 BAG v. 28.7.1981 – 1 ABR 65/79, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitssicherheit; v. 6.12.1983 – 1 ABR 43/81, AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 – Überwachung. | 2 BAG v. 13.10.1987 – 1 ABR 10/86, AP Nr. 24 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | 3 LAG Hamm v. 4.12.1985 – 12 TaBV 110/85, NZA Beil. 2/1986, 29. | 4 Insb. ArbZG, JArbSchG, MuSchG, LadSchlG. | 5 BAG v. 22.7.2003 – 1 ABR 28/02, BAGReport 2004, 75. | 6 BAG v. 13.3.2001 – 1 ABR 33/00, NZA 2001, 976; BAG v. 23.7.1996 – 1 ABR 17/96, AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes; vgl. auch Richardi/Richardi, § 87 BetrVG Rz. 335. | 7 BAG v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, NZA 2003, 1155; v. 11.12.2001 – 1 ABR 3/01, AP Nr. 93 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit; v. 16.7.1991 – 1 ABR 69/90, AP Nr. 44 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | 8 BAG v. 11.12.2001 – 1 ABR 3/01, AP Nr. 93 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit; v. 23.7.1996 – 1 ABR 13/96, AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | 9 BAG v. 11.12.2001 – 1 ABR 3/01, AP Nr. 93 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | 10 BAG v. 13.3.2001 – 1 ABR 33/00, AP Nr. 87 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | 11 BAG v. 25.10.1977 – 1 AZR 452/74, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | 12 Fitting, § 87 BetrVG Rz. 140. | 13 BAG v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, NZA 2003, 1155; v. 29.2.2000 – 1 ABR 15/99, DB 2000, 1971; v. 27.1.1998 – 1 ABR 35/97, AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 – Sozialeinrichtung; v. 21.12.1982 – 1 ABR 14/81, DB 1983, 611. | 14 Fitting, § 87 BetrVG Rz. 150. | 15 BAG v. 11.7.1990 – 5 AZR 557/89, NZA 1991, 67; v. 21.11.1978 – 1 ABR 67/76, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit; aA Fitting, § 87 BetrVG Rz. 151. | 16 BAG v. 25.10.1977 – 1 AZR 452/74, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 – Arbeitszeit. | 17 Fitting, § 87 BetrVG Rz. 156. | 18 LAG Köln v. 14.6.1989 – 2 TaBV 17/89, NZA 1989, 939 mwN; LAG Sachs. v. 31.7.2002 – 2 Sa 910/01, NZA-RR 2003, 366. | 19 Fitting, § 87 BetrVG Rz. 155. | 20 ErfK/Kania, § 87 BetrVG Rz. 37; Fitting, § 87 BetrVG Rz. 153; aA DKK/Klebe, § 87 BetrVG Rz. 102 mwN.