

# Inhaltsverzeichnis

VORWORT.....	1
INHALTSVERZEICHNIS.....	I
§ 1. EINFÜHRUNG .....	1
§ 2. BAG-RECHTSPRECHUNG .....	5
A. AUSGANGSFÄLLE DES ERSTEN SENATS .....	5
I. Sachverhalt.....	5
II. Ergebnis .....	7
B. GANG DER UNTERSUCHUNG.....	8
§ 3. TARIFVERTRAG ALS ANSPRUCHSGRUNDLAGE .....	11
A. NACHWIRKUNG .....	11
I. § 4 Abs. 5 TVG .....	11
II. Dogmatische Begründung der Fortgeltung des Tarifvertrags .....	12
1. Tarifliche Weitergeltung.....	12
2. Gesetzliche Weitergeltung .....	13
3. Stellungnahme: gesetzliche Weitergeltung.....	14
III. Nachwirkung bei Neueinstellungen .....	17
1. Teil der Literatur: Nachwirkung auch bei Neueinstellungen.....	17
2. BAG: Keine Nachwirkung.....	18
3. Stellungnahme .....	20
a) Wortlaut .....	20
b) Sinn und Zweck des § 4 Abs. 5 TVG.....	21
c) Systematische Erwägungen: Vergleich mit § 3 Abs. 3 TVG .....	22
d) § 4 Abs. 5 TVG: Recht zur abweichenden Regelung .....	24
IV. Zwischenergebnis .....	26
B. GLEICHBEHANDLUNGSGRUNDSATZ.....	26
I. Vertragsfreiheit vs. Gleichbehandlung.....	26

# Inhaltsverzeichnis

---

II. Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz .....	28
III. Ungleichbehandlung in der Nachwirkungsphase .....	29
1. Keine Gleichbehandlung vor Einstellung .....	29
2. Keine Vergleichbarkeit .....	30
3. Keine willkürliche Schlechterbehandlung .....	31
IV. Ungleichbehandlung und Verzicht auf Bezugnahmeklausel .....	33
V. Ungleichbehandlung und Betriebsübergang .....	34
VI. Gleichbehandlungsgrundsatz iVm § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG .....	35
VII. Zwischenergebnis .....	37
 <b>§ 4. MITBESTIMMUNG DES BETRIEBSRATS GEM. § 87 ABS. 1 NR. 10 BETRVG ...</b>	<b>39</b>
A. BAG-RECHTSPRECHUNG .....	39
B. REGELUNG DES § 87 ABS. 1 NR. 10 BETRVG .....	41
I. Sinn und Zweck der Regelung des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG .....	41
II. Inhalt und Reichweite des Mitbestimmungsrechts .....	44
1. „Lohn“ iSd § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG .....	44
2. Lohnhöhe .....	46
3. Sog. Topftheorie .....	48
4. Unterschied zwischen tarifgebundenen und tariflosen Betrieben .....	50
a) BAG-Begründung in Bezug auf die Reichweite des Mitbestimmungsrechts .....	50
aa) Tarifgebundene Arbeitgeber .....	50
bb) Tariflose Betriebe .....	52
b) Zweifel an der Freiwilligkeit der Leistung .....	53
c) Keine Beschränkung der Kompetenz des Betriebsrats .....	56
d) Zwischenergebnis .....	57
5. Änderung des Lohns iSd § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG .....	58
a) BAG: Lohn als Gesamtheit der Gegenleistungen .....	58
b) Kritik .....	61
c) Lösungsvorschlag .....	63
III. Zwischenergebnis .....	64
C. KOMPETENZ DES BETRIEBSRATS BEI DER ÄNDERUNG DER ENTLOHNUNGSGRUNDSÄTZE	65
I. Das Mitbestimmungsrecht ist nicht gesperrt .....	66

1.	Keine Sperre gem. § 77 Abs. 3 BetrVG.....	66
2.	Keine Sperre gem. § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG .....	68
a)	Nachwirkung.....	69
b)	Bezugnahmeklausel.....	69
c)	Betriebsübergang .....	70
3.	Zwischenergebnis.....	70
II.	<i>Tarifliche Vergütungsordnung als die im Betrieb geltende Vergütungsordnung.....</i>	<i>71</i>
1.	Reihenfolge iRd § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.....	71
a)	Typische Reihenfolge .....	71
b)	BAG-Entscheidungen.....	71
2.	Auffassung des Ersten Senats .....	72
a)	Kernaussage.....	72
b)	Nachwirkender Tarifvertrag .....	74
aa)	Sachverhalt .....	74
bb)	Begründung des Ersten Senats.....	74
c)	Bezugnahmeklausel.....	76
aa)	Sachverhalt .....	76
bb)	Begründung des Ersten Senats.....	78
d)	Betriebsübergang .....	78
aa)	Sachverhalt: Beschluss vom 23.09.2003.....	79
bb)	Begründung des Ersten Senats: Beschluss vom 23.09.2003 .....	79
(1)	Betriebsübergang allein sei kein Geltungsgrund .....	79
(2)	Betriebsübergang vs. Nachwirkung bzw. Bezugnahmeklausel.....	81
cc)	Sachverhalt: Beschluss vom 08.12.2009.....	81
dd)	Begründung: Beschluss vom 08.12.2009 .....	82
(1)	Fortgeltung der tariflichen Vergütungsordnung .....	82
(2)	Tarifliche Bindung neuer Arbeitnehmer .....	83
(3)	Keine tarifliche Bindung neuer Arbeitnehmer .....	84
(4)	Betriebsvereinbarung.....	84
e)	Zwischenergebnis .....	85
3.	Neueinstellungen in der Nachwirkungsphase: Kritik .....	85
a)	Wortlaut des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG .....	86
b)	Sinn und Zweck der Regelung des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG .....	86

aa)	Arbeitnehmerschutz: Keine Verschlechterungsgefahr bei Neueinstellungen.....	87
bb)	Arbeitnehmerschutz: Schutz alter Arbeitnehmer vor billigeren Arbeitskräften.....	89
cc)	Gefahr für die Durchsichtigkeit der Lohngestaltung .....	90
dd)	Festsetzung statt Änderung der Entlohnungsgrundsätze .....	91
c)	Nachwirkung bei Neueinstellungen über die Anwendung des § 87 BetrVG? .....	92
d)	Privatautonomie vs. nachwirkender Tarifvertrag .....	93
e)	Kein Rechtsgrund für die Weitergeltung .....	96
aa)	Betriebsvereinbarung .....	96
bb)	Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung.....	96
cc)	§ 612 BGB.....	97
dd)	Betriebliche Übung .....	98
ee)	Zwischenergebnis .....	98
f)	Praktische Untauglichkeit der Lösung des Ersten Senats.....	99
aa)	Keine genauen Kriterien .....	99
bb)	Ausschluss der Nachwirkung durch die Tarifvertragsparteien .....	100
(1)	Zulässigkeit des Ausschlusses .....	100
(2)	Fortführung der Senatsrechtsprechung vs. Wille der Tarifvertragsparteien.....	100
(3)	Fortführung der Senatsrechtsprechung vs. Sperrwirkung des § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG.....	101
cc)	Zwischenergebnis .....	102
g)	Mehrere Vergütungsordnungen im Betrieb zulässig .....	102
h)	Aufgezwungene Gleichbehandlung .....	104
i)	Zwischenergebnis.....	104
4.	Neueinstellungen nach dem Verzicht auf die Bezugnahme Klausel: Kritik .....	105
a)	Sinn und Zweck des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG .....	106
b)	Kein Rechtsgrund für die Weitergeltung .....	106
c)	Privatautonomie und Bezugnahme Klausel.....	106
d)	Bezugnahme Klausel und Gleichbehandlung über den Umweg des § 87 BetrVG.....	108
e)	Dynamische Tarifbindung? .....	108
f)	Verweis auf den Großen Senat .....	109
g)	Zwischenergebnis .....	110
5.	Neueinstellungen nach dem Betriebsübergang auf einen nicht tarifgebundenen Betriebserwerber: Kritik .....	111

a) Widersprüchliche Beschlüsse des Ersten Senats.....	111
b) Kritikpunkte .....	112
aa) § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB vs. Tarifbindung.....	112
bb) Eintritt in die betriebsverfassungsrechtliche Stellung des Betriebsveräußerers....	115
(1) Betriebsvereinbarungen .....	115
(2) Tarifverträge .....	117
cc) Betriebliche Übung beim Betriebsveräußerer .....	119
dd) Bezugnahmeklausel beim Betriebsveräußerer .....	120
c) Zwischenergebnis .....	121
III. Ergebnis zur Kompetenz des Betriebsrats bei Änderungen.....	121
<b>§ 5. RECHTSFOLGEN DES VERSTOßES GEGEN § 87 ABS. 1 NR. 10 BETRVG.....</b>	<b>123</b>
A. KEINE GESETZLICHE REGELUNG .....	123
B. THEORIE DER WIRKSAMKEITSVORAUSSETZUNG.....	124
I. Aussage der Theorie und Begründungsansätze.....	124
II. Kritik an der Theorie.....	126
III. Kein Erfüllungsanspruch .....	127
IV. Zwischenergebnis .....	129
C. ANWENDUNG DER THEORIE DER WIRKSAMKEITSVORAUSSETZUNG DURCH DAS BAG ..	129
I. Ergebnis des Bundesarbeitsgerichts.....	129
1. Kein Erfüllungsanspruch.....	129
2. Doch ein Erfüllungsanspruch? .....	130
3. Begründung des Senats .....	131
a) Pflicht zur Anwendung der Entlohnungsgrundsätze.....	131
b) Zulässige Änderung der Entgelthöhe.....	132
c) Kein Anspruch ohne Anspruchsgrundlage .....	133
II. Literatur .....	134
III. Andere Gerichte .....	135
IV. Kritik und Stellungnahme .....	136
1. Keine benachteiligende Maßnahme.....	136
2. Keine Anspruchsgrundlage .....	139
a) Keine vertragliche Anspruchsgrundlage .....	139

# Inhaltsverzeichnis

---

b)	Mitbestimmungswidrigkeit ist keine Anspruchsgrundlage .....	141
c)	Keine Umdeutung gem. § 140 BGB möglich .....	142
aa)	Kenntnis des Arbeitgebers .....	143
bb)	Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts .....	144
cc)	Ersatzgeschäft .....	144
dd)	Parteiwille .....	145
ee)	Ergebnis .....	145
d)	Keine Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB möglich .....	145
e)	§ 612 BGB und Betriebliche Übung .....	146
f)	Zwischenergebnis .....	146
3.	Verstoß gegen die Privatautonomie .....	147
a)	Fremdbestimmung .....	147
b)	Umfang der Betriebsratsbefugnisse .....	148
aa)	Sinn und Zweck des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG .....	148
bb)	Konkrete Mitbestimmung bei der Hauptleistung .....	150
c)	Möglichkeiten der späteren Lohnsenkungen .....	153
aa)	Einvernehmliche Änderung .....	153
bb)	Betriebsvereinbarung .....	153
cc)	Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalt .....	155
dd)	Änderungskündigung .....	156
ee)	Folgen für den Arbeitgeber .....	156
d)	Zwischenergebnis .....	157
4.	Nachwirkung für Neueinstellungen über den Umweg der Mitbestimmung .....	158
5.	Aufzwingen einer Bezugnahmeklausel .....	158
6.	Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit? .....	159
a)	Negative Koalitionsfreiheit .....	159
b)	Ergebnis des Ersten Senats .....	160
c)	LAG Düsseldorf .....	161
d)	Stellungnahme .....	161
aa)	Rechtsstellung des Arbeitgebers nach der BAG-Rechtsprechung .....	161
bb)	Trotzdem kein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG .....	162
7.	Zwischenergebnis .....	163

<b>§ 6. ANSPRUCHSGRUNDLAGEN AUßERHALB DER BAG-RECHTSPRECHUNG</b>	<b>165</b>
A. ANSPRUCH AUF DEN TARIFLOHN GEM. § 612 ABS. 2 BGB .....	165
I. Entscheidung des LAG Baden-Württemberg .....	165
II. Literatur .....	166
III. Stellungnahme .....	167
1. Aussage des Gerichts: § 612 BGB .....	167
2. Anspruch auf Tariflohn? .....	168
a) „Übliche Vergütung“ .....	168
b) Übliche Vergütung bei fehlender Tarifbindung .....	169
c) Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzungen vs. § 612 BGB .....	171
IV. Zwischenergebnis .....	172
B. BETRIEBLICHE ÜBUNG .....	172
I. LAG Baden-Württemberg .....	172
II. Betriebliche Übung als Rechtsgrundlage für den tariflichen Lohnanspruch .....	173
1. Rechtsinstitut der Betrieblichen Übung .....	173
2. Anwendbarkeit auf Neueinstellungen .....	174
III. Zwischenergebnis .....	175
<b>§ 7. RECHTE DES BETRIEBSRATS NACH DEM BETRVG</b> .....	<b>177</b>
A. UNTERLASSUNGSANSPRUCH DES BETRIEBSRATS .....	177
I. Rechtsgrundlage .....	178
1. § 23 Abs. 3 BetrVG .....	178
2. Allgemeiner betriebsverfassungsrechtlicher Unterlassungsanspruch .....	178
3. Bedenken gegen den allgemeinen Unterlassungsanspruch .....	180
a) Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung als ausreichende Konsequenz? .....	180
b) § 87 Abs. 2 BetrVG als lex specialis? .....	182
c) Keine gesetzliche Regelung .....	184
d) § 23 Abs. 3 BetrVG und einstweiliger Rechtsschutz .....	184
e) Zwischenergebnis .....	186
II. Inhalt des Unterlassungsanspruchs .....	186
1. Sinn und Zweck des Unterlassungsanspruchs .....	186
2. Unterlassungsanspruch bei Neueinstellungen? .....	187

# Inhaltsverzeichnis

---

3. Zwischenergebnis.....	190
B. NEUEINSTELLUNG UND ERSTEINGRUPPIERUNG GEM. § 99 ABS. 1 BETRVG .....	190
I. Zustimmungsverweigerungsrecht gem. § 99 BetrVG.....	190
II. Rechte des Betriebsrats bei Einstellungen .....	191
III. Rechte des Betriebsrats bei Eingruppierungen .....	192
1. Rechtsnatur und Zweck des Mitbeurteilungsrechts .....	192
2. Eingruppierung und Vergütungsordnung iSd § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG .....	194
a) Anwendbare Vergütungsordnung.....	194
b) Änderung der Vergütungsordnung ohne Beteiligung des Betriebsrats.....	195
3. Allgemeiner Unterlassungsanspruch .....	197
IV. Zwischenergebnis .....	198
C. EINIGUNGSSTELLENVERFAHREN.....	199
I. Erzwingbare Mitbestimmung.....	199
II. Spruch der Einigungsstelle.....	199
1. Kompetenz der Einigungsstelle.....	199
2. Folgen für die Vergütungshöhe.....	201
III. Zwischenergebnis .....	204
D. AUSREICHENDER SCHUTZ OHNE BAG-LÖSUNG .....	204
<b>§ 8. LÖSUNGSVORSCHLAG FÜR DIE PRAXIS.....</b>	<b>207</b>
A. HEUTIGE RECHTSLAGE .....	207
B. INDIVIDUALVERTRAGLICHE VEREINBARUNGEN OHNE KOLLEKTIVEN TATBESTAND .....	208
C. ABSCHAFFUNG DER TARIFLICHEN VERGÜTUNGSORDNUNG .....	209
1. Keine Änderung der Entlohnungsgrundsätze .....	210
2. Mitbestimmungspflichtige Änderung der Entlohnungsgrundsätze .....	211
3. Stellungnahme .....	212
D. VOLLSTÄNDIGE STREICHUNG EINZELNER SONDERZUWENDUNGEN .....	214
E. KÜRZUNG ALLER VERGÜTUNGSBESTANDTEILE UM EINEN BESTIMMTEN PROZENTSATZ 215	
F. ERHÖHUNG DER WOCHENARBEITSZEIT .....	216
G. TARIFBINDUNG.....	217
I. Haustarifvertrag .....	217



II. <i>Abreden vor dem Wegfall der Tarifbindung</i> .....	217
H.    ERGEBNIS .....	218
<b>§ 9.    ZUSAMMENFASSUNG.....</b>	<b>221</b>
A.    AUFFASSUNG DES ERSTEN SENATS .....	221
B.    ERGEBNISSE DER UNTERSUCHUNG .....	221
<b>LITERATURVERZEICHNIS.....</b>	<b>233</b>