

## Aufsätze

Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann<sup>1</sup>

# Richterrecht: Zermentierung gekündigter tariflicher bzw. betrieblicher Vergütungsordnungen

### Übersicht

1. Problemaufriss: Fortbindung des Arbeitgebers an eine im Betrieb angewandte Vergütungsordnung
2. Einschränkung der Privatautonomie durch überobligatorisches Richterrecht
3. Ausbau der Rechtsprechung in den Jahresringen der letzten Dekade
  - 3.1 2000/ 2001: Antrag des Betriebsrats auf Unterlassung vertraglicher Abweichungen vom abgelaufenen Haustarifvertrag im Nachwirkungszeitraum
  - 3.2 2002: Wegfall der bisherigen Bezugnahme auf eine tarifliche Vergütungsordnung im Nachwirkungszeitraum – Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung – Auswirkung auf den Vergütungsanspruch
    - 3.2.1 Verletzung des Mitbestimmungsrechts bei der Entgeltstruktur
    - 3.2.2 Anwendung der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung auf den Arbeitsvertrag
    - 3.2.3 Absenkung des Vergütungsvolumens ohne Verletzung der Mitbestimmungsrechte
  - 3.3 2004: Lebensaltersstufen und Bewährungsaufstieg
  - 3.4 2006: Einzelverträge ohne kollektive Grundlage: Unwirksamkeit der Änderung in Arbeitsverträgen mit Neubeschäftigten
  - 3.5 2007: Entscheidung des 9. Senats zur Wirksamkeit einer anderen Abmachung im Nachwirkungszeitraum des Urlaubsgeldtarifvertrages
  - 3.6 2008: Transformation einer vormals tariflichen Vergütungsordnung in eine „betriebsverfassungsrechtlich geltende Vergütungsordnung“
  - 3.7 2010: Bekräftigung der betriebsverfassungsrechtlichen Weitergeltung einer abgelaufenen tariflichen oder betrieblichen Vergütungsordnung
    - 3.7.1. Beschluss vom 14.4.2010 zur Ein- und Umgruppierung im Nachwirkungszeitraum
    - 3.7.2. Urteil vom 22.6.2010 über die im Nachwirkungszeitraum fortgeltende zwingende Bindung des Arbeitgebers an den Gesamtkomplex der Vergütung als Gegenleistung für die Tätigkeit des Mitarbeiters (Regelung des 13. Gehalts im Anhang zu einer Betriebsvereinbarung)
- 3.8 Parallelität in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts
4. Stellungnahme
5. Fazit

Das BAG hat im Beschluss des 7. Senats vom 14.4.2010<sup>2</sup> und im Urteil des 1. Senats vom 22.6.2010<sup>3</sup> seine Rechtsprechung zur Mitbestimmung des Betriebsrats/Personalrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG (bzw. entsprechenden Personalvertretungsrechts) in der Zeit nach Kündigung kollektiver Entgeltstrukturen („Vergütungsordnungen“) weiter ausgebaut. Die Befugnis der Gerichte zur Rechtsfortbildung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG<sup>4</sup> in der Form des „gesetzausfüllenden“ und des „gesetzvertretenden“ Richterrechts ist aus der Sicht des Verf. hier zum Teil in eine gesetzübersteigende überobligatorische Rechtsfortbildung<sup>5</sup> eingemündet. Im Folgenden stellt der Verf. die grundrechtliche und rechtssystemati-

sche Zulässigkeit dieser Ausweitung kollektiver Eingriffe in die Vertragsfreiheit und in die Funktionsweise der Tarifautonomie in Frage.

### 1. Problemaufriss: Fortbindung des Arbeitgebers an eine im Betrieb angewandte Vergütungsordnung

Die Rechtsprechung der zuständigen Senate des BAG hat in den letzten zehn Jahren einen Weg eingeschlagen, auf dem die Vertragsfreiheit nach dem Ablauf tariflicher oder betrieblicher Vergütungsordnungen kaum merklich und gleitend Schritt für Schritt eingeschränkt worden ist. Die für die Betriebspraxis bedeutende Möglichkeit vertraglicher Abweichungen von einer abgelaufenen tariflichen Vergütungsordnung ist zur Bedeutungslosigkeit geschrumpft.

Das BAG hat die kollektivrechtliche Bindung auf der Ebene der Betriebe und Dienststellen in einem Umfang gestärkt, der es entgegen der in § 4 Abs. 5 TVG verankerten Vertragsfreiheit im Zeitraum der Nachwirkung einer abgelaufenen tariflichen Vergütungsordnung den Arbeitsvertragsparteien nicht erlaubt, vom Grundrecht der Privatautonomie Gebrauch zu machen. § 4 Abs. 5 TVG ermöglicht tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien nach Ablauf eines Tarifvertrags Vereinbarungen, die von den Rechtsnormen des abgelaufenen Tarifvertrages abweichen. Die vormals für die beiderseits Tarifgebundenen geltenden Tarifnormen verlieren ihre unmittelbare und zwingende Wirkung und werden zu nachwirkenden änderungsoffenen Rechtsnormen, die jederzeit eben nicht nur durch neue kollektive Regelungen, sondern auch durch individualrechtliche arbeitsvertragliche Abmachungen<sup>6</sup> geändert werden dürfen. Wo die Nachwirkung nicht greift, insbesondere also bei nach Ablauf des Tarifvertrages neu eingestellten Arbeitnehmern, besteht ohnehin keine Bindung an die abgelaufenen Normen.

1 Der Verf. ist Rechtsanwalt in Schliersee und Krefeld und Berater vornehmlich im kollektiven Arbeitsrecht. Er ist u. a. Mitglied des Vorstands des Arbeitgeberverbandes Dienstleistungsunternehmen e. V. (ar.di) in Krefeld.

2 BAG 14.4.2010 – 7 ABR 91/08 –, AP BetrVG 1972 § 99 Eingruppierung Nr. 44 = ZTR 2010, 546 mit Verweis auf den Beschluss des 1. Senats vom 11.11.2008 – 1 ABR 68/07 –, AP BetrVG 1972 § 99 Eingruppierung Nr. 35 = NZA 2009, 450.

3 BAG 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 –, ZTR 2010, 664 = NZA 2010, 1243.

4 Zum Richterrecht im Kollektivarbeitsrecht vgl. *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Band 2, 5. Aufl. Rn. 198.

5 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. II Betriebsverfassung, § 33 Quellen, S. 131 nennt es generell ein robustes Selbstbewusstsein; als Beispiele können gelten die Auswechslung des in § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG enthaltenen Begriffs „bestimmt“ durch das richterrechtliche Wort „geeignet“, womit ohne Gesetzesänderung ein beachtlicher Teil der betrieblichen Datenverarbeitung mit einem Federstrich des BAG der Mitbestimmung unterworfen werden konnte; oder die Schaffung eines Unterlassungsanspruchs unmittelbar aus § 87 Abs. 1 BetrVG, obgleich der Gesetzgeber in § 23 BetrVG nur grobe Verstöße des Arbeitgebers oder Betriebsrats sanktionieren will.

6 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Bd I Tarifvertrag § 18 VII Nachwirkung Ziff. 4 S. 877 ff.; *Löwisch/Rieble*, Bem. 228 ff. zu § 4 TVG; *Thüsing/Braun* Tarifrecht, 7. Kapitel Rn 84; nur mit Vorbehalt *Kempen/Zachert* § 4 TVG Rn. 562 mit Rückverweis auf Rn. 559.

1. Diese vom Gesetzgeber in § 4 Abs. 5 TVG den Arbeitsvertragsparteien ausdrücklich belassene Vertragsfreiheit lässt das BAG nicht gelten, wenn eine tarifliche strukturelle Vergütungsordnung abgelaufen ist. Die vormalige tarifliche Vergütungsordnung sei eine betriebsverfassungsrechtlich weitergeltende Vergütungsordnung. Vertragliche Abweichungen davon stellen eine Änderung dieser weitergeltenden Entlohnungsgrundsätze dar und seien ohne Zustimmung des Betriebs-/Personalrats bzw. deren Ersetzung unzulässig. Die betriebsverfassungsrechtlich unverändert weitergeltende vormalige tarifliche Vergütungsordnung sei nach wie vor das im Betrieb geltende Entgeltschema, von dem die Arbeitsvertragsparteien nur dann abweichen dürften, wenn das Mitbestimmungsrecht vom Arbeitgeber beachtet sei und der Betriebsrat bzw. Personalrat einer Änderung der Vergütungsordnung zugestimmt habe. Auf Umfang und Grenzen der tarifrechtlichen Nachwirkung komme es dafür nicht an; für die weitere Geltung eines Entlohnungsgrundsatzes sei gleichgültig, auf welcher Rechtsgrundlage er eingeführt worden sei. Auch neu eingestellte Mitarbeiter unterlägen daher den weitergeltenden Entlohnungsgrundsätzen. Für die Mitbestimmungspflicht der Änderung spiele es keine Rolle, ob der Betriebs-/Personalrat an der Schaffung des Entlohnungsgrundsatzes beteiligt gewesen sei oder nicht, oder ob er jetzt seine Beteiligung eingefordert habe.

Entsprechendes soll gelten, wenn die Vergütungsordnung in einer Betriebsvereinbarung niedergelegt war und diese gekündigt wurde. Die Vergütungsordnung gelte dann schlicht weiter; ob die Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 6 BetrVG nachwirkt oder nicht, sei für diese Weitergeltung irrelevant.

2. Fehlt die Zustimmung des Betriebs-/Personalrats zur Änderung bisheriger Entlohnungsgrundsätze in Form abweichender einzelvertraglicher Vereinbarungen, soll dies – so das BAG – auf die individualrechtliche Wirksamkeit solcher Vereinbarungen durchgreifen durch (Fortführung der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung): soweit die Vereinbarung zum Nachteil des Arbeitnehmers von den bisherigen Entgeltstrukturen abweicht, kann der Arbeitnehmer kraft Gesetzes Entgelt nach diesen Strukturen verlangen. Das gilt auch für neu eingestellte Arbeitnehmer (um die es in der Mehrzahl der Entscheidungen ging).

Diese Auffassung des Ersten und Siebten Senats des BAG ist zwar in einer jahrzehntelangen Rechtsprechung gewachsen und ausgebaut worden, wie im Folgenden unter III anhand ausgewählter Entscheidungen gezeigt wird. Aber eine langjährige Rechtsprechung bürgt noch nicht für die rechtssystematische Richtigkeit.

Die Bedeutung und Reichweite des § 4 Abs. 5 TVG hat demgegenüber der 9. Senat des BAG in der Entscheidung vom 3.4.2007<sup>7</sup> zutreffend dargelegt. Er hat die privatautonome Abweichung der tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien im Nachwirkungszeitraum von den vormaligen Tarifnormen des öffentlichen Dienstes über Sonderzahlungen (hier: Urlaubsgeld) im Rahmen der AGB-Kontrolle für rechtswirksam erachtet.

3. Der unbestimmte Rechtsbegriff der mitbestimmungspflichtigen „Entlohnungsgrundsätze“ ist in der Rechtsprechung erweiternd ausgelegt worden. Entlohnungsgrundsätze umfassen nicht die absolute Höhe der Entgelte, aber die „Strukturformen des Entgelts einschließlich ihrer näheren Vollzugsformen“<sup>8</sup>. Dazu gehört nicht nur die Strukturierung des regelmäßigen Entgelts (Gehaltsgruppen mit ggf. Stufenaufstiegen oder Gruppenaufstiegen, die eigentliche Vergütungsordnung im engeren Sinne), sondern auch die Zusammensetzung des Gesamtentgelts einschl. Zulagen und vor allem Sonderzahlungen wie Urlaubsgeld, Weihnachtsgeld usw. Es stellt also einen Entlohnungs-

grundsatz dar, dass z. B. das jährliche Entgelt sich aus 12 gleichen Monatsbeträgen, einer Sonderzahlung in etwa gleicher Höhe und einer weiteren Festbetrags-Sonderzahlung zusammensetzt<sup>9</sup>, so dass die Veränderung einer einzelnen Sonderzahlung den Entlohnungsgrundsatz ändert und nur mitbestimmt realisiert werden kann. Das ließe sich bis hin zu den Rückstellungen für die betriebliche Altersversorgung zu Gunsten der Aktiven als aufgeschobene Vergütung ausweiten. Der große Topf aller Leistungen steht demnach zur Umverteilung und Einbeziehung in Verhandlungen über ein betriebliches Gesamtpaket zur Disposition<sup>10</sup>.

Diese Rechtsprechung überdehnt das herkömmliche Verständnis der Betriebspraxis über Entlohnungsgrundsätze. Ob sich aus der aktuellen Entscheidung des BAG vom 5.10.2010<sup>11</sup> insoweit eine teilweise Korrektur entwickeln könnte, ist offen<sup>12</sup>.

## 2. Einschränkung der Privatautonomie durch überobligatorisches Richterrecht

Diese Rechtsprechung des BAG setzt sich über die vom Gesetzgeber in § 4 Abs. 5 TVG geregelte Überbrückung eines vereinbarungsoffenen Zeitraums der Nachwirkung durch arbeitsvertragliche Gestaltungen hinweg, indem es im Interims-Zustand der Nachwirkung einer abgelaufenen vormaligen tariflichen Vergütungsordnung und einer neu zu schaffenden tariflichen Regelung die vom Gesetzgeber in § 4 Abs. 5 TVG offen gehaltene Gestaltungsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien einschränkt. Diese Rechtsprechung, die ihren letzten Höhepunkt im Beschluss des 7. Senats des BAG vom 14.4.2010<sup>13</sup> gefunden hat, beseitigt die Vereinbarungsoffenheit des § 4 Abs. 5 TVG. Die bisher nicht tarifgebundenen Beschäftigten verlieren im Nachwirkungszeitraum ihre bisher während der Laufdauer der tariflichen Vergütungsordnung bestehenden Rechte zur Eigenbestimmung. Sie werden durch die Rechtsprechung des BAG von ihrer während der Laufdauer einer tariflichen Vergütungsordnung bestehenden Eigenbestimmung beim Wechsel in den Zeitraum der Nachwirkung einer abgelaufenen tariflichen Vergütungsordnung in den Zustand der betriebsverfassungsrechtlichen Fremdbestimmung versetzt. Der Wechsel in die Fremdbestimmung bedeutet für sie mit oder ohne ihren Willen die Einbeziehung in eine neue „unentrinnbare

7 BAG 3.4.2007 – 9 AZR 867/06 –, AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 46 = ZTR 2007, 581; dazu unter Ziffer 3.5.

8 Diese Formel stammt aus dem Beschluss des Großen Senats des BAG vom 3.12.1991 – GS 2/90 –, BAGE 69, 134 = AP BetrVG § 87 BetrVG Nr. 52. Reichold erkennt in dieser abstrakten Definition eine „elastische Begrifflichkeit“ und somit das Risiko einer Ausdehnung der Rechtsprechung. „Solche Kriterien lassen sich bei näherem Hinsehen immer ausmachen ...“.

9 So BAG 28.2.2006 – 1 ABR 4/05 –, BAGE 117, 130 = ZTR 2007, 111 sowie unten bei Ziff. 3.4.

10 Auf den weiten Gestaltungsspielraum macht Engels aufmerksam, Anm. zum Urteil des BAG vom 28.2.2006 – 1 ABR 4/05 –, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 127; vgl. im Folgenden Ziffer III 7.2 und IV. Der 1. Senat hat im Beschluss vom 5.10.2010 – 1 ABR 20/09 – (ZTR 2011, 252) angenommen, dass eine Betriebsvereinbarung über eine freiwillige Leistung – freiwillig sind bei fehlender Tarifbindung alle Leistungen des Arbeitgebers – dann nicht nachwirkt, wenn die Betriebsparteien die Leistung gesondert in einer Betriebsvereinbarung geregelt haben, die nicht im Zusammenhang mit den übrigen Verteilungsgrundsätzen steht. Voraussetzung soll sein, dass die finanzielle Leistung alleiniger Gegenstand der Betriebsvereinbarung ist und der Arbeitgeber gegenüber dem Betriebsrat oder den Arbeitnehmern unmissverständlich erklärt hat, dass er für den bisherigen Leistungszweck keine Mittel mehr zur Verfügung stellt. Im Folgenden Ziffer 3.7.2.

11 BAG 5.10.2010 – 1 ABR 20/09 –, ZTR 2011, 252 = NZA 2011, 598; dazu Salamon NZA 2011, 549.

12 Im Folgenden zu Ziffer 3.7.2 letzter Abs.

13 BAG 14.4.2010 – 7 ABR 91/08 –, AP BetrVG 1972 § 99 Eingruppierung Nr. 44 = ZTR 2010, 546.

zwangskorporatistische Ordnung<sup>14</sup>, die den Arbeitsvertragsparteien zwar an sich noch die Bestimmung der Entgelthöhe mitbestimmungsfrei erlaubt, aber nur soweit nicht damit zugleich die Vergütungsstruktur mit den Verteilungsgrundsätzen berührt wird (diese Berührung ist bei dem weiten Verständnis dieser Begriffe in der Praxis in der Regel nicht zu vermeiden).

*Folgt man der Rechtsprechung, so erhält der vormalig und immer noch tarifungebundene Mitarbeiter seine Privatautonomie erst dann wieder zurück, sobald die tarifliche Vergütungsordnung auf der Tarifebene mit oder ohne Veränderungen wieder in Kraft gesetzt ist. Bei tariflicher Geltung der Vergütungsordnung ist es den Arbeitsvertragsparteien hier (wieder) erlaubt, von dieser nach ihren Vorstellungen abzuweichen.<sup>15</sup>*

Diese Einschränkung der Privatautonomie durch das BAG steht im Interim zwischen einem beendeten und nach Tarifverhandlungen wieder in Kraft gesetzten tariflichen Vergütungssystem der Überbrückungsfunktion<sup>16</sup> des § 4 Abs. 5 TVG entgegen. Sinn und Zweck der Nachwirkungsregelung des § 4 Abs. 5 TVG ist es zu vermeiden, dass sich der Inhalt von Arbeitsverhältnissen, der mangels anderweitiger Vereinbarung im Arbeitsvertrag durch Tarifnormen (Inhaltsnormen) bestimmt wird und für den diese nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG und § 3 Abs. 1 TVG nur kraft beiderseitiger Tarifbindung gelten, nach Ablauf des Tarifvertrags nur noch nach den gesetzlichen Regelungen richtet (§§ 611, 612 BGB). *Insoweit hat der Gesetzgeber einen „vereinbarungsoffenen Bestandsschutz“ für solche Arbeitsverhältnisse geregelt, die dem Tarifvertrag vor seinem Ablauf unterliegen haben.<sup>17</sup>* Daher findet die Beseitigung der Privatautonomie durch das BAG im Interim-Zustand der Nachwirkung keine Rechtfertigung, sondern sie verletzt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Geeignetheit, Erforderlichkeit und der Mittel-Zweck-Relation.

Es fehlt nicht an mahnenden Stimmen in der Literatur<sup>18</sup>, die sich gegen dieses Aushöhlen der Privatautonomie zu Gunsten kollektiver Vergütungsordnungen wenden.

### 3. Ausbau der Rechtsprechung in den Jahresringen der letzten Dekade

Das BAG hat in den letzten zehn Jahren die skizzierte Rechtsprechung über die Fremdbestimmung im Zeitraum der Nachwirkung einer abgelaufenen tariflichen Vergütungsordnung schrittweise ausgebaut und dabei die in § 4 Abs. 5 TVG in Verbindung mit Art. 2 GG garantierte Privatautonomie durch Richterrecht überwunden, indem es die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG und des Personalrats nach § 75 Abs. 3 Nr. 4 BPersVG absolut setzt. Es hat, zuletzt im Beschluss vom 14.4.2010,<sup>19</sup> die vormalige tarifliche Vergütungsordnung als eine betriebsverfassungsrechtlich (weiter) geltende betriebliche Vergütungsordnung qualifiziert, die der Arbeitgeber so lange anzuwenden habe, bis er mit dem Betriebsrat bzw. Personalrat eine Einigung über die Änderung erzielt hat. Diese betriebsverfassungsrechtliche Qualität einer vormaligen tariflichen Vergütungsordnung, an deren Entstehung auf der Tarifebene die Betriebsparteien nicht beteiligt gewesen sind und die auch nur für die beiderseits Tarifgebundenen gegolten hat, gibt rechtssystematisch Rätsel auf. Die nachfolgend in den Kernaussagen in Erinnerung gerufenen Entscheidungen des BAG mit ihren bedeutenden Markierungspunkten auf dem Weg richterlicher Rechtsfortbildung verdeutlichen, dass diese Rätsel ungelöst bleiben, wie anschließend in der Stellungnahme (Ziffer 4) dargelegt ist.

#### 3.1 2000/ 2001: Antrag des Betriebsrats auf Unterlassung vertraglicher Abweichungen vom abgelaufenen Haustarifvertrag im Nachwirkungszeitraum

Mit Beschlüssen vom 27.6.2000 und vom 24.4.2001<sup>20</sup> hat der 1. Senat die Anträge eines Arbeitgebers (Freier Träger der Jugend-, Sozial- und Bildungsarbeit) auf Ersetzung der Zustimmung zur Eingruppierung im Nachwirkungszeitraum des Haustarifvertrags (§ 99 BetrVG) zurückgewiesen. Der Arbeitgeber hatte mit neu eingestellten Mitarbeitern zwecks Senkung von Personalkosten vereinbart, dass nach wie vor die Tätigkeitsmerkmale des an den BAT angelehnten Haustarifvertrags im Nachwirkungszeitraum gelten, nicht aber die Bewährungs- und Altersstufenaufstiege, die in der weggefallenen tariflichen Vergütungsordnung enthalten waren.

Der Senat sah in der arbeitsvertraglichen Vereinbarung einen Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Wegen des Verstoßes sei die bisher gemäß dem Haustarifvertrag geltende Vergütungsordnung nicht abgelöst. Somit dürfe der Arbeitgeber bei der Eingruppierung nur das bisherige Entgeltschema zugrunde legen, nicht aber eine einseitig von ihm angewandte Vergütungsordnung. Mit Beschluss vom 13.3.2001<sup>21</sup> hat der 1. Senat dem Betriebsrat (über § 23 BetrVG hinaus) einen Unterlassungsanspruch wegen Verletzung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG eingeräumt.

#### 3.2 2002: Wegfall der bisherigen Bezugnahme auf eine tarifliche Vergütungsordnung im Nachwirkungszeitraum – Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung – Auswirkung auf den Vergütungsanspruch

Neben der betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeit (vorstehend unter 1) entstand bei demselben Arbeitgeber ein Individualrechtsstreit über Vergütungsansprüche einer Beschäftigten, die mehrmals in einem befristeten Arbeitsverhältnis beschäftigt gewesen war und nunmehr im Zeitraum der Nachwirkung des vom Arbeitgeber gekündigten Haustarifvertrags einen auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen

14 Picker, Tarifautonomie-Betriebsautonomie-Privatautonomie. NZA 2002, 761, 769.

15 Bei rückwirkender Inkraftsetzung der tariflichen Vergütungsordnung könnten sich widersinnige rechtliche Folgen zum Nachteil der Beschäftigten ergeben. Denn wenn die mit dem Betriebsrat im Zeitraum der Nachwirkung des Tarifvertrags vereinbarte betriebliche und betriebsverfassungsrechtlich wirkende Vergütungsordnung infolge einer rückwirkenden Inkraftsetzung der tariflichen Vergütungsordnung und des rückwirkend eintretenden Tarifvorrangs rückwirkend unwirksam würde, so würden sich jedenfalls dann Nachteile für die Beschäftigten ergeben, wenn die betriebliche Vergütungsordnung für die Beschäftigten in den Entlohnungsgrundsätzen günstiger gewirkt hat als nunmehr – auch rückwirkend – die tarifliche Vergütungsordnung. Es muss dann die Kollision unterschiedlicher Anspruchsgrundlagen beim Vergleich der unterschiedlichen Besitzstände rechtlich und praxisnah aufgelöst werden. Der Fall ist offen.

16 Grundlegend hierzu BAG 29.1.1975 – 4 AZR 218/74 – BB 1975, 699; Thüsing/Braun, Tarifrecht, 7. Kapitel S. 481 Rn. 79.

17 BAG 3.4.2007 – 9 AZR 867/06 –, ZTR 2007, 581 = NZA 2007, 1045.

18 Reichold, Entgeltmitbestimmung und betriebliche Vergütungsordnung, FS Picker 2010, S. 1079, 1089 unter Hinweis auf Caspers, FS Löwisch 2007 S. 56 m.w.N.; Reichold, FS Konzen 2006, S. 763, 764 ff.; DFL/Rieble, 2. Aufl. 2009, § 87 BetrVG Rz. 64; Bauer/Günther, DB 2009, 620, 622; Fieberg GKÖD Bd. IV E § 39 Rz. 38 f.; Lobinger, RdA 2011, 76. Demgegenüber hält Kreft, FS Kreuzt, S. 263 ff. das „objektive“ Konzept der Rechtsprechung für geboten; Beppler, FS Bauer, 2010 S. 161 ff., sieht dies Konzept u. a. aus dem Blickwinkel der Gleichbehandlung als zutreffend an.

19 BAG 14.4.2010 – 7 ABR 91/08 –, AP BetrVG 1972 § 99 Eingruppierung Nr. 44 = ZTR 2010, 546 mit Hinweis auf den Beschluss des 1. Senats vom 11.11.2008 – 1 ABR 68/07 – AP BetrVG 1972 § 99 Eingruppierung Nr. 35 = NZA 2009, 450.

20 BAG 27.6.2000 – 1 ABR 29/99 – ZTR 2001, 188 = FA 2001, 58; ebenso BAG 27.6.2000 – 1 ABR 36/99 – (ZTR 2001, 283); 24.4.2001 – 1 ABR 38/00 –, ZTR 2002, 94 (L) = SAE 2002, 74 = ArbRB 2001, 106 = FA 2001, 368.

21 BAG 13.3.2001 – 1 ABR 7/00 –, EzA BetrVG 1972 § 87 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 72 = ZTR 2002, 94.

neuen Arbeitsvertrag erhalten hatte. In den während der Laufdauer des Haustarifvertrags befristeten Arbeitsverträgen richteten sich die Arbeitsbedingungen nach dem Haustarifvertrag. Der im Nachwirkungszeitraum abgeschlossene neue Arbeitsvertrag nahm nicht mehr auf tarifliche Vorschriften Bezug. Die vereinbarte Vergütung bestand aus einem festen Monatsgehalt, das nachträglich in einzelne Vergütungsbestandteile der abgelaufenen tariflichen Vergütungsordnung einvernehmlich zwischen den Arbeitsvertragsparteien aufgeteilt worden ist. Nach dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis machte die Klägerin jedoch geltend, ihre Vergütung hätte sich nach wie vor nach der tariflichen Vergütungsordnung richten müssen. Daher klagte sie Differenzbeträge ein.

### 3.2.1 Verletzung des Mitbestimmungsrechts bei der Entgeltstruktur

Der 1. Senat des BAG hat mit Urteil vom 11.6.2002<sup>22</sup> die Klageforderung zuerkannt. Der Anspruch folge (unmittelbar) aus der Verletzung von Mitbestimmungsrechten nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG<sup>23</sup>. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats sei verletzt, weil die im Betrieb geltende Vergütungsordnung vom Arbeitgeber ohne Beteiligung des Betriebsrats geändert worden ist. Der Arbeitgeber habe im Zeitraum der Nachwirkung des Haustarifvertrages generell nur noch Pauschalbeträge und nicht mehr die bisherige Vergütungsstruktur mit Aufstieg in der Vergütung nach Bewährung und Lebensalter vereinbart. Dies sei eine Änderung der Verteilungsgrundsätze. Die Verletzung des Mitbestimmungsrechts könne bei Neueinstellungen (sogar) dazu führen, dass Ansprüche auf eine höhere Vergütung als die vertraglich vereinbarte entstehen. Mitbestimmungspflichtig sei zwar nicht die konkrete Höhe des Arbeitsentgelts, mitbestimmungspflichtig seien jedoch „die Strukturformen des Entgelts einschließlich ihrer näheren Vollzugsformen“.<sup>24</sup>

### 3.2.2 Anwendung der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung auf den Arbeitsvertrag

Das BAG greift zur Begründung, dass die arbeitsvertragliche Vereinbarung unwirksam ist, auf die sogenannte Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung zurück, die der Große Senat des BAG im Beschluss 3.12.1991<sup>25</sup> aus der Rechtslehre übernommen hat. Der 1. Senat hat sich jedoch nicht auf die bloße Übernahme beschränkt, sondern die Rechtsprechung des Großen Senats weiter ausgebaut mit der Rechtsmeinung, dass „die tatsächlich durchgeführte Mitbestimmung nach ständiger Rechtsprechung des BAG Wirksamkeitsvoraussetzung für Maßnahmen (sei), die zum Nachteil des Arbeitnehmers bestehende Rechtspositionen der Arbeitnehmer schmälern.“ Auf dieser Grundlage habe die Klägerin Anspruch auf eine Vergütung nach der bisherigen betrieblichen Vergütungsordnung, wie diese sich im Zustand der Nachwirkung darstellt.<sup>26</sup> Trotz Wegfalls der Tarifbindung sei die bis zum Ablauf der tariflichen Vergütungsordnung „die im Betrieb geltende Vergütungsordnung“ und als solche weiter anzuwenden. Sie sei mangels Zustimmung des Betriebsrats zur Änderung der Struktur „die im Betrieb weiterhin gültige Vergütungsordnung“.

### 3.2.3 Absenkung des Vergütungsvolumens ohne Verletzung der Mitbestimmungsrechte

Im Weiteren zeigt der Senat obiter auf, wie der Arbeitgeber hätte mitbestimmungsfrei handeln können, ohne die Entgeltgrundsätze als Verteilungsgrundsätze zu verändern. Nachdem das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats (nur) Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, aber nicht Fragen der absoluten Lohnhöhe erfasse, hätte der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei ein unterhalb der tariflichen Sätze liegendes Gehalt für die unterste Lebensaltersstufe mit den neu eingestellten Mitarbeitern vereinbaren können. Er wäre dann betriebsverfassungsrechtlich lediglich gehalten gewe-

sen, den betreffenden Betrag nach Maßgabe der im Betrieb weiterhin geltenden Lebensaltersstufen und der für diese vorgesehenen relativen Steigerungsraten unter Berücksichtigung der Bewährungsaufstiege anzuheben.

### 3.3 2004: Lebensaltersstufen und Bewährungsaufstieg

Der Freie Träger der Jugend-, Sozial- und Bildungsarbeit trug durch das Urteil des BAG vom 2.3.2004<sup>27</sup> erneut zur Rechtsentwicklung bei. Wieder hatte der Arbeitgeber im Zeitraum der Nachwirkung des am BAT orientierten Haustarifvertrags mit neu eingestellten Mitarbeitern Vereinbarungen getroffen, in denen ein festes Bruttomonatsgehalt ohne die Bezugnahme auf die vormals geltende Vergütung nach Lebensaltersstufen und Bewährungsaufstieg geregelt war. Zusätzlich war vereinbart, dass im Falle des später erfolgenden Abschlusses eines neuen Haustarifvertrags dessen Regelungen zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses werden. Als später ein Haustarifvertrag mit einer tariflichen Vergütungsordnung abgeschlossen wurde, klagte ein im Nachwirkungszeitraum eingestellter Arbeitnehmer für die Zwischenzeit die Gehaltsdifferenz ein, die sich aus der im Arbeitsvertrag vereinbarten Vergütung im Vergleich zur Vergütung nach dem neuen Haustarifvertrag ergab.

Das BAG gab dem Kläger Recht. Es bestätigte die bisherige Rechtsprechung, dass auch nach dem Wegfall der Tarifbindung die bisher im Betrieb geltende tarifliche Vergütungsordnung in ihrer Struktur weiter anzuwenden ist, solange der Betriebsrat einer Änderung nicht zugestimmt hat. Die vormals kraft Tarifbindung geltenden Entlohnungsgrundsätze seien auch nach dem Wegfall der Tarifbindung weiterhin die im Betrieb geltende Vergütungsordnung.

Zur Möglichkeit, die gesetzlich angeordnete Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG durch eine andere „Abmachung“ i. S. des Gesetzes zu beenden, räumt das BAG ein, dass die tariflichen Vergütungsregelungen nach deren Ablauf jedenfalls nicht für die im Nachwirkungszeitraum neu eingestellten Beschäftigten nachwirken.<sup>28</sup> Die Nachwirkung erstreckte sich nach ständiger Rechtsprechung nicht auf ein Arbeitsverhältnis, das erst während des Nachwirkungszeitraums begründet wird. Die Klageforderung stehe dem Kläger auch nicht aus Gründen der Gleichbehandlung zu. Der Kläger könne sich auch nicht auf eine Verletzung des Verbots der Schlechterbehandlung befristet beschäftigter Arbeitnehmer nach § 4 Abs. 2 Satz 1 und 2 TzBfG berufen.

Jedoch folge der Klageanspruch als vertraglicher Erfüllungsanspruch gemäß § 611 BGB aus der Vergütungsabrede der Parteien unter Berücksichtigung einer Verletzung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Der Arbeitgeber habe ohne Zustimmung des Betriebsrats nach Ablauf des Tarifvertrags neue Entloh-

22 BAG 11.6.2002 – 1 AZR 390/01 –, AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 = NZA 2003, 570.

23 Der 1. Senat hat in früheren Rechtsstreitigkeiten zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber die individualrechtliche Anspruchsgrundlage zunächst noch unmittelbar im Kollektivrecht gesehen und später – so im Urteil vom 2.3.2004 – 1 AZR 271/03 – ZTR 2004, 575 die individualrechtliche Anspruchsgrundlage aus dem Arbeitsvertrag nach § 611 BGB in Verbindung mit dem Anspruch auf Einhaltung des kollektiven Entgeltgrundsatzes hergeleitet.

24 Textbaustein aus dem Beschluss des Großen Senats des BAG vom 3.12.1991 – GS 1/90 – AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 52.

25 BAG 16.9.1986 – GS 1/82 –, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972.

26 In späteren Entscheidungen hat das BAG diesen Zustand als „statisch“ beschrieben. Dynamische Entwicklungen sind nur dann im Nachwirkungszeitraum zu beachten, wenn diese vor Ablauf des Tarifvertrags oder der Betriebsvereinbarung systemimmanent feststehen; vgl. BAG 24.11.1999 – 4 AZR 666/98 –, AP Nr. 14 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = ZTR 2000, 216.

27 BAG 2.3.2004 – 1 AZR 271/03 –, AP Nr. 31 zu § 3 TVG = ZTR 2004, 575.

28 Dies ist eine sich unmittelbar aus dem Gesetz ergebende Folge – auch der Denkgesetze –, weil nicht etwas nachwirken kann, was vorher nicht gewirkt hat.

nungsgrundsätze im Betrieb eingeführt, obgleich dies eine der Mitbestimmung unterliegende kollektive Maßnahme gewesen sei.

Das BAG wiederholt, dass es für die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit nicht darauf ankommt, ob der Betriebsrat seine Beteiligung eingefordert hat. Es sei Sache des Arbeitgebers, auf den Betriebsrat zuzugehen und die Zustimmung zur Änderung einzuholen.

### 3.4 2006: Einzelverträge ohne kollektive Grundlage: Unwirksamkeit der Änderung in Arbeitsverträgen mit Neubeschäftigten

Mit einem weiteren Baustein erweiterte der 1. Senat im Beschluss vom 28.2.2006<sup>29</sup> das Feld der Unwirksamkeit von Arbeitsverträgen.

In dieser betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeit forderte der Betriebsrat einer nicht tarifgebundenen Arbeitgeberin die Unterlassung der Abweichung von bestehenden Vergütungsregelungen. Im Betrieb bestand keine Betriebsvereinbarung über eine betriebliche Vergütungsordnung. Die Arbeitgeberin hatte bis zu einem Stichtag mit ihren Beschäftigten allgemein in Einzelverträgen die Anwendung von Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes über die Vergütung und Eingruppierung sowie über Zuschläge, Zulagen, Urlaubsgeld und eine Jahreszuwendung (Weihnachtsgeld) vereinbart. Nach der Kürzung öffentlicher Zuschüsse beschloss sie, die Vergütung neu eingestellter Mitarbeiter abzusenken. Sie schloss daher mit neu eingestellten Arbeitnehmern ohne Beteiligung des Betriebsrats Arbeitsverträge ab, in denen nicht mehr die Anwendung der Tarifverträge über Zuschläge, Zulagen, Urlaubsgeld und Weihnachtsgeld vereinbart war. Sie stellte diese Leistungen für Neubeschäftigte vollständig ein.

Der 1. Senat hat den Unterlassungsanspruch des Betriebsrats wegen Verstoßes gegen die Beteiligungsrechte aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG für begründet erachtet.

Der Sachverhalt gab dem Senat Gelegenheit, die Bedeutung des Kollektivrechts gegenüber dem Einzelvertrag stärker auszuleuchten. Er bezieht sich u. a. auf den Beschluss des Großen Senats des BAG vom 3.12.1991<sup>30</sup>.

Mit dem Hinweis auf diesen Beschluss des Großen Senats zur Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung spannt das BAG die Brücke zwischen der durch § 4 Abs. 5 TVG erlaubten privatautonomeren Vertragsgestaltung einerseits und der Betriebsautonomie andererseits.

Nach dem Beschluss des Großen Senats gilt die Gewährung kollektiver Leistungen als unwirksam, wenn der Arbeitgeber kollektiv übertarifliche Leistungen gewährt, ohne dass der Betriebsrat an der Aufstellung der Verteilungsgrundsätze mitgewirkt hat.

An diese „Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung“ knüpft der 1. Senat im Beschluss vom 28.2.2006 an und bildet sie fort. Er bekräftigt zunächst, dass Abmachungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien nur dann wirksam sind, wenn die Beteiligungsrechte des Betriebsrats beachtet sind. In der Fortentwicklung dieser Theorie führt er aus, es komme nicht darauf an, auf welcher rechtlichen Grundlage die Anwendung der bisherigen Entlohnungsgrundsätze erfolgte, ob etwa auf der Basis bindender Tarifverträge, einer Betriebsvereinbarung, einzelvertraglicher Absprachen oder einer vom Arbeitgeber sonst einseitig (und somit an sich mitbestimmungswidrig) praktizierten Vergütungsordnung. In allen Fällen unterliege ihre Änderung der Mitbestimmung.

Einen zusätzlichen neuen Baustein setzt der Senat in dieser Entscheidung, indem er zu den vom Arbeitgeber bei Neueinstellungen nicht mehr gewährten zusätzlichen Leistungen ausführt:

Das bisherige Lohngefüge habe sich verändert, weil der Arbeitgeber die Zahlung zusätzlicher Vergütungsleistungen vollständig eingestellt habe. Die Änderung bestehender Entlohnungsgrundsätze – so durch den Wegfall der Jahreszuwendung (Weihnachtsgeld) – liege darin, dass künftige Teile der Gesamtvergütung nicht mehr als zusätzliche Einmalzahlung zu einem bestimmten Datum geleistet werden, sondern die (nach Kürzung der finanziellen Mittel verbleibende) Gesamtvergütung auf monatlich gleichbleibende Beträge verteilt wird. Das Mitbestimmungsrecht entfalle nicht, weil der Arbeitgeber freiwillige Leistungen, zu denen er weder gesetzlich noch tariflich verpflichtet war, ersatzlos gestrichen hat.

### 3.5 2007: Entscheidung des 9. Senats zur Wirksamkeit einer anderen Abmachung im Nachwirkungszeitraum des Urlaubsgeldtarifvertrages

Der 9. Senat des BAG hat im Urteil vom 3.4.2007<sup>31</sup> im Rahmen der Inhaltskontrolle eines vorformulierten Arbeitsvertrags geprüft, ob eine andere arbeitsvertragliche Abmachung i. S. des § 4 Abs. 5 TVG eine „von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelung“ i. S. von § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB ist.

Das beklagte Land Niedersachsen hatte mit der tarifgebundenen Klägerin im Nachwirkungszeitraum der vom Land gekündigten Tarifverträge über Sonderzuwendung und Urlaubsgeld im Arbeitsvertrag die Anwendung der einschlägigen Tarifverträge des öffentlichen Dienstes vereinbart. Ausdrücklich einigten sich die Vertragspartner u. a. über eine Abweichung vom gekündigten Urlaubsgeldtarifvertrag, wonach stattdessen für das Urlaubsgeld die Regelungen für die entsprechenden Landesbeamten maßgebend sein sollten. Aufgrund einer Umstrukturierung der Beamtenregelungen ergab sich danach im Jahr 2005 für die Klägerin kein Urlaubsgeld. Sie klagte daraufhin das vormalige tarifliche Urlaubsgeld ein.

Der 9. Senat hat den Anspruch nicht für begründet erachtet. Es bestünden tarifrechtlich keine Bedenken, von den nach § 4 Abs. 5 TVG nachwirkenden Inhaltsnormen des Tarifvertrags „Urlaubsgeld“ durch arbeitsvertragliche Vereinbarungen während des Nachwirkungszeitraums abzuweichen. Die Bestimmung des § 4 Abs. 5 TVG enthalte einen Bestandsschutz, der vereinbarungsoffen ist. Auch im Sinne des § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB habe der gekündigte Tarifvertrag seine Leitbildfunktion verloren.

Der 9. Senat geht auf personalvertretungsrechtliche Bezüge und damit auch auf den Beschluss des 1. Senats vom 28.2.2006<sup>32</sup> nicht ein.

In der Sache ist seiner Entscheidung zuzustimmen, weil sie die durch § 4 Abs. 5 TVG gewährleistete Privatautonomie respektiert. Von hoher Bedeutung für die Privatautonomie ist die Betonung, dass der Bestandsschutz des § 4 Abs. 5 TVG „vereinbarungsoffen“ ist.<sup>33</sup>

29 BAG 28.2.2006 – 1 ABR 4/05 –, BAGE 117, 130 = AP Nr. 127 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = ZTR 2007, 111.

30 BAG Großer Senat, Beschluss vom 3.12.1991 – GS 1/90 –, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 52.

31 BAG 3.4.2007 – 9 AZR 867/06 – AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 46 = ZTR 2007, 581.

32 BAG 28.2.2006 – 1 ABR 4/05 –, AP Nr. 127 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = ZTR 2007, 111.

33 Zu der im Zeitraum der Nachwirkung einer tariflichen Vergütungsordnung geltenden Privatautonomie vgl. vorstehend unter Ziffer 2.

### 3.6 2008: Transformation einer vormals tariflichen Vergütungsordnung in eine „betriebsverfassungsrechtlich geltende Vergütungsordnung“

Mit Urteil vom 15.4.2008<sup>34</sup> hat der 1. Senat des BAG – wiederum anlässlich der Einstellung bisheriger Sonderzahlungen – seine Rechtsprechung für den Bereich bisheriger Tarifbindung des Arbeitgebers um einen weiteren „Baustein“ ergänzt.

Es ging um die Klage einer Lehrerin des Landes Berlin. Die Tarifverträge über die (Weihnachts-)Zuwendung und das Urlaubsgeld waren von der TdL zum 30.6./31.7.2003 gekündigt worden. Ab 1.8.2003 wandte das Land diese nachwirkenden Tarifverträge bei neu eingestellten Lehrkräften – so auch der Klägerin – nicht mehr an; dies wurde in einem Arbeitsvertrag 2004 ausdrücklich vereinbart. Im Übrigen verblieb es bei der Vergütung nach dem BAT. Die Lehrerin klagte Zuwendung und Urlaubsgeld nach Maßgabe der nachwirkenden Tarifverträge ein. Das BAG sprach die Klage mit im Wesentlichen folgender Begründung zu:

Zwar habe die (gewerkschaftsangehörige) Klägerin keinen Anspruch aus einer normativen Geltung einschlägiger tariflicher Vorschriften, weil sich deren Nachwirkung nicht auf ein im Nachwirkungszeitraum neu begründetes Arbeitsverhältnis erstreckt. Auch ergebe sich der Anspruch nicht aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz. Er folge jedoch aus dem Arbeitsvertrag nach § 611 BGB in Verbindung mit den im Betrieb/der Dienststelle geltenden Entlohnungsgrundsätzen. Das Land habe ohne Zustimmung der Personalvertretung und somit unter Verletzung des im Lande Berlin geltenden Personalvertretungsrechts<sup>35</sup> neue Entlohnungsgrundsätze eingeführt, indem es im Nachwirkungszeitraum abweichend von der bisher im Betrieb bzw. der Dienststelle angewandten tariflichen Vergütungsordnung mit der Klägerin den Wegfall der Sonderleistungen (Weihnachts- und Urlaubsgeld) vereinbart habe.

Das tarifliche Vergütungsschema sei schon während der Geltung des Tarifvertrags „die im Betrieb/in der Dienststelle geltende Vergütungsordnung“ im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bzw. des im Land Berlin geltenden Personalvertretungsrechts gewesen. Nach Wegfall der Tarifbindung seien diese Entlohnungsgrundsätze bis zu einer – nunmehr mitbestimmungsrechtlich – wirksamen Änderung „weiter“ gültig.

Dazu sei es nicht erforderlich, dass sie zuvor kollektivrechtlich durch Betriebs-/Dienstvereinbarung oder individualrechtlich durch Gesamtzusage, vertragliche Einheitsregelung o. a. auf eine neue rechtliche Grundlage gestellt werden. Sie blieben auch ohne eine solche „Novation“ weiterhin maßgeblich. Der Wegfall der Tarifbindung des Arbeitgebers führe nicht dazu, dass mit ihr außer der Bindung an die absoluten Tariflöhne zugleich die tarifliche Vergütungsordnung als das im Betrieb/in der Dienststelle geltende kollektive abstrakte Vergütungsschema entfiere. Der Wegfall der zwingenden Geltung ändere nichts daran, dass diese Grundsätze bislang im Betrieb/der Dienststelle angewendet wurden und deshalb die dort geltenden Entlohnungsgrundsätze sind. Die Änderung bedürfe der Zustimmung des Personal- bzw. Betriebsrats, denn „andernfalls wären die Mitbestimmungsrechte beim Wegfall der Bindung an ein tarifliches Vergütungsschema geringer als bei der Änderung einer vom Arbeitgeber einseitig praktizierten Vergütungsordnung<sup>36</sup>.“ Dieser Verstoß gegen die Mitbestimmungsrechte sei nicht nur rechtswidrig im Verhältnis zum Personalrat, sondern auch im Verhältnis zur Klägerin. Daher seien die von den Parteien des Arbeitsvertrags getroffenen Vergütungsabreden vom Land Berlin nach Maßgabe der vor dem einseitigen Eingriff bestehenden Entlohnungsgrundsätze „praktisch umzusetzen“.

Mit dieser Begründung tritt der 1. Senat der vehementen Kritik von Reichold<sup>37</sup> entgegen, der sich gegen die erstmals im Urteil dieses Senats vom 2.3.2004<sup>38</sup> enthaltene These richtet, dass die abgelaufene tarifliche Vergütungsordnung auch nach dem Wegfall der Tarifbindung weiterhin die im Betrieb geltende Vergütungsordnung ist. Reichold spricht von einer unzulässigen „Transformation“ der tariflichen Vergütungsordnung in eine betrieblich<sup>39</sup> geltende Vergütungsordnung. Dies sei nach zivilistischen Grundsätzen nicht nachvollziehbar<sup>40</sup>. Seine Haupteinwände richten sich gegen einen Missbrauch der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzungen, die nach richterlicher Feststellung einer „faktisch betrieblich-kollektiven Übung“ die richterrechtliche Fremdbestimmung ermöglichen.

Der 1. Senat hält dagegen, es bedürfe nicht der Transformation, weil die vormals tarifliche Vergütungsordnung bereits vor ihrem Ablauf betrieblich gegolten habe. Dieser Rechtfertigung folgt im Übrigen auch der 7. Senat, indem er im Beschluss vom 14.4.2010<sup>41</sup> (nachfolgend Ziffer 3.7.1) bekräftigt, dass die im Betrieb vorher angewendeten Entlohnungsgrundsätze unabhängig von ihrem Entstehungsgrund „die dort geltenden Entlohnungsgrundsätze“ seien. Daher seien sie „bis zu einem wirksamen Änderungsakt betriebsverfassungsrechtlich weiter gültig“. Die bisherigen Entlohnungsgrundsätze seien „praktisch umzusetzen“, so dass es einer Novation in Form der Umstellung auf eine betriebsverfassungsrechtliche Grundlage nicht bedürfe.

Unabhängig davon, ob die betriebsverfassungsrechtlich weitergeltende ehemalige tarifliche Vergütungsordnung aus einer Transformation entstanden ist oder nicht, bedeutet das Urteil vom 15.4.2008<sup>42</sup> gleichsam die Geburtsstunde einer neuen betriebsverfassungsrechtlichen kollektiven Anspruchsgrundlage im Betriebsverfassungsrecht aus einer faktischen Praktizierung einer abgelaufenen tariflichen Vergütungsordnung in Verbindung mit einer zivilistischen Anspruchsgrundlage aus dem Arbeitsvertrag nach § 611 BGB. Dies ist eine rechtliche Novation.

34 BAG 15.4.2008 – 1 AZR 65/07 – AP Nr. Nr. 133 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = ZTR 2008, 571.

35 Dieses stimmt mit § 75 Abs. 3 Nr. 4 BPersVG überein.

36 Der 1. Senat überbrückt mit diesem Argument die Unvereinbarkeit zwischen einerseits der betriebsverfassungsrechtlichen Wirkung, die alle Arbeitnehmer des Betriebs – mit Ausnahme der leitenden Angestellten – erfasst, und andererseits der tarifrechtlichen Wirkung, die nur die den tarifgebundenen Arbeitgeber und tarifgebundenen Arbeitnehmer erfasst (§ 4 Abs. 1 TVG), aber ansonsten den nicht tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien die Vertragsfreiheit lässt und eine Betriebsvereinbarung mit Vergütungsordnung nach §§ 87 Abs. 1 BetrVG/§ 75 Abs. 3 BPersVG sperrt. Jedoch wird das Defizit der Argumentation über die nunmehr alle erreichten Beschäftigten mit und ohne Tarifbindung an die vormalige tarifliche Vergütungsordnung dadurch kompensiert, dass auch die Beschäftigten mit einer nur vertraglichen Bezugnahme auf die tarifliche Vergütungsordnung in die nunmehr betriebsverfassungsrechtlichen Entlohnungsgrundsätze einbezogen werden.

37 Reichold Anm. AP TVG § 3 Nr. 31; ders. FS Konzen S. 763, 768; FS Picker, S. 1079 ff. u. a.

38 BAG 2.3.2004 – 1 AZR 271/03 –, BAGE 109, 369 = AP Nr. 31 zu § 3 TVG mit Anm. Reichold; vgl. vorstehende Ziffer 3.3.

39 Der Begriff „betriebsverfassungsrechtlich geltende Vergütungsordnung“ verwendet der 1. Senat erstmals in Ziffer 6 der Orientierungsgrundsätze der Richterinnen und Richter des BAG im Urteil vom 11.6.2002, aber dort noch nicht in den Urteilsgründen; der Begriff wird erst wieder im Urteil vom 15.4.2008 Rz. 28 verwendet.

40 Reichold im Jahr 2010 in FS Picker S. 1079 ff. zugleich mit Hinweis auf die entsprechende Kritik DFL/Rieble (Fn. 6), § 87 BetrVG Rz. 12 und Caspers, FS Löwisch (Fn. 14), S. 36; die Kritik richtet sich auf die Figur der „gewissermaßen frei schwebenden“ betrieblichen Vergütungsordnung (so Caspers) und auf die vom BAG gegebene Begründung, dass Vertragsabsprachen sich nach fortwirkenden abstrakten Grundsätzen richten müssen.

41 BAG 14.4.2010 – 7 ABR 91/08 – ZTR 2010, 546 Rz. 14.

42 BAG 15.4.2008 – 1 AZR 65/07 –, BAGE 126, 237 = AP Nr. Nr. 133 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = ZTR 2008, 571.

Im Urteil vom 15.4.2008<sup>43</sup> greift der 1. Senat ferner erneut seine These auf, dass die Entlohnungsgrundsätze einer tariflichen oder betrieblichen Vergütungsordnung in Verbindung mit den Verteilungsgrundsätzen den gesamten Vergütungskomplex als Gegenleistung für die Arbeit des Mitarbeiters erfassen<sup>44</sup>. Durch die Streichung der Einmalleistungen ohne Beteiligung der Personalvertretung habe das Land daher einseitig in die bestehende Vergütungsstruktur eingegriffen (Änderung des Entlohnungsgrundsatzes). Durch die Streichung ändere sich nicht nur der bisherige Lohngrundsatz der „Stückelung“ der Jahresgesamtvergütung, sondern auch der relative Abstand der Gesamtvergütungen zueinander<sup>45</sup>.

### 3.7 2010: Bekräftigung der betriebsverfassungsrechtlichen Weitergeltung einer abgelaufenen tariflichen oder betrieblichen Vergütungsordnung

Das Jahr 2010 brachte in zwei Entscheidungen einmal die Bekräftigung der dargestellten Rechtsprechung zu Änderungen einer abgelaufenen tariflichen Vergütungsordnung (7. Senat), zum anderen deren Ausdehnung auf eine durch Betriebsvereinbarung geschaffene Vergütungsordnung nach Ablauf der Betriebsvereinbarung (1. Senat); hier wurde das vom Arbeitgeber aus Kostengründen – vertragsrechtlich wirksam – gestrichene 13. Gehalt betriebsverfassungsrechtlich wieder zum Weiterlauf gebracht.

#### 3.7.1. Beschluss vom 14.4.2010 zur Ein- und Umgruppierung im Nachwirkungszeitraum

Der Haustarifvertrag einer Arbeitgeberin verwies zur Eingruppierung auf den BAT. Mit ihren nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern vereinbarte die Arbeitgeberin vertraglich die Anwendung des Haustarifvertrages. Nach der Kündigung des Haustarifvertrages und dem Eintritt der Nachwirkung meinte die Arbeitgeberin, nicht mehr an das Entgeltschema des Haustarifvertrages gebunden zu sein. Mit neu eingestellten Mitarbeitern vereinbarte sie daher überwiegend individuelle Vergütungen, die von dem Vergütungssystem des Haustarifvertrages abwichen. Sie hat seitdem keine Eingruppierungen vorgenommen und den Betriebsrat daher auch nicht nach § 99 BetrVG beteiligt.

Der 7. Senat hat im Beschluss vom 14.4.2010<sup>46</sup> dem Antrag des Betriebsrats auf Feststellung seines Mitbestimmungsrechts bei den Eingruppierungen stattgegeben und bekräftigt, dass eine tarifliche Vergütungsordnung nach Wegfall der Tarifbindung – sei es durch Kündigung oder Verbandsaustritt – das weiterhin für den Betrieb maßgebliche kollektive Entgeltschema sei, das „betriebsverfassungsrechtlich“ weiter gelte. Auf den Entstehungsgrund des kollektiven Entgeltschemas komme es nicht an. Daher brauche es nicht auf eine neue kollektive Grundlage gestellt zu werden. Eine Änderung des Entgeltschemas bedürfe somit der Zustimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Andernfalls wären die Mitbestimmungsrechte bei Wegfall der Tarifbindung geringer als bei der Änderung einer vom Arbeitgeber einseitig praktizierten Vergütungsordnung (s. o. zu 6.) Der Arbeitgeber könne (dürfe) sich nicht „einseitig“ von dem im Betrieb weiter bestehenden Entgeltschema lösen, indem er ohne vorherige Beteiligung des Betriebsrats zum Zweck der Gestaltung eines geänderten kollektiven Entgeltschemas mit neu einzustellenden Mitarbeitern Abweichungen vom Entgeltschema vereinbart. Der Arbeitgeber sei verpflichtet, neu eingestellte Arbeitnehmer nach dem Entgeltschema des Haustarifvertrages unter Beteiligung des Betriebsrats einzugruppieren.

#### 3.7.2. Urteil vom 22.6.2010 über die im Nachwirkungszeitraum fortgeltende zwingende Bindung des Arbeitgebers an den Gesamtkomplex der Vergütung als Gegenleistung für die Tätigkeit des Mitarbeiters (Regelung des 13. Gehalts im Anhang zu einer Betriebsvereinbarung)

Den bisher letzten Baustein hat der 1. Senat des BAG im Urteil vom 22.6.2010<sup>47</sup> in dieses Gebäude des Richterrechts eingefügt und dabei die bisherige Rechtsprechung<sup>48</sup> bestätigt, dass ein kollektivrechtlich mit dem Betriebsrat vereinbarter Einmalbetrag in Höhe eines 13. Gehalts zum betrieblichen Entgeltschema gehört, wenn sich durch die Absenkung dieser Sonderzahlung die Verteilungsgrundsätze der gesamten Vergütung ändern.

Die nicht tarifgebundene Arbeitgeberin hatte mit dem Betriebsrat im Jahr 1989 eine Betriebsvereinbarung über die Eingruppierung und Vergütung der Mitarbeiter abgeschlossen, wonach die Grundvergütung auf der Basis des BAT (VKA) zu zahlen war. Eine Präambel zur Betriebsvereinbarung beschrieb die Ausrichtung an den Regelungen des BAT (VKA). In einer Anlage zur Betriebsvereinbarung war eine „Vereinbarung über die Gewährung einer Monatszuwendung“ getroffen, nach der den Beschäftigten in jedem Jahr eine Zuwendung in Höhe der Septembervergütung als 13. Gehalt zustand. Dieses richtete die Arbeitgeberin entsprechend der Präambel zur Betriebsvereinbarung an den Regelungen der jeweiligen Fassung des Zuwendungstarifvertrags zum BAT (VKA) aus, wodurch sich die Zuwendung zunächst entsprechend der schrittweisen Absenkung des Zuwendungs-Bemessungssatzes in den Zuwendungstarifverträgen des öffentlichen Dienstes verringerte. Die Arbeitgeberin hatte die Betriebsvereinbarung zunächst vorsorglich zum Ende 1995 und dann erneut zum Ende 2003 gekündigt. Im Jahr 2005 kürzte sie die Sonderzahlung weitergehend auf rd. 41,7 % der Septemberbezüge. Der Kläger verlangte Zahlung „in voller Höhe“ der Septemberzüge. Die Arbeitgeberin meinte, die Präambel der Betriebsvereinbarung habe die Anpassung an die jeweilige Höhe des 13. Gehalts an den Zuwendungstarifvertrag des öffentlichen Dienstes geregelt, so dass die Verringerung des 13. Gehalts während der Laufdauer der Betriebsvereinbarung vorgeschrieben gewesen sei. Dementsprechend sei die Bemessungsgrundlage für alle Beschäftigten einheitlich herabgesetzt worden. Im Übrigen habe es sich in der gesondert in einer Anlage zur Betriebsvereinbarung ausgewiesenen Leistung um eine freiwillige Leistung gehandelt, die nach der Kündigung nicht nachwirke.

Der 1. Senat des BAG hat den Anspruch auf das ungekürzte 13. Gehalt zugesprochen. Der Anspruch ergebe sich aus dem Arbeitsvertrag in Verbindung mit den im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätzen. Nach den mit dem Betriebsrat vereinbarten Grundsätzen bestehe Anspruch auf insgesamt 13 Monatsgehälter im Jahr.

Die Präambel der Betriebsvereinbarung habe keine Normenwirkung, so dass die Anpassung an die Bemessungsgrundlage des Tarifvertrages des öffentlichen Dienstes nicht vorgeschrieben sei. Die Arbeitgeberin habe somit das 13. Gehalt im Laufe der letzten Jahre mitbestimmungs- und

43 BAG 15.4.2008 – 1 AZR 65/07 –, AP Nr. Nr. 133 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = ZTR 2008, 571.

44 Vgl. hierzu die vorstehend unter 4. behandelte Entscheidung des BAG vom 28.2.2006 – 1 ABR 4/05 –, AP Nr. 127 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = ZTR 2007, 111.

45 Insoweit bekräftigt dieses Urteil den oben zu 4. referierten Beschluss des 1. Senats vom 28.2.2006 – BAG 28.2.2006 – 1 ABR 4/05 –, AP Nr. 127 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = ZTR 2007, 111.

46 BAG 14.4.2010 – 7 ABR 91/08 –, ZTR 2010, 546.

47 BAG 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 –, ZTR 2010, 664.

48 BAG 28.6.2006 – 1 ABR 4/05 – AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 127.

rechtswidrig einseitig abgesenkt. Das Erfordernis der Einholung der Zustimmung des Betriebsrats zur Änderung bestehe deshalb, weil sich durch die Streichung des 13. Gehalts insgesamt die Verteilungsgrundsätze geändert hätten. Daher bestehe nach wie vor der Anspruch auf die Sonderzuwendung in der Höhe, in der sie ursprünglich bei Abschluss der Betriebsvereinbarung bestanden habe. Die Beendigung der Betriebsvereinbarung durch die Kündigung habe nicht zum ersatzlosen Wegfall der bisher geltenden Vergütungsstruktur geführt. Im zu entscheidenden Fall gehe es nicht um die mitbestimmungsfreie Festlegung der Höhe des 13. Gehalts, sondern um die Stückelung des jährlichen Gesamtentgelts in Gestalt mehrerer gleich hoher 13 Gehälter. Ebenso verhielte es sich mit den Verteilungsgrundsätzen bei dem (nicht eingeklagten) Urlaubsgeld, mit denen die in der Betriebsvereinbarung (strukturell) geregelte Aufteilung der Vergütung in verschiedene Monatsbeträge im Jahr festgelegt sei. Die Absenkung des 13. Gehalts habe einen Gestaltungsspielraum eröffnet, an dessen Ausfüllung der Betriebsrat habe beteiligt werden müssen.

Die Arbeitgeberin habe hierzu die Initiative ergreifen müssen, aber nicht ergriffen.

Da es für das Mitbestimmungsrecht nicht auf den Geltungsgrund der Entlohnungsgrundsätze ankomme, sei es ohne Bedeutung, ob die zugrunde liegende gekündigte Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 6 BetrVG Nachwirkung entfaltet habe (!). Der Entlohnungsgrundsatz wirke eigenständig völlig unabhängig von einer solchen Nachwirkung unverändert fort

In der rechtlichen Begründung bezieht sich das BAG erneut auf die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung. Maßnahmen, die den Arbeitnehmer belasten, führten zu deren Unwirksamkeit. Diese Theorie solle verhindern, dass der Arbeitgeber dem Einigungszwang mit dem Betriebsrat durch Rückgriff auf arbeitsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten ausweicht. Dem Arbeitgeber dürfe im Übrigen aus der Unwirksamkeit der Maßnahme kein Vorteil erwachsen. In Fortführung der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung könne daher der Arbeitnehmer bei Verstoß des Arbeitgebers gegen die Mitbestimmungsrechte eine Vergütung auf der Grundlage der zuletzt mitbestimmten Entlohnungsgrundsätze fordern. Dies könne zu vertraglichen Ansprüchen und zugleich zu Ansprüchen aus kollektivem Recht führen.

Diese Entscheidung verdeutlicht die Tendenz, den gesamten Bereich freiwilliger Leistungen als Bestandteil des Entgeltsystems der Mitbestimmung zu unterstellen. Dies bedeutet, dass nicht nur die regelmäßige monatliche Vergütung, sondern auch die Zusatzleistungen in das betriebsverfassungsrechtliche Synallagma einbezogen werden wie beispielsweise alle Geld- und Leistungsprämien, Zulagen, vermögenswirksame Leistungen, Weihnachtsgeld, zusätzliches Urlaubsgeld, Leistungen aus Zielvereinbarungen und sonstigen Erfolgsbeteiligungen<sup>49</sup>. Inwieweit auch die aufgeschobenen Arbeitsentgelte aus Leistungen der betrieblichen Altersversorgung<sup>50</sup>, Altersvorsorge, Vergütung in Lebensarbeitszeitkonten u. dgl. betroffen sein könnten, ist nach dem derzeitigen Stand zweifelhaft. Die bisherige Rechtsprechung führt dazu, dass alle freiwilligen Leistungen fortwirken, weil das BAG sie der Mitbestimmung des Betriebsrats oder Personalrats über die Aufstellung von Entlohnungs- und Verteilungsgrundsätzen dadurch unterwirft, dass insgesamt alle Leistungen zusammen als Gesamtvergütung und nicht isoliert zu betrachten sind<sup>51</sup>. Diese Folge aus der bisherigen Rechtsprechung hat der 1. Senat im Beschluss vom 5.10.2010 – 1 ABR 20/09 –<sup>52</sup> neuerdings für freiwillige Leistungen nicht tarifgebundener Arbeitgeber in gewissem Umfang relativiert und wieder auf die Nachwirkung einer Betriebsvereinbarung abgestellt. Ist eine „zusätzliche“ Leistung alleiniger Gegenstand einer gekündigten teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung und will der Arbeitgeber

diese Leistung nicht mehr dotieren, tritt keine Nachwirkung der Betriebsvereinbarung ein, sobald der Arbeitgeber gegenüber dem Betriebsrat oder den Arbeitnehmern unmissverständlich erklärt hat, dass er für den bisherigen Leistungszweck keine Mittel mehr zur Verfügung stellt.<sup>53</sup>

### 3.8 Parallelität in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Linie des BAG weitestgehend übernommen. Es legt inhaltlich den Mitbestimmungstatbestand des § 75 Abs. 3 Nr. 4 BPersVG und entsprechendes Landesrecht ebenso aus wie das BAG denjenigen des § 87 Abs. 1 Nr. 10 (und 11) BetrVG.

Das BVerwG<sup>54</sup> hat seine frühere Eingrenzung des Tatbestandes auf „formelle“ Arbeitsbedingungen aufgegeben und bezieht in Übereinstimmung mit dem BAG „materielle“ Arbeitsbedingungen ein. Im entschiedenen Fall hatte ein nicht tarifgebundenes Forschungsinstitut auch in seiner Ostberliner Zweigstelle die Vergütungen nach BAT-West gezahlt und stellte dort auf BAT-Ost um. Dies bedeute bezogen auf das gesamte Institut eine Änderung der Verteilungsgrundsätze und unterliege daher der Mitbestimmung. Die „Tarifüblichkeit“ sperre nur Dienstvereinbarungen, nicht aber die Mitbestimmung bei der Maßnahme.<sup>55</sup> Freilich habe der Personalrat den im Umfang der geringeren Ost-Vergütungen in der Zweigstelle mitbestimmungsfrei herabgesetzten Dotierungsrahmen für den Gesamtbereich des Instituts bei der Mitbestimmung zu beachten.

Ebenso hat das BVerwG mit Urteil vom 20.11.2008<sup>56</sup> eine Parallelentscheidung zum Urteil des BAG vom 15.4.2008<sup>57</sup> in Sachen Sonderzahlung und Urlaubsgeld für Berliner Lehrer getroffen. Das BVerwG folgt dieser Entscheidung des BAG in vollem Umfang, auch hinsichtlich der Differenzierung zwischen tarifgebundenen Arbeitgebern, die eine übertarifliche Leistung mitbestimmungsfrei abbauen können, und nicht tarifgebundenen Arbeitgebern (Rz. 35, 36), der „Gesamtbetrachtung“ aller Entgeltkomponenten (Rz. 34) und vor allem zur „Auffang- und Ersatzfunktion der Mitbestimmung“ bei Wegfall der Tarifbindung (Rz. 37).

## 4. Stellungnahme

Indem die Rechtsprechung „Entgeltgrundsätze“ von ihrer Rechtsgrundlage löst, ihre Geltung vielmehr nur auf ihre bisherigen faktischen Praktizierung gründet, verliert eine Kündigung des zugrunde liegenden Tarifvertrages oder der zugrunde liegenden Betriebsvereinbarung jegliche Wirkung im Arbeitsverhältnis. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die bisherigen Regelungen weiter anzuwenden, und kann sogar mit neu eingestellten Arbeitnehmern nichts anderes wirksam vereinbaren, solange der Betriebs-/Personalrat nicht einer Änderung des Grundsatzes zugestimmt hat. Das Rechtsinstitut der Nachwirkung mit Wiedereröffnung der Vertragsfreiheit für vorhandene Arbeitnehmer sowie die Vertragsfreiheit neu eingestellter Arbeitnehmer haben inso-

49 So Engels, Anm. zu BAG vom 28.2.2006 – 1 ABR 4/05 AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 127; Reichold, FS Picker, S. 1079, 1087.

50 Diese Vision halten Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, Betriebsverfassungsgesetz 25. Aufl. Anm. 453 nicht für ausgeschlossen; so auch Reichold, FS Picker S. 1079, 1091; ders. BB 2009, 1470.

51 BAG 5.10.2010 – 1 ABR 20/09, ZTR 2011, 252 = NZA 2011, 598; hierzu Salamon: „Das kurze Gastspiel einer betriebsverfassungsrechtlich freiwilligen Gesamtvergütung“, NZA 2011, 549.

52 BAG 5.10.2010 – 1 ABR 20/09 – ZTR 2011, 252 = NZA 2011, 598 und dazu Salamon NZA 2011, 549.

53 vgl. Fn. 10.

54 BVerwG 9.12.1998 – 6 P 6.97 – BVerwGE 108, 135 = ZTR 1999, 428.

55 BVerwG 23.1.1982 – 6 P 19.80 – Buchh. 238.31 § 79 BaWüPersVG Nr. 3.

56 BVerwG 20.11.2008 – 6 P 17.07 – ZTR 2009, 100 = PersR 2009, 73.

57 BAG vom 15.4.2008 – 1 AZR 65/07 – ZTR 2008, 571.



weit keine Funktion mehr. Im Gegenteil führt – plakativ formuliert – die Kündigung einer tariflichen Vergütungsordnung auf der betrieblichen Ebene deren Allgemeinverbindlichkeit herbei.

Die daran geübte Kritik erscheint berechtigt. Indem die Rechtsprechung ihre Folgerungen isoliert und ausschließlich aus dem Blickwinkel eines betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungstatbestandes entwickelt und diesen verabsolutiert, blendet sie wesentliche Zusammenhänge im Gefüge von Tarifrecht, Betriebsverfassungsrecht und Individualvertragsrecht aus.

Dazu soll auf folgende Gesichtspunkte hingewiesen werden:

(1) Bei **tariflichen Vergütungsordnungen** greift die dargestellte Rechtsprechung in die Funktionsweise der Tarifautonomie ein.

Die tarifgesetzliche Nachwirkung gem. § 4 Abs. 5 TVG gewährleistet eine vereinbarungsoffene Überbrückung bis zum angezielten neuen Verhandlungsergebnis der Tarifvertragsparteien.

Für die vor Ablauf der bisherigen Regelungen beschäftigten Arbeitnehmer tritt kein rechtsfreier oder nur durch dispositives Gesetzesrecht auszufüllender Zustand ein. Auf der anderen Seite fördert die Möglichkeit, individuell mit ihnen – und ohnehin mit Neueingestellten – abweichende Vereinbarungen zu treffen, das Zustandekommen neuer tariflicher Regelungen. Das hat sich im Übrigen in der Tarifpraxis auch auf dem in den angeführten Entscheidungen behandelten Feld der Sonderzahlungen im öffentlichen Sektor beim Zustandekommen des TVöD und TV-L, ebenso im Tarifbereich der TÜV,<sup>58</sup> erneut gezeigt. In diesen bewährten und für die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie bedeutsamen Mechanismus greift die betriebsverfassungsrechtliche Rechtsprechung ein, indem sie die abgelaufenen tariflichen Entgeltgrundsätze faktisch auf der betrieblichen Ebene „zementiert“ und den Betriebsrat an die Stelle der Gewerkschaft setzt. Das Zustandekommen neuer tariflicher Regelungen wird dadurch nicht gefördert, sondern erübrigt sich, denn der status quo ante ist ja gesichert. Man kann das als Schützenhilfe für die Gewerkschaften, aber auch als Entwertung der Tarifautonomie sehen, zumal zwar „nur“ ein Ausschnitt der tariflich geregelten Gegenstände betroffen ist, aber das Entgelt einschließlich seines Systems den Kern des Auftrags der Tarifvertragsparteien ausmacht.

Auch dieser Gesichtspunkt lässt die Annahme (Unterstellung?) fragwürdig erscheinen, ein tariflicher Entlohnungsgrundsatz habe schon unter der Geltung des Tarifvertrages (sozusagen im Schatten) als „betrieblicher“ Grundsatz gegolten und setze diese Geltung nach Ablauf des Tarifvertrages, nunmehr ins Licht tretend, lediglich unverändert fort.

(2) War ein Entlohnungsgrundsatz in einer **Betriebsvereinbarung** enthalten (wie im Fall der Entscheidung vom 22.6.2010)<sup>59</sup>, ging es also nicht um das Dreiecksverhältnis „Tarifparteien/Betriebsparteien/Arbeitsvertragsparteien, dürfte es mit der Rechtsnatur der Betriebsvereinbarung als (Normen-)Vertrag erst recht nicht vereinbar sein, dass der Ablauf der Vereinbarung durch Kündigung sich überhaupt nicht auf die durch die Vereinbarung begründeten Entgeltgrundsätze auswirken soll. Wenn ein Vertrag zwischen zwei Parteien kündbar ist, muss sich die Kündigung zwischen ihnen auch auswirken. Dass die faktische Wirksamkeit der Kündigung eines zweiseitigen Vertrages davon abhängen soll, dass die andere Vertragspartei dem Ziel der Kündigung zustimmt, wäre ein rechtsgeschäftliches Novum. Nicht nur die betriebsverfassungsrechtliche Nachwirkung im Verhältnis zu den Normunterworfenen – welche die Entscheidung in sich konsequent als unerheblich anspricht –,

sondern schon die Kündigung selbst wäre funktionslos. Aus der Sicht des Kündigungsgegners erübrigt sich ein Neuabschluss, denn der alte Grundsatz gilt ja normativ fort. Damit wird auch in die gesetzlich vorgezeichnete Funktionsweise der Betriebsautonomie eingegriffen.

(3) Der Hinweis der Senate, der Arbeitgeber könne mitbestimmungsfrei das **Entgeltvolumen** absenken, wenn er dabei nur die bisherigen Entlohnungsgrundsätze und die sich daraus ergebenden Entgeltrelationen wahre, ist bei den üblichen differenzierten Entgeltstrukturen durch die Einbindung aller Zahlungen in eine „Gesamtvergütung“ mit Erhebung der genauen bisherigen „Stückelung“ nach Art, Höhe und Zeitpunkt aller Zahlungen in den Rang eines Entgeltgrundsatzes nicht nur praktisch wenig behilflich. Dieser Weg ist häufig vielmehr bereits rechtlich nicht gangbar, wenn nämlich tariflich begründete Sonderzahlungen in Rede stehen, die von den Tarifvertragsparteien in gesonderten Tarifverträgen vereinbart oder jedenfalls gesondert kündbar gestellt waren. So verhielt es sich beispielsweise bei der Kündigung der Tarifverträge über die („Weihnachts“-)Zuwendung und über das Urlaubsgeld im öffentlichen Dienst, die ja maßgeblich zur hier behandelten Entwicklung beitrug. Nachdem die tarifvertraglichen Regelungen der laufenden Entgelte (Grundvergütungen, Zulagen, Zuschläge usw.) in Kraft blieben, wäre eine „struktureneutrale“ Absenkung von vornherein nicht möglich gewesen. Immerhin aber deutet sich insoweit mit dem Beschluss vom 5.10.2010 eine leichte Modifizierung der Rechtsprechung an, wenngleich bislang nur für Betriebsvereinbarungen nicht tarifgebundener Arbeitgeber und nur für den vollständigen Wegfall eigenständig geregelter Sonderleistungen – also nicht, wo es um gekündigte Tarifverträge und/oder bloße Änderungen von Sonderleistungen geht.<sup>60</sup>

(4) Wenn die Tarifvertragsparteien bestimmte Entgeltbestandteile gesondert geregelt und gesondert kündbar gestellt haben, bedeutet das, dass sie auch eine von den übrigen Entgeltbestandteilen gesonderte Fortentwicklung dieser Leistungen (in welcher Richtung auch immer) ermöglichen wollten. Es kann nicht Aufgabe des Betriebsverfassungsrechts (oder Personalvertretungsrechts) sein, tariflich gewollte gesonderte Entwicklungen auf der betrieblichen Ebene dadurch zu unterbinden, dass solche Sonderzahlungen bei der Feststellung von Entgeltgrundsätzen in den „Topf“ der Gesamtvergütung geworfen werden und es damit sogar dann zu einer mitbestimmungspflichtigen Änderung der Grundsätze führt, wenn die Sonderzahlung für alle Arbeitnehmer einheitlich verändert wird.

<sup>58</sup> Bei den sich über Jahre hinziehenden Verhandlungen der Tarifvertragsparteien in der TÜV-Tariflandschaft haben die tarifgebundenen Arbeitgeber nach Kündigung der tariflichen Vergütungsordnung im Zeitraum der Nachwirkung von 1993 bis 1995 mit neu eingestellten Mitarbeitern Arbeitsverträge abgeschlossen, die in der Vergütung nicht mehr wie die abgelaufene tarifliche Vergütungsordnung das Besoldungssystem der Bundesbeamten übernommen haben, sondern in der Vergütung ausschließlich auf den Vergütungswert der Tätigkeit abstellten und ergänzend die Leistungsvergütung regelten. Die Betriebsräte hielten sich im Konsens mit der Gewerkschaft ÖTV bewusst zurück, um den Druck auf die Tarifvertragsparteien zur Inkraftsetzung einer neuen tariflichen Vergütungsordnung zu erhöhen und die Gewerkschaft nicht durch zwischenzeitlich abgeschlossene Betriebsvereinbarungen oder Regelungsabreden zu präjudizieren; jeder Vorgriff auf die Änderung der Vergütungsstruktur hätte sich aus der Sicht der Betriebsräte auch zum Nachteil der auf der Tarifebene verhandelnden Gewerkschaft auswirken können. Dieses Verhalten nutzte allen Beteiligten Die Betriebsräte hatten andererseits ein Interesse an der Neueinstellung qualifizierter Bewerber mit Vorstellungen über die Leistungs- und Erfolgsvergütung, die nicht zum Wettbewerber abwandern sollten. Die mit Neubeschäftigten abgeschlossenen Arbeitsverträge wurden im Konsens aller Beteiligten unter dem Vorbehalt des Inkrafttretens von Tarifverträgen abgeschlossen. vgl. Lehmann „Neue Tarifverträge TÜV“, ZTR 2010, 116, 120; ders. „Innovative Tarifverträge TÜV“ S. 24 sowie Anlage 1 S. 83 bis 88, Rainer Hampp Verlag, München 2010.

<sup>59</sup> BAG 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 –, ZTR 2010, 664; s. o. unter 3.7.2.

<sup>60</sup> vgl. Fn. 52 und 53.

(5) Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber des BetrVG bei kollektivrechtlich (durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung) begründeten Entgeltgrundsätzen die Bestandsschutzvorschriften des TVG/BetrVG außer Funktion setzen und durch unbegrenzte Fortgeltung überlagern wollte. Der Gesetzgeber des BetrVG 1972 hätte, wenn er § 4 Abs. 5 TVG 1969 dem Beteiligungsrecht des Betriebsrats hätte opfern wollen, dies im BetrVG 1972 entsprechend geregelt. Immerhin zieht sich die Beachtung der Tarifautonomie wie ein roter Faden durch das BetrVG 1972<sup>61</sup>. Der Gesetzgeber hätte daher den Fall, dass § 4 Abs. 5 TVG hinter § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zurücktreten muss, gerade wegen der Einschränkung der Privatautonomie im Rahmen des von ihm zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsprinzips geregelt oder regeln müssen. Diesen Fall der Entwertung des § 4 Abs. 5 TVG hat der Gesetzgeber aus gutem Grund so nicht geregelt. Er hat vielmehr durch den Inhalt der gesetzlichen Bestimmung des § 4 Abs. 5 TVG unmissverständlich bestimmt, dass in der Nachwirkung das Grundrecht auf Vertragsfreiheit wieder zum Zuge kommt. Die Gesetzgebung hat diesen auf Art. 2 GG basierenden Willen in der Zeit nach der Schaffung dieser Gesetzesnorm nicht geändert, weil arbeitsrechtliche Schutzgesetze die Privatautonomie sachgerecht eingrenzen, wie vor allem die seit der Schuldrechtsreform geltenden §§ 305 ff. BGB, nach denen vorformulierte Vereinbarungen der arbeitsgerichtlichen Inhaltskontrolle unterliegen.

Lenkt man den Blick auf das Ziel des § 4 Abs. 5 TVG, die Überbrückung der weggefallenen Inhalte der vormaligen Tarifnormen kraft Gesetzes zu gewährleisten, erkennt man, dass der Schutz der Mitarbeiter in der Nachwirkung gesetzlich gewährleistet ist und ebenso die nicht Tarifgebundenen vertragliche und gesetzliche Absicherungen haben.

Die Gleichwertigkeit der Grundrechte der Tarifautonomie nach Art. 9 GG und der Privatautonomie nach Art. 2 GG, hat der Gesetzgeber unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gelöst, indem er die zwingende und unmittelbare Wirkung von Tarifnormen nur auf die beiderseits Tarifgebundenen (§§ 3 Abs. 4 Abs. 1 TVG) erstreckt hat. Die Entscheidung für oder gegen die Tarifbindung erfolgt privatautonom, so dass insoweit die Privatautonomie gewahrt ist. Folgerichtig geht die gesetzliche oder vertragliche Tarifbindung im Zeitraum der Nachwirkung einer tariflichen Vergütungsordnung nach Wegfall der zwingenden Wirkung der ehemaligen Tarifnormen für die beiderseits Tarifgebundenen nicht weiter als im Zustand des tarifrechtlichen Zwangs der Tarifnormen. In der Nachwirkung entfällt nur die zwingende Wirkung der vormaligen Tarifnormen, nicht aber deren unmittelbare Wirkung, so dass der Arbeitgeber sich daran halten muss, wenn der vormalig Tarifgebundene seinen Besitzstand wahren will. Wenn sich daher im Nachwirkungszeitraum der vormalig an die zwingende Tarifnorm gebundene Mitarbeiter für die Aufrechterhaltung seines Besitzstands<sup>62</sup> entscheidet, liegt es in seiner privatautonomen Entscheidungsmacht, den Besitzstand nicht aufzugeben. In diesem Fall wirken die Tarifnormen als „Rechtsnormen“ i. S. des § 4 Abs. 5 TVG für den vormalig an die tarifliche Vergütungsordnung gebundenen Arbeitnehmer unmittelbar nach. Er ist und bleibt im Besitzstand geschützt.

Ebenso geschützt bleibt der ausschließlich vertraglich an den Inhalt der tariflichen Vergütungsordnung gebundene Arbeitnehmer während der Nachwirkung. Er braucht einer Abweichung von der vertraglich in Bezug genommenen Vergütungsordnung nicht zuzustimmen. Flankierend sind die vorgenannten Arbeitnehmergruppen durch das Kündigungsschutzgesetz, insbesondere durch § 2 KSchG vor einer Absenkung der materiellen Inhalte ihrer Arbeitsbedingungen geschützt. Darüber hinaus unterliegen die vertragliche Inhalte mit oder ohne Abweichung von der tariflichen Ver-

gütungsordnung der richterlichen Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB.

Für eine dritte Gruppe von Arbeitnehmern, die sich weder gesetzlich noch vertraglich an die Inhalte der vormaligen tariflichen Vergütungsordnung gebunden hat, spielt es ohnehin keine Rolle, ob die tarifliche Vergütungsordnung beendet ist oder nicht. Diese Mitarbeiter bedürfen nicht des kollektiven Schutzes. Sie müssen auch nicht gemäß einem nicht selten zu hörenden Argument vor sich selbst geschützt werden. Denn es steht in ihrer Entscheidungsfreiheit, der tarifvertragschließenden Gewerkschaft beizutreten und sodann an den kollektiven Regelungen teilzunehmen.

Die vierte Gruppe besteht aus den im Nachwirkungszeitraum neu eingestellten Arbeitnehmern. Bei neuen Arbeitsverhältnissen spielt weder die Überbrückung noch der Inhaltsschutz eine Rolle.<sup>63</sup> Der Meinung eines Teils der Rechtsliteratur, die Nachwirkung eines Tarifvertrags müsse auch die neuen Arbeitsverhältnisse aus Gründen der Gleichbehandlung erfassen, geht nicht in die richtige Richtung<sup>64</sup>. Denn die Mitarbeitergruppen der Tarifgebundenen und nicht Tarifgebundenen sowie der neu eingestellten Beschäftigten sind im Gruppenvergleich der Arbeitsverhältnisse ungleich zu bewerten. Ungleiches ist ungleich und Gleiches gleich zu behandeln, um Gleichheit herzustellen.

(6) Es fehlt eine rechtssystematisch nachvollziehbare Begründung, wie eine ehemals tarifliche Vergütungsordnung nach ihrem Ablauf und nach Wegfall der unmittelbaren und zwingenden Wirkung der Rechtsnormen auf der betrieblichen Ebene betriebsverfassungsrechtlich weiter wirken kann, obgleich die Betriebsparteien an ihrer Entstehung nicht beteiligt gewesen sind. Das BAG bezeichnet diese Erscheinung daher nicht als eine Betriebsvereinbarung, weil dieses „Etwas“ oder Phänomen nicht die Rechtsqualität einer Betriebsvereinbarung hat. Immerhin konnten die Betriebsparteien aus Rechtsgründen keinen Einfluss auf die Gestaltung der tariflichen Vergütungsordnung nehmen. Es handelt sich auch nicht um eine Regelungsabrede, weil sie nicht mit dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen der Betriebsparteien zustande gekommen ist und im Übrigen für ihre formelle Wirksamkeit zumindest auf Seiten des Betriebsrats der formellen Beschlussfassung bedürfte.

Dieses Phänomen ist nach der Rechtsprechung – wenn man die BAG-Entscheidungen richtig versteht – eine während der Geltung der tariflichen Vergütungsordnung schon immer betrieblich existierende Ordnung, die im Betrieb parallel zur tariflichen Vergütungsordnung kraft faktischer Anwendung der tariflichen Vergütungsordnung vorhanden gewesen sein soll und nun im Zeitraum der Nachwirkung der tariflichen Vergütungsordnung zu einer betriebsverfassungsrechtlichen Institution erstarkt.

Man könnte diese Institution mit dem Begriff „betriebsverfassungsrechtlich wirkende Macht des Faktischen“ umreißen oder vielleicht konkreter nach Reichold als eine im Betriebsverfassungsrecht geltende „betriebslich-kollektive

61 Beispiele sind § 3 BetrVG, § 87 Abs. 1 Einleitungshalbsatz BetrVG, § 77 Abs. 3 BetrVG, § 112 Abs. 1 Satz 4 BetrVG.

62 Nach Ablauf des Tarifvertrags wirken dessen Tarifnormen als Rechtsnormen grundsätzlich nur statisch nach. Sie bleiben in dem Zustand, in dem sie sich im Zeitpunkt der Beendigung der Tarifnormen befunden haben. Ausnahmsweise bleibt eine Dynamik in der Fortentwicklung der Normen grundsätzlich bestehen, wenn der Tarifvertrag diese Dynamik in seinen Normen bereits vor seiner Beendigung festgeschrieben hat.

63 Diesen Gesichtspunkt erkennt das BAG an, indem es den Standpunkt einnimmt, dass ein nachwirkender Tarifvertrag nicht neue Arbeitsverhältnisse erfasst; BAG 22.7.1998 – 4 AZR 403/97 –, BAGE 89, 241; 2.3.2004 – 1 AZR 271/03 – BAGE 109, 369; 7.5.2008 – 4 AZR 288/07 – NZA 2008, 886.

64 Däubler/Bepler, § 4 Rn. 815; Kempen-Zachert/Kempen § 4 Rn. 535 f.; Wiedemann/Wank, § 4 Rn. 330 f.; Gamillscheg Kollektives Arbeitsrecht Bd. 1 § 18 Ziffer 6 (S. 880); a.A. Löwisch/Rieble, § 4 Rn. 380.

**Übung**<sup>65</sup>. Reichold moniert, dass die Norm des § 77 Abs. 6 BetrVG als die einschlägige Regelung über die Nachwirkung einer Betriebsvereinbarung vom BAG zur Seite geschoben wird, weil sie rechtsdogmatisch nicht greifen kann. „Selbst wenn man diese Rechtserfindung als ‚betrieblich-kollektive Übung‘ rechtsdogmatisch verbrämen sollte, müsste sie am entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers scheitern, der seine Vorstellungen von Voraussetzungen und Grenzen einer Nachwirkung klar geregelt hat.“<sup>66</sup> Die faktische Anwendung soll nach der Rechtsprechung zu einer betriebsverfassungsrechtlichen Wirkung führen. Dies ist rechtssystematisch nicht richtig. Denn das Betriebsverfassungsgesetz kennt keine faktische Rechtsgrundlage.

Mit der Annahme, dass es nicht darauf ankomme, auf welchem Rechtsgrund die sogenannte „betriebsverfassungsrechtliche“ Vergütungsordnung beruht, ist durch Richterrecht ein Axiom geschaffen, das – wie in der Mathematik<sup>67</sup> – einen Ausgangssatz fiktiv zugrunde legt, dessen Richtigkeit nicht gewährleistet ist. Von ihm werden weitere Sätze und Regeln abgeleitet. Der Aufbau der weiteren Schlussfolgerungen auf dem Axiom lässt die dann folgenden weiteren Rechtssätze logisch erscheinen. Jedoch ist zweifelhaft und ungeklärt, ob und inwieweit das Axiom: „Es kommt auf den Entstehungsgrund nicht an“, die objektive Richtigkeit gewährleistet.

(7) Wäre die abgelaufene tarifliche Vergütungsordnung wegen der ihr vom BAG zuerkannten betriebsverfassungsrechtlichen Wirkung eine Betriebsvereinbarung oder Regelungsabrede, könnte sie nach § 77 Abs. 5 BetrVG gekündigt werden. Der ursprüngliche Parteiwille würde durch die Kündigung wieder beseitigt. Betriebsverfassungsrechtlich würde die Nachwirkung nach § 77 Abs. 6 BetrVG eintreten. Die vom BAG angenommene Figur der faktisch betriebsverfassungsrechtlich wirkenden Vergütungsordnung ist aber wegen des fehlenden Parteiwillens und der Einigung über dieses Rechtsinstitut keine Betriebsvereinbarung oder Regelungsabrede. Gleichwohl muss es auch für diese „Rechtsfigur“ eine rechtliche Möglichkeit geben, sie durch eine Kündigung wieder zu beseitigen, beispielsweise falls die tarifliche Vergütungsordnung von den Tarifvertragsparteien nicht wieder in Kraft gesetzt wird oder der Betriebsrat sich weigert, mit dem Arbeitgeber Veränderungen zu vereinbaren. Die Einigungsstelle kann ohne eine Kündigung dieser Rechtsfigur nicht tätig werden. Allein dieser Gesichtspunkt zeigt, dass das vom BAG geschaffene betriebsverfassungsrechtlich wirkende Gebilde keine Grundlage hat und rätselhaft bleibt.

(8) Rechtsdogmatisch leuchtet auch nicht ein, dass der nicht tarifgebundene Arbeitnehmer, der während der Geltung der tariflichen Vergütungsordnung die Vertragsfreiheit besaß, nunmehr nach Ablauf des Tarifvertrags durch die Einbindung in eine privatrechtsgestaltende betriebliche Zwangsordnung diese Vertragsfreiheit verliert mit der Aussicht, sie nach Inkraftsetzung der tariflichen Vergütungsordnung wieder zu erlangen.

(9) Ein „Entgeltgrundsatz“ i.S. des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG könnte, soweit man der Rechtsprechung über die nach Beendigung der tariflichen Vergütungsordnung betriebsverfassungsrechtlich weiter geltende Vergütungsordnung folgen wollte, nur in vollem Umfang parallel mit dem Tarifvertrag angenommen werden, d. h. einschließlich des Inhalts und Umfangs der nach einer Kündigung eintretenden Nachwirkung. Nur so ließe sich ein Wertungswiderspruch innerhalb des Systems und eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie vermeiden.

Das Argument des 1. Senats, es ergäbe sich dann, wenn man seiner Rechtsprechung über die betriebsverfassungsrechtliche (Weiter-)Geltung einer abgelaufenen tariflichen Vergütungsordnung nicht folgte, ein geringerer betriebsverfassungsrechtlicher Schutz des status quo als bei einer vom Arbeitgeber einseitig verfügten Vergütungsordnung, greift deshalb nicht durch, weil in den hier behandelten Fällen eine kollektivrechtlich legitimierte, gleichberechtigt vereinbarte Vergütungsordnung gegeben ist, die freilich auf die Möglichkeit einer Beendigung durch Kündigung angelegt und mit einem eigenen gesetzlichen Bestandsschutz- und Ablösungsmechanismus ausgestattet ist. Eine einseitig vom Arbeitgeber aufgestellte Vergütungsordnung ist damit nicht vergleichbar und kann deshalb keinen erhöhten „Schutzbedarf“ für kollektivrechtlich begründete Ordnungen rechtfertigen.

## 5. Fazit

Somit ist festzuhalten, dass bei tariflichen Vergütungsordnungen die gesetzliche Überbrückungsfunktion des § 4 Abs. 5 TVG ausreicht, um den Schutz der Arbeitnehmer zu sichern, und es dafür eines betriebsverfassungsrechtlichen Übergriffs in das Tarifrecht nicht bedarf. Richardi sagt zu Recht, dass die Mitbestimmung ein Mittel zum Schutz der Arbeitnehmer, jedoch nicht ein Instrument zu ihrer Bevormundung<sup>68</sup> ist. Bei auf Betriebsvereinbarung beruhenden Vergütungsordnungen muss es ebenfalls bei der betriebsverfassungsrechtlichen Nachwirkung sein Bewenden haben; die Abwegigkeit einer davon unabhängigen Weitergeltung nach Kündigung wird hier besonders offenkundig. Es steht zu hoffen, dass die hier wieder auf die Nachwirkung abstellende Entscheidung vom 5.10.2010<sup>69</sup> auf einen neuen Weg weist.

<sup>65</sup> Reichold, FS Picker 2010, S. 1079, 1091.

<sup>66</sup> Reichold, demnächst vorauss. in RdA 2011, Heft 5; ebenso Lobinger, RdA 2011, 76, 89 ff.

<sup>67</sup> Der Gedanke des Axiom stammt von dem Mathematiker Peano. Er lässt die Unterstellung einer nicht bewiesenen oder durch Erfahrungssatz belegbaren Prämisse zu, mit der ein Ausgangssatz fingiert und darauf aufbauend weitere Folgerungen abgeleitet werden.

<sup>68</sup> Reuter, SAE 1976, 17; Richardi, Betriebsverfassungsgesetz | BetrVG § 87 Rn. 436 | 12. Auflage 2010; ders. Betriebsverfassungsgesetz | BetrVG § 87 Rn. 29 | 12. Auflage 2010.

<sup>69</sup> BAG 5.10.2010 – ZTR 2011, 252 = NZA 2011, 598.