

Inhaltsverzeichnis

VORWORT.....	1
INHALTSVERZEICHNIS.....	I
§ 1. EINFÜHRUNG	1
§ 2. BAG-RECHTSPRECHUNG	5
A. AUSGANGSFÄLLE DES ERSTEN SENATS	5
I. <i>Sachverhalt</i>	5
II. <i>Ergebnis</i>	7
B. GANG DER UNTERSUCHUNG.....	8
§ 3. TARIFVERTRAG ALS ANSPRUCHSGRUNDLAGE	11
A. NACHWIRKUNG	11
I. <i>§ 4 Abs. 5 TVG</i>	11
II. <i>Dogmatische Begründung der Fortgeltung des Tarifvertrags</i>	12
1. Tarifliche Weitergeltung.....	12
2. Gesetzliche Weitergeltung	13
3. Stellungnahme: gesetzliche Weitergeltung.....	14
III. <i>Nachwirkung bei Neueinstellungen</i>	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. <i>Zwischenergebnis</i>	26
B. GLEICHBEHANDLUNGSGRUNDSATZ.....	26
I. <i>Vertragsfreiheit vs. Gleichbehandlung</i>	26

Inhaltsverzeichnis

II.	<i>Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz</i>	28
III.	<i>Ungleichbehandlung in der Nachwirkungsphase</i>	29
1.	Keine Gleichbehandlung vor Einstellung.....	29
2.	Keine Vergleichbarkeit.....	30
3.	Keine willkürliche Schlechterbehandlung.....	31
IV.	<i>Ungleichbehandlung und Verzicht auf Bezugnahmeklausel</i>	33
V.	<i>Ungleichbehandlung und Betriebsübergang</i>	34
VI.	<i>Gleichbehandlungsgrundsatz iVm § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG</i>	35
VII.	<i>Zwischenergebnis</i>	37
§ 4.	MITBESTIMMUNG DES BETRIEBSRATS GEM. § 87 ABS. 1 NR. 10 BETRVG ...	39
A.	BAG-RECHTSPRECHUNG	39
B.	REGELUNG DES § 87 ABS. 1 NR. 10 BETRVG	41
I.	<i>Sinn und Zweck der Regelung des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG</i>	41
II.	<i>Inhalt und Reichweite des Mitbestimmungsrechts</i>	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.	<i>Zwischenergebnis</i>	64
C.	KOMPETENZ DES BETRIEBSRATS BEI DER ÄNDERUNG DER ENTLOHNUNGSGRUNDsätze 65	
I.	<i>Das Mitbestimmungsrecht ist nicht gesperrt</i>	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>	71
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

Inhaltsverzeichnis

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 Bezugnahmeklausel: Kritik	105
a)	Sinn und Zweck des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG	106
b)	Kein Rechtsgrund für die Weitergeltung	106
c)	Privatautonomie und Bezugnahmeklausel.....	106
d)	Bezugnahmeklausel 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.	<i>Ergebnis zur Kompetenz des Betriebsrats bei Änderungen.</i>	121
§ 5.	RECHTSFOLGEN DES VERSTÖßES GEGEN § 87 ABS. 1 NR. 10 BETRVG	123
A.	KEINE GESETZLICHE REGELUNG	123
B.	THEORIE DER WIRKSAMKEITSVORAUSSETZUNG	124
I.	<i>Aussage der Theorie und Begründungsansätze.....</i>	124
II.	<i>Kritik an der Theorie.....</i>	126
III.	<i>Kein Erfüllungsanspruch</i>	127
IV.	<i>Zwischenergebnis</i>	129
C.	ANWENDUNG DER THEORIE DER WIRKSAMKEITSVORAUSSETZUNG DURCH DAS BAG ..	129
I.	<i>Ergebnis des Bundesarbeitsgerichts.....</i>	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.	<i>Literatur</i>	134
III.	<i>Andere Gerichte</i>	135
IV.	<i>Kritik und Stellungnahme</i>	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

§ 6. ANSPRUCHSGRUNDLAGEN AUßERHALB DER BAG-RECHTSPRECHUNG	165
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
§ 7. RECHTE DES BETRIEBSRATS NACH DEM BETRVG	177
A. UNTERLASSUNGANSPRUCH 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
§ 8. LÖSUNGSVORSCHLAG FÜR DIE PRAXIS.....	207
A. HEUTIGE RECHTS Lage	207
B. INDIVIDUALVERTRAGLICHE VEREINBARUNGEN OHNE KOLLEKTIVEN TATBESTAND	208
C. ABSCHAFFUNG DER TARIFLICHEN VERGÜTUNGSDORDNUNG	209
1. Keine Änderung der Entlohnungsgrundsätze	210
2. Mitbestimmungspflichtige Änderung der Entlohnungsgrundsätze	211
3. Stellungnahme	212
D. VOLLSTÄNDIGE STREICHUNG INDIVIDUALVERTRAGLICHER SONDERZUWENDUNGEN	214
E. KÜRZUNG ALLER VERGÜTUNGSDORDNUNGEN UM EINEN BESTIMMTEN PROZENTSATZ	215
F. ERHÖHUNG DER WOCHEARBEITSZEIT	216
G. TARIFBINDUNG.....	217
I. Haustarifvertrag	217

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