

Teil 8 A Grundzüge der betrieblichen Mitbestimmung

Inhaltsverzeichnis

	Rz.		Rz.
I. Ausgangspunkt der Mitbestimmung	1	4. Betriebsvereinbarung und Regelungsabrede als Gestaltungsinstrument	116
II. Grundlagen der obligatorischen Mitbestimmung	10	5. Einigungsstellenverfahren ..	127
III. Geltungsbereich des BetrVG		6. Beendigung und Änderung der Betriebsvereinbarung ...	133
1. Sachlicher Geltungsbereich .	21	a) Ende und Änderung der Betriebsvereinbarung	134
a) Öffentlicher Dienst	22	b) Wirkung der Beendigung	136
b) Tendenzbetriebe und Religionsgemeinschaften	26	c) Umfang der Mitbestimmung des Betriebsrats ...	137
c) Betriebe ohne Betriebsrat	30	VII. Folgen der Nichtbeachtung des Mitbestimmungsrechts	
2. Persönlicher Gestaltungsbereich	32	1. Allgemeines	138
a) Leitende Angestellte	36	2. Verschlechternde Regelungen	140
b) Rentner	42	3. Verbessernde Regelungen ..	141
c) Ausgeschiedene Arbeitnehmer (Versorgungsanwärter)	51	4. Besonderheiten bei selbstständigen Versorgungsträgern	148
IV. Gesetzliche und tarifliche Grenzen des Mitbestimmungsrechts	61	VIII. Gerichtliche Streitigkeiten	
1. Gesetzesvorrang	67	1. Streitigkeiten betriebsverfassungsrechtlicher Art	173
2. Tarifvorrang	79	2. Einsetzung der Einigungsstelle und gerichtliche Überprüfung	180
3. Mitbestimmung und Einzelfall	83	3. Gerichtliche Billigkeitskontrolle bei Betriebsvereinbarungen	197
V. Zuständige Organe der Betriebsverfassung	84	IX. Mitwirkung des Sprecherausschusses	
VI. Gegenstand und Durchführung der Mitbestimmung		1. Allgemeines	198
1. Informationsrechte	97	2. Unterrichts- und Beratungsrechte	199
2. Freiwillige und erzwingbare Mitbestimmung	105	3. Beschlussverfahren	201
3. Verhandlungspflicht und Initiativrecht des Betriebsrats	107		

Literatur Adam, Verwirkung im Betriebsverfassungsrecht?, AuR 2008, 169; Beck/Thole, Aktuelle Rechtsprechung des BAG zur betrieblichen Altersversorgung, ArbRAktuell 2022, 33; Birk, Die Mitbestimmung des Betriebsrates bei der betrieblichen Altersversorgung, 1983;

Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 8. Aufl. 2022; *Boecken/Düwell/Diller/Hanau*, Gesamtes Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2022 (zit. NK-BGB/Bearbeiter); *von Buddenbrock/Manhart*, Betriebliche Mitbestimmung in der betrieblichen Altersversorgung, BB 2011, 2293; *Dieterich*, Die Rechtsprechung des BAG zur Mitbestimmung des Betriebsrates bei der betrieblichen Altersversorgung, BetrAV 1976, 25; *Dieterich*, Betriebsverfassungsrecht und betriebliche Altersversorgung, NZA 1984, 273; *Fitting/Trebing/Linsenmaier/Scholz/Schmidt*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024; *Galperin/Löwisch*, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 2 Bde., 6. Aufl. 1982; *Gaul*, Der Geltungsbereich von Firmentarifverträgen bei bundesdeutschen Unternehmen mit Betrieben in der ehemaligen DDR, RIW 1990, Beil. 20; *Germelmann/Matthes/Prütting*, Arbeitsgerichtsgesetz, 10. Aufl. 2022; *Hanau*, Anm. zu BAG v. 13.7.1978 – 3 ABR 108/77, AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung; *Hanau*, Die Mitbestimmung in der betrieblichen Altersversorgung nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, BB 1976, 91; *Hanau*, Repräsentation des Arbeitgebers und der leitenden Angestellten durch den Betriebsrat?, RdA 1979, 324; *Heither*, Die Rechtsprechung des BAG zur Beteiligung des Betriebsrats bei der Ausgestaltung der betrieblichen Altersversorgung, DB 1991, 700; *Henssler/Krüger*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 9. Aufl. 2023 (zit. MüKoBGB/Bearbeiter); *Höfer/de Groot/Küpper/Reich*, BetrAVG, Band I: Arbeitsrecht, Loseblatt, Stand 28. Ergänzungslieferung Mai 2022 (zitiert: Höfer/Bearbeiter); *Höfer*, Anm. zu BAG v. 12.6.2007 – 3 AZR 186/06, RdA 2009, 54; *von Hoyningen-Huene*, Anm. zu BAG v. 9.5.1989 – 3 AZR 439/88, AP Nr. 18 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung; *von Hoyningen-Huene*, Ablösende Betriebsvereinbarung für ausgeschiedene Arbeitnehmer, Pensionäre und leitende Angestellte?, RdA 1983, 225; *von Hoyningen-Huene*, Die fehlerhafte Beteiligung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten – Rechtsfolgen und Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats, DB 1987, 1426; *Küttner*, Personalbuch, 31. Aufl. 2024; *Löwisch*, Kommentar zum Sprecherausschussgesetz, 2. Aufl. 1994; *Müller-Glöge/Preis/Schmidt*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023 (zitiert: ErfK/Bearbeiter); *Preis/Ulber*, Die Rechtskontrolle von Betriebsvereinbarungen, RdA 2013, 211; *Reinecke*, Zur Mitbestimmung des Betriebsrats in der betrieblichen Altersversorgung, AuR 2004, 328; *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz, 17. Aufl. 2022; *Rolfs*, Aktuelle Rechtsprechung zur betrieblichen Altersversorgung, NZA-RR 2020, 57; *Schnittker/Sittard*, Wie frei ist der Arbeitgeber? Betriebliche Altersversorgung und Mitbestimmung, NZA 2011, 331; *Sowka/Weiss*, Gesamtbetriebsvereinbarung und Tarifvertrag bei Aufnahme eines neuen Betriebs in das Unternehmen, DB 1991, 1518; *Straetmans*, Betriebsvereinbarung und Ruhegeld unter besonderer Berücksichtigung des grundlegenden Beschlusses des Bundesarbeitsgerichts v. 16.3.1956 (GS I/55), AuR 1969, 269; *Uckermann*, Das Recht der betrieblichen Altersversorgung, 2. Aufl. 2022; *Weng*, Der leitende Angestellte nach Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes und Einführung von Sprecherausschüssen, DB 1989, 628; *Westhoff*, Die Änderung der Versorgungsform in der betrieblichen Altersversorgung – Wechsel zwischen Direktzusage und Direktversicherung –, RdA 1979, 412; *Wiese/Kreutz/Oetker/Raab/Weber/Franzen/Gutzeit/Jacobs/Schubert*, Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Bd. II, 12. Aufl. 2022; *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 6. Aufl. 2021 (zitiert WHSS Umstrukturierung/Bearbeiter); *Wlotzke*, Die Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes und das Gesetz über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten (II), DB 1989, 173.

I. Ausgangspunkt der Mitbestimmung

- 1 Grundsätzlich können mit dem Betriebsrat alle Fragen der betrieblichen Altersversorgung geregelt werden. Unbeschadet der Reichweite der erzwingbaren Mitbestimmungsrechte aus § 87 BetrVG ergibt sich dies aus der umfassenden **funktionellen Zu-**

ständigkeit des Betriebsrats in sämtlichen **sozialen Angelegenheiten**.¹ So sind die Betriebsparteien außerhalb der erzwingbaren Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten nicht gehindert, diese zum Gegenstand einer freiwilligen Betriebsvereinbarung nach § 88 BetrVG zu machen.² Die Regelungskompetenz des Betriebsrats für die Errichtung einer unternehmens- oder konzerninternen Unterstützungskasse, Pensionskasse oder eines Pensionsfonds im Wege einer freiwilligen Betriebsvereinbarung stellt § 88 Nr. 2 BetrVG ausdrücklich klar. Darin ist aber nur ein Beispiel der möglichen Fallgestaltung freiwilliger Mitbestimmung im Bereich der betrieblichen Altersversorgung zu sehen.

Hinsichtlich der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten unterscheidet das BetrVG zwischen den erzwingbaren Mitbestimmungsrechten des § 87 BetrVG und den möglichen Gegenständen freiwilliger Betriebsvereinbarungen nach § 88 BetrVG. **Erzwingbare Mitbestimmungsrechte** nach § 87 BetrVG bezeichnen den **Kernbereich** der Mitwirkung des Betriebsrats an der Entscheidungsfindung des Arbeitgebers. Sie dienen dem Schutz der Arbeitnehmer. Im Bereich der betrieblichen Lohngestaltung sollen sie – über § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG – für Angemessenheit und Transparenz sorgen und die Wahrung der innerbetrieblichen Lohn- und Verteilungsgerechtigkeit gewährleisten.³ In Angelegenheiten der erzwingbaren Mitbestimmung kann von beiden Betriebspartnern eine Einigung über die **Einigungsstelle** erzwungen werden, während in anderen sozialen Angelegenheiten außerhalb des Mitbestimmungskatalogs des § 87 Abs. 1 BetrVG nur **freiwillige Betriebsvereinbarungen** abgeschlossen werden. Unabhängig von ihrer Erzwingbarkeit gelten die Betriebsvereinbarungen unmittelbar und zwingend nach § 77 Abs. 4 BetrVG und regeln so normativ den Inhalt der Arbeitsverhältnisse. Ein Verzicht durch den Arbeitnehmer auf durch eine Betriebsvereinbarung eingeräumte Rechte soll auch im Bereich der freiwilligen Betriebsvereinbarungen nur mit Zustimmung des Betriebsrats zulässig sein.⁴

Inwieweit der Betriebsrat im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht hat oder ob der Arbeitgeber grundsätzlich allein entscheiden darf, aber mit dem Betriebsrat Betriebsvereinbarungen abschließen kann, erschließt sich aus dem Gesetz nicht ohne Weiteres. Die **Abgrenzungsprobleme** im Bereich der Mitbestimmung anlässlich daraus resultierender betrieblicher Sozialleistungen führen zu großen praktischen Schwierigkeiten. Dies gilt für die betriebliche Altersversorgung aufgrund der oftmals erheblichen wirtschaftlichen Volumina in besonderem Maße. Zwar handelt es sich bei Leistungen der betrieblichen Altersversorgung meist um **freiwillige Leistungen**. Dies schließt die erzwingbare Mitbestimmung nach § 87 BetrVG indes nicht aus, sondern schränkt sie nur ein (vgl. ausf. Rz. 105 ff.).⁵

1 BAG v. 19.5.1978 – 6 ABR 25/75, AP Nr. 1 zu § 88 BetrVG 1972; BAG v. 27.6.1985 – 6 AZR 392/81, AP Nr. 14 zu § 77 BetrVG 1972; BAG v. 18.8.1987 – 1 ABR 30/86, NZA 1987, 779; Höfer/Höfer, Kap. 8 Rz. 1; Richardi/Richardi/Picker, § 77 Rz. 73.

2 BAG v. 16.7.1996 – 3 AZR 398/95, NZA 1997, 533.

3 BAG v. 2.3.2004 – 1 AZR 271/03, NZA 2004, 852; BAG v. 11.6.2002 – 1 AZR 390/01, NZA 2003, 570.

4 So jedenfalls LAG München v. 26.8.2020 – 5 Sa 761/19, Revision eingelegt: BAG v. 21.6.2022 – 10 AZR 421/20: sonstige Erledigung, Rücknahme.

5 Reinecke, AuR 2004, 328.

In der Grundsatzentscheidung der Einführung einer arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversorgung ist der Arbeitgeber indes frei.¹

- 4 In welchem Umfang der Betriebsrat die Mitbestimmungsrechte ausübt, liegt in seinem Ermessen, ein **Verzicht** auf Mitbestimmungsrechte ist jedoch nicht möglich.² Die Verletzung bzw. Missachtung des Mitbestimmungsrechts hat in der Regel die Unwirksamkeit der vom Arbeitgeber vorgenommenen Maßnahmen zur Folge (vgl. hierzu Rz. 138 ff.). Dem Betriebsrat steht bei Verletzung seiner Mitbestimmungsrechte aus § 87 BetrVG außerdem ein Anspruch auf Unterlassung der mitbestimmungswidrigen Maßnahmen gegen den Arbeitgeber zu.³ Die Verletzung bzw. Missachtung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats kann aber selbst keinen Anspruch auf eine betriebliche Altersversorgung begründen.⁴
- 5 Die **Betriebsvereinbarung** bietet gegenüber anderen Gestaltungsformen der Zusage – insbesondere einer Gesamtzusage – **erhebliche Vorteile**.⁵ Werden Ansprüche der Arbeitnehmer auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung auf der Grundlage einer Gesamtzusage oder betrieblichen Einheitsregelung begründet, so handelt es sich trotz der Besonderheiten ihres Zustandekommens um **vertragliche Ansprüche**.⁶ Derartig begründete Ansprüche unterliegen dem **Günstigkeitsprinzip** und können durch eine ungünstigere Betriebsvereinbarung nur dann abgelöst werden, wenn sie „betriebsvereinbarungsoffen“ ausgestaltet sind.⁷ Bei Betriebsvereinbarungen stellt sich dieses Problem nicht, denn im Verhältnis von Betriebsvereinbarungen zueinander gilt das **Ablösungsprinzip**, wonach die jüngere Betriebsvereinbarung die ältere ablöst.⁸ Insoweit stellt die Betriebsvereinbarung im Vergleich zu anderen Rechtsgrundlagen auch ein **Instrument der Flexibilität** dar. Sie ermöglicht es dem Versorgungsgeber, ohne Zustimmung jedes einzelnen Arbeitnehmers die Leistungen für die Zukunft einheitlich zu ändern, selbst wenn sie – unter Wahrung des Besitzstandes – für den Arbeitnehmer ungünstiger ist.

6–9 Einstweilen frei.

1 BAG v. 29.7.2003 – 3 ABR 34/02, NZA 2004, 1344; BAG v. 12.6.1975 – 3 ABR 13/74, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung.

2 BAG v. 29.1.2008 – 3 AZR 42/06, NZA-RR 2008, 469; Richardi/Richardi, § 77 Rz. 193 ff.; zur Verwirkung Adam, AuR 2008, 169.

3 BAG v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93, NJW 1995, 1044; BAG v. 17.10.2023 – 1 ABR 24/22, MMR 2024, 323.

4 BAG v. 24.1.2017 – 1 AZR 772/14, NZA 2017, 931, 935.

5 Schnitker/Sittard, NZA 2011, 331 (333).

6 Fitting, § 77 Rz. 368.

7 Fitting, § 77 Rz. 368 und 374. Vgl. hierzu insbesondere BAG v. 15.2.2011 – 3 AZR 35/09, NZA-RR 2011, 541.

8 Fitting, § 77 Rz. 332. Bei ablösenden Betriebsvereinbarungen ist im Bereich der betrieblichen Altersversorgung aber stets der besondere Vertrauensschutz im Hinblick auf erworbene Besitzstände (dreistufiges Prüfungsschema) zu beachten; vgl. ausf. hierzu Teil 15 Rz. 275 ff.

II. Grundlagen der obligatorischen Mitbestimmung

Bereits der Vorläufer des heutigen BetrVG – das BetrVG 1952 – kannte ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Verwaltung von Wohlfahrtseinrichtungen (s. § 56 Abs. 1e BetrVG 1952). So wurden im Bereich der betrieblichen Altersversorgung Pensionskassen, Unterstützungskassen und ähnliche zweckgebundene Sondervermögen der Mitbestimmung unterworfen. Dagegen unterlagen Leistungen der betrieblichen Altersversorgung, die im Wege der Direktzusage oder Direktversicherung gewährt wurden, nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats. 10

Das BetrVG 1972 erweiterte die Einflussmöglichkeiten des Betriebsrats anlässlich der Einführung und Änderung betrieblicher Versorgungszwecke erheblich. Zunächst wurde der **Mitbestimmungstatbestand zu Sozialeinrichtungen** in § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG in der Weise neu gefasst, dass der Betriebsrat seitdem nicht nur über die Verwaltung mitzubestimmen hat, sondern auch über Form und Ausgestaltung von Sozialeinrichtungen, soweit deren Wirkungsbereich auf den Betrieb, das Unternehmen oder den Konzern beschränkt ist. Die Auswechslung des Begriffs „Wohlfahrtseinrichtung“ durch den Begriff „Sozialeinrichtung“ bedeutete nur eine redaktionelle, keine inhaltliche Änderung.¹ Die Mitbestimmung des Betriebsrats wurde auf die primär zu treffenden Entscheidungen über die **Rechtsform** und die **Ausgestaltung** der Sozialeinrichtung erweitert. Dieser Mitbestimmungstatbestand ist hauptsächlich maßgebend für die Mitbestimmung bei Pensions- und Unterstützungskassen;² er kann aber auch für die Mitbestimmung bei Pensionsfonds maßgebend sein, wenn dieser Altersversorgungsleistungen nur für Mitarbeiter eines Betriebs, Unternehmens oder Konzerns erbringt.³ Keine Relevanz hat der Mitbestimmungstatbestand hingegen beim Durchführungsweg der Direktversicherung.⁴ Zur Anwendbarkeit des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG bei der Ausgestaltung eines unternehmens- oder konzerninternen CTAs zur Ausfinanzierung von Direktzusagen ausführlich unter Teil 8 B Rz. 163 f. 11

Der von der Rechtsprechung Anfang der 70er Jahre „entdeckte“ Entgeltcharakter der betrieblichen Altersversorgung⁵ und die vom BetrVG 1972 vorgenommene Aufhebung der Trennung von formellen und materiellen Arbeitsbedingungen⁶ haben darüber hinaus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zu einem weiteren Mitbestimmungstatbestand im Bereich der betrieblichen Altersversorgung werden lassen. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht in Fragen der **betrieblichen Lohngestaltung**, insbesondere bei der Aufstellung von Entlohnungs- 12

1 BAG v. 12.6.1975 – 3 ABR 13/74, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung; s.a. GK-BetrVG/Gutzeit, § 87 Rz. 716.

2 Vgl. LAG Rheinland-Pfalz v. 24.9.2019 – 6 Sa 384/17, BeckRS 2019, 37852, Rz. 43.

3 Höfer/Höfer, Kap. 8 Rz. 2.

4 Vgl. BAG v. 5.12.2013 – 10 AZB 25/13, AP ArbGG 1979 § 2 Nr. 98; BAG v. 14.11.2017 – 9 AS 8/17, BeckRS 2017, 164709.

5 Vgl. BAG v. 12.2.1971 – 3 AZR 83/70, AP Nr. 3 zu § 242 BGB Ruhegehalt Unterstützungskassen; BAG v. 10.3.1972 – 3 AZR 278/71, AP Nr. 156 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

6 Vgl. BAG v. 13.3.1973 – 1 ABR 16/72, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen; BAG v. 29.3.1977 – 1 ABR 123/74, NJW 1977, 1654; Fitting, § 87 Rz. 19 m.w.N.

grundsätzen¹ und der Einführung und Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung. Diese Vorschrift erlangt vor allem Bedeutung für die Mitbestimmung bei **Direktzusagen** und **Direktversicherungen** (eingehend Teil 8 B Rz. 161 ff.)² sowie für Unterstützungskassen, Pensionsfonds und -kassen (siehe Teil 8 B Rz. 201 ff.), die in ihrem Geltungsbereich über einen Betrieb, ein Unternehmen oder einen Konzern hinausgehen.³

- 13 Seit den **Grundsatzentscheidungen des BAG vom 12.6.1975**⁴ besteht eine Zweiteilung der Mitbestimmungstatbestände bei der betrieblichen Altersversorgung, die sich jedoch sachlich angesichts der weitgehenden interpretativen Angleichung beider Tatbestände kaum auswirkt. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungspflichtig ist die **Leistungsordnung** (der Verteilungsplan), also die Entscheidung, wie die zur Verfügung gestellten Mittel auf die Begünstigten zu verteilen sind, und – wenn Leistungen von einer Sozialeinrichtung erbracht werden – nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG die **Form, Ausgestaltung und Verwaltung** der Sozialeinrichtung. Ausschlaggebend bei der Zuordnung von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zur betrieblichen Lohngestaltung ist, dass diese neben dem Versorgungs- zugleich Entgeltcharakter hat, weil sie als Vergütung für geleistete Dienste und Betriebstreue auch Gegenleistung aus dem Arbeitsvertrag ist.⁵ § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG wirkt dabei wie ein Auffangtatbestand, sollte die inhaltlich weitergehende Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG nicht greifen.

14–20 Einstweilen frei.

III. Geltungsbereich des BetrVG

1. Sachlicher Geltungsbereich

- 21 Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats setzt die Anwendbarkeit des BetrVG und damit auch die Existenz eines Betriebsrats voraus. Die Voraussetzungen für eine Errichtung eines Betriebsrats liegen vor, wenn in einem Betrieb in der Regel fünf ständig wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt sind (§ 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG). Hat ein Unternehmen mehrere betriebsratsfähige Betriebe, kann in jedem ein Betriebsrat gewählt werden. Diese haben nach § 47 Abs. 1 BetrVG einen Gesamtbetriebsrat zu er-

1 D.h. „die allgemeinen Vorgaben, aus denen sich die Vergütung der Arbeitnehmer des Betriebs in abstrakter Weise ergibt“, BAG v. 23.7.2019 – 3 AZR 377/18, BeckRS 2019, 19410 Rz. 46 sowie LAG Rheinland-Pfalz v. 24.9.2019 – 6 Sa 384/17, BeckRS 2019, 37852, Rz. 45.

2 BAG v. 4.5.1982 – 3 AZR 1202/79, NJW 1983, 2159; BAG v. 12.6.1975 – 3 ABR 13/74, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung; Höfer/Höfer, Kap. 8 Rz. 3; von Buddenbrock/Manhart, BB 2011, 2293 (2294).

3 Höfer/Höfer, Kap. 8 Rz. 2.

4 BAG v. 12.6.1975 – 3 ABR 13/74, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung; BAG v. 12.6.1975 – 3 ABR 137/73, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung; BAG v. 12.6.1975 – 3 ABR 66/74, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung.

5 BAG v. 8.12.1981 – 3 ABR 53/80, AP Nr. 1 zu § 1 BetrVG Ablösung; GK-BetrVG/Gutzeit, § 87 Rz. 868 f.; Reinecke, AuR 2004, 328; Hanau, BB 1976, 91.

richten.¹ Das BetrVG gilt für alle Betriebe der Privatwirtschaft, mithin nicht für den öffentlichen Dienst. Ausgenommen vom Geltungsbereich des BetrVG sind im Weiteren Religionsgemeinschaften. Für Tendenzbetriebe gilt das Gesetz nur eingeschränkt. Für zahlreiche andere Bereiche, etwa Flugbetriebe und die Seeschifffahrt, gelten besondere Regelungen.²

a) Öffentlicher Dienst

Das BetrVG gilt **nicht im öffentlichen Dienst**, soweit keine Organisation in einer privatwirtschaftlichen Rechtsform vorliegt (§ 130 BetrVG). Im Bereich des öffentlichen Dienstes haben die Personalräte ein dem § 87 Abs. 1 Nr. 8 und 10 BetrVG weitgehend entsprechendes Mitbestimmungsrecht (vgl. für den Bund etwa § 75 Abs. 3 Nr. 4 und 5 BPersVG bzw. die entsprechenden Bestimmungen der Personalvertretungsgesetze der Länder). Aufgrund der verschiedenen gesetzlichen (Sonder-)Regelungen der Zusatzversorgung (vgl. § 18 Abs. 1 BetrAVG) und der zahlreichen Versorgungstarifverträge für Arbeitnehmer des Bundes, der Länder und der Gemeinden haben diese Mitbestimmungsrechte jedoch nur eine geringe praktische Bedeutung, da im Gleichlauf zum BetrVG auch im Personalvertretungsrecht der Gesetzes- bzw. Tarifvorrang gilt – so etwa nach § 75 Abs. 3 BPersVG.

Einstweilen frei.

23–25

b) Tendenzbetriebe und Religionsgemeinschaften

Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und **erzieherischen Einrichtungen** sind unbeschadet ihrer Rechtsform vom Geltungsbereich des BetrVG ausgenommen (§ 118 Abs. 2 BetrVG) – zumal sie zum Teil auch Körperschaften des öffentlichen Rechts sind und damit nach § 130 BetrVG nicht dem Anwendungsbereich des BetrVG unterfallen. Auf **Tendenzbetriebe** i.S.d. § 118 Abs. 1 BetrVG findet das Gesetz insoweit keine Anwendung, als die Eigenart des Unternehmens oder des Betriebs dem entgegensteht. Bei sozialen Angelegenheiten ist i.d.R. ein Tendenzbezug zu verneinen.³ So sind Fragen der betrieblichen Lohngestaltung – wozu die betriebliche Altersversorgung gehört – jedenfalls dann nicht dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats entzogen, wenn deren Ausgestaltung tendenzneutral ist.⁴ Dies ist in aller Regel der Fall.

Einstweilen frei.

27–29

¹ Vgl. BAG v. 18.9.2002 – 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670; *Fitting*, § 47 Rz. 7 ff.

² Vgl. hierzu *Fitting*, § 1 Rz. 45 f.

³ Vgl. BAG v. 13.6.1989 – 1 ABR 15/88, NZA 1990, 235; Richardi/*Forst*, § 118 Rz. 136 ff.; *Fitting*, § 118 Rz. 32 m.w.N.

⁴ Vgl. BAG v. 31.1.1984 – 1 AZR 174/81, NZA 1984, 167; einschränkend BAG v. 13.2.1990 – 1 ABR 13/89, NZA 1990, 575; Richardi/*Forst*, § 118 Rz. 144.

c) Betriebe ohne Betriebsrat

- 30 Eine gesetzliche Verpflichtung zur Einrichtung eines Betriebsrats existiert nicht; die Entscheidung liegt vielmehr allein bei den Arbeitnehmern des Betriebs. Wird in einem betriebsratsfähigen Betrieb kein Betriebsrat gebildet, können die Mitbestimmungsrechte nicht ausgeübt werden.¹ In **betriebsratslosen Betrieben** können lediglich Einzelvereinbarungen mit den Arbeitnehmern geschlossen werden. Zu beachten ist allerdings, dass sich die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nach § 50 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 BetrVG auch auf betriebsratslose Betriebe erstreckt. Dies gilt allerdings nur im Bereich der originären Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats, nicht aber im Zuständigkeitsbereich des lokalen Betriebsrats.²
- 31 Für einen Arbeitgeber ist in einem betriebsratslosen Betrieb die **Abänderung** von einmal erteilten **Versorgungszusagen erheblich erschwert**. Der Arbeitgeber kann nur mit den einzelnen Arbeitnehmern Änderungsvereinbarungen treffen; einseitig kann er Veränderungen nur im Wege der Änderungskündigung oder über einen Widerruf bzw. im Falle der Störung der Geschäftsgrundlage etwa bei wirtschaftlicher Notlage durchsetzen (zu diesen Formen der Änderungen s. ausf. Teil 15 Rz. 58 ff.). Dagegen können Arbeitgeber, bei denen ein Betriebsrat existiert, eine vertragliche Einheitsregelung oder Gesamtzusage bei **Betriebsvereinbarungsoffenheit** – die nach aktueller Rechtsprechung des BAG bei Gesamtzusagen in der Regel anzunehmen ist (s. hierzu Teil 8 B Rz. 82 ff.) – verschlechtern und bei fehlender Betriebsvereinbarungsoffenheit wenigstens unter Wahrung des Dotierungsrahmens **umstrukturieren**. Bei einer Verschlechterung einer vertraglichen Einheitsregelung oder Gesamtzusage, sofern diese betriebsvereinbarungsoffen sind, kommt das Günstigkeitsprinzip nicht zur Anwendung. Auf einer betrieblichen Einheitsregelung oder Gesamtzusage beruhende Ansprüche sind jedenfalls „betriebsvereinbarungsoffen“ ausgestaltet, wenn ein entsprechender ausdrücklicher oder konkludenter Änderungsvorbehalt vereinbart ist. Die Betriebsvereinbarungsoffenheit kann sich nach bisheriger Rechtsprechung schon daraus ergeben, dass die Änderungen in der Vergangenheit unter Beteiligung des Betriebsrats erfolgte oder bei deren Bekanntgabe darauf hingewiesen wird, dass diese auf mit dem Betriebsrat „abgestimmten“ Richtlinien beruht.³ Mittlerweile ist der Dritte Senat des BAG insoweit großzügiger und nimmt einen konkludenten Vorbehalt der Änderungsmöglichkeit durch Betriebsvereinbarung bei Gesamtzusagen regelmäßig an, da diese einen kollektiven Bezug aufweisen (s. ausf. Teil 8 B Rz. 82 ff.).⁴ Zu berücksichtigen bleiben aber weiterhin die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit.⁵ Sind Ansprüche aus einer Gesamtzusage oder betrieblichen Einheitsregelung nicht betriebsvereinbarungsoffen ausgestaltet, gilt das Günstigkeits-

1 Richardi/Maschmann, § 1 Rz. 119; Fitting, § 1 Rz. 376.

2 Richardi/Annufß, § 50 Rz. 50 f.; Fitting, § 50 Rz. 32.

3 Vgl. hierzu grundlegend BAG v. 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168; Fitting, § 77 Rz. 377.

4 Vgl. BAG v. 11.12.2018 – 3 AZR 380/17, AP BetrAVG § 1 Ablösung Nr. 78.

5 Vgl. BAG v. 17.6.2003 – 3 ABR 43/02, NZA 2004, 1110, BAG v. 30.1.2019 – 5 AZR 450/17, AP BGB § 611 Sachbezüge Nr. 25.

prinzip, wobei eine Neuordnung auf der Grundlage eines kollektiven Günstigkeitsvergleichs möglich bleibt.¹ Etwas anders gilt nur bei Störung der Geschäftsgrundlage.²

Die Benachteiligung von Arbeitgebern aufgrund der Verschlechterung einer betriebsvereinbarungsoffenen, vertraglichen Einheitsregelung oder Gesamtzusage, bei denen die Betriebe keinen Betriebsrat gewählt haben, hat zu der Forderung geführt, in betriebsratslosen Betrieben eine Änderung von Gesamtzusagen oder betrieblichen Einheitsregelungen nach den gleichen Maßstäben zuzulassen wie bei einer ablösenden Betriebsvereinbarung.³ Der Ansatz einer erleichterten Abänderbarkeit nach diesen Maßstäben soll nach jüngerer Rechtsprechung des Dritten Senats des BAG⁴ im Falle einer vertraglichen Einheitsregelung, die Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.v. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB enthält, durch eine ablösende Gesamtzusage tatsächlich in Betracht kommen.

2. Persönlicher Gestaltungsbereich

In persönlicher Hinsicht sind die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats beschränkt auf die in § 5 Abs. 1 BetrVG genannten **Arbeitnehmer**, also auf Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten und auf Heimarbeiter. Sie erstrecken sich hingegen **nicht** auf die **gesetzlichen Vertreter** juristischer Personen (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG), auf Personengesellschafter, Familienangehörige (vgl. näher § 5 Abs. 2 BetrVG) und leitende Angestellte (§ 5 Abs. 3 und 4 BetrVG).

Einstweilen frei.

33–35

a) Leitende Angestellte

Die Regelung von Versorgungszusagen für leitende Angestellte i.S.d. § 5 Abs. 3 und 4 BetrVG unterliegt nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats. Damit sind Versorgungsordnungen, die sich **ausschließlich an leitende Angestellte** richten, von der Mitbestimmung des Betriebsrats ausgeschlossen und der Regelung durch Betriebsvereinbarung entzogen.⁵ In der Praxis beziehen sich betriebliche Versorgungswerke gleichwohl häufig auf sämtliche Arbeitnehmer, ohne die Gruppe der leitenden Angestellten auszunehmen. Festzustellen ist in der Praxis außerdem oft, dass Arbeitnehmer als leitende Angestellte bezeichnet werden, die tatsächlich nicht den rechtlichen Anforderungen an einen leitenden Angestellten nach § 5 Abs. 3 BetrVG entsprechen. Diese unterliegen insoweit weiterhin der Mitbestimmung des Betriebsrates, sodass im Zweifel – sofern sich aus der Auslegung der Versorgungszusage an „Leitende“ nicht eine Anwendung auf den Personenkreis entsprechend der betrieblichen Nomenklatur

¹ Vgl. hierzu *Fitting*, § 77 Rz. 374.

² Vgl. BAG v. 17.6.2003 – 3 ABR 43/02, NZA 2004, 1110.

³ LAG Hamm v. 7.3.1989 – 6 Sa 1215/88, DB 1989, 931.

⁴ So BAG v. 11.12.2018 – 3 AZR 380/17, NZA 2019, 1082, 1089, wobei nach Auffassung des BAG auch für die „ablösende Gesamtzusage“ die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit gelten.

⁵ GK-BetrVG/*Gutzeit*, § 87 Rz. 736; Richardi/*Richardi/Maschmann*, § 87 Rz. 639.