Kai Stumper

**Betriebsrat und Mitbestimmung Urteilssammlung 2017**

Copyright: © 2017 Kai Stumper

Alle Rechte vorbehalten,

insbesondere die der Weiterverbreitung in dateimäßiger Form oder als Druckwerk,

sowie die des öffentlichen Vortrags, der Rundfunksendung und der Fernsehausstrahlung sowie

der fotomechanischen Wiedergabe, auch einzelner Teile.

Inhalt

[1 LAG BW: „Personalplanung - Umfang des Unterrichtungsanspruchs - Zuständigkeit des Betriebsrats und Gesamtbetriebsrats“ 3](#_Toc500451971)

[2 BAG: „Vergütung nach bestehenden betrieblichen Entlohnungsgrundsätzen“ 24](#_Toc500451972)

[3 BAG: Technische Überwachungseinrichtung - Persönlichkeitsrecht“ 37](#_Toc500451973)

[4 BAG: „Mitbestimmung beim Gesundheitsschutz - Einigungsstelle - Vorliegen einer Gefährdung“ 57](#_Toc500451974)

[5 BAG: „Entlassungsverlangen des Betriebsrats“ 69](#_Toc500451975)

[6 BAG: „Antragsbefugnis des Betriebsrats - Arbeitsbefreiung“ 77](#_Toc500451976)

[7 LAG Nürnberg: „Outlook-Gruppenkalender - fehlende Betriebsratsbeteiligung“ 83](#_Toc500451977)

[8 BAG: „Anpassung der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern“ 89](#_Toc500451978)

[9 BAG: „Mitbestimmung bei Facebook“ 100](#_Toc500451979)

# LAG BW: „Personalplanung - Umfang des Unterrichtungsanspruchs - Zuständigkeit des Betriebsrats und Gesamtbetriebsrats“

**LAG Baden-Württemberg, 12.07.2017 - 2 TaBV 5/16**

**Tenor**

1. Auf die Beschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 23. März 2016 - 29 BV 311/15 - abgeändert.

Die Arbeitgeberin wird verpflichtet, dem Betriebsrat mindestens einmal jährlich vor Durchführung der Umsetzungskonferenzen „Führung und Vergütung" die Unterlagen zur Steuerung der betrieblichen Kennzahlen der Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte zur Verfügung zu stellen, bezogen auf die einzelnen E2-Einheiten (Bereiche) des Betriebs D. „Z." und auf die einzelnen Funktionen innerhalb der jeweiligen Bereiche und - soweit Fachketten einbezogen sind - auch darauf, jeweils unter Aufführung der Anzahl der zugeordneten Arbeitnehmer.

2. Die weitergehende Beschwerde des Betriebsrats wird unter Zurückweisung des Antrags im Übrigen zurückgewiesen.

3. Die Anträge des Gesamtbetriebsrats werden zurückgewiesen.

4. Die Rechtsbeschwerde wird für alle Beteiligten zugelassen.

**Gründe**

**I.**

1

Die Beteiligten streiten über Unterrichtungsansprüche des Betriebsrats und des Gesamtbetriebsrats im Bereich der Betriebs- und Personalorganisation.

2

Der Antragsteller ist der im Betrieb „Z.“ der Arbeitgeberin gebildete Betriebsrat. Der weitere Beteiligte ist der bei der Arbeitgeberin gebildete Gesamtbetriebsrat.

3

Die Arbeitgeberin ist ein Großunternehmen der Automobilindustrie mit mehreren Betrieben (Standorten) in Deutschland und der Welt. Bei der Arbeitgeberin finden kraft Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband die Tarifverträge der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg Anwendung. Dazu gehört auch der bei der Arbeitgeberin am 1. Januar 2007 eingeführte Entgeltrahmentarifvertrag (ERA-TV).

4

Die Ermittlung des Grundentgeltanspruchs der Beschäftigten nach dem ERA-TV richtet sich nach den eingestuften Arbeitsaufgaben, die im Anhang zum ERA-TV dokumentiert sind. In 122 tariflichen Niveaubeispielen werden die Arbeitsaufgaben exemplarisch beschrieben. Die Bewertung und Einstufung der Arbeitsaufgabe der einzelnen Beschäftigten erfolgt in einem Stufenwertzahlverfahren, in dem bestimmte Arbeitsanforderungen gewichtet und mit Punkten versehen werden. Die Gesamtpunktzahl einer Arbeitsaufgabe wird dann einer von 17 Entgeltgruppen des Tarifvertrages zugeordnet.

5

Im Betrieb „Z." arbeiten ca. 14.000 Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen, die mit Ausnahme der leitenden Führungskräfte in die Entgeltgruppen 2 bis 17 des Tarifvertrages eingruppiert sind.

6

Im Betrieb „Z.“ gibt es unter der Vorstandsebene vier Hierarchieebenen (E1, E2, E3, E4). Auf der Hierarchieebene E1 befinden sich die E1-Leiter (Direktoren), auf der Hierarchieebene E2 ca. 179 Bereichsleiter, auf der E3-Ebene ca. 850 Abteilungsleiter und auf der E4-Ebene ca. 2700 Teamleiter.

7

Begleitend zur Einführung des ERA-TV wurden bei der Arbeitgeberin mehrere Gesamtbetriebsvereinbarungen abgeschlossen, ua. die „Gesamtbetriebsvereinbarung zum Vergütungssystem in den Werken und Zentralbereichen der D. AG“, neugefasst am 16. September 2015 [sogenannte GBV Vergütungssystem] (Anl. B1, Bl. 270 ff. der zweitinstanzlichen Akte). Diese Gesamtbetriebsvereinbarung gilt für alle Beschäftigten in den Werken und Zentralbereichen der Arbeitgeberin mit Ausnahme der Führungskräfte der Ebene 1 bis 4. In einer Protokollnotiz zur GBV Vergütungssystem wurde vereinbart, dass die Vergütungsentwicklung der Mitarbeiter zukünftig ganzheitlich in einer Aktion im Führungsprozess diskutiert werden soll (Entwicklung tarifliches Grundentgelt, tarifliches Leistungsentgelt und übertarifliche Entgeltbestandteile). Bei diesem so genannten ganzheitlichen Führungs- und Vergütungsprozess (gFVP) handelt es sich um einen jährlichen vom Personalbereich der Arbeitgeberin gesteuerten Einkommensüberprüfungsprozess (zB gFVP 2011, Anl. K4, Bl. 85 ff. der zweitinstanzlichen Akte).

8

Erklärtes Ziel des gFVP ist es, die Vergütungsparameter für die Beschäftigten (tarifliches Grundentgelt, tarifliches Leistungsentgelt, übertarifliche Zulage und gegebenenfalls Belastungszulage) im Rahmen des Vergütungssystems und einer jährlichen Einkommensüberprüfung regelmäßig anzupassen.

9

Zentrale Steuerungsgrößen für das Grundentgelt der Beschäftigten sind bei der Arbeitgeberin der so genannte Musterbetrieb und das Bereichs-Soll. Ein Musterbetrieb bei der Arbeitgeberin ist ein real nicht existierender, für Planungszwecke geschaffener „perfekter, idealer Betrieb“. Bei der Arbeitgeberin gibt es 40 bis 50 Musterbetriebe. Diese Musterbetriebe werden regelmäßig standortübergreifend (also überbetrieblich) gebildet. Einem solchen Musterbetrieb werden über die Standorte/Betriebe der Arbeitgeberin hinweg (zB Werke S., B., W.) gleiche Standardaufgabenbeschreibungen oder Funktionsprofile (so genannte Jobfamilien oder Fachketten) zugeordnet. In einem derartigen Musterbetrieb werden also Sollstrukturen festgelegt. Im Planungsprozess der Arbeitgeberin werden dann die Sollstrukturen des Musterbetriebs auf die in den Standorten der Arbeitgeberin real existierenden Fachbereiche unter Berücksichtigung bereichsspezifischer Besonderheiten übertragen und das so genannte Bereichs-Soll gebildet. Dieses Bereich-Soll wird in der Regel auf der E2-Ebene, bei großen Einheiten auf der E3-Ebene abgeschlossen.

10

Anschaulich wird dieser Vorgang auf einer PowerPoint-Folie der Arbeitgeberin dargestellt (ERA-Bewertungssystematik und betriebliche Umsetzung bei der D. AG, Anl. K5, Seite 54, Bl. 156 der zweitinstanzlichen Akte). Danach gibt es als Musterbetrieb (auch Funktionsbereich, also Bereich mit identischen Funktionen) zB die mit dem Gesamtbetriebsrat vereinbarte Jobfamilie der Instandhalter. Die mit unterschiedlichen Arbeitsaufgaben betrauten Instandhalter (Instandhalter [IH] 1 bis 4) sind aufsteigend in die Entgeltgruppen 9 bis 12 des Tarifvertrages eingruppiert (so genannte Fachkette). Daraus errechnet die Arbeitgeberin für die Jobfamilie der Instandhalter (unter Berücksichtigung der idealen Besetzung der Instandhalter 1 bis 4) einen Solldurchschnitt von 10,25 (Stand Oktober 2011). Dieser Solldurchschnitt des Musterbetriebs wird dann in Gesprächen mit den Leitern der jeweiligen Fachbereiche zB auf den Rohbau im Werk S. unter Berücksichtigung bereichsspezifischer Besonderheiten heruntergebrochen und so das Bereichs-Soll von 10,40 für Instandhalter gebildet. Dh., die Instandhalter im Rohbau im Werk S. der Arbeitgeberin sollen idealtypisch durchschnittlich in 10,40 der tariflichen Entgeltgruppen eingruppiert sein.

11

Für die Durchführung des gFVP wird bei der Arbeitgeberin ein IT-Tool verwendet (ERAeCon). ERAeCon ist erklärtermaßen ein Instrument zur Vergütungsplanung für Führungskräfte bei der Arbeitgeberin (ERAeCon-Anwenderhandbuch für Führungskräfte Anl. K8, Bl. 178 ff. der zweitinstanzlichen Akte). Zwischen den Beteiligten ist unstreitig, dass es bei der Arbeitgeberin neben dem vorstehenden beschriebenen Vergütungsprozess Personalplanung gibt, in die der Gesamtbetriebsrat einbezogen ist (zB Anl. B3, Bl. 287 ff. der zweitinstanzlichen Akte: „Basiskompetenz Personalplanung“ für Mitglieder der Personalkommission des Gesamtbetriebsrats).

12

Der Antragsteller (Betriebsrat) ist der Ansicht, dass die Vorgabe der Arbeitgeberin von Soll-Entgeltgruppendurchschnitten Personalplanung darstelle und ihm deshalb ein Unterrichtungsrecht gem. den §§ 80 und 92 BetrVG zustehe. Die Vorgesetzten der einzelnen Bereiche müssten sich an den Soll-Entgeltgruppendurchschnitten orientieren und entsprechende Veränderungen im Zusammenhang mit Einstellung und Umstufung vornehmen, wenn der Ist-Entgeltgruppendurchschnitt davon abweiche. Die Vorgaben der Arbeitgeberin hätten Einfluss auf die konkrete Personalplanung.

13

Der Betriebsrat hat erstinstanzlich beantragt,

14

**1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, dem Antragsteller die Unterlagen zur Steuerung der tariflichen Entgeltgruppendurchschnitte in den einzelnen E2-Einheiten des Betriebs D. „Z.“ zur Verfügung zu stellen, hilfsweise in diese Einsicht zu gewähren.**

15

**2. Die Antragsgegnerin wird weiterhin verpflichtet, dem Antragsteller vorhandene und in den E2 Einheiten des Betriebs D. „Z.“ angewendete Unterlagen zu Musterbetrieben in den jeweiligen Funktionsbereichen zur Verfügung zu stellen, hilfsweise Einsicht zu gewähren.**

16

Die Arbeitgeberin hat erstinstanzlich beantragt,

17

**die Anträge zurückzuweisen.**

18

Die Arbeitgeberin ist der Meinung, dass der Betriebsrat keine Unterrichtungsansprüche hinsichtlich der bei der Arbeitgeberin gebildeten Musterbetriebe und der einzelnen Bereichs-Solls habe. Bei der Schaffung von internen Strukturen zur Steuerung der Wertigkeit einzelner Funktionsbereiche handele es sich um eine mitbestimmungsfreie Unternehmerentscheidung. Diese Planung der Personalorganisation sei der eigentlichen Personalplanung vorgelagert.

19

Das Arbeitsgericht hat mit Beschluss vom 23. März 2016 den Antrag des Betriebsrats zurückgewiesen.

20

Der angefochtene Beschluss ist der Ansicht, dass dem Betriebsrat keine Unterrichtungsansprüche zustehen. Bei der Erstellung von Musterbetrieben befinde sich die Arbeitgeberin in einem Stadium der unternehmerischen Entscheidung, wie sie ihren Betrieb abstrakt aufstellen will. Auch die Bildung des Bereichs-Solls und der anschließende Vergleich mit den Ist-Zahlen stelle noch keine Personalplanung dar, weil diesem Vergleich noch nicht zwingend eine personelle Maßnahme folge. Erst wenn die Führungskraft des Fachbereichs aus dem Vergleich der Soll-Zahlen und der Ist-Zahlen Konsequenzen ziehe und personelle Maßnahmen ins Auge fasse, sei das Stadium der Personalplanung erreicht und der Betriebsrat zu unterrichten. Im Übrigen wird auf die Gründe des angefochtenen Beschlusses Bezug genommen.

21

Gegen diesen dem Betriebsrat am 5. April 2016 zugestellten Beschluss richtet sich die beim Landesarbeitsgericht am 29. April 2016 eingelegte und innerhalb der verlängerten Begründungsfrist am 5. Juli 2016 ausgeführte Beschwerde des Betriebsrats.

22

Der Betriebsrat ist der Meinung, dass er Unterrichtungsansprüche hinsichtlich der bei der Arbeitgeberin gebildeten Musterbetriebe und der daraus abgeleiteten Soll-Bereichsentgeltgruppendurchschnitte habe. Dabei sei zunächst zu betonen, dass der Betriebsrat an keiner Stelle im gFVP beteiligt werde. Es erfolge keine Information über den Inhalt der jährlichen Planungskonferenzen und Umsetzungskonferenzen. Er werde in den jährlichen Personalplanungsgesprächen von der Personalabteilung lediglich über Mitarbeiterzahlen informiert und danach mit Zustimmungsanträgen gem. § 99 BetrVG konfrontiert. Der Betriebsrat ist der Auffassung, dass mit der Festlegung von Musterbetrieben eine Einflussnahme auf die Personalplanung im jeweiligen Bereich erfolge. Musterbetriebe seien ein Steuerungsinstrument, das direkten Einfluss auf die Personalfeinplanung und die sich daraus ergebenden personellen Einzelmaßnahmen habe. Die aus den Musterbetrieben abgeleiteten Soll-Bereichsentgeltgruppendurchschnitte seien entgegen der Meinung der Arbeitgeberin nicht nur unverbindliche Vorüberlegungen einer danach stattfindenden Personalplanung. Vielmehr verwende die Arbeitgeberin diese Kennzahlen als Vorgaben für die jeweiligen Bereichsvorgesetzten. Der Betriebsrat mache im vorliegenden Verfahren kein Mitbestimmungsrecht, sondern nur Informationsrechte geltend. Der Arbeitgeberin bleibe völlig frei, wie sie ihre Personalplanung vornehme. Sie müsse aber den Betriebsrat über Planungen so rechtzeitig und umfassend informieren, dass der Betriebsrat nach Erhalt der Informationen auf die Planungen der Arbeitgeberin noch Einfluss nehmen könne. Wegen des weiteren Vorbringens des Betriebsrats in der 2. Instanz wird auf dessen Schriftsätze vom 5. Juli 2016, 28. September 2016 und 31. Januar 2017 Bezug genommen.

23

Der Betriebsrat beantragt zuletzt,

24

**der Beschluss des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 23.03.2016, Aktenzeichen 29 BV 311/15, wird aufgehoben und es wird wie folgt erkannt:**

25

**1.) Die Beteiligte Ziffer 2 (Arbeitgeberin) wird verpflichtet, dem Beteiligten Ziffer 1 (Betriebsrat) mindestens einmal jährlich vor (hilfsweise: nach) Durchführung der Umsetzungskonferenzen „Führung und Vergütung“ die Unterlagen zur Steuerung der tariflichen Entgeltgruppendurchschnitte, hilfsweise: die betrieblichen Kennzahlen der Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte, jeweils bezogen auf die einzelnen E2-Einheiten (Bereiche) des Betriebs D. „Z.“ und darin auf die einzelnen Funktionen innerhalb der jeweiligen Bereiche und - soweit Fachketten einbezogen sind - auch darauf, jeweils unter Aufführung der Anzahl der jeweils zugeordneten Arbeitnehmer zur Verfügung zustellen, hilfsweise in diese Einsicht zu gewähren.**

26

**2.) Die Beteiligte Ziffer 2 (Arbeitgeberin) wird verpflichtet, dem Beteiligten Ziffer 1 (Betriebsrat) mindestens einmal jährlich vor (hilfsweise: nach) Durchführung der Umsetzungskonferenzen „Führung und Vergütung“ in den E2-Einheiten (Bereiche) des Betriebs D. „Z.“ angewendete Unterlagen zu Musterbetrieben in den jeweiligen Funktionsbereichen zur Verfügung zustellen, die die Musterbetriebe getrennt nach den einzelnen E2-Einheiten (Bereiche) im Betrieb und jeweils heruntergebrochen auf die einzelnen Fachketten, sowie auf die einzelnen Funktionen unter Angabe der Anzahl der Arbeitnehmer, die den jeweiligen Musterbetrieben, Funktionsketten und Funktionen zugeordnet sind, enthalten, hilfsweise in diese Einsicht zu gewähren.**

27

**3.) Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit Antrag Ziffer 1 wird beantragt, die Beteiligte Ziffer 2 (Arbeitgeberin) zu verpflichten, dem Beteiligten Ziffer 1 (Betriebsrat) mindestens einmal jährlich vor (hilfsweise: nach) Durchführung der Umsetzungskonferenzen „Führung und Vergütung“ die Unterlagen zur Steuerung der tariflichen Entgeltgruppendurchschnitte, hilfsweise: die betrieblichen Kennzahlen der Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte, jeweils bezogen auf die einzelnen E2-Einheiten (Bereiche) des Betriebs D. „Z.“ “, die sich ausschließlich auf den Betrieb D. „Z.“ erstrecken, und darin auf die einzelnen Funktionen innerhalb der jeweiligen Bereiche und - soweit Fachketten einbezogen sind - auch darauf, jeweils unter Aufführung der Anzahl der jeweils zugeordneten Arbeitnehmer zur Verfügung zustellen, hilfsweise in diese Einsicht zu gewähren.**

28

**4.) Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit Antrag Ziffer 2 wird beantragt, die Beteiligte Ziffer 2 (Arbeitgeberin) zu verpflichten, dem Beteiligten Ziffer 1 (Betriebsrat) mindestens einmal jährlich vor (hilfsweise: nach) Durchführung der Umsetzungskonferenzen „Führung und Vergütung“ in den E2-Einheiten (Bereiche) des Betriebs D. „Z.“ angewendete Unterlagen zu Musterbetrieben in den jeweiligen Funktionsbereichen, die sich ausschließlich auf den Betrieb D. „Z.“ erstrecken, zur Verfügung zustellen, die die Musterbetriebe getrennt nach den einzelnen E2-Einheiten (Bereiche) im Betrieb und jeweils heruntergebrochen auf die einzelnen Fachketten, sowie auf die einzelnen Funktionen unter Angabe der Anzahl der Arbeitnehmer, die den jeweiligen Musterbetrieben, Funktionsketten und Funktionen zugeordnet sind, enthalten, hilfsweise in diese Einsicht zu gewähren.**

29

**5.) Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit den Anträgen Ziffer 1 und 3 wird beantragt, die Antragsgegnerin (Arbeitgeberin) zu verpflichten, dem Antragsteller (Betriebsrat) die Unterlagen zur Steuerung der tariflichen Entgeltgruppendurchschnitte, hilfsweise: die betrieblichen Kennzahlen der Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte, in den einzelnen E2-Einheiten des Betriebs D. „Z.“ zur Verfügung zustellen, hilfsweise in diese Einsicht zu gewähren.**

30

**6.) Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit den Anträgen Ziffer 2 und 4 wird beantragt, die Antragsgegnerin(Arbeitgeberin) zu verpflichten, dem Antragsteller (Betriebsrat) vorhandene und in den E2-Einheiten des Betriebs D. „Z.“ angewendete Unterlagen zu Musterbetrieben in den jeweiligen Funktionsbereichen zur Verfügung zustellen, hilfsweise in diese Einsicht zu gewähren.**

31

**7.) Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit den Anträgen Ziffer 1, 3 und 5 wird beantragt, die Antragsgegnerin (Arbeitgeberin) zu verpflichten, dem Antragsteller (Betriebsrat) die Unterlagen zur Steuerung der tariflichen Entgeltgruppendurchschnitte, hilfsweise: die betrieblichen Kennzahlen der Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte, in den einzelnen E2-Einheiten des Betriebs D. „Z.“ , die sich ausschließlich auf den Betrieb D. „Z.“ erstrecken, zur Verfügung zustellen, hilfsweise in diese Einsicht zu gewähren.**

32

**8.) Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit den Anträgen Ziffer 2, 4 und 6 wird beantragt, die Antragsgegnerin(Arbeitgeberin) zu verpflichten, dem Antragsteller (Betriebsrat) vorhandene und in den E2-Einheiten des Betriebs D. „Z.“ angewendete Unterlagen zu Musterbetrieben in den jeweiligen Funktionsbereichen, die sich ausschließlich auf den Betrieb D. „Z.“ erstrecken, zur Verfügung zu stellen, hilfsweise in diese Einsicht zu gewähren.**

33

Nach Durchführung des ersten Anhörungstermins am 5. Oktober 2016 wurde der bei der Arbeitgeberin bestehende Gesamtbetriebsrat als weiterer Beteiligter im vorliegenden Verfahren beteiligt. Ihm wurden der Beschluss des Arbeitsgerichts und die zweitinstanzlichen Schriftsätze am 14. Oktober 2016 zugestellt.

34

Der Gesamtbetriebsrat schließt sich dem Vortrag und der rechtlichen Würdigung des Betriebsrats im vorliegenden Verfahren an und ist der Ansicht, dass - neben dem örtlichen Betriebsrat - auch dem Gesamtbetriebsrat die Unterrichtungsrechte zustehen. Der Anspruch auf Unterrichtung des örtlichen Betriebsrats und des Gesamtbetriebsrats stünden nicht in Konkurrenz zueinander, sondern seien von der Arbeitgeberin nebeneinander zu erfüllen. Der Gesamtbetriebsrat vertieft das Vorbringen des Betriebsrats. In diesem Zusammenhang führt er an, dass die im Rahmen der Jahresplanung als „Soll“ festgelegten Entgeltgruppendurchschnitte der Fachketten (zB Montage, Controlling) und einzelnen Funktionen (zB Anlagenwarte, Instandhalter) in den Musterbetrieben und davon abgeleitet in den einzelnen Bereichen der einzelnen Standorte entscheidende Steuerungsgrößen für tarifliches Grundentgelt und die individuelle Entwicklung der Mitarbeiter und damit für die Personalplanung iSd. § 92 BetrVG seien. Die Soll-Entgeltgruppendurchschnitte in den Musterbetrieben stellten die verbindliche Basis für die Ableitung der Soll-Entgeltgruppendurchschnitte der einzelnen Bereiche, differenziert nach einzelnen Funktionen an den einzelnen Standorten, und damit die Basis für die Personalplanung in den einzelnen Bereichen der einzelnen Standorte dar. Da mit der Festlegung der Entgeltgruppendurchschnitte auch Entscheidungen über Neueinstellungen, Versetzungen, Qualifizierungen und Höhergruppierungen/Abgruppierungen getroffen würden, seien sie als wesentliche Teilelemente der Personalplanung iSd. § 92 BetrVG anzusehen. Es sei lebensfremd anzunehmen, dass die jeweiligen Führungskräfte die Bereich-Soll-Werte lediglich als unverbindliche Vorgaben betrachteten und nicht bei personellen Maßnahmen berücksichtigten. Auch die Personalkostenplanung, wozu die Planung der Entgeltgruppendurchschnitte zu zählen sei, sei Teil der Personalplanung. Der Unterrichtungsanspruch des Gesamtbetriebsrats folge auch aus § 80 Abs. 2 BetrVG. Wegen des weiteren Vorbringens des Gesamtbetriebsrats wird auf dessen Schriftsätze vom 23. Dezember 2016, 18. April 2017 und 8. Mai 2017 Bezug genommen.

35

Der Gesamtbetriebsrat beantragt zuletzt,

36

1. Den Beschluss des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 23. März 2016, Az. 29 BV 311/15, abzuändern.

37

2. Die Beteiligte Ziffer 2 (Arbeitgeberin) zu verpflichten, den Beteiligten Ziffer 3 (Gesamtbetriebsrat) mindestens einmal jährlich vor (hilfsweise: nach) Durchführung der Umsetzungskonferenzen „Führung und Vergütung“, unter Zurverfügungstellung von Aufstellungen, über die tariflichen Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte, hilfsweise: die betrieblichen und überbetrieblichen Kennzahlen der Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte, jeweils bezogen auf die einzelnen Standorte, dort auf die E2-Einheiten (Bereiche) und darin auf die einzelnen Funktionen innerhalb der jeweiligen Bereiche und, soweit Fachketten einbezogen sind auch darauf, jeweils unter Aufführung der Anzahl der jeweils zugeordneten Arbeitnehmer zu unterrichten, hilfsweise in diese Unterlagen Einsicht zu gewähren.

38

3. Die Beteiligte Ziffer 2 (Arbeitgeberin) zu verpflichten, den Beteiligten Ziffer 3 (Gesamtbetriebsrat) mindestens einmal jährlich vor (hilfsweise: nach) Durchführung der Umsetzungskonferenzen „Führung und Vergütung“, unter Zurverfügungstellung von Unterlagen (Aufstellungen), über die tariflichen Soll-Entgeltgruppendurchschnitte, hilfsweise: die betrieblichen und überbetrieblichen Kennzahlen der Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte, der Musterbetriebe, getrennt nach den einzelnen E2-Einheiten (Bereiche) im Unternehmen und jeweils heruntergebrochen auf die einzelnen Fachketten, sowie auf die einzelnen Funktionen unter Angabe der Anzahl der Arbeitnehmer die den jeweiligen Musterbetrieben, Funktionsketten und Funktionen zugeordnet sind, zu unterrichten, hilfsweise in diese Unterlagen Einsicht zu gewähren.

39

Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit Anträgen Ziffer 2 und 3:

40

4. Die Beteiligte Ziffer 2 (Arbeitgeberin) zu verpflichten, dem Beteiligten Ziffer 3 (Gesamtbetriebsrat) die Unterlagen zur Steuerung der tariflichen Entgeltgruppendurchschnitte (Soll-Bereichsentgeltgruppendurchschnitte), hilfsweise: die betrieblichen und überbetrieblichen Kennzahlen der Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte, der einzelnen E2-Einheiten des Unternehmens zur Verfügung zu stellen, hilfsweise in diese Einsicht zu gewähren.

41

5. Die Beteiligte Ziffer 2 (Arbeitgeberin) zu verpflichten, dem Beteiligten Ziffer 3 (Gesamtbetriebsrat) vorhandene und in den E 2-Einheiten des Unternehmens angewendete Unterlagen zu Musterbetrieben in den jeweiligen Funktionsbereichen zur Verfügung zu stellen, hilfsweise in diese Einsicht zu gewähren.

42

Die Arbeitgeberin beantragt,

43

die Anträge des Betriebsrats und Gesamtbetriebsrats zurückzuweisen.

44

Die Arbeitgeberin verteidigt den angefochtenen Beschluss und ist der Meinung, dass weder der Betriebsrat noch der Gesamtbetriebsrat Unterrichtungsansprüche bezüglich der Musterbetriebe und des Bereichs-Soll haben.

45

Der Vergütungsprozess (gFVP) bei der Arbeitgeberin, in dem jährlich individuelle Vergütungsanpassungen geplant werden, finde völlig unabhängig vom eigentlichen Personalplanungsprozess statt. Vergütungs- und Personalplanungsprozess seien sowohl zeitlich, örtlich als auch ablaufmäßig vollständig getrennt. Im Gegensatz zum Personalplanungsprozess, in dem der Bedarf an zukünftigen Arbeitskräften geplant werde, befasse sich der Personalvergütungsprozess in keinster Weise mit Mitarbeiterzahlen („Köpfen“). Deshalb könnten die im Personalplanungsprozess selbstverständlich stattfindenden Beratungen mit dem Betriebsrat nicht auf den Vergütungsprozess übertragen werden. Die Planung der Personalorganisation falle nicht unter § 92 BetrVG.

46

Bei der Bildung von standortübergreifenden Musterbetrieben befinde sich die Arbeitgeberin noch in einem Stadium der unternehmerischen Entscheidung, wie sie vorhandene ERA-Funktionsbereiche (Jobfamilien) abstrakt aufstellen möchte. Ein solcher Musterbetrieb beschäftige sich nicht mit dem konkreten Personalbedarf. Auch der weitere Schritt, die Bildung des Bereichs-Solls, befasse sich nicht mit Auswirkungen auf das Personal und sei deshalb keine Personalplanung. Bei der Bildung des Bereichs-Solls übertrage die Arbeitgeberin lediglich die sich aus den Musterbetrieben ergebenden Soll-ERA-Wertigkeitsstrukturen auf die konkreten Fachbereiche. Die Bildung von Musterbetrieben und Bereich-Solls dienten allein dem Erkennen von Veränderungen der Wertigkeitsstruktur von Arbeitsaufgaben. Der sich aus den Musterbetrieben und dem Bereich-Soll ergebende Abgleich mit den Ist-Zahlen führe nicht zwingend zu personellen Maßnahmen. Die jeweilige Führungskraft eines Fachbereichs, die in diesem Prozess das IT-Tool ERAeCon einsetze, könne in diesem Prozess planen, wie sie einzelne Aufgaben auf die Mitarbeiter verteilt und ob sie mit den individuellen Wertigkeitsstrukturen noch in der vorgegebenen Soll-Struktur bleibt. Es sei überhaupt nicht verboten, wenn die „Ist-Struktur" über der „Soll-Struktur" liege. Dies sei in der Praxis sogar häufig der Fall. Die Bildung einer Soll-Struktur sei lediglich als Korrektiv für die jeweiligen Führungskräfte gedacht. Erst wenn die Führungskraft aus dem Soll-Ist-Vergleich in irgendeiner Richtung Handlungsbedarf sehe, sei das Stadium der Personalplanung erreicht.

47

Die Arbeitgeberin ist weiter der Auffassung, dass die vom Betriebsrat und Gesamtbetriebsrat gestellten Anträge mangels Vollstreckbarkeit unzulässig seien.

48

Sie ist weiterhin der Ansicht, dass der Betriebsrat im vorliegenden Verfahren nicht antragsbefugt sei. Die Musterbetriebe würden für die Werke und Zentralbereiche der Arbeitgeberin insgesamt und nicht nur auf einzelne Betriebe oder gar nur auf den Betrieb „Z." gebildet. Der für den Betrieb der Z. gebildete örtliche Betriebsrat könne keine Unterrichtungsansprüche bezüglich überbetrieblicher Strukturen haben.

49

Es sei auch der Grundsatz der Zuständigkeitstrennung zwischen den Gremien zu beachten. Die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung zwischen Betriebsrat und Gesamtbetriebsrat sei zwingend und unabdingbar. Entweder sei der Betriebsrat oder der Gesamtbetriebsrat zuständig. Wenn überhaupt, könne im vorliegenden Verfahren lediglich der Gesamtbetriebsrat einen Unterrichtungsanspruch haben.

50

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Arbeitgeberin in der 2. Instanz wird auf deren Schriftsätze vom 10. August 2016, 20. Februar 2017 und 18. Mai 2017 Bezug genommen.

**II.**

51

Die statthafte, form- und fristgerecht eingelegte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde des Betriebsrats ist zum Teil begründet. Der Betriebsrat hat einen Unterrichtungsanspruch bezüglich der betrieblichen Kennzahlen der Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte, bezogen auf die einzelnen E2-Einheiten (Bereiche) des Betriebs D. „Z.“ (1.). Dagegen ist die Beschwerde des Gesamtbetriebsrats nicht begründet (2.).

52

1. Der Antrag des Betriebsrats ist zulässig, insbesondere hinreichend bestimmt (a). Der Antrag des Betriebsrats ist teilweise begründet, soweit ihm ein Unterrichtungsanspruch bezüglich der im Betrieb „Z.“ gebildeten Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte zusteht (b).

53

a) Der Antrag des Betriebsrats ist zulässig.

54

aa) Der zuletzt geänderte Antrag des Betriebsrats ist zulässig, da die Arbeitgeberin ihre Einwilligung zur Antragsänderung gegeben hat (§§ 87 Abs. 2 ArbGG, 533 ZPO).

55

bb) Die Anträge des Betriebsrats sind auch hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

56

(1) Im Beschlussverfahren muss ein Antrag ebenso bestimmt sein wie im Urteilsverfahren. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO gilt auch für das Beschlussverfahren und die in ihm gestellten Anträge. Der jeweilige Streitgegenstand muss so konkret umschrieben werden, dass der Umfang der Rechtskraftwirkung für die Beteiligten nicht zweifelhaft ist. Der in Anspruch genommene Beteiligte muss bei einer dem Antrag stattgebenden Entscheidung eindeutig erkennen können, was von ihm verlangt wird. Das Gericht ist gehalten, eine entsprechende Auslegung des Antrags vorzunehmen, wenn hierdurch eine vom Antragsteller erkennbar erstrebte Sachentscheidung ermöglicht wird. Die Prüfung, welche Maßnahmen der Schuldner vorzunehmen oder zu unterlassen hat, darf dadurch grundsätzlich nicht in das Vollstreckungsverfahren verlagert werden (BAG 27. Juli 2016 - 7 ABR 16/14 - Rn. 13 juris). Aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes sind allerdings gewisse generalisierende Formulierungen unvermeidlich (Fitting BetrVG 28. Aufl. ArbGG Rn. 21).

57

(2) Entgegen der Rechtsansicht der Arbeitgeberin sind die gestellten Anträge des Betriebsrats bei gebotener Auslegung hinreichend bestimmt.

58

Der Betriebsrat begehrt im Kern Unterrichtung unter Zurverfügungstellung näher bezeichneten Unterlagen bezüglich der Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte und der Musterbetriebe. Die in den Anträgen aufgeführten Begriffe der Musterbetriebe, des Bereichs-Solls, der Umsetzungskonferenzen, der E2-Einheiten, der einzelnen Funktionen und Fachketten sind allen Beteiligten bekannt. Die Beteiligten wissen, was mit den bei der Arbeitgeberin gebräuchlichen Bezeichnungen gemeint ist. Die Daten sind im IT-Tool ERAeCon der Arbeitgeberin hinterlegt. Die Arbeitgeberin hat die technische Möglichkeit, die elektronisch gespeicherten Daten entsprechend dem Begehren des Betriebsrats zusammenzustellen und ihm zur Verfügung zu stellen, wie auch die in den Anhörungsterminen vorgelegten Screenshots beweisen.

59

b) Der Antrag des Betriebsrats ist teilweise begründet. Ihm steht ein Unterrichtungsanspruch bezüglich der im Betrieb „Z.“ gebildeten Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte zu.

60

Der Betriebsrat macht mit seinen Anträgen Unterrichtungsansprüche im Rahmen der Personalplanung gem. § 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG geltend.

61

Zum einen will der Betriebsrat über die betrieblichen Kennzahlen der Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte der E2-Einheiten des Betriebs D. „Z. " unterrichtet werden (Hauptantrag Nr. 1). Zum anderen macht er einen Unterrichtungsanspruch bezüglich der im Betrieb „Z." in den E2-Einheiten angewandten Unterlagen zu Musterbetrieben geltend (Hauptantrag Nr. 2).

62

Der Hauptantrag Nr. 1 ist begründet. **Die Bildung der Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte sind Teil der Personalplanung im Sinne des § 92 BetrVG.** Für diese auf den Betrieb „Z." beschränkte Personalplanung ist der Betriebsrat und nicht der Gesamtbetriebsrat zuständig (aa)). Dagegen ist der Hauptantrag Nr. 2 nicht begründet. Die bei der Arbeitgeberin gebildeten Musterbetriebe sind für die Organisation des jährlichen Vergütungsprozesses geschaffen worden. Sie sind nicht Teil der Personalplanung im Sinne des § 92 BetrVG. **Im Übrigen stünde ein Unterrichtungsrecht über diese betriebsübergreifenden Einheiten nicht dem Betriebsrat, sondern dem Gesamtbetriebsrat zu (bb))**.

63

aa) Der Betriebsrat hat einen Unterrichtungsanspruch bezüglich der im Betrieb „Z." für die E2-Einheiten gebildeten Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte gem. § 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.

64

Die Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte sind Teil der Personalplanung (1) und begründen ein rechtzeitiges und umfassendes Unterrichtungsrecht (2). Für diese auf den Betrieb „Z." beschränkte Personalplanung ist der Betriebsrat und nicht der Gesamtbetriebsrat zuständig (3).

65

(1) **Nach § 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über die Personalplanung, insbesondere über den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf, anhand von Unterlagen rechtzeitig und umfassend zu unterrichten.** Dabei ist für die Personalplanung der Arbeitgeber verantwortlich. In dessen Leitungsfunktion darf der Betriebsrat nicht eingreifen. Deshalb hat der Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht bei der Personalplanung, sondern Unterrichtungs- und Beratungsrechte in dem Umfang, in dem der Arbeitgeber Personalplanung durchführt (Fitting 28. Aufl. § 92 Rn. 21). Der Begriff „Personalplanung" ist im BetrVG nicht definiert. Nach der Begründung zum Regierungsentwurf soll § 92 Abs. 1 BetrVG sicherstellen, dass der Betriebsrat bereits zu einem möglichst frühen Zeitpunkt über die personelle Situation des Betriebes und deren Entwicklung umfassend anhand von Unterlagen unterrichtet wird und mit ihm die Maßnahmen sowie die Vorsorge zur Vermeidung von Härten für die Arbeitnehmer beraten werden (BT-Drucks . VI/1786 Seite 50). Demgemäß verstehen das BAG und die ganz überwiegende Ansicht in der Literatur unter Personalplanung jede Planung, die sich auf den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf in quantitativer und qualitativer Hinsicht, auf deren Deckung im weitesten Sinne und auf den abstrakten Einsatz der personellen Kapazität bezieht. Dazu gehören jedenfalls die Personalbedarfsplanung, die Personaldeckungsplanung (Personalbeschaffung, Personalabbau), die Personalentwicklungsplanung und die Personaleinsatzplanung (BAG 06. November 1990 - 1 ABR 60/89 - Rn. 23 juris, 08. November 2016 - 1 ABR 64/14 - Rn. 13 juris; Fitting aaO Rn. 9, GK-Raab 10. Aufl. § 92 Rn. 12 ff.). Auch die Personalkostenplanung ist Teil der Personalplanung im Sinne des § 92 BetrVG. Die Planung der Personalkosten betrifft die Kosten, die bei Erfüllung der Planziele Personalbeschaffung, -einsatz, -entwicklung und -abbau entstehen (Fitting aaO Rn. 20, EK-Kania 16. Aufl. § 92 Rn. 5, DKKW-Homburg 15. Aufl. § 92 Rn. 33, aA: GK-Raab aaO Rn. 18, differenzierend: Richardi/Thüsing 15. Aufl. § 92 Rn. 15).

66

Kernbereich jeder Personalplanung ist die **Personalbedarfsplanung**. Sie erfolgt vierdimensional. Zu berücksichtigen sind quantitative, qualitative, zeitliche und örtliche Elemente. Sie hat im Grundsatz danach zu fragen, wie viele Arbeitnehmer mit welcher Qualifikation an welchen Orten und für welche Zeit gebraucht werden, um die Unternehmensziele unter Beachtung der personalpolitischen Grundsätze zu verwirklichen. Dabei ist aber nicht nur nach der Zahl der gegenwärtig und zukünftig benötigten Arbeitnehmer zu fragen, sondern eine weitere Aufschlüsselung hinsichtlich der Qualifikation, des Zeitpunktes und der Dauer des zukünftigen Bedarfs vorzunehmen (Fitting aaO Rn. 11). Mit der Personalbedarfsplanung hängt die **Personalentwicklungsplanung** eng zusammen. Grundsätzliche Aufgabe der betrieblichen Personalentwicklungsplanung ist es, die Qualifikation der Mitarbeiter an die Bedarfsziele des Betriebes anzupassen (Fitting aaO Rn. 15). Die Erstellung von Anforderungsprofilen (Qualifikationsanforderungen) ist ein Bindeglied zwischen der Personalbedarfsplanung der Personalentwicklungsplanung. **Auch über die Einführung von Anforderungsprofilen sowie deren Bedeutung und Verwertung ist daher der Betriebsrat zu unterrichten** (DKKW-Homburg aaO Rn. 29).

67

Die Unterrichtung des Betriebsrats hat „über die Planung" zu erfolgen. Planung besteht im systematischen Suchen und Festlegen von Zielen sowie im Vorbereiten von Aufgaben, deren Durchführung zum Erreichen der Ziele erforderlich ist. Der Plan ist das Ergebnis der Planung. Das Stadium der Planung geht also der Entscheidung über den Plan voraus. **Der Betriebsrat ist in der Phase der Entscheidungsfindung, d.h. vor der Entscheidung über einen Plan zu beteiligen (Fitting aaO Rn. 26). Allerdings ist der Betriebsrat erst dann zu unterrichten, wenn die Überlegungen des Arbeitgebers das Stadium der Planung erreicht haben und nicht schon dann, wenn der Arbeitgeber nur wissen will, welche Handlungsspielräume ihm zur Verfügung stehen** (BAG 06. November 1990 - 1 ABR 60/89 - Rn. 26 juris).

68

Wenn man die vorgenannten Rechtsgrundsätze für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes heranzieht, ist die erkennende Kammer der Auffassung, dass die bei der Arbeitgeberin gebildeten Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte Personalplanung im Sinne des § 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG darstellen.

69

Zunächst werden bei der Arbeitgeberin auf einer standortübergreifenden Ebene Musterbetriebe gebildet, in denen identische Funktionsprofile (sogenannte Jobfamilien oder Fachketten) zugeordnet werden. In einem derartigen Musterbetrieb werden (ideale) Sollstrukturen festgelegt. Nach den Vorstellungen der Arbeitgeberin soll zB der Entgeltgruppendurchschnitt der Jobfamilie der Instandhalter 10,25 (in der Bandbreite der tariflichen Entgeltgruppen 9 bis 12) betragen (Stand Oktober 2011). Dieser standortübergreifende (ideale) Entgeltgruppendurchschnitt wird dann im Planungsprozess der Arbeitgeberin auf die Ebene der betrieblichen Bereiche heruntergebrochen und das so genannte Bereichs-Soll gebildet. Auf dieser Ebene werden bereichsspezifische Besonderheiten berücksichtigt und abgebildet. Unter Berücksichtigung dieser bereichsspezifischen Besonderheiten haben die Führungskräfte der Arbeitgeberin zB für die Instandhalter im Werk S. für den Rohbau einen Soll-Gruppendurchschnitt von 10,40 und im Presswerk einen Soll-Gruppendurchschnitt von 10,85 (jeweils Stand Oktober 2011) gebildet.

70

Die Bedeutung und die Auswirkungen dieser Bereich-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte ist zwischen den Beteiligten umstritten. Die Arbeitgeberin ist der Auffassung, dass die Bildung dieser Kennzahlen keine Auswirkungen auf die „Ist-Struktur" des jeweiligen Personalbereichs habe und die Soll-Struktur lediglich als Korrektiv für die jeweiligen Führungskräfte gedacht sei. Tatsächlich lägen die Ist-Zahlen in vielen Bereichen über den Soll-Zahlen ohne konkrete Auswirkungen. Die Bildung der Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte sei deshalb nur eine Vorüberlegung und keine Vorgabe der Arbeitgeberin und dem eigentlichen Personalplanungsprozess vorgelagert. Es könne in Einzelfällen allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass Vorgesetzte sich bei der Organisation ihres Personals an den Soll-Zahlen orientieren.

71

Dagegen ist der Betriebsrat der Ansicht, dass die Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte nicht nur der eigentlichen Personalplanung vorgelagerte und unverbindlichen Überlegungen der Arbeitgeberin seien, sondern von den Führungskräften der E2- und ausnahmsweise E3-Einheiten in vielen Fällen als klare Vorgabe der Arbeitgeberin zur Anpassung der Ist-Zahlen verstanden werden.

72

Die Bedenken des Betriebsrats sind nach Ansicht der Berufungskammer nicht von der Hand zu weisen. Die Bildung und Offenlegung der Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte ist geeignet, die jeweiligen Führungskräfte bei der Arbeitgeberin in ihren personalorganisatorischen Maßnahmen zu beeinflussen und auch psychologischen Druck auszuüben. Es kommt nicht darauf an, ob dieser psychologische Druck von der Arbeitgeberin beabsichtigt ist.

73

In dem den E2-Führungskräften bei der Arbeitgeberin zur Verfügung gestellten IT-Tool ERAeCon werden die Führungskräfte darüber belehrt, wie man Bereichs-Soll-Daten mit Ist-Werten vergleicht (Anwenderhandbuch für Führungskräfte Seite 17, zweitinstanzliche Anl. K8). Jede Führungskraft wird deshalb interessiert zur Kenntnis nehmen, ob ihr Bereich über oder unter den Soll-Werten liegt. Sonst hätten die Soll-Zahlen keinen Sinn. Die Führungskraft wird sich deshalb bei der Organisation ihres Personals an den Soll-Werten orientieren. Natürlich bleiben die den einzelnen Mitarbeitern übertragenen Arbeitsaufgaben Grundlage für die Bewertung und Einstufung der Arbeitsaufgaben und Zuordnung zur jeweiligen Entgeltgruppe des Tarifvertrages. Es ist bei lebensnaher Betrachtung jedoch nicht auszuschließen, dass die jeweilige Führungskraft abseits von Wertigkeiten der Arbeitsaufgaben auf das Bereichs-Soll schaut und dieses bei der Organisation des Personals berücksichtigt. Je nachdem ob das Bereichs-Ist über dem Bereichs-Soll liegt, kann diese Tatsache durchaus Einfluss auf Personalentscheidungen haben. So dürfte mehr „Luft für Beförderungen" sein, wenn das Bereichs-Soll über dem Bereichs-Ist liegt. Bei der gegenteiligen Konstellation könnte es sein, dass Höhergruppierungen restriktiver gehandhabt werden. Da der Aufstieg in einer jeglichen Arbeitsorganisation auch davon abhängt, dass (ideale) Zahlen eingehalten werden, wäre es lebensfremd anzunehmen, dass sich alle Führungskräfte der Arbeitgeberin von unsachlichen Motivationen völlig freimachen können. Erst diese Kenntnis des Betriebsrats über die Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte und die entsprechenden Ist-Zahlen versetzt ihn in die Lage, in Bereichen mit erheblichen Differenzen dieser Kennzahlen mitbestimmungspflichtige personelle Einzelmaßnahmen im Sinne des § 99 BetrVG sachkundiger und kritischer betrachten zu können. Erst dadurch besteht für ihn die gesetzgeberisch gewollte Möglichkeit, schon in einem frühen Stadium auf die Personalplanung des Arbeitgebers Einfluss nehmen zu können.

74

(2) Der Betriebsrat hat ein **rechtzeitiges und umfassendes Unterrichtungsrecht** bezüglich der vorstehend beschriebenen Personalplanung. Das Unterrichtungsrecht umfasst die **Zurverfügungstellung der erforderlichen Unterlagen**.

75

Die Unterrichtung des Betriebsrats ist „anhand von Unterlagen" vorzunehmen. Dabei hat der Arbeitgeber die Unterrichtung anhand derjenigen Unterlagen vorzunehmen, die er seiner Personalplanung zugrunde legt. Mit dem Begriff der Unterlagen werden nicht nur Schriftstücke erfasst, sondern auch sonstige Datenträger. Falls dem Arbeitgeber Informationen automatisiert zur Verfügung stehen, müssen auch sie den Betriebsrat zur Kenntnis gebracht werden (Richardi/Thüsing aaO 15. Aufl. § 92 Rn. 30). **Unterrichtung „anhand von Unterlagen" schließt die Vorlage der Unterlagen über die Personalplanung an den Betriebsrat mit ein. Dabei ist die Vorlage von Unterlagen umso notwendiger, als bei der Unterrichtung über die Personalplanung regelmäßig umfangreiche Daten benötigt werden. Ein bloßes Vorlesen oder Zitieren aus den Unterlagen oder lediglich der Einblick in die Unterlagen bzw. Datenträger, reicht nicht aus, um der vom Gesetz gewollten umfassenden Unterrichtung des Betriebsrats zu genügen** (vgl. DKKW/Homburg aaO Rn. 42, Fitting aaO Rn. 34a; aA nur für Einblick in die Unterlagen: GK/Raab aaO Rn. 27, Richardi/Thüsing aaO Rn. 32; EK/Kania aaO Rn. 7). Sowohl aus dem Sinn und Zweck des § 92 Abs. 1 BetrVG als auch nach der übergreifenden Norm des § 80 Abs. 2 Satz 2 1. Halbsatz BetrVG sind dem Betriebsrat die Unterlagen vorzulegen und zur Verfügung zu stellen, also zeitweilig zu überlassen (DKKW/Homburg aaO Rn. 43). Gerade beim vorliegenden Sachverhalt, wo es um umfangreiche Kennzahlen der jeweiligen Bereiche geht (Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte in den einzelnen E2-Einheiten), reicht für eine „umfassende" Unterrichtung ein flüchtiger Einblick in die bei der Arbeitgeberin vorhandenen Unterlagen und Datenträger nicht aus.

76

Die nach dem Gesetz erforderliche umfassende Unterrichtung des Betriebsrats führt dazu, dass die Arbeitgeberin dem Betriebsrat die Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte nicht nur (pauschal) für die einzelnen E2-Einheiten zur Verfügung stellen muss, sondern auch für die einzelnen Funktionen und gegebenenfalls Fachketten der jeweiligen E2-Einheiten, unter Angabe der Anzahl der zugeordneten Arbeitnehmer.

77

Gem. § 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat auch rechtzeitig zu unterrichten. Eine **rechtzeitige Unterrichtung soll dem Betriebsrat ermöglichen, auf das noch vorläufige Ergebnis der Überlegungen des Arbeitgebers vor dem Erstellen des Plans Einfluss nehmen zu können**. Deshalb muss die **Unterrichtung vor dem endgültigen Abschluss der Planung** erfolgen (Fitting aaO Rn. 28).

78

Beim vorliegenden Sachverhalt, wo im gFVP jährlich regelmäßig Umsetzungskonferenzen stattfinden (gFVP Regelkreis), in denen die individuelle Einkommensentwicklung geplant wird, bedeutet dies, dass die Arbeitgeberin den Betriebsrat mindestens einmal jährlich vor Durchführung dieser Umsetzungskonferenzen „Führung und Vergütung" zu unterrichten hat.

79

(3) Für die auf den Betrieb „Z." beschränkte Personalplanung ist der Betriebsrat und nicht der Gesamtbetriebsrat zuständig.

80

Grundsätzlich ist der Betriebsrat Träger der Rechte nach § 92 BetrVG. Nimmt der Arbeitgeber allerdings eine **betriebsübergreifende Personalplanung** vor, ist der **Gesamtbetriebsrat zuständig**. Insoweit bestimmte die Planungsvorgabe des Arbeitgebers über die betriebsverfassungsrechtliche Zuständigkeit (Fitting aaO § 92 Rn. 38, § 50 Rn. 51). Im Gegensatz zu den standortübergreifenden (überbetrieblichen) Musterbetrieben, die sich regelmäßig über den Betrieb D. „Z." hinaus erstrecken (sh. u.), bezieht sich die vom Betriebsrat begehrte Unterrichtung über die Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte (nur) auf die einzelnen E2-Einheiten des Betriebs D. „Z.". Deshalb steht dieser Unterrichtungsanspruch dem Betriebsrat zu.

81

bb) Der mit dem Hauptantrag Nr. 2 verfolgte Unterrichtungsanspruch bezüglich der im Betrieb „Z." in den E2-Einheiten angewandten Unterlagen zu Musterbetrieben ist nicht begründet. Dasselbe gilt für die Hilfsanträge des Betriebsrats.

82

Die bei der Arbeitgeberin gebildeten Musterbetriebe sind für die Organisation des jährlichen Vergütungsprozesses geschaffen worden. Sie sind nicht Teil der Personalplanung im Sinne des § 92 BetrVG (1). Ein Unterrichtungsanspruch des Betriebsrats ergibt sich auch nicht aus § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG oder § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 iVm. § 92 Abs. 2 BetrVG (2). Im Übrigen stünde ein Unterrichtungsrecht für diese betriebsübergreifenden Einheiten nicht dem Betriebsrat, sondern dem Gesamtbetriebsrat zu (3).

83

(1) Die in den regelmäßig standortübergreifenden Musterbetrieben gebildeten Kennzahlen (Soll-Entgeltgruppendurchschnitte) stellen im Gegensatz zu den Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitten keine Personalplanung im Sinne des § 92 BetrVG dar.

84

Wie bereits oben ausgeführt, werden in den Musterbetrieben (ideale) Soll-Entgeltgruppendurchschnitte für identische Funktionen erstellt. Diese (idealen) Kennzahlen werden im Planungsprozess der Arbeitgeberin dann auf die Ebene der betrieblichen Bereiche heruntergebrochen und unter Berücksichtigung der bereichsspezifischen Besonderheiten dort das Bereichs-Soll gebildet. Die Soll-Entgeltgruppendurchschnitte der Musterbetriebe sind also losgelöst von betrieblichen Besonderheiten und nur Ausgangspunkt für das Bereichs-Soll. Wenn man mit dem Betriebsrat davon ausgeht, dass die Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte personalorganisatorische Maßnahmen der Führungskräfte beeinflussen können, so gilt dies nicht für die abstrakten Kennzahlen der Musterbetriebe. Diese Kennzahlen sind der Ausgangspunkt für die Bildung für die Kennzahlen der einzelnen Bereiche. In diesen Bereichen werden die Kennzahlen der Musterbetriebe unter Berücksichtigung der dort bestehenden Besonderheiten angepasst. Die Anpassung kann nach oben und nach unten erfolgen. Wenn sich eine Führungskraft an den Soll-Kennzahlen orientiert, dann nur an den Kennzahlen des jeweiligen Bereichs. Die Kennzahlen der Musterbetriebe sind nicht geeignet, die Personalplanung der Führungskräfte zu beeinflussen.

85

(2) Der Betriebsrat hat auch keinen Anspruch auf Unterrichtung gem. § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG.

86

Soweit das Betriebsverfassungsgesetz in einzelnen Vorschriften Informationspflichten des Arbeitgebers statuiert, handelt es sich um Sonderregeln, die hinsichtlich Voraussetzungen und Umfang der Informationspflicht als leges speciales § 80 Abs. 2 Satz 1 vorgehen und deshalb die Informationspflicht jedenfalls in Bezug auf die jeweils konkret anstehende Aufgabe abschließend regeln (BAG 26. Januar 1995 - 2 AZR 386/94 - Rn. 38 juris).

87

Ein Unterrichtungsanspruch ergibt sich deshalb auch nicht aus § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 iVm. § 92 Abs. 2 BetrVG.

88

(3) Im Übrigen stünde ein Unterrichtungsrecht bezüglich der betriebsübergreifenden Einheiten der Musterbetriebe nicht dem Betriebsrat, sondern dem Gesamtbetriebsrat zu.

89

Wie oben bereits erwähnt, ist für eine betriebsübergreifenden Personalplanung nicht der Betriebsrat, sondern der Gesamtbetriebsrat zuständig. Auch aus diesem Grund hat der Betriebsrat keinen Anspruch auf Unterrichtung über die in den standortübergreifenden Musterbetrieben erstellten Kennzahlen.

90

(4) Auch die Hilfsanträge Nr. 4, 6 und 8 des Betriebsrats ist nicht begründet. Die in den Musterbetrieben gebildeten Kennzahlen stellen keine Personalplanung im Sinne des § 92 BetrVG dar.

91

2. Die zulässige Beschwerde des Gesamtbetriebsrats ist nicht begründet.

92

a) Die Beschwerde des Gesamtbetriebsrats ist zulässig.

93

Der erstmals im Beschwerdeverfahren beteiligte Gesamtbetriebsrat kann die vorliegenden Sachanträge, mit denen er eigene Unterrichtungansprüche geltend macht, stellen. **Zwar ist der Gesamtbetriebsrat durch den angefochtenen Beschluss des Arbeitsgerichts nicht beschwert. Er ist jedoch vom Beschwerdegericht von Amts wegen als weiterer Beteiligter gem. § 83 Abs. 3 ArbGG beteiligt worden. Gemäß dieser Norm haben in einem Beschlussverfahren neben dem Antragsteller diejenigen Stellen ein Recht auf Anhörung, die nach dem Betriebsverfassungsgesetz im einzelnen Fall beteiligt sind. Das sind alle Stellen, die durch die begehrte Entscheidung in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Stellung unmittelbar betroffen werden**. **Die Beteiligung hat das Gericht von Amts wegen zu ermitteln** (BAG 08. Juni 2004 - 1 ABR 4/03 - Rn. 10 juris). Unterbleibt eine Beteiligung in der 1. Instanz, kann sie im Beschwerdeverfahren nachgeholt werden (LAG Hamm 14. August 2009 - 10 TaBV 175/08 - Rn. 52 juris). In einem Verfahren, in dem über ein umstrittenes Mitbestimmungsrecht des örtlichen Betriebsrats zu entscheiden ist, ist der Gesamtbetriebsrat zu beteiligen, wenn die Entscheidung über die fehlende Regelungskompetenz des örtlichen Betriebsrats zugleich die Zuständigkeit bzw. Unzuständigkeit des Gesamtbetriebsrats bedeutet. Das gilt selbst dann, wenn der Gesamtbetriebsrat eine eigene Regelungszuständigkeit nicht ausdrücklich in Anspruch genommen hat (Schwab/Weth ArbGG 4. Aufl. § 83 Rn. 78, BAG 08. Juni 2004 aaO Rn. 11). Allerdings ist der Gesamtbetriebsrat nur zu beteiligen, wenn er durch die Entscheidung unmittelbar in seiner Rechtsstellung betroffen werden kann. Voraussetzung dafür ist, dass eine Rechtsposition des Gesamtbetriebsrats materiell-rechtlich ernsthaft in Frage kommt (BAG 28. März 2006 -1 ABR 59/04 - Rn. 12 juris).

94

Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. Die Arbeitgeberin beruft sich ua. auf die fehlende Kompetenz des Betriebsrats, über den eigenen Betrieb hinaus Unterrichtungsansprüche geltend zu machen. Würde der Antrag des Betriebsrats aus diesem Grund zurückgewiesen, stünde damit zugleich die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats im Sinne von § 50 Abs. 1 Satz 1 BetrVG fest.

95

Als weiterer Beteiligter im Sinne des § 83 Abs. 3 BetrVG hat der Gesamtbetriebsrat die Befugnis, im Beschwerdeverfahren eigene Sachanträge zu stellen. Er muss sich nicht den Sachanträgen der seither Beteiligten anschließen.

96

Beteiligte in einem Beschlussverfahren können - auch erst im Laufe des Verfahrens - grundsätzlich einen eigenen Sachantrag stellen, sofern sie antragsbefugt sind. Die Stellung eines (neuen) Sachantrags ist unter den Voraussetzungen des § 81 Abs. 3 ArbGG als Antragsänderung auch erstmals in der Beschwerdeinstanz zulässig (BAG 04. Dezember 2013 - 7 ABR 7/12 - Rn. 55 juris; BAG 31. Januar 1989 - 1 ABR 60/87 - Rn. 34 juris). Auch der erst in der Beschwerdeinstanz einem anhängigen Verfahren beigetretene Gesamtbetriebsrat kann eigene Sachanträge stellen (BAG 16. Dezember 1986 - 1 ABR 35/85 - Rn. 45 juris).

97

Im vorliegenden Verfahren sind die Voraussetzungen des § 81 Abs. 3 ArbGG gegeben. Die Arbeitgeberin und der Betriebsrat haben der Antragsänderung des Gesamtbetriebsrats zugestimmt (§ 81 Abs. 3 Satz 2 ArbGG). Jedenfalls war die Antragsänderung sachdienlich. Der Streit der Beteiligten kann endgültig beigelegt und ein weiteres Verfahren vermieden werden, ohne dass ein völlig neuer Streitstoff in das Verfahren eingeführt worden ist.

98

b) Die Beschwerde des Gesamtbetriebsrats ist jedoch nicht begründet.

99

aa) Die Anträge des Gesamtbetriebsrats sind zulässig, insbesondere hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen unter II 1 a) bb) verwiesen.

100

bb) Die Anträge des Gesamtbetriebsrats sind jedoch nicht begründet. Der Gesamtbetriebsrat hat keinen Anspruch auf Unterrichtung über die Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte in den einzelnen Standorten (1). Auch ein Unterrichtungsanspruch bezüglich der im Unternehmen der Arbeitgeberin in den einzelnen Standorten und dort in den E2-Einheiten angewandten Unterlagen zu Musterbetrieben steht ihm nicht zu (2).

101

(1) Der mit dem Hauptantrag Nr. 2 verfolgte Unterrichtungsanspruch über die Bereichs-Soll-Entgeltgruppendurchschnitte in den einzelnen Standorten ist nicht begründet. Aufgrund des Grundsatzes der Zuständigkeitstrennung haben allein die örtlichen Betriebsräte, so auch der Betriebsrat D. „Z.", Unterrichtungsansprüche auf der betrieblichen Ebene der Bereiche.

102

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG (BAG 14. November 2006 - 1 ABR 4/06 - Rn. 35 juris) gilt **im Bereich der zwingenden Mitbestimmung für das Verhältnis der betriebsverfassungsrechtlichen Organe der Grundsatz der Zuständigkeitstrennung**. Hier sind **ausschließlich entweder die einzelnen Betriebsräte oder der Gesamtbetriebsrat oder der Konzernbetriebsrat zuständig**. Die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung ist **zwingend und unabdingbar**. Diesen Grundsatz der Zuständigkeitstrennung vertritt auch die ganz herrschende Meinung in der Literatur (Fitting 28. Aufl. § 50 Rn. 9; GK/Kreutz BetrVG 10. Aufl. § 50 Rn. 18; Richardi/Annuß BetrVG 10. Aufl. § 50 Rn. 46; aA DKKW/Trittin 15. Aufl. § 50 Rn. 15 ff., DKKW/Homburg § 92 Rn. 50). Die originären Zuständigkeiten der betriebsverfassungsrechtlichen Organe schließen sich deshalb wechselseitig aus. Es gibt keine Auffangzuständigkeit des Betriebsrats und keine Rahmenkompetenz des Gesamtbetriebsrats. Der Grundsatz der Zuständigkeitstrennung und der nicht zur Disposition der Betriebsparteien stehenden originären Zuständigkeiten und Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat und Konzernbetriebsrat gilt grundsätzlich auch in Angelegenheiten, die nicht der zwingenden Mitbestimmung unterliegen (Fitting aaO Rn. 9 ff.).

103

Der auch von der erkennenden Kammer vertretene Grundsatz der Zuständigkeitstrennung führt beim vorliegenden Sachverhalt zu dem Ergebnis, dass der Gesamtbetriebsrat keine Unterrichtungsansprüche bezüglich der auf der betrieblichen Bereichsebene gebildeten Soll-Entgeltgruppendurchschnitte geltend machen kann. Wie oben ausgeführt, stehen solche Unterrichtungsansprüche dem örtlichen Betriebsrat zu, im Betrieb D. „Z." dem antragstellenden Betriebsrat. Derartige Unterrichtungsansprüche der örtlichen Betriebsräte kann der Gesamtbetriebsrat auch nicht bezüglich der Kennzahlen auf der Bereichsebene anderer Betriebe bei der Arbeitgeberin geltend machen, da ihm insoweit keine Auffangzuständigkeit oder Rahmenkompetenz zusteht. Dies ist allein Sache der örtlichen Betriebsräte.

104

(2) Der mit dem Hauptantrag Nr. 3 verfolgte Unterrichtungsanspruch bezüglich der im Unternehmen der Arbeitgeberin in den einzelnen Standorten und dort in den E2-Einheiten angewandten Unterlagen zu Musterbetrieben ist nicht begründet. Dasselbe gilt für den Hilfsantrag Nr. 5 des Gesamtbetriebsrats.

105

Die bei der Arbeitgeberin gebildeten Musterbetriebe sind für die Organisation des jährlichen Vergütungsprozesses geschaffen worden. Sie sind nicht Teil der Personalplanung im Sinne des § 92 BetrVG. Auf die obigen Ausführungen unter II. 1. b. bb) (1) wird verwiesen.

**III.**

106

Das Verfahren ist gem. § 2 Abs. 2 GKG gerichtskostenfrei.

107

Die Zulassung der Rechtsbeschwerde für alle Beteiligten beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1 und 2 iVm. § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.

# BAG: „Vergütung nach bestehenden betrieblichen Entlohnungsgrundsätzen“

**BAG, 25.04.2017 - 1 AZR 427/15**

**Tenor**

I. Auf die Revision des Beklagten wird unter deren Zurückweisung im Übrigen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 9. April 2015 - 5 Sa 229/14 - im Tenor unter I. 3. teilweise und unter I. 4. insgesamt aufgehoben.

Auf die Berufung des Klägers wird unter deren Zurückweisung im Übrigen das Urteil des Arbeitsgerichts Schwerin vom 28. August 2014 - 6 Ca 2312/13 - teilweise abgeändert und zur Klarstellung insgesamt wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger

1. 4.815,02 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf jeweils 343,93 Euro seit dem 1. Februar 2010, 1. März 2010, 1. April 2010, 1. Mai 2010, 1. Juni 2010, 1. Juli 2010, 1. August 2010, 1. September 2010, 1. Oktober 2010, 1. November 2010, 1. Dezember 2010, 1. Januar 2011, 1. Februar 2011 sowie 1. März 2011,

2. 5.485,48 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 421,96 Euro seit dem 1. April 2011, 1. Mai 2011, 1. Juni 2011, 1. Juli 2011, 1. August 2011, 1. September 2011, 1. Oktober 2011, 1. November 2011, 1. Dezember 2011, 1. Januar 2012, 1. Februar 2012, 1. März 2012 sowie 1. April 2012,

3. 1.528,38 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf jeweils 169,82 Euro seit dem 1. Mai 2012, 1. Juni 2012, 1. Juli 2012, 1. August 2012, 1. September 2012, 1. Oktober 2012, 1. November 2012, 1. Dezember 2012 sowie 1. Januar 2013 zu zahlen,

4. 563,26 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf 31,85 Euro seit dem 1. Dezember 2010, auf weitere 224,98 Euro seit dem 1. Dezember 2011 sowie auf weitere 306,43 Euro seit dem 1. Dezember 2012,

zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die Anschlussrevision des Klägers gegen das vorgenannte Urteil des Landesarbeitsgerichts wird zurückgewiesen.

III. Die Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger zu 4/10 und der Beklagte zu 6/10 zu tragen.

**Tatbestand**

1

Die Parteien streiten über Entgeltansprüche des Klägers.

2

Die Beklagte betreibt einen Rettungsdienst. Sie ist Rechtsnachfolgerin des DRK Kreisverbands W e.V. (DRK W). Dort war der 1978 geborene und seit 2005 verheiratete Kläger ab April 2008 beschäftigt.

3

Der DRK W war zunächst Mitglied der Tarifgemeinschaft des Deutschen Roten Kreuzes (DRK) in Mecklenburg-Vorpommern, die ihrerseits der Bundestarifgemeinschaft des DRK angehörte. Er war daher an den Tarifvertrag zur Anpassung des Tarifrechts - manteltarifliche Vorschriften - DRK-Tarifvertrag Ost (DRK-TV-O) gebunden. Nach dem DRK-TV-O bestimmte sich die Vergütung eines Mitarbeiters nach der jeweiligen Eingruppierung (§ 22 Abs. 1 DRK-TV-O), die auf Grundlage der in der Anlage 10 zum DRK-TV-O enthaltenen Tätigkeitsmerkmale erfolgt. Bestandteile der Vergütung sind - angelehnt an die Bestimmungen der §§ 26 bis 29 des Bundes-Angestelltentarifvertrags (BAT) - nach § 25 Abs. 1 DRK-TV-O die Grundvergütung, der Ortszuschlag und die allgemeine Zulage. Die Grundvergütung der jeweiligen Vergütungsgruppen richtet sich gem. § 26 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 DRK-TV-O nach Lebensaltersstufen. Die Höhe des Ortszuschlags (§ 29 DRK-TV-O) ist ua. vom Familienstand und der Berechtigung zum Bezug von Kindergeld abhängig. Schließlich enthält die Anlage 9 zum DRK-TV-O Sonderregelungen für die Zahlung einer jährlichen Zuwendung. Während der Dauer seiner Tarifgebundenheit vereinbarte der DRK W mit neu eingestellten Arbeitnehmern eine vertragliche Bezugnahme auf den DRK-TV-O. Dieser fand auf alle mit dem DRK W bestehenden Arbeitsverhältnisse Anwendung.

4

Die Bundestarifgemeinschaft des DRK kündigte den DRK-TV-O zum 31. Dezember 2001. Ob die Tarifgemeinschaft des DRK in Mecklenburg-Vorpommern ihre Mitgliedschaft in der Bundestarifgemeinschaft bereits zum 31. Januar 1999 kündigte oder ob der DRK W längstens bis zum 31. Dezember 2002 tarifgebunden war, hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt. Jedenfalls wendete der DRK W, bei dem schon vor dem Jahr 1999 ein Betriebsrat gebildet war, auf diejenigen Arbeitsverhältnisse, für die der DRK-TV-O maßgebend war, die tariflichen Entgeltregelungen mit dem Stand vom 31. Oktober 2002 an. Nach dem Ende seiner mitgliedschaftlich begründeten Tarifgebundenheit vereinbarte der DRK W mit neu eingestellten Arbeitnehmern feste Monatsentgelte.

5

In dem mit dem Kläger am 17. März 2008 geschlossenen Arbeitsvertrag wurde eine monatliche Bruttovergütung von 1.550,00 Euro bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 48 Stunden festgelegt. Der Kläger wurde zunächst als Rettungssanitäter beschäftigt, ab dem Monat April 2012 als Rettungsassistent mit einem Bruttomonatsentgelt von 1.850,00 Euro und ab dem 1. Januar 2013 von dann 2.050,00 Euro. Seit März 2011 ist er Vater eines Kindes.

6

Bereits zum 1. Januar 2012 wurde der DRK W durch Verschmelzung im Wege der Aufnahme auf die Beklagte übertragen. Nach dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte erhielt der Kläger ab 1. April 2012 eine monatliche Wachleiterzulage für die Dauer dieser Tätigkeit von 120,00 Euro, die sich ab 1. Januar 2013 auf 150,00 Euro erhöhte. Der Kläger arbeitet in einem Schichtsystem. Für Arbeitsleistungen in der Zeit von 20:00 Uhr bis 06:00 Uhr erhielt er zunächst einen Nachtzuschlag iHv. 1,11 Euro/Stunde und ab dem 1. Oktober 2012 von 1,13 Euro/Stunde.

7

Mit seiner am 19. Dezember 2013 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage verlangt der Kläger die Zahlung einer monatlichen Differenzvergütung für die Zeit ab dem 1. Januar 2010 bis zum 31. Dezember 2013, einen weiteren Nachtarbeitszuschlag für diesen Zeitraum sowie höhere Sonderzahlungen für die Jahre 2010 bis 2012 auf Basis der zum 31. Oktober 2002 bestehenden Tarifregelungen des DRK-TV-O. Die Beklagte sei verpflichtet, die tariflichen Entlohnungsgrundsätze des DRK-TV-Ost, die bei dem DRK W gegolten hätten, weiter anzuwenden. Eine mit dem Betriebsrat des DRK W vereinbarte Änderung der Entlohnungsgrundsätze bestehe nicht. Als Rettungssanitäter sei er - insoweit unstreitig - nach der VergGr. VII (Fallgruppe 15) der Anlage 10 zum DRK-TV-O (VergGr. VII DRK-TV-O) und als Rettungsassistent nach der VergGr. VI b (Fallgruppe 11d) DRK-TV-O zu vergüten. Maßgebend seien die mit dem 10. Änderungs-TV zum DRK-TV-O (vom 1. August 2000) vereinbarten Entgeltbestimmungen und bei der Grundvergütung jeweils die höchste Lebensaltersstufe. Für die Zeit vom 1. Januar 2010 bis einschließlich des Monats Februar 2011 ergebe sich eine monatliche Differenz von 343,93 Euro (Antrag zu 1), nach Geburt seines Kindes erhöhe sich die Differenz für die Zeit vom 1. März 2011 bis zum 31. März 2013 auf monatlich 421,96 Euro (Antrag zu 2). Für die Beschäftigungszeiten als Rettungsassistent ab dem 1. April 2012 könne er auf Grundlage der VergGr. VI b DRK-TV-O monatlich weitere 289,82 Euro bis einschließlich Dezember 2012 beanspruchen (Antrag zu 3) und ab dem 1. Januar 2013 monatlich 89,82 Euro (Antrag zu 4). Für die Jahre 2010 bis 2012 stehe ihm eine Sonderzahlung nach den §§ 2, 3 der Anlage 9 zum DRK-TV-O zu, auf die eine ihm bereits geleistete Sonderzahlung von jeweils 1.200,00 Euro anzurechnen sei (Antrag zu 6). Schließlich sei der geleistete Nachtarbeitszuschlag unangemessen. Er könne für geleistete Nachtarbeit in der Zeit vom 1. Januar 2010 bis zum 31. Dezember 2013 monatlich weitere 92,03 Euro entsprechend einer im „aktuellen DRK Reformtarifvertrag“ festgelegten Schichtzulage verlangen.

8

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | die Beklagte zu verurteilen, an ihn | |
|  | 1. | 4.815,02 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf jeweils 343,93 Euro seit dem 1. Februar 2010, 1. März 2010, 1. April 2010, 1. Mai 2010, 1. Juni 2010, 1. Juli 2010, 1. August 2010, 1. September 2010, 1. Oktober 2010, 1. November 2010, 1. Dezember 2010, 1. Januar 2011, 1. Februar 2011 sowie 1. März 2011, |
|  | 2. | 5.485,48 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf jeweils 421,96 Euro seit dem 1. April 2011, 1. Mai 2011, 1. Juni 2011, 1. Juli 2011, 1. August 2011, 1. September 2011, 1. Oktober 2011, 1. Dezember 2011, 1. Januar 2012, 1. Februar 2012, 1. März 2012 sowie 1. April 2012, |
|  | 3. | 2.608,38 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf jeweils 289,82 Euro seit dem 1. Mai 2012, 1. Juni 2012, 1. Juli 2012, 1. August 2012, 1. September 2012, 1. Oktober 2012, 1. November 2012, 1. Dezember 2012 sowie 1. März 2013, |
|  | 4. | 1.077,84 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf jeweils 89,82 Euro seit dem 1. Februar 2013, 1. März 2013, 1. April 2013, 1. Mai 2013, 1. Juni 2013, 1. Juli 2013, 1. August 2013, 1. September 2013, 1. Oktober 2013, 1. November 2013, 1. Dezember 2013 sowie 1. Januar 2014, |
|  | 5. | 4.417,44 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf je 92,03 Euro seit dem 1. Februar 2010, 1. März 2010, 1. April 2010, 1. Mai 2010, 1. Juni 2010, 1. Juli 2010, 1. August 2010, 1. September 2010, 1. Oktober 2010, 1. November 2010, 1. Dezember 2010, 1. Januar 2011, 1. Februar 2011, 1. März 2011, 1. April 2011, 1. Mai 2011, 1. Juni 2011, 1. Juli 2011, 1. August 2011, 1. September 2011, 1. Oktober 2011, 1. November 2011, 1. Dezember 2011, 1. Januar 2012, 1. Februar 2012, 1. März 2012, 1. April 2012, 1. Mai 2012, 1. Juni 2012, 1. Juli 2012, 1. August 2012, 1. September 2012, 1. Oktober 2012, 1. November 2012, 1. Dezember 2012, 1. Januar 2013, 1. Februar 2013, 1. März 2013, 1. April 2013, 1. Mai 2013, 1. Juni 2013, 1. Juli 2013, 1. August 2013, 1. September 2013, 1. Oktober 2013, 1. November 2013, 1. Dezember 2013 sowie 1. Januar 2014, |
|  | 6. | 1.252,29 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf jeweils 235,72 Euro seit dem 1. Dezember 2010, 460,82 Euro seit dem 1. Dezember 2011 sowie 555,75 Euro seit dem 1. Dezember 2012 |
|  | zu zahlen. | |

9

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Es fehle bereits an einer Anspruchsgrundlage; diese könne nicht aus einer etwaigen Verletzung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats abgeleitet werden. Der Kläger könne jedenfalls weder eine Vergütung auf Basis des 10. Änderungs-TV noch eine Grundvergütung nach der höchsten Lebensaltersstufe beanspruchen. Es fehle an einem gültigen Bezugssystem, weil die altersdiskriminierende Vergütungsordnung nicht herangezogen werden könne. Nach der Verschmelzung des DRK W seien die vom Kläger herangezogenen Entlohnungsgrundsätze ohnehin nicht mehr anwendbar. Eine Jahressonderzahlung sei arbeitsvertraglich nicht vereinbart. Schließlich gelte die Ausschlussfrist des § 21 Abs. 5 AGG.

10

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers den Anträgen zu 1. bis 4. insgesamt sowie dem Antrag zu 6. iHv. 563,26 Euro stattgegeben und den Antrag zu 5. abgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils; der Kläger wendet sich mit seiner Anschlussrevision gegen die Abweisung des Antrags zu 5.

**Entscheidungsgründe**

11

Die Revision des Beklagten ist teilweise begründet, die Anschlussrevision des Klägers ist unbegründet.

12

I. Die Revision des Beklagten ist nur zum Teil erfolgreich. Das Landesarbeitsgericht hat den Anträgen zu 3. und 4. rechtsfehlerhaft in vollem Umfang stattgegeben. Im Übrigen ist die Revision unbegründet.

13

1. Die Revision ist entgegen der Auffassung des Beklagten nicht bereits deshalb begründet, weil das angefochtene Urteil später als fünf Monate nach seiner Verkündung vollständig abgefasst und mit den Unterschriften sämtlicher Mitglieder der Kammer versehen der Geschäftsstelle übergeben worden ist. Auf eine Verletzung der Fünf-Monats-Frist des § 72b Abs. 1 Satz 2 ArbGG kann eine Revision nach der ausdrücklichen Regelung des § 73 Abs. 1 Satz 2 ArbGG nicht gestützt werden (BAG 6. Mai 2009 - 10 AZR 390/08 - Rn. 14).

14

2. Der Kläger kann für die Zeit vom 1. Januar 2010 bis zum 31. Dezember 2013 ein monatliches Entgelt nach den maßgebenden Vergütungsgruppen des DRK-TV-O und dabei eine Grundvergütung in Höhe der höchsten Lebensaltersstufe beanspruchen (Anträge zu 1. bis 4.). Für die Zeit ab dem 1. April 2012 ist allerdings neben den von ihm zu berücksichtigenden Zahlungen des Beklagten auch die erhaltene Wachleiterzulage anzurechnen.

15

a) Der **Anspruch** des Klägers für die Anwendung der Vergütungsstrukturen des DRK-TV-O ergibt sich **aus § 611 BGB iVm. den im Betrieb des DRK W mitbestimmungsgemäß eingeführten Entlohnungsgrundsätzen**. Das sind die Eingruppierungsvorschriften, die Regelungen über die Grundvergütung und die hierzu bestehenden Vergütungstabellen des DRK-TV-O.

16

aa) Nach der Rechtsprechung des Senats kann ein Arbeitnehmer in Fortführung der **Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung bei einer unter Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG vorgenommenen Änderung der im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätze eine** **Vergütung auf der Grundlage der zuletzt mitbestimmungsgemäß eingeführten Entlohnungsgrundsätze fordern**. Die im Arbeitsvertrag getroffene Vereinbarung über die Vergütung wird von Gesetzes wegen ergänzt durch die Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer nach den im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätzen zu vergüten (etwa BAG 5. Mai 2015 - 1 AZR 435/13 - Rn. 13; 22. Juni 2010 - 1 AZR 853/08 - Rn. 43 mwN, BAGE 135, 13).

17

bb) Danach kann der Kläger eine monatliche Vergütung nach Maßgabe der Entlohnungsgrundsätze des DRK-TV-O verlangen.

18

(1) Die im Betrieb des DRK W bestehenden Entlohnungsgrundsätze entsprechen der maßgebenden Vergütungsstruktur des DRK-TV-O iVm. den jeweiligen Tarifbestimmungen, mit denen die Höhe der einzelnen Bestandteile der Vergütung iSd. § 25 DRK-TV-O festgelegt wird. Bestandteile der Vergütung sind nach § 25 Abs. 1 DRK-ZV-O die Grundvergütung, der Ortszuschlag und die allgemeine Zulage. Dabei richtet sich die Grundvergütung nach der jeweiligen Lebensaltersstufe (§ 26 Abs. 1 Satz 1 DRK-TV-O), die § 26 Abs. 2 und 3 DRK-TV-O näher ausgestaltet.

19

(2) Der DRK W wandte den DRK-TV-O nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts während seiner Tarifgebundenheit auf alle Arbeitsverhältnisse an. Diese Vergütungsstruktur stellte auch nach dem Ende der Tarifgebundenheit des DRK W die im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätze dar (BAG 15. April 2008 - 1 AZR 65/07 - Rn. 28, BAGE 126, 237; 2. März 2004 - 1 AZR 271/03 - zu IV 1 c aa der Gründe, BAGE 109, 369). Das gilt unabhängig davon, ob das Arbeitsverhältnis vor oder nach dem Wegfall der Tarifbindung begründet wird (Koch SR 2016, 131, 142). Dem auf Grundlage des Arbeitsvertrags iVm. den zuletzt mitbestimmungsgemäß eingeführten Entlohnungsgrundsätzen bestehenden Anspruch des Klägers steht deshalb nicht entgegen, dass sein Arbeitsverhältnis mit dem DRK W erst im Jahr 2008 begonnen hat.

20

(3) Die vom DRK W nach dem Ende der unmittelbaren und zwingenden Geltung des DRK-TV-O, die infolge der durch die Bundestarifgemeinschaft des DRK zum 31. Dezember 2001 erfolgten Kündigung jedenfalls mit Beginn des Jahres 2002 eingetreten war, erfolgte Änderung der betrieblichen Entlohnungsgrundsätze mittels Umstellung auf eine Pauschalvergütung hätte nur unter Beachtung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG erfolgen können. Dies ist nicht geschehen.

21

(a) Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG umfasst bei einem nicht (mehr) tarifgebundenen Arbeitgeber, bei dem der Tarifvorbehalt des § 87 Abs. 1 Einleitungshalbs. BetrVG wegen des Wegfalls der Tarifgebundenheit nicht mehr greift, die betriebliche Lohngestaltung, insbesondere die Änderung der bisherigen Entlohnungsgrundsätze (ausf. BAG 17. Mai 2011 - 1 AZR 797/09 - Rn. 15 ff.). Dabei schließt eine Aufspaltung einer Gesamtvergütung in mehrere Vergütungsbestandteile das Mitbestimmungsrecht nicht aus. Vielmehr bildet ihre Gesamtheit die Vergütungsordnung, bei deren Veränderung der Betriebsrat mitzubestimmen hat (BAG 26. August 2008 - 1 AZR 354/07 - Rn. 21 mwN, BAGE 127, 297).

22

(b) Durch den nach Beendigung der Tarifgebundenheit erfolgten Abschluss von Arbeitsverträgen mit festen Monatsentgelten hat der DRK W die bei ihm bestehenden Entlohnungsgrundsätze im Betrieb ohne Beteiligung des Betriebsrats geändert. Die im DRK-TV-O enthaltenen Entlohnungsgrundsätze zeichneten sich ua. durch eine von der jeweils auszuübenden Tätigkeit und dem Lebensalter abhängigen Grundvergütung sowie eine vor allem vom Familienstand und dem Anspruch auf Kindergeld sowie eine allgemeine Zulage aus. Diese Vergütungsstruktur hat der DRK W nicht mehr beibehalten.

23

b) Dem Kläger steht auch ein Entgelt in Höhe derjenigen Entgelttabellen zu, die sich auf Grundlage des 10. Änderungstarifvertrags zum DRK-TV-O (vom 1. August 2008) bis zum 31. Oktober 2002 ergeben haben. In Fortführung der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung kann ein Arbeitnehmer lediglich eine Anwendung der im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätze verlangen. Daher kann der tarifgebundene Arbeitgeber für die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer die Höhe des Entgelts unter Beachtung der in der tariflichen Vergütungsordnung enthaltenen Verteilungsgrundsätze festlegen (BAG 18. Oktober 2011 - 1 ABR 25/10 - Rn. 29, BAGE 139, 332). Der DRK W hat - ebenso wie der Beklagte - zu keinem Zeitpunkt eine abweichende Entgelthöhe nach Maßgabe der durch den DRK-TV-O iVm. den jeweiligen Entgeltregelungen sich ergebenden Verteilungsrelationen festgelegt. Vielmehr hat er entsprechend der Tarifentwicklung im Bereich des DRK-TV-O nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts bis zum 31. Oktober 2002 die jeweilige monatliche Vergütung iSd. § 25 DRK-TV-O auch an diejenigen Arbeitnehmer geleistet, für die der Tarifvertrag lediglich kraft vertraglicher Bezugnahme galt. Damit hat der DRK W - insoweit mitbestimmungsfrei - die Höhe des Entgelts nach Maßgabe der in der tariflichen Vergütungsordnung vorgesehenen Entgeltregelungen festgelegt (ebenso BAG 17. Mai 2011 - 1 AZR 797/09 - Rn. 31). Deren weitere Anwendung kann der Kläger unabhängig von den vertraglichen Vereinbarungen beanspruchen (BAG 15. April 2008 - 1 AZR 65/07 - Rn. 38, BAGE 126, 237).

24

c) Entgegen der Auffassung des Beklagten kann sich der Kläger auch für den Zeitraum nach der Verschmelzung des DRK W zum 1. Januar 2012 mit dem Beklagten als aufnehmendem Rechtsträger auf diese Entlohnungsgrundsätze stützen.

25

aa) Geht ein Betrieb oder Betriebsteil unter Wahrung seiner Identität über, ist der neue Betriebsinhaber zur Fortführung der im Betrieb oder Betriebsteil bestehenden Vergütungsordnung verpflichtet (ausf. BAG 8. Dezember 2009 - 1 ABR 66/08 - Rn. 22 bis Rn. 25, BAGE 132, 314).

26

bb) Entgegen der Auffassung der Revision konnte das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler von einer weiteren Geltung der genannten Entlohnungsgrundsätze auch nach der Verschmelzung zum 1. Januar 2012 ausgehen.

27

Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts bestanden vor der Verschmelzung sowohl bei dem DRK W als auch dem Beklagten jeweils ein Betrieb. Aus dem erstinstanzlichen Vorbringen des Beklagten, es sei nicht nur der „Betrieb des Rettungsdienstes“ des DRK W auf ihn übertragen worden, sondern dieser sei Teil eines einheitlichen Betriebs des DRK W gewesen, folgt nichts anderes. Auch wenn dieser insgesamt infolge der - auf der Ebene der Unternehmen stattgefundenen - Verschmelzung auf den Beklagten durch Aufnahme übertragen wurde, folgt daraus noch nicht, dass sich die bestehende Betriebsstruktur infolge des mit der Verschmelzung einhergehenden Betriebsübergangs geändert hat. Die in diesem Zusammenhang angebrachte Verfahrensrüge des Beklagten, das Landesarbeitsgericht habe seine Hinweispflicht nach § 139 ZPO verletzt, ist schon deshalb unzulässig, weil die Revision nicht im Einzelnen darlegt, welchen Tatsachen sie daraufhin vorgetragen hätte.

28

d) Zudem kann der Kläger eine Grundvergütung nach der höchsten Lebensaltersstufe beanspruchen. Die Bestimmung des § 26 Abs. 2 DRK-TV-O ist mit dem Recht der Europäischen Union unvereinbar. Dies führt dazu, dass das Vergütungssystem jedenfalls insoweit nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam ist. Die aufgrund der bei dem Beklagten bestehenden Entlohnungsgrundsätzen erfolgte Ungleichbehandlung des Klägers kann für die Vergangenheit nur so beseitigt werden, dass auch ihm eine Grundvergütung nach der höchsten Lebensaltersstufe geleistet wird.

29

aa) Die in § 26 Abs. 1 iVm. Abs. 2 DRK-TV-O geregelte Bemessung der Grundvergütung iSd. § 25 Abs. 1 Buchst. a DRK-TV-O nach Lebensaltersstufen in den einzelnen Vergütungsgruppen verstößt gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters, das in Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12. Dezember 2007 verankert und durch die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (RL 2000/78) konkretisiert worden ist. Die nach Lebensaltersstufen gestaffelten Vergütungsgruppen stellen eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters iSv. Art. 2 RL 2000/78 dar, die nicht nach Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78 gerechtfertigt ist. Diese durch den Gerichtshof der Europäischen Union in seiner Entscheidung vom 8. September 2011 für § 27 Abschnitt A BAT erfolgte Klärung (EuGH 8. September 2011 - C-297/10 und C-298/10 - [Hennigs und Mai], Slg. 2011, I-7965, S. 12; zu §§ 27, 28 BbesG aF 19. Juni 2014 - C-501/12 ua. - [Specht ua.] Rn. 42 ff.; sh. auch BAG 10. November 2011 - 6 AZR 481/09 - Rn. 16), trifft für die insoweit inhaltsgleiche Regelung des § 26 Abs. 2 DRK-TV-O gleichermaßen zu. Als Rechtsfolge ist die Vergütungsordnung jedenfalls insoweit nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam (zum inhaltsgleichen § 26 Abschnitt A BAT vgl. BAG 10. November 2011 - 6 AZR 481/09 - Rn. 19 mwN).

30

bb) Die Beseitigung der Ungleichbehandlung führt zu einer Anpassung „nach oben“. Dem steht die von dem Beklagten angeführte Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht entgegen.

31

(1) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union kann die Einhaltung des Diskriminierungsverbots wegen Alters nur dadurch gewährleistet werden, dass den Angehörigen der benachteiligten Gruppe dieselben Vorteile gewährt werden wie die, in deren Genuss die Angehörigen der privilegierten Gruppe kommen. Das gilt jedenfalls solange, wie keine Maßnahmen zur Herstellung der Gleichbehandlung erlassen werden. Die für die Angehörigen der bevorzugten Gruppe geltende Regelung bleibt, solange das Unionsrecht nicht richtig durchgeführt ist, das einzig gültige Bezugssystem. Diese Lösung kommt jedoch nur dann zur Anwendung, wenn ein solches gültiges Bezugssystem besteht. Ist es im Rahmen der nationalen Rechtsvorschriften nicht möglich, eine Kategorie bevorzugter Begünstigter zu benennen, fehlt es an einem solchen System (so zu §§ 27, 28 BBesG aF EuGH 19. Juni 2014 - C-501/12 ua. - [Specht ua.] Rn. 95 f. mwN; 28. Januar 2015 - C-417/13 - [Starjakob] Rn. 47).

32

(2) Auch wenn es aufgrund der Regelung in § 26 Abs. 2 DRK-TV-O zur Ermittlung der zutreffenden Lebensaltersstufe - die ähnlich ausgestaltet ist wie die §§ 27, 28 BBesG aF und § 27 BAT - potentiell zu einer Altersdiskriminierung eines jeden neu eingestellten Beschäftigten kommt und es deshalb an einem gültigen Bezugssystem fehlt (vgl. EuGH 19. Juni 2014 - C-501/12 ua. - [Specht ua.] Rn. 96), ist damit lediglich eine „Anpassung nach oben“ nicht aus Gründen des Unionsrechts geboten (dazu EuGH 22. Juni 2011 - C-399/09 - [Landtová] Rn. 51 mwN, Slg. 2011, I-5573). Sie ist den nationalen Gerichten aber nicht verwehrt. Der Gerichtshof der Europäischen Union überlässt es in gefestigter Rechtsprechung den nationalen Gerichten, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten den rechtlichen Schutz, der sich für den Einzelnen aus dem Unionsrecht ergibt, zu gewährleisten und die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu garantieren (EuGH 19. Juni 2014 - C-501/12 ua. - [Specht ua.] Rn. 94; 22. November 2005 - C-144/04 - [Mangold] Rn. 77, Slg. 2005, I-9981). Das nationale Gericht ist in diesem Fall nicht verpflichtet, zuvor den Gerichtshof der Europäischen Union um Vorabentscheidung zu ersuchen (EuGH 19. Januar 2010 - C-555/07 - [Kücükdeveci] Rn. 53, Slg. 2010, I-365; BAG 14. Mai 2013 - 1 AZR 44/12 - Rn. 28, BAGE 145, 113).

33

(3) Die Ungleichbehandlung des Klägers in der Vergangenheit kann vorliegend nicht durch die Nichtanwendung des § 26 Abs. 2 DRK-TV-O, sondern nur dadurch beseitigt werden, dass ihm für den in der Vergangenheit liegenden Zeitraum eine Grundvergütung nach der höchsten Lebensaltersstufe zu zahlen ist. Dies ist gerechtfertigt, weil der Anspruch auf eine höhere Grundvergütung dem Teil der zunächst beim DRK W beschäftigten Arbeitnehmer, für die der DRK-TV-O nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten nach wie vor Anwendung findet, die geleistete höhere Grundvergütung nicht mehr rückwirkend entzogen werden kann. Der Beklagte ist aufgrund der sechsmonatigen Ausschlussfrist des § 65 Abs. 2 DRK-TV-O gehindert, für den streitbefangenen Zeitraum an ältere Arbeitnehmer geleistete Zahlungen zurück zu fordern. Zudem ist das berechtigte Vertrauen dieses Arbeitnehmerkreises auf die Wirksamkeit der Vergütungsordnung zu schützen, welches weder von dem DRK W noch von dem Beklagten nach Inkrafttreten des AGG am 1. August 2006 oder nach der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union in Sachen Hennigs und Mai (8. September 2011 - 2 C-297/10 und 2 C-298/10 - Slg. 2011, I-7965) mitbestimmungsgemäß geändert wurde. Es ist auch nicht erkennbar, dass der Beklagte ungeachtet der zu beachtenden Grundsätze des Vertrauensschutzes rückwirkend eine dem Verbot der Altersdiskriminierung entsprechend betriebliche Regelung treffen will (vgl. auch BAG 10. November 2011 - 6 AZR 481/09 - Rn. 24 ff. mwN).

34

e) Auf seinen Entgeltanspruch muss sich der Kläger neben dem ihm geleisteten Bruttomonatsentgelt, welches er bereits in Abzug gebracht hat, für die Zeit ab dem 1. April 2012 auch die erhaltene monatliche Wachleiterzulage anrechnen lassen.

35

aa) Bei der Anrechnung von Leistungen des Arbeitgebers auf eine aus anderen Gründen auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Vergütungsregelung muss sich der Arbeitnehmer diejenigen Leistungen anrechnen lassen, die nach ihrem Zweck die Arbeitsleistung vergüten sollen, die mit der nach dem anderen Vergütungsschema begründeten Zahlung zu vergüten ist. Danach ist dem erkennbaren Zweck der Entgeltleistungen, die der Kläger nach dem DRK-TV-O begehrt, der zu ermittelnde Zweck der jeweiligen Leistung des Arbeitgebers, die dieser aufgrund anderer Regelungen erbracht hat - hier der geschlossene Arbeitsvertrag -, gegenüberzustellen. Besteht danach eine funktionale Gleichwertigkeit der zu vergleichenden Leistungen, ist die erbrachte Leistung auf den zu erfüllenden Anspruch anzurechnen (vgl. BAG 18. April 2012 - 4 AZR 139/10 - Rn. 28, BAGE 141, 163).

36

bb) Danach ist die monatliche „Wachleiterzulage“ iHv. zunächst 120,00 Euro brutto und die spätere iHv. 150,00 Euro brutto auf den monatlichen Entgeltanspruch nach § 25 DRK-TV-O anzurechnen. Dem steht nicht entgegen, dass nach der VergGr. VI b, Fallgruppe 11d der Anlage 10 zum DRK-TV-O auch ein als Rettungsassistent eingesetzter Arbeitnehmer die gleiche tarifliche Vergütung beanspruchen kann. Denn nach der VergGr. VI b, Fallgruppe 11 DRK-TV-O erhält auch ein Rettungsassistent, der als Leiter einer Rettungswache mit mindestens zwei dienstplanmäßig eingesetzten Einsatzfahrzeugen tätig ist, lediglich ein Entgelt nach dieser Vergütungsgruppe. Dass die Tätigkeit des Klägers als Wachleiter die Anforderungen eines Tätigkeitsmerkmals einer höheren Vergütungsgruppe erfüllt, die einer Anrechnung entgegenstehen könnte, hat der Kläger weder vorgetragen noch ist dies ersichtlich.

37

cc) Soweit der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat in diesem Zusammenhang geltend gemacht hat, nach den bei dem Beklagten geltenden Entlohnungsgrundsätzen könne er aufgrund seiner Wachleitertätigkeit auch eine Funktionszulage beanspruchen, weshalb eine Anrechnung der Wachleiterzulage nicht in vollem Umfang erfolgen dürfe, handelt es sich um einen in der Revisionsinstanz unbeachtlichen, weil neuen Tatsachenvortrag.

38

3. Der Kläger kann nach den genannten Grundsätzen weiterhin die Differenz zwischen der jährlichen Sonderzahlung für die Jahre 2010 bis 2012 nach den §§ 2, 3 der Anlage 9 zum DRK-TV-O und der ihm geleisteten Sonderzahlung jedenfalls in dem ihm zugesprochenen Umfang iHv. 63 vH der ihm für den jeweiligen Monat September zustehenden Urlaubsvergütung nach § 45 Abs. 3 Buchst. b DRK-TV-O (§ 3 der Anlage 9 zum DRK-TV-O) verlangen.

39

a) Entgegen dem erstmals in der Revisionsinstanz erhobenen Einwand des Beklagten hat der Kläger seinen Anspruch bereits in der Klageschrift für die einzelnen Jahre anhand der ihm nach dem DRK-TV-O zustehenden Urlaubsvergütung nach § 45 Abs. 3 Buchst. b iVm. § 25 Abs. 1 DRK-TV-O unter Heranziehung der einzelnen Entgeltbestandteile näher dargelegt. Hiergegen hat sich der Beklagte in den Tatsacheninstanzen nicht gewandt. Der Kläger war deshalb nicht gehalten, seine unbestrittene „Berechnung … näher zu erläutern“, wie es der Beklagte nunmehr meint.

40

b) Die im Betrieb des DRK W bestehenden Entlohnungsgrundsätze umfassten - entsprechend der Anlage 9 zu DRK-TV-O - auch die Leistung einer Sonderzahlung, die sich nach einem vH-Satz der Urlaubsvergütung berechnet, die einem Mitarbeiter für den Monat September des jeweiligen Jahres zusteht oder zugestanden hätte. Diese bei ihm bestehenden Entlohnungsgrundsätze, die auch die Sonderzuwendung nach der Anlage 9 zum DRK-TV-O umfassten, hat der DRK W schon dadurch mitbestimmungswidrig geändert, als er eine Sonderzahlung nur noch in Höhe eines festen Betrags erbringt. Allein dies führt bereits zu einer Umgestaltung des Entgeltgefüges (BAG 28. Februar 2006 - 1 ABR 4/05 - Rn. 18, BAGE 117, 130). Ob dem Kläger auf die geleistete Zahlung ein vertraglicher Anspruch zusteht oder der Beklagte diese - wie er meint - „nach freiem Ermessen“ leisten konnte, ist für den Anspruch des Klägers ohne Bedeutung (BAG 15. April 2008 - 1 AZR 65/07 - Rn. 38, BAGE 126, 237).

41

c) Eine Anrechnung desjenigen Teils der geleisteten Wachleiterzulage im Jahr 2013 auf den geltend gemachten Sonderzahlungsanspruch, der - im Umfang von monatlich 60,18 Euro - nicht bereits auf das monatliche Entgelt für diesen Zeitraum angerechnet wurde, scheidet mangels funktionaler Gleichwertigkeit der Leistungen (oben I 2 d aa) aus. Der Jahressonderzahlung kommt nach den Anspruchsvoraussetzungen des § 2 Abs. 1 der Anlage 9 zum DRK-TV-O kein reiner Entgeltcharakter zu. Bei der tariflichen Leistung handelt es sich um eine Sonderzahlung, die in zulässiger Weise (BAG 25. September 2013 - 10 AZR 850/12 - Rn. 11 mwN) jedenfalls auch einen Anreiz zu künftiger Betriebstreue bilden soll. Sie verlangt einen Mindestbestand des Arbeitsverhältnisses und nennt einen Stichtag, zu dem es in ungekündigtem Zustand bestehen muss (vgl. BAG 13. November 2013 - 10 AZR 848/12 - Rn. 21, BAGE 146, 284).

42

4. Die Zahlungsansprüche des Klägers sind - anders als die Revision es meint - auch nicht verfallen. Soweit der Beklagte sich auf § 21 Abs. 5 AGG stützt, ist diese Bestimmung Bestandteil des vorliegend nicht einschlägigen Dritten Abschnitts des AGG, der sich auf Verletzungen des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots in § 19 AGG bezieht. Auch die Ausschlussfrist nach § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG ist vorliegend nicht anwendbar. Der Beklagte übersieht, dass der Kläger weder einen Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 AGG noch eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG, sondern die Erfüllung einer Hauptleistungspflicht durch Zahlung einer höheren und diskriminierungsfreien Vergütung verlangt (vgl. BAG 18. Februar 2016 - 6 AZR 700/14 - Rn. 57, BAGE 154, 118).

43

II. Die Anschlussrevision des Klägers, die sich allein gegen die Abweisung der mit dem Antrag zu 6. verfolgten Zahlung eines weiteren Zuschlags für geleistete Nachtarbeitsstunden wendet, ist unbegründet.

44

1. Der Antrag konnte entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts allerdings nicht mit der Begründung abgewiesen werden, der Kläger habe aufgrund einer für den Beklagten nach § 6 Abs. 5 ArbZG bestehenden Wahlschuld eine Alternativklage erheben müssen.

45

a) Nach § 6 Abs. 5 ArbZG ist der Arbeitgeber - soweit eine tarifvertragliche Ausgleichsregelung nicht besteht - verpflichtet, dem Nachtarbeitnehmer (§ 2 Abs. 5 ArbZG) für die während der Nachtzeit (§ 2 Abs. 3 ArbZG) geleisteten Arbeitsstunden eine angemessene Anzahl bezahlter freier Tage oder einen angemessenen Zuschlag auf das ihm hierfür zustehende Bruttoarbeitsentgelt zu gewähren. Der Arbeitgeber kann wählen, ob er den Ausgleichsanspruch durch Zahlung von Geld, durch bezahlte Freistellung oder durch eine Kombination von beidem erfüllt. Die gesetzlich begründete Wahlschuld (§ 262 BGB) konkretisiert sich auf eine der geschuldeten Leistungen dann, wenn der Schuldner das ihm zustehende Wahlrecht nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen ausübt (BAG 9. Dezember 2015 - 10 AZR 423/14 - Rn. 15 mwN).

46

b) Der Kläger war danach nicht gehalten, eine Alternativklage zu erheben. Der Beklagte hat vorliegend die ihm gegenüber bestehende Wahlschuld durch die Leistung von Nachtarbeitszuschlägen für den streitbefangenen Zeitraum bereits dahingehend konkretisiert, den Ausgleichsanspruch durch Zahlung von Geld erfüllen zu wollen. Diese Konkretisierung gilt auch für einen vom Kläger darüber hinaus geltend gemachten Anspruch.

47

2. Die Klage ist insoweit gleichwohl unbegründet, weil der Kläger eine monatliche Pauschalzahlung iHv. 92,03 Euro brutto als Nachtarbeitszuschlag geltend macht, der sich nicht aus dem DRK-TV-O, sondern lediglich als Schichtzulage aus dem nicht anwendbaren DRK-Reformtarifvertrag (vom 22. Dezember 2006) ergibt. Dieser ist weder Bestandteil der betrieblichen Vergütungsordnung noch aus anderen Gründen für das Arbeitsverhältnis maßgebend. Soweit die Revision anführt, wenn es den Arbeitsvertragsparteien gestattet sei, eine pauschale Abgeltung von Nachtarbeitszuschlägen zu vereinbaren, könne es dem einzelnen Arbeitnehmer nicht verweigert werden, einen solchen pauschalen Ausgleich zu fordern, fehlt es für solch einen Schluss ersichtlich an einer rechtlichen Grundlage. Darüber hinaus bleibt nach seiner Klagebegründung völlig offen, wie viele Arbeitsstunden während der Nachtzeit überhaupt geleistet wurden. Der Kläger hat lediglich vorgetragen, im stehe die genannte Schichtzulage für 48 Monate zu.

48

III. Der Kläger kann die beanspruchten Zinsen nach § 286 Abs. 2 Nr. 1, § 288 Abs. 1 BGB verlangen. Der Tenor des landesarbeitsgerichtlichen Urteils war aufgrund einer offenbaren Unrichtigkeit hinsichtlich des Zinsausspruchs unter I. 2. und 3. zu korrigieren (zur Befugnis des Revisionsgerichts sh. BAG 23. Februar 2016 - 3 AZR 44/14 - Rn. 76).

49

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1, § 97 ZPO.

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | Schmidt |  | K. Schmidt |  | Treber |  |
|  |  | Klebe |  | Hann |  |  |

# BAG: Technische Überwachungseinrichtung - Persönlichkeitsrecht“

 **BAG, 25.04.2017 - 1 ABR 46/15**

**Tenor**

Auf die Rechtsbeschwerde des Gesamtbetriebsrats wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 6. Mai 2015 - 4 TaBV 8/13 - teilweise aufgehoben.

Auf die Beschwerde des Gesamtbetriebsrats wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Bamberg vom 5. Februar 2013 - 4 BV 9/12 - teilweise abgeändert:

Es wird festgestellt, dass der Spruch der Einigungsstelle vom 26. Juni 2012 mit dem Regelungsgegenstand „Gesamtbetriebsvereinbarung zur Belastungsstatistik für Schadenaußenstellen“ unwirksam ist.

**Gründe**

1

A. Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit eines Einigungsstellenspruchs.

2

Die Arbeitgeberin ist ein Versicherungsunternehmen mit bundesweit 38 Schadenaußenstellen. Bei ihr ist der antragstellende Gesamtbetriebsrat gebildet. Innerhalb der Schadenaußenstellen, für die jeweils ein Schadenaußenstellenleiter (SASL) verantwortlich ist, werden die einzelnen Sachbearbeiter zu Gruppen zusammengefasst, denen ein Gruppenleiter vorsteht. Die Schadenaußenstellen sind Direktionsbereichen (DB) zugeordnet, die von einem Direktionsbevollmächtigten geleitet werden. Der Arbeitsanfall aller Sachbearbeiter in den Schadenaußenstellen bestimmt sich vor allem durch die telefonische Tätigkeit, den Posteingang sowie das durchzuführende Schadenmanagement. Nach Angaben der Arbeitgeberin sind die Schadenaußenstellen unterschiedlich produktiv.

3

Nach Kündigung einer „Gesamtbetriebsvereinbarung zur flächendeckenden Umsetzung der Geschäftsprozessoptimierung im Schadenbereich“ konnten sich die Beteiligten nicht über den Regelungsgegenstand eines Einigungsstellenverfahrens verständigen. Das angerufene Arbeitsgericht setzte eine Einigungsstelle „Einführung und Anwendung einer modifizierten Belastungsstatistik für die Schadenaußenstellen“ ein. Nach mehreren Sitzungen der Einigungsstelle übersandte deren Vorsitzender den weiteren Mitgliedern am 10. Juni 2012 einen „finalen Einigungsentwurf“ für eine Gesamtbetriebsvereinbarung zur Beschlussfassung in der nächsten Sitzung. Der Gesamtbetriebsrat entschied daraufhin am 21. Juni 2012 „für den Fall, dass von der Einigungsstelle … ein Spruch ohne abschließende Regelung des Themas Gesundheitsschutz gefällt“ werde, diesen gerichtlich überprüfen zu lassen.

4

Die Einigungsstelle beschloss am 26. Juni 2012 eine „Gesamtbetriebsvereinbarung zur Belastungsstatistik für Schadenaußenstellen“ (GBV), die auszugsweise wie folgt lautet:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | „**2.** | **Zielsetzung** |
|  | (1) | Die Belastungsstatistik dient dazu, Ungleichgewichte in der Belastungssituation der Schadenaußenstellen, der Gruppen und der Mitarbeiter zu erkennen, zu analysieren und steuernd eingreifen zu können. Neben dieser Zielsetzung einer sach- und mitarbeitergerechten Arbeitssteuerung ermöglicht die Belastungsstatistik vergleichende Analysen der Schadenaußenstellen, um insbesondere Produktivitätsungleichgewichte zu erkennen, im Detail die Gründe zu analysieren und ggf. Maßnahmen zu ihrer Konsolidierung prüfen zu können. |
|  | (2) | Sie soll den Gruppenleiter bei der gleichmäßigeren Verteilung der Arbeitslast sowie einer sach- und mitarbeitergerechten Arbeitssteuerung unterstützen. |
|  | (3) | Den einzelnen Sachbearbeitern soll mit der Belastungsstatistik Gelegenheit gegeben werden, die eigene Arbeitssituation und das eigene Arbeitsverhalten zu erkennen und bewerten zu können, um es im Bedarfsfall zu verändern. Die Veränderungen sollen insgesamt zu einer weiteren Verbesserung der Rahmenbedingungen für die in der Schadenbearbeitung tätigen Mitarbeiter beitragen. |
|  | **3.** | **Grundsätze** |
|  | **3.1** | **Stammdaten** |
|  | … |  |
|  | (3) | Die Kennzahlen sowie die Schwellenwerte sind wie in Anlage 2 beschrieben, hinterlegt. … Diese sind bezogen auf den einzelnen Sachbearbeiter in Haupt-Kennzahlen und Analyse-Kennzahlen unterteilt. Grundsätzlich wird für jede der Kennzahlen ein Schwellenwert hinterlegt. … |
|  | … |  |
|  | (5) | Auf die Stammdaten haben lediglich die Mitarbeiter hinsichtlich ihrer eigenen Daten sowie der Gruppenleiter und der SASL im Rahmen ihrer Zuständigkeit Zugriff, soweit nicht in einer anderen Betriebsvereinbarung anderes geregelt ist. … |
|  | **3.2** | **Bewegungsdaten** |
|  | (1) | Für die Belastungsstatistik werden ausschließlich die erledigten Arbeitsmengen, die unerledigten Rückstände der einzelnen Sachbearbeiter, sowie die zur Analyse von Ungleichgewichten unbedingt erforderlichen Merkmale der Leistungserbringung und Belastung entsprechend der Anlage 2 zu dieser Gesamtbetriebsvereinbarung (Spalte Kennzahl) erfasst und gespeichert. Dabei wird zwischen Hauptkennziffern und Analysekennziffern unterschieden. Diese Erfassung und Speicherung erfolgt ausschließlich zu dem Zweck, die nach dieser Gesamtbetriebsvereinbarung zulässigen Auswertungen zu generieren. |
|  | (2) | Diese statistisch relevanten Werte werden jeweils mit einem prozentualen Schwellenwert versehen. Damit wird der individuell von einer Sachbearbeiterin erreichte Wert in ein Verhältnis zu dem entsprechenden Durchschnittswert aller Sachbearbeiter der Gruppe (differenziert nach Einsatzkriterien) gesetzt. Wird der Schwellenwert dabei nach oben oder nach unten überschritten (nachfolgend ‚erhebliche Abweichung‘ genannt), erfolgt der Ausweis der betreffenden Sachbearbeiterdaten. |
|  | (3) | Auf diese Bewegungsdaten haben lediglich Mitarbeiter Zugriff, soweit es sich um ihre eigenen Daten handelt oder sie eine unmittelbare Vorgesetztenstellung zu der jeweiligen Person haben. … |
|  | **3.3** | **Auswertungen** |
|  | (1) | Die zulässigen Auswertungen werden über das EDV-System COGNOS jeweils am Ende einer Arbeitswoche (Montag bis Freitag) mit den Werten dieser Woche bereitgestellt und sind abschließend in Anlage 3 geregelt. Zusätzliche Auswertungen von personenbezogenen oder personenbeziehbaren Daten der Belastungsstatistik … sind ausgeschlossen. … |
|  | … |  |
|  | (3) | Personenbezogene oder personenbeziehbare Angaben dürfen nur dann in den Auswertungen dargestellt werden, wenn und soweit es sich um erhebliche Abweichungen gemäß 3.2 Absatz 2 handelt. |
|  | … |  |
|  | **3.4** | **Berechtigungskonzept** |
|  | … |  |
|  | (2) | Dabei ist gewährleistet, dass der einzelne Sachbearbeiter jeweils zeitgleich mit seiner Gruppenleiterin Zugriff auf den Sachbearbeiterbericht und damit auf seine individuellen Daten erhält. Es ist gewährleistet, dass ausschließlich die Gruppenleiterin Zugriff auf die personenbezogenen oder personenbeziehbaren Daten der Sachbearbeiter ihrer Gruppe erhält. Über die SAS- und DB-Berichte ist ein Zugriff auf personenbezogene oder personenbeziehbare Mitarbeiterdaten technisch ausgeschlossen. |
|  | … |  |
|  | **4.** | **Auswertungsdetails** |
|  |  | Entsprechend den Grundsätzen der Datenenthaltsamkeit bzw. Datensparsamkeit des § 3a BDSG erfolgt zunächst eine weitgehende Anonymisierung der mitarbeiterbezogenen Daten; dabei ist die kleinste Auswertungsdimension die Gruppe als Organisationseinheit. Diese Gruppenberichtsebene weist in der sog. Varianz den jeweiligen Minimal- und Maximalwert innerhalb der Gruppe aus. |
|  | **4.1** | **Generelle Festlegungen** |
|  | (1) | Es gibt Sachbearbeiter-, Gruppen-, SAS- und DB-Berichte. Für alle diese Berichtsformen gelten die Regelungen in Absatz 2 bis 6. |
|  | (2) | Angezeigt werden ausschließlich die Werte der in Anlage 2 beschriebenen Kennzahlen, soweit erhebliche Abweichungen im Sinne von Ziffer 3.2 Abs. 2 gegeben sind. |
|  | (3) | Es gibt eine 1-Wochen-, eine 4-Wochen- und eine 26-Wochensicht. Dabei wird jeweils eine Kalenderwoche ausgewählt und bei der Mehrwochensicht werden die Werte des entsprechenden zurückliegenden Zeitraums einschließlich der ausgewählten Woche ermittelt. |
|  | … |  |
|  | (6) | Bei den nachstehenden Hauptkennzahlen (4 und 6.1) sowie Analysekennzahlen (6.2 und 8.3) werden bei einer Anzeige entsprechend Absatz 2 zusätzlich folgende Details ausgewertet: |
|  | … |  |
|  | **4.2** | **Sachbearbeiterbericht** |
|  | (1) | Auf den Sachbearbeiterbericht eines einzelnen Sachbearbeiters kann von dem jeweiligen Sachbearbeiter sowie von der Gruppenleiterin nur zugegriffen werden, wenn eine erhebliche Abweichung im Sinne von 3.2 Abs. 2 gegeben ist. |
|  | (2) | Alle Kennziffern werden zunächst leer dargestellt. Erst wenn ein Mitarbeiter bei mindestens einer Haupt-Kennzahl erheblich vom Gruppendurchschnitt abweicht, werden der Gruppenleiterin im Sachbearbeiterbericht ausschließlich die Kennzahlen (Haupt- und Analysekennzahlen) mit erheblichen Abweichungen … angezeigt. … |
|  | … |  |
|  | (4) | Die Auswertung der 1-Wochen-Sicht darf nur zur Überprüfung von nach 5.1 Abs. 2 festgelegten Maßnahmen verwendet werden. |
|  | … |  |
|  | **4.6.1** | **Abweichungen von Mitarbeiterwerten zum Gruppendurchschnitt** |
|  | (1) | Sobald über einen Zyklus von 6 aufeinanderfolgenden 4-Wochenauswertungen in einer der 6 Hauptkennzahlen eines Mitarbeiters eine gleichartige (gleichartig sind einerseits Überschreitungen und andererseits Unterschreitungen) erhebliche Abweichung in der gleichen Kennzahl vorliegt, erhält der zuständige SASL per automatisch generierter E-Mail ohne Nennung des Mitarbeiters einen Hinweis auf die betreffende Gruppe und die Varianz beschränkt auf die jeweilige erhebliche Abweichung. |
|  | (2) | Hält diese Situation über einen Zyklus von weiteren 4 aufeinanderfolgenden 4-Wochenauswertungen in der gleichen Hauptkennzahl an, erhält auch der zuständige Direktionsbevollmächtigte einen entsprechenden Hinweis. |
|  | … |  |
|  | **4.7** | **Befristung des Zugriffs auf die Auswertungen** |
|  | (1) | 1-Wochen- und 4-Wochen-Auswertungen stehen den jeweiligen Führungsverantwortlichen ausschließlich im Rahmen der vorstehenden Berechtigungen jeweils 12 Wochen lang zur Verfügung. Danach ist der Zugriff technisch verhindert. |
|  | (2) | 26-Wochen-Auswertungen stehen den jeweiligen Führungsverantwortlichen im Rahmen der vorstehenden Berechtigungen jeweils 26 Wochen zur Verfügung. Danach ist der Zugriff technisch verhindert. |
|  | (3) | Innerhalb der vorstehenden Fristen sind etwaige Ausdrucke der Auswertungen zu vernichten. … |
|  | **5.** | **Personalsteuerung** |
|  | (1) | Die mitarbeiterbezogenen Auswertungen haben das Ziel, Belastungs- und Leistungsunterschiede der Mitarbeiter sowie die Wirkung von Unterstützungsmaßnahmen aufzuzeigen und Hilfestellung bei der Analyse der zu Grunde liegenden Ursachen zu geben. Eine erhebliche Abweichung stellt für sich alleine kein Negativmerkmal dar. |
|  | (2) | Die mittels der Belastungsstatistik gefundenen Werte sind lediglich Indikatoren für die Leistung und das Verhalten des einzelnen Mitarbeiters im Kontext seiner Arbeitsbedingungen. … |
|  | **5.1** | **Führungsverantwortung des Gruppenleiters** |
|  | (1) | Sofern ein Sachbearbeiter in einer der 6 Hauptkennzahlen in der 26-Wochen-Sicht eine gleichartige erhebliche Abweichung in der gleichen Kennzahl aufweist, hat der Gruppenleiter seine Führungsverantwortung wahrzunehmen. |
|  | (2) | Der Gruppenleiter hat auf Basis der Daten der Belastungsstatistik das Gespräch mit seinen Mitarbeitern zu suchen und gemeinsam zu analysieren, ob die Behebung dieser Unterschiede notwendig und ohne Überlastung des Sachbearbeiters möglich ist und mit welchen Maßnahmen dies gegebenenfalls erfolgen kann. … |
|  | … |  |
|  | (4) | Ziel des Gespräches ist es, Ergebnisse gemeinsam zu finden. … |
|  | … |  |
|  | **5.2** | **Führungsverantwortung des SASL** |
|  | Sofern ein Vorgang entsprechend 4.6 zum SASL hocheskaliert wird, hat dieser gegenüber der betreffenden Gruppenleiterin seine Führungsverantwortung wahrzunehmen. 5.1. Abs. 2-5 gelten entsprechend. | |
|  | **5.3** | **Führungsverantwortung des Direktionsbevollmächtigten** |
|  | Sofern ein Vorgang entsprechend 4.6 zum Direktionsbevollmächtigten hocheskaliert wird, hat dieser seine Führungsverantwortung wahrzunehmen. 5.1. Abs. 2-5 gelten entsprechend. | |

5

Die Anlage 2 der GBV hat ua. folgenden Inhalt:

„ANLAGE 2: Kennzahlendefinition und Zweckbestimmung

Kennzahlen und Schwellwerte der Belastungsstatistik

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | |  |  |  |  | | --- | --- | --- | --- | | KZ-Nr. [neu] | Beschreibung | Definition | Schwellenwerte [MA-Varianz] | | 1 | Anzahl bearbeiteter Vorgänge | Summe der vom betrachteten SB durchgeführten Abarbeitung von schriftlichen Bearbeitungsanstößen (gewichtet) im BZ | 20% | | 2 | Anzahl neu angelegter Teamschäden | Summe der vom betrachteten SB angelegten Team-Neuschadenvorgänge im BZ | 10% | | 3.1 | SAS: Steuerungserfolg - SSP-Quote | Anteil der von allen Mitarbeitern der SAS durchgeführten SSP-Vermittlungen an allen eingerichteten Schadenvorgängen der SAS im BZ in Prozent | ./. | | 3.2 | Steuerungserfolg - Anzahl SSP-Vermittlungen | Summe der vom betrachteten SB durchgeführten SSP-Vermittlungen im BZ | 50% | | 4 | Anzahl beantworteter Gespräche | Summe der vom betrachteten SB beantworteten externen Gespräche im BZ - getrennt nach Service- und ODN-Gesprächen | 20% | | 5 | Anzahl SB-Schäden im Bestand | Summe der zum Stichtag existierenden offenen Sachbearbeiterschadenvorgänge in der betrachteten SB-Zuständigkeit | 10% | | 6.1 | Anzahl Rückstände | Summe der zum Stichtag rückständigen Korbtermine in der betrachteten SB-Zuständigkeit | 10% | | 6.2 | Altersstruktur der Rückstände | Summe der zum Stichtag rückständigen Korbtermine mit einem Wiedervorlagedatum älter als 2 Wochen in der betrachteten SB-Zuständigkeit | 10% | | 7.1 | Anzahl geschlossener Teamschäden | Summe der durch den betrachteten SB durchgeführten Teamschaden-Schließungen im BZ | 10% | | 8.1 | Telefonverfügbarkeitszeit | Gesamtzeit, welche der betrachtete SB für Serviceanrufe im BZ tatsächlich verfügbar war | 10% | | 8.2 | Nachbearbeitungszeit je Gespräch | Durchschnittliche Nachbearbeitungszeit je Gespräch des betrachteten SB im BZ | 15% | | 8.3 | Gesprächsdauer beantworteter Gespräche | Durchschnittliche Dauer der durch den betrachteten SB beantworteten (eingehenden) Gesprächs im BZ - getrennt nach Service- und ODN-Gesprächen | 20% | | 8.4 | Anzahl ausgehender Gespräche | Summe aller von den SB geführten, ausgehenden Gespräche im BZ | 20% | | 8.5 | Gesprächsdauer ausgehender Gespräche | Durchschnittliche Dauer eines durch den betrachteten SB geführten ausgehenden Gesprächs im BZ | 20% | | 8.6 | Anzahl Zwangsabmeldungen | Summe der vom SB erzeugten Zwangsabmeldungen (Pause nach Durchklingeln) im BZ | 100% | | 8.7 | Anzahl Freistellungen im Status ‚teilw. freigestellt‘ | Summe der Freistellungen (0,5 Tage) des betrachteten SB im BZ | 0% | | 9 | SAS: Anteil (%) SB-Schäden an allen Neuschäden | Ausweis aller im BZ eingerichteten SB-Schäden im Verhältnis zu den Neuschäden der Organisationseinheit | ./. | | … |  |  |  | |

|  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  | | = Neue Kennzahl | | BZ = Berichtszeitraum | SB = Sachbearbeiter | |
|  | … | | | | | |  |
|  | **ZWECKBESTIMMUNG** | | | | | |  |
|  | **1. Zielsetzung und Prämissen der Belastungsstatistik** | | | | | |  |
|  | ➢ | Ausgangsituation | | | | |  |
|  |  | In der gegebenen Teamorganisation - zu der die H sich aufgrund der entscheidenden Bedeutung des Telefons entschieden hat - sind weder gleichmäßig verteilte Arbeitsmengen noch eindeutige Zuständigkeiten gesichert. Es ist vielmehr so, dass der SB durch seine Leistung seine Arbeitsmenge und -intensität direkt beeinflusst. Zum Beispiel führt eine überdurchschnittlich hohe Telefonleistung zu einer erhöhten Abarbeitung von Posteingängen, die anderen SB zugeordnet wurden, was sogar eigene Rückstände des SB zur Folge haben kann. Ohne die Belastungsstatistik kann eine Führungskraft zwar Rückstände erkennen, sie ist aber nicht ohne weitere Erkenntnisquellen in der Lage festzustellen, ob diese Rückstände aus einer ungleichmäßig verteilten Arbeitsmenge oder einer unterdurchschnittlichen Leistung resultieren. … | | | | |  |
|  | ➢ | Zielsetzung | | | | |  |
|  |  | Die Belastungsstatistik ist ein Instrument zur Erkennung von längerfristigen und signifikanten Ungleichgewichten (einschließlich deren Ursachen) in der Arbeitsbelastung und Arbeitsleistung von Sachbearbeitern, Gruppen und SAS’en. | | | | |  |
|  | ➢ | Dementsprechend ist der Zweck (und die Struktur) der Kennzahlen: | | | | |  |
|  |  | - | | Erkennung von Ungleichgewichten bei der Arbeitsbelastung und Arbeitsleistung (Hauptkennzahlen) | | |  |
|  |  | - | | Unterstützung der Analyse der Ursachen, um ggf. zielgerichtete Maßnahmen zu entwickeln und umzusetzen (Analysekennzahlen) | | |  |
|  | ➢ | Dabei umfasst die Belastungsstatistik das wesentliche Aufgabenspektrum der SB bzw. Orga-Einheiten. Im Einzelnen handelt es sich um folgende Bereiche: | | | | |  |
|  |  | - | | Telefon (Hauptauslöser der Bearbeitung) | | |  |
|  |  | - | | Posteingang | | |  |
|  |  | - | | Aktives Schadenmanagement (einerseits als strategische Zielsetzung von besonderer Bedeutung, andererseits als Aufwandstreiber) …“ | | |  |

6

Mit seiner am 24. Juli 2012 beim Arbeitsgericht eingegangen Antragsschrift hat der Gesamtbetriebsrat die Unwirksamkeit des ihm am 10. Juli 2012 zugestellten Einigungsstellenspruchs geltend gemacht. In seiner Sitzung am 1. August 2012 fasste er folgenden Beschluss:

|  |  |
| --- | --- |
|  | „Da der Arbeitgeber die Rechtmäßigkeit des Beschlusses [vom 21. Juni 2012] in Frage stellt, beschließt der GBR vorsorglich, dass der damalige Beschluss den zwischenzeitlich erfolgten Bedingungseintritt umfasste und beschließt des Weiteren die Heilung etwaiger Beschlussmängel, insbesondere ist die Antragstellung im Verfahren 4 BV 9/12 von der Beschlussfassung umfasst.“ |

7

Der Gesamtbetriebsrat hat die Auffassung vertreten, die Einigungsstelle sei ihrem Auftrag mangels notwendiger Regelungen zum Gesundheitsschutz nur unvollständig nachgekommen. Die neue Belastungsstatistik und hieraus folgende psychische Belastungen änderten die Gegebenheiten iSd. § 3 ArbSchG. Darüber hinaus führe die GBV aufgrund der Kennzahlen und der zu erstellenden Berichte zu einer umfassenden Leistungs- und Verhaltensüberwachung der Arbeitnehmer mit einer unverhältnismäßigen Kontrolldichte, die deren nach § 75 Abs. 2 BetrVG zu schützendes Persönlichkeitsrecht verletze. Mangels hinreichender Berücksichtigung schützenswerter Belange der Arbeitnehmer sei der Spruch auch ermessensfehlerhaft. Dies habe er innerhalb der Frist des § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG rechtzeitig geltend gemacht. Am 21. Juni 2012 sei kein unwirksamer „Vorratsbeschluss“ gefasst worden.

8

Der Gesamtbetriebsrat hat - soweit für die Rechtsbeschwerde von Bedeutung - beantragt:

|  |  |
| --- | --- |
|  | Es wird festgestellt, dass der Spruch der Einigungsstelle über eine Gesamtbetriebsvereinbarung zur Belastungsstatistik für Schadenaußenstellen vom 26. Juni 2012, zugestellt am 10. Juli 2012, unwirksam ist. |

9

Die Arbeitgeberin hat beantragt, den Antrag abzuweisen. Personell begrenzte Zugriffsrechte und die eingeschränkte Verwendung der mitarbeiterbezogenen Daten hinderten das Entstehen eines unangemessenen Überwachungsdrucks. Regelungen zum Gesundheitsschutz fielen in die Zuständigkeit der örtlichen Betriebsräte.

10

Das Arbeitsgericht hat den Feststellungsantrag des Gesamtbetriebsrats abgewiesen; seine hiergegen gerichtete Beschwerde hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit seiner Rechtsbeschwerde verfolgt der Gesamtbetriebsrat seinen Feststellungsantrag weiter.

11

B. Die Rechtsbeschwerde des Gesamtbetriebsrats ist erfolgreich. Der zulässige Feststellungsantrag ist begründet.

12

I. Der zutreffend auf die Feststellung der Unwirksamkeit des Einigungsstellenspruchs gerichtete Antrag des Gesamtbetriebsrats ist auch im Übrigen zulässig. Jedenfalls durch den im Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens gefassten Beschluss vom 1. August 2012 wurde die Einleitung des Beschlussverfahrens mit dem vorliegenden Verfahrensgegenstand sowie die Beauftragung des Verfahrensbevollmächtigten noch innerhalb des erstinstanzlichen Verfahrens genehmigt (vgl. BAG 4. November 2015 - 7 ABR 61/13 - Rn. 25 mwN).

13

II. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist der Spruch der Einigungsstelle unwirksam. Die in der GBV getroffenen **Regelungen** über die Erfassung und Speicherung der Bewegungsdaten der einzelnen Sachbearbeiter sowie deren Auswertung (Nr. 3.2 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. Nr. 3.1 Abs. 2 GBV sowie Nr. 4.2 iVm. Nr. 4.1 GBV) **verletzen die den Betriebsparteien nach § 75 Abs. 2 Satz 1 BetrVG obliegende Pflicht, dem in Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleisteten allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer in angemessenem Umfang Rechnung zu tragen**.

14

1. Der Spruch der Einigungsstelle ist allerdings nicht bereits deshalb unwirksam, weil - wie der Gesamtbetriebsrat meint - diese ihrem Regelungsauftrag mangels in der GBV festzulegender „Maßnahmen des Gesundheitsschutzes“ nur unvollständig nachgekommen wäre. Das ist unzutreffend. Die Einigungsstelle war mangels eines entsprechenden Mitbestimmungsrechts gehindert, darauf gerichtete Regelungen zu beschließen.

15

a) Die Einigungsstelle ist nach § 87 Abs. 2 BetrVG befugt, in den Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG eine Regelung zu treffen. Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG bei betrieblichen Regelungen über den Gesundheitsschutz mitzubestimmen. Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich dabei auf Maßnahmen des Arbeitgebers zur Verhütung von Gesundheitsschäden, die Rahmenvorschriften konkretisieren. Es setzt ein, wenn eine gesetzliche Handlungspflicht objektiv besteht und wegen Fehlens einer zwingenden Vorgabe betriebliche Regelungen verlangt, um das vom Gesetz vorgegebene Ziel des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu erreichen (st. Rspr., etwa BAG 30. September 2014 - 1 ABR 106/12 - Rn. 13 mwN).

16

b) Soweit der Gesamtbetriebsrat meint, die Einigungsstelle habe Regelungen über den Gesundheitsschutz auf Grundlage des § 3 ArbSchG treffen müssen, wird übersehen, dass die Anwendung dieser arbeitsschutzrechtlichen Generalklausel zumindest das Vorliegen von Gefährdungen verlangt, die entweder feststehen oder im Rahmen einer Gefährdungsbeurteilung festzustellen sind. Erst in einem solchen Fall werden konkrete gesetzliche Handlungspflichten des Arbeitgebers ausgelöst, deren Umsetzung einer Mitwirkung des Betriebsrats bedarf (ausführlich BAG 28. März 2017 - 1 ABR 25/15 - Rn. 20 ff.).

17

c) Hiernach scheidet eine Regelungszuständigkeit der Einigungsstelle aus. Vorliegend fehlt es an einer Feststellung konkreter Gefährdungen, an denen die Einigungsstelle die getroffenen Regelungen hätte ausrichten müssen. Diese Beurteilung konnte die Einigungsstelle nicht vornehmen. Sie ist weder die nach § 13 Abs. 1 ArbSchG verantwortliche Person für die Erfüllung der sich ua. aus § 5 ArbSchG ergebenden Pflichten des Arbeitgebers noch können an sie Arbeitsschutzpflichten iSd. § 13 Abs. 2 ArbSchG delegiert werden (BAG 28. März 2017 - 1 ABR 25/15 - Rn. 23).

18

2. Der Spruch der Einigungsstelle ist aber deswegen unwirksam, weil er das nach Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer missachtet.

19

a) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird in den Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung garantiert. Zu den Normen, die es einschränken können, gehören auch die von den Betriebsparteien im Rahmen ihrer Regelungskompetenz geschlossenen Betriebsvereinbarungen. Damit einhergehende Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht sind am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen, der die den Betriebsparteien nach § 75 Abs. 2 BetrVG auferlegte Verpflichtung konkretisiert (BAG 15. April 2014 - 1 ABR 2/13 (B) - Rn. 40 mwN, BAGE 148, 26).

20

Den Schutz des Persönlichkeitsrechts gebietet weiterhin der Normzweck des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bei der Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Er ist darauf gerichtet, Arbeitnehmer vor solchen Beeinträchtigungen ihres Persönlichkeitsrechts durch den Einsatz technischer Überwachungseinrichtungen zu bewahren, die nicht durch schützenswerte Belange des Arbeitgebers zu rechtfertigen oder unverhältnismäßig sind. Die auf technischem Wege erfolgende Ermittlung und Aufzeichnung von Informationen über Arbeitnehmer bei der Erbringung ihrer Arbeitsleistung bergen die Gefahr in sich, dass sie zum Objekt einer Überwachungstechnik gemacht werden, die anonym personen- oder leistungsbezogene Informationen erhebt, speichert, verknüpft und sichtbar macht (BAG 13. Dezember 2016 - 1 ABR 7/15 - Rn. 21 mwN). **Die Möglichkeiten, Einzelangaben über eine Person zu erheben, sie zu speichern sowie jederzeit abzurufen, sind geeignet, bei den Betroffenen einen psychischen Anpassungsdruck zu erzeugen, durch den sie in ihrer Freiheit, ihr Handeln aus eigener Selbstbestimmung zu planen und zu gestalten, wesentlich gehemmt werden** (BAG 26. August 2008 - 1 ABR 16/07 - Rn. 15 mwN, BAGE 127, 276).

21

b) Das zulässige Maß einer Beschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zugunsten schützenswerter Belange eines anderen Grundrechtsträgers richtet sich nach dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**. Dieser verlangt **eine Regelung, die geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der gewährleisteten Freiheitsrechte angemessen ist, um den erstrebten und legitimen Zweck zu erreichen**. Hierzu dürfen die Betriebsparteien nur solche Regelungen treffen, mit deren Hilfe ein solcher Zweck gefördert werden kann. Zu dessen Erreichung dürfen keine anderen, gleich wirksamen und das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer weniger einschränkende Mittel zur Verfügung stehen. Eine Regelung ist verhältnismäßig im engeren Sinn, wenn die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe steht (BAG 15. April 2014 - 1 ABR 2/13 (B) - Rn. 41 mwN, BAGE 148, 26).

22

c) Nach diesen Grundsätzen beeinträchtigen die in der GBV geregelten Datenerhebungen und Auswertungen das allgemeine Persönlichkeitsrecht der betroffenen Arbeitnehmer unverhältnismäßig.

23

aa) Die GBV soll nach ihrem Nr. 2 Abs. 1 dazu dienen „Ungleichgewichte in der Belastungssituation der Schadenaußenstellen, der Gruppen und der Mitarbeiter zu erkennen, zu analysieren und steuernd eingreifen zu können“ sowie eine vergleichende Analyse der Schadenaußenstellen untereinander zu ermöglichen, um Produktivitätsunterschiede zu erkennen. Diese Zwecke werden in Nr. 2 Abs. 2 und Abs. 3 GBV näher erläutert. Zu deren Umsetzung werden auf Grundlage der nach Nr. 3.2 GBV erfassten und gespeicherten „Bewegungsdaten“, deren Merkmale sich aus der Anlage 2 zur GBV ergeben, nach Maßgabe der Nr. 3.3 GBV „Auswertungen“ vorgenommen, die in 1-Wochen-, 4-Wochen- und 26-Wochensichten für die Ebene der einzelnen Sachbearbeiter wöchentlich fortgeschrieben werden (Nr. 3.3 Abs. 1, Nr. 4.1 GBV). Eine Anzeige von Kennzahlen erfolgt auf der Ebene der Sachbearbeiter allerdings nur, wenn sich erhebliche Abweichungen iSd. Nr. 3.2 Abs. 2 GBV ergeben (Nr. 4.2 Abs. 1 GBV). Dann werden zudem die der Hauptkennzahl zugeordneten Analysekennzahlen und nach Maßgabe der Nr. 4.1 Abs. 6 GBV ggf. weitere Details hinsichtlich einzelner Kennzahlen - eine sog. 1. und 2. Dimensionsebene - ausgewertet. Diese Kennzahlen messen das quantitative Ergebnis der erbrachten Leistung durch die einzelnen Sachbearbeiter anhand von festgelegten Schwellenwerten (Nr. 3.1 Abs. 3 Satz 4 GBV iVm. Anlage 2 Spalte 4 GBV, „Mitarbeiter-Varianz“), die sich aus dem durchschnittlichen Ergebnis der übergeordneten Organisationseinheit der „Gruppe“ ergeben, der ein Sachbearbeiter zugeordnet ist (Nr. 4.2 GBV).

24

bb) Unter Berücksichtigung des Zwecks der GBV erweisen sich die Regelungen über Erfassung und Speicherung der Bewegungsdaten (Nr. 3.2 Abs. 1 GBV) sowie die jeweils wöchentlich stattfindenden Auswertungen für die Ebene der Sachbearbeiter (Nr. 4.2 GBV) iVm. den in Nr. 3 GBV niedergelegten Grundsätzen zu den Bewegungsdaten (Nr. 3.2 iVm. Nr. 3.1 Abs. 3 GBV sowie den Kennzahlen der Anlage 2 GBV und den Details nach Nr. 4.1 Abs. 6 GBV) als nicht angemessen (verhältnismäßig im engeren Sinne).

25

(1) Grundsätzlich handelt es sich um ein legitimes Anliegen eines Arbeitgebers, eine unterschiedliche Belastungssituation der Arbeitnehmer und deren Ursachen in Erfahrung zu bringen, um eine sach- und mitarbeitergerechte Arbeitssteuerung zu ermöglichen und die Effizienz der Arbeitsorganisation zu verbessern.

26

(2) Es ist aber bereits zweifelhaft, ob das von der GBV eingesetzte Mittel der „Belastungsstatistik“ auf dieses Ziel gerichtet ist. Vielmehr wird die Erhebung solcher Daten gestattet, die ausschließlich die Erledigung von Arbeitsaufgaben erfassen, ohne Berücksichtigung des Schweregrads der konkreten Aufgabe und der Qualität des Arbeitsergebnisses. Es spricht daher schon Vieles dafür, dass die von der GBV eingesetzten Mittel als solche untauglich sind, den vorgegebenen Zweck zu fördern. Anhand der Kennzahlen wird nicht die „Belastungssituation“ der einzelnen Ebene, sondern deren Produktivität, das erzielte oder nicht erreichte (Anzahl der „Rückstände“ und „Zwangsabmeldungen“) Arbeitsergebnis, also die Leistung des einzelnen Sachbearbeiters ermittelt. Das verdeutlicht auch Nr. 1 der Anlage 2 GBV, wenn dort von „Transparenz über die erbrachten Leistungen“ und einer „unterdurchschnittlichen Leistung“ die Rede ist. Zudem erfolgen rein quantitative Erhebungen. Soweit bei der Hauptkennzahl Nr. 1 und der Analysekennzahl Nr. 10 die schriftlichen Arbeitsanstöße und die Summe der zugeteilten Vorgänge „gewichtet“ werden sollen, enthält die GBV hierzu keine Regelungen. Es bleibt weiterhin offen, wie unterschiedliche qualitative Arbeitsanforderungen und die Rahmenbedingungen (Nr. 2 Abs. 3 Satz 2 GBV) berücksichtigt werden. Gründe statistisch ermittelter Leistungsunterschiede erschließen sich aus der von der GBV erlaubten Datenerhebung und -verarbeitung nicht. Auch die Beteiligten konnten in der mündlichen Anhörung auf Nachfrage des Senats nicht erklären, dass die GBV Rückschlüsse auf deren Ursachen zulasse.

27

(3) Zugunsten der Arbeitgeberin kann weiterhin davon ausgegangen werden, die erhobenen „Belastungsstatistiken“ seien für den Zweck der GBV erforderlich, auch wenn sich nicht erschließt, weshalb sich die GBV nicht auf deren stichprobenartigen Einsatz beschränkt und damit die von einer dauerhaften Überwachung ausgehenden Gefahren für das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer mildert. Allerdings steht der Erforderlichkeit der Maßnahme - anders als es der Gesamtbetriebsrat anführt - nicht entgegen, dass es den Gruppenleitern auch ohne die Sachbearbeiterberichte möglich sei, die ihnen zugeordneten Mitarbeiter auf Grundlage der Arbeitszeiterfassung und des jeweiligen „digitalen Arbeitskorbs“ zu überwachen und zu steuern. Dies trifft nicht zu. Der Gruppenleiter kann den „Arbeitskorb“ des einzelnen Sachbearbeiters mit den ihm zugewiesenen schriftlichen Arbeitsanstößen nur „tagesaktuell“ einsehen. Die Kennzahlen der Belastungsstatistik sollen jedoch eine Einschätzung der Gesamtarbeitssituation eines Sachbearbeiters über einen längeren Zeitraum (1 Woche, 4 und 26 Wochen) ermöglichen und weiterhin die der übergeordneten Arbeitsebenen erfassen. Ebenso kann nicht aufgrund der bestehenden Gesamtbetriebsvereinbarung „Telefoniemodell Schaden“ (GBV Telefonie) von einer fehlenden Erforderlichkeit der Maßnahme ausgegangen werden. Regelungszweck der GBV Telefonie ist die „Zusteuerung der Telefonate auf die anwesenden Mitarbeiterkapazitäten“ in den jeweiligen Schadenaußenstellen. Dem Gruppenleiter soll anhand des Monitoring ein Überblick über die aktuelle Telefonsituation gegeben werden (Nr. 7 GBV Telefonie), um bei Bedarf steuernd eingreifen zu können. Das Berichtswesen nach Nr. 8 Abs. 4 Satz 2 GBV Telefonie ist zudem grundsätzlich nur „gruppenbezogen“ ausgestaltet.

28

(4) Die genannten Regelungen der GBV sind allerdings unverhältnismäßig im engeren Sinne. Sie stellen einen schwerwiegenden Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Arbeitnehmer dar, der durch schützenswerte Interessen der Arbeitgeberin nicht gerechtfertigt wird.

29

(a) Die GBV regelt die lückenlose und dauerhafte sowie sehr detaillierte automatisierte Erfassung des wesentlichen Arbeitsspektrums der Sachbearbeiter (Nr. 1 Spiegelstrich 4 Anlage 2 GBV) anhand der in der Tabelle in der Anlage 2 GBV aufgeführten Haupt- und Analysekennzahlen. Erfasst werden sämtliche schriftlichen Bearbeitungsanstöße, also Schriftstücke, die gescannt dem „Arbeitskorb“ eines Sachbearbeiters zugewiesen werden, und die er bearbeitet hat (Hauptkennzahl 1). Zugleich wird die Anzahl der „rückständigen Korbtermine“, also die dem jeweiligen Sachbearbeiter zugewiesenen Vorgänge, zum jeweiligen Stichtag iSd. Nr. 3.3 Abs. 1 Satz 1 GBV erfasst und wöchentlich deren Altersstruktur („älter als zwei Wochen“, Analysekennzahl 6.2) festgehalten. Zudem wird bei den Kennzahlen 6.1 und 6.2 der Anlage 2 GBV nach der „1. Dimensionsebene“ iSd. Nr. 4.1 Abs. 6 GBV gespeichert, ob es sich um Neu-, Team- oder Sachbearbeiterschäden handelt. Weitergehend wird die Summe der von ihm angelegten Teamschäden (Hauptkennzahl 2) sowie die der von ihm durchgeführten „Teamschäden-Schließungen“ (Analysekennzahl 7.1) und die Anzahl der Sachbearbeiterschäden (SB-Schäden) im eigenen Bestand (Hauptkennzahl 5) erhoben. Ebenfalls werden die Anzahl der „SSP-Vermittlungen“, also solcher, die im Bereich des bei der Arbeitgeberin bestehenden und als aufwändig eingestuften „Schadenservice PLUS“ (Hauptkennzahl 3.2) vorkommen, und die „SSP-Quote“ (Hauptkennzahl 3.1) des einzelnen Sachbearbeiters ermittelt. Noch detaillierter erfolgt die Datenerhebung im Bereich „Telefon“ als „Hauptauslöser der Bearbeitung“ (Nr. 1 Spiegelstrich 4 der Anlage 2 GBV). Die Datenerhebung und Auswertung erfasst weiterhin die Anzahl der geführten Telefongespräche und unterscheidet zwischen Servicegesprächen und nicht servicebezogenen externen Telefonaten (ODN) (Hauptkennzahl 4). Dabei wird zusätzlich die Telefonverfügbarkeitszeit (Analysekennzahl 8.1), die Dauer von beantworteten Gesprächen (Analysekennzahl 8.3), die Anzahl ausgehender Gespräche (Analysekennzahl 8.4), deren Dauer (Analysekennzahl 8.5), die Nachbearbeitungszeit je Gespräch (Analysekennzahl 8.2), die Anzahl der Zwangsabmeldungen (Analysekennzahl 8.6) sowie die Anzahl der Freistellungen (Analysekennzahl 8.7) im Zentraldialog (Nr. 3.1 Abs. 1 GBV) ermittelt. Bei der Hauptkennzahl 4 sowie den Analysekennzahlen 8.2 und 8.3 der Anlage 2 GBV wird nach Nr. 4.1 Abs. 6 GBV zusätzlich auf der „1. Dimensionsebene“ erfasst, ob es sich um Service- oder Direkttelefonie (ODN) handelt und auf der „2. Dimensionsebene“, ob eine Neuschaden- oder Folgebearbeitung vorliegt.

30

(b) Der einzelne Arbeitnehmer muss folglich während der gesamten Dauer seiner Arbeitszeit in der Schadenaußenstelle davon ausgehen, dass sein wesentliches Aufgabenspektrum auf elektronischem Wege anhand einer Vielzahl von quantitativen Kriterien (Haupt- und Analysekennzahlen) im Rahmen der einzelnen „Arbeitsauslöser“ durchgehend detailliert erfasst und einer Auswertung auf den Ebenen einer 1-Wochen-, 4-Wochen- und 26-Wochensicht (Nr. 4.1 Abs. 3 GBV) zugeführt wird. Sämtliche Auswertungen werden wochenweise fortgeschrieben und stehen jeweils am Ende einer Arbeitswoche zur Verfügung (Nr. 3.3 Abs. 1 GBV). Dies führt zu einem ständigen Überwachungs- und daran anknüpfenden Anpassungs- und Leistungsdruck in allen wesentlichen Arbeitsbereichen.

31

Durch die in der GBV vorgesehene Auswertung im Rahmen eines Sachbearbeiterberichts nach Nr. 4.2 GBV werden anhand der Hauptkennzahlen die Arbeitsergebnisse seiner Tätigkeit abgebildet und entsprechend der Kennzahlen quantifiziert dargestellt. Gemäß Nr. 3.2 Abs. 2 Satz 2 GBV wird zudem „der individuell von einem Sachbearbeiter erreichte Wert in ein Verhältnis zu dem entsprechenden Durchschnittswert aller Sachbearbeiter der Gruppe“ gesetzt und damit anhand des jeweiligen Gruppendurchschnitts der Hauptkennzahlen bewertet („erhebliche Abweichung“). Zwar werden nach Nr. 4.2 Abs. 2 GBV im Sachbearbeiterbericht zunächst alle Kennziffern „leer dargestellt“. Kommt es aber zu „erheblichen Abweichungen“ in einer Hauptkennzahl vom Gruppendurchschnitt, wird dem Gruppenleiter diese einschließlich der Analysekennzahlen und ggf. der in Nr. 4.1 Abs. 6 GBV beschriebenen Details angezeigt. Diese sind dann auch „Indikatoren für die Leistung und das Verhalten des einzelnen Mitarbeiters im Kontext seiner Arbeitsbedingungen“ (Nr. 5 Abs. 2 Satz 1 GBV) und können nach den in Nr. 5.1 Abs. 1 GBV beschriebenen Maßgaben dazu führen, dass der Gruppenleiter ein Mitarbeitergespräch mit dem betreffenden Sachbearbeiter zu führen hat (Nr. 5.1 Abs. 2 GBV). Werden in diesem Zusammenhang Maßnahmen festgelegt, kann zudem die Auswertung der 1-Wochensicht herangezogen werden. Unabhängig davon können der Gruppenleiter und der jeweilige Sachbearbeiter auf diese 1-Wochensicht zugreifen (Nr. 3.2 Abs. 3 GBV). Es ist weiterhin nicht ausgeschlossen, dass ungeachtet der Voraussetzungen der Nr. 5.1 Abs. 1 GBV der Gruppenleiter „erhebliche Abweichungen“ zum Anlass nimmt, diese mit dem betroffenen Sachbearbeiter, auch iSd. Nr. 5.1 Abs. 2 GBV, zu besprechen.

32

Das wesentliche Arbeitsverhalten und die Arbeitsleistung des einzelnen Sachbearbeiters unterliegt damit durch die Kennzahlen einer detaillierten quantitativen Beobachtung, die am Ende jeder Arbeitswoche anhand der zu erstellenden 1-Wochen-, 4-Wochen- und 26-Wochensichten stets eine erneute - mit den Ergebnissen der Gruppe vergleichende - Auswertung erfährt. Dadurch steht der Sachbearbeiter unter ständiger Beobachtung. Dies erzeugt einen schwerwiegenden und zudem dauerhaften Anpassungsdruck, möglichst in allen maßgebenden Arbeitsbereichen in Bezug auf die Kennzahlen unauffällig zu arbeiten, um nicht aufgrund „erheblicher Abweichungen“ später Personalgesprächen oder gar personellen Maßnahmen ausgesetzt zu sein (sh. auch BAG 26. August 2008 - 1 ABR 16/07 - Rn. 29 mwN, BAGE 127, 276). Dieser „Druck“ wird nicht durch Nr. 5 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 GBV relativiert, weil der jeweilige Sachbearbeiter zunächst allein aufgrund der ausgewiesenen „erheblichen Abweichung“ iSd. GBV „auffällig“ wird.

33

Darüber hinaus ist der Sachbearbeiter einem Erfassungs- und Auswertungssystem unterworfen, bei dem er nicht einmal erkennen kann, ob sein Arbeitsergebnis bei den Hauptkennzahlen erheblich abweicht. Durch die Orientierung des Schwellenwertes, der zur Ermittlung von erheblichen Abweichungen maßgebend ist, an das Durchschnittsergebnis bei der jeweiligen Kennzahl „seiner“ Gruppe kann er nicht verlässlich einschätzen, ob bei ihm eine Abweichung vorliegt, die zu einer Anzeige iSd. Nr. 4.2 Abs. 2 Satz 2 GBV führt. Die wöchentliche Fortschreibung der für Abweichungen maßgebenden 1-Wochen-, 4-Wochen- und 26-Wochen-Auswertungen (Nr. 3.3 Abs. 1 iVm. Nr. 4.2 Abs. 2 GBV) erfolgt jeweils retrospektiv am Ende der jeweiligen Arbeitswoche „mit den Werten dieser Woche“, die dem Sachbearbeiter nicht bekannt sind. Er kann auch anhand seiner eigenen Bewegungsdaten aus der Vorwoche (Nr. 3.2 Abs. 3 GBV) nicht erkennen, ob er sich mit seinem Arbeitsergebnis bei der jeweiligen Hauptkennzahl innerhalb des für ihn maßgebenden Schwellenwertes der Gruppe für den Auswertungszeitraum bewegt, selbst wenn ihm eine Abweichung angezeigt wurde, weil die Auswertung retrospektiv erfolgt. Weiterhin ist eine „erhebliche Abweichung“ nicht von einem fest bestimmten Wert abhängig, sondern von der jeweiligen Zusammensetzung der Gruppe und deren Ergebnissen. Weder auf deren Größe noch auf ihre Zusammensetzung hat der Arbeitnehmer einen Einfluss. Eine Veränderung der Gruppenzusammensetzung kann aber dazu führen, dass bei einem Sachbearbeiter trotz gleichbleibender Leistung „erhebliche Abweichungen“ vorliegen. Soweit die Arbeitgeberin anführt, der Sachbearbeiter kenne „seine“ Gruppe als Arbeitsumfeld und er könne die erbrachte Leistung einschätzen, bleibt offen, wie ihm dies möglich sein soll. Ihr weiteres Argument, der Sachbearbeiter werde in „seiner Gruppe“ an seinen Leistungen gemessen und es entstünden Konflikte, wenn ein Mitarbeiter permanent unterstützt werden müsse, wird von den Zwecken der GBV nicht getragen. Diese soll neben dem Erkennen von Ungleichgewichten in der Belastungssituation der einzelnen Ebenen eine sach- und mitarbeitergerechte Arbeitssteuerung ermöglichen (Nr. 2 Abs. 1 GBV), nicht aber eine Gruppenerwartung an ein quantitatives Ergebnis eines Gruppenmitglieds.

34

Es werden zudem nur die „Abweichungen“ ausgewiesen, nicht aber die Durchschnittswerte aller Hauptkennzahlen. Das hat zur Folge, dass ein Sachbearbeiter, der nur in einer Hauptkennzahl erheblich abweicht, in den anderen Hauptkennzahlen aber über dem Gruppendurchschnitt liegt, im Sachbearbeiterbericht ausgewiesen wird, während derjenige, der in allen Hauptkennzahlen deutlich unterhalb des Gruppendurchschnitts liegt, ohne hierbei erheblich iSv. Nr. 3.2 Abs. 2 GBV abzuweichen, dem Gruppenleiter überhaupt nicht „angezeigt“ wird (Nr. 4.2 Abs. 2 GBV). Dem einzelnen Sachbearbeiter erschließt sich aufgrund des Berichts außerdem nicht, wie sich „seine“ anderen Hauptkennzahlen im Verhältnis zum Gruppendurchschnitt darstellen.

35

(c) Für diesen schwerwiegenden dauerhaften Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer gibt es keine hinreichende Rechtfertigung. Er wird nicht durch überwiegend schutzwürdige Belange der Arbeitgeberin gedeckt.

36

(aa) Die Arbeitgeberin hat zwar grundsätzlich ein berechtigtes Interesse daran, die Belastungssituation der Arbeitnehmer zu erfassen und zu analysieren, um ihre Arbeitsabläufe umzugestalten und zu effektuieren.

37

(bb) Vorliegend führt aber die in der GBV vorgesehene Überwachung durch eine technische Einrichtung dauerhaft zu einer **nahezu lückenlosen Erfassung einzelner Arbeitsschritte des betreffenden Sachbearbeiters während seiner gesamten Arbeitszeit**. Anders als die Arbeitgeberin meint, wird dieser Eingriff nicht durch den zeitlich befristeten Zugriff auf die einzelnen Auswertungen (Nr. 4.7 GBV) und die grundsätzlich gebotene Vernichtung von Gesprächsprotokollen (Nr. 5.1 Abs. 4 GBV) entsprechend der Fristen nach Nr. 4.7 Abs. 1 und Abs. 3 GBV sowie die Löschung aller mitarbeiterbezogenen Daten und der daraus generierten Berichte spätestens nach 400 Tagen (Nr. 9 Abs. 1 GBV) (teilweise) kompensiert. Dies übersieht, dass die betroffenen Arbeitnehmer durch Aufzeichnung der Bewegungsdaten und deren Auswertung anhand der Haupt- und Analysekennzahlen dem geschilderten Überwachungs- und Anpassungsdruck aufgrund der wöchentlich fortgeschriebenen Auswertungen zeitlich unbefristet ausgesetzt sind. Auch das Berechtigungskonzept hindert nicht die Schwere des Eingriffs. Jedenfalls dem Gruppenleiter als unmittelbaren Vorgesetzten werden Abweichungen bei einer Hauptkennzahl stets angezeigt (Nr. 3.2 Abs. 3 GBV).

38

Die Einigungsstelle hat sich - ausgehend von der Zielsetzung der GBV - nicht etwa darauf beschränkt, zeitlich befristet und beispielsweise begrenzt auf Schadenaußenstellen, bei denen für einen konkreten Zeitraum erhebliche Abweichungen zur durchschnittlichen oder einer von ihr erwarteten Produktivität ausgemacht wurden, spezifische Erhebungen durchzuführen, die hätten geeignet sein können, einen damit verbundenen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht aller Arbeitnehmer zu begrenzen. Durch die von ihr gewählte Methode werden sämtliche Arbeitnehmer, unabhängig davon, ob ihre Belastung und ihre Leistung der Zielsetzung einer „mitarbeitergerechten Arbeitssteuerung“ (Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 GBV) bereits entsprechen würde, einer umfassenden Überwachung durch das Erfassen und das Speichern ihrer Bewegungsdaten und deren Auswertung ausgesetzt.

39

3. Die Unwirksamkeit der Regelung über die Erfassung und Speicherung der einzelnen „Bewegungsdaten“ iSd. Nr. 3.2 Abs. 1 GBV führt zugleich dazu, dass die darauf gestützten Bestimmungen der GBV über die weiteren Auswertungen gemäß Nr. 4.3 bis Nr. 4.5 GBV (Gruppenbericht, SAS-Bericht, DB-Bericht) unwirksam sind. Nr. 4 GBV führt zu keinem anderen Ergebnis. Soweit dort geregelt ist, dass eine „weitgehende Anonymisierung der mitarbeiterbezogenen Daten“ erfolgt, erfasst dies, wie die Auslegung der GBV ergibt, nicht die Erfassung und das Speichern der Bewegungsdaten iSd. Nr. 3.2 Abs. 1 GBV, weil anderenfalls eine Auswertung für einen Sachbearbeiterbericht nach Nr. 4.2 GBV nicht möglich wäre. Das zeigt neben Nr. 3.2 Abs. 1 Satz 3 GBV die systematische Stellung von Nr. 4 GBV - „Auswertungsdetails“ - sowie Nr. 4 Satz 1 Halbs. 2 GBV. Danach bezieht sich die „weitgehende“ und nicht im Einzelnen festgelegte Anonymisierung auf die „Gruppe“ als „kleinste Auswertungsdimension“. Lediglich bei den Auswertungen auf der Ebene der Gruppe - dort mit Ausnahme der Regelung in Nr. 4.3 Abs. 2 Spiegelstrich 3 GBV -, der Schadenaußenstellen und des Direktionsberichts (Nr. 4.3 bis Nr. 4.5 GBV) kommt es zu einer Anonymisierung der Darstellung in den einzelnen Berichten, die die Auswertungen in Bezug auf einzelne Sachbearbeiter nicht zum Gegenstand haben.

40

III. Die Unwirksamkeit der genannten Bestimmungen der GBV hat die des gesamten Einigungsstellenspruchs zur Folge (BAG 9. Juli 2013 - 1 ABR 19/12 - Rn. 39 mwN, BAGE 145, 330). Der verbleibende Teil der GBV stellt ausgehend von ihrer Zielsetzung ohne die Ausgestaltung über die Erfassung und Speicherung der Bewegungsdaten der einzelnen Sachbearbeiter und die darauf gestützten Auswertungsberichte keine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung mehr dar. Die Bestimmungen über die Eskalationsstufen (Nr. 4.6 GBV) sowie diejenigen über die Personalsteuerung und die Führungsverantwortungen von Gruppen- und Schadenaußenstellenleitern sowie der Direktionsbevollmächtigten (Nr. 5 GBV) einschließlich der damit verbundenen Konfliktregelung nach Nr. 7 GBV ebenso wie die in Nr. 6 GBV vorgesehene Qualifizierung anlässlich der Einführung der GBV bauen auf den Berichten nach Nr. 4.2 bis Nr. 4.5 GBV auf. Deshalb kann vorliegend dahinstehen, ob für die nachfolgenden Regelungen der GBV jeweils ein zwingendes Mitbestimmungsrecht des Gesamtbetriebsrats besteht.

41

IV. Ist die GBV bereits aus Rechtsgründen unwirksam, bedarf es keiner Entscheidung, ob der Gesamtbetriebsrat die Zwei-Wochen-Frist des § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG gewahrt hat und zur Geltendmachung eines Ermessensfehlgebrauchs der Einigungsstelle berechtigt war. Deshalb muss der Senat nicht darüber befinden, ob der Gesamtbetriebsrat am 21. Juni 2012 einen unwirksamen „Vorratsbeschluss“ gefasst haben soll, weil - wie es das Landesarbeitsgericht angenommen hat - die Anfechtung eines Spruchs der Einigungsstelle erst ab dessen „Existenz“ beschlossen werden könne. Weiterhin kann offenbleiben, ob die Auffassung der Beschwerdeinstanz zutreffend ist, durch den nachfolgenden Beschluss des Gesamtbetriebsrats vom 1. August 2012 werde die zweiwöchige Frist des § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG trotz rechtzeitig eingegangener Antragsbegründungsschrift nicht gewahrt. Dagegen spricht, dass der Zweck der materiell-rechtlichen Ausschlussfrist, binnen kurzer Zeit Klarheit darüber zu erlangen, ob eine Anfechtung auf Ermessensfehler gestützt wird (BAG 26. Mai 1988 - 1 ABR 11/87 - zu B I 2 d bb der Gründe), auch in den Fällen gewahrt wird, in denen eine entsprechend begründete und innerhalb der Zwei-Wochen-Frist eingehende Antragsschrift Ermessensfehler benennt.

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | Schmidt |  | K. Schmidt |  | Treber |  |
|  |  | Klebe |  | Hann |  |  |

# BAG: „Mitbestimmung beim Gesundheitsschutz - Einigungsstelle - Vorliegen einer Gefährdung“

**BAG, 28.03.2017 - 1 ABR 25/15**

**Tenor**

Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 25. März 2015 - 23 TaBV 1448/14 - wird mit der klarstellenden Maßgabe zurückgewiesen, dass die Unwirksamkeit des gesamten Teilspruchs der Einigungsstelle Arbeits- und Gesundheitsschutz vom 16. Januar 2014 „Akute Maßnahmen des Gesundheitsschutzes“ festgestellt ist.

**Gründe**

1

A. Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit des Teilspruchs einer Einigungsstelle.

2

Die Arbeitgeberin ist ein Textilhandelsunternehmen. In ihrer Filiale im B ist der zu 2. beteiligte Betriebsrat gewählt. Mit diesem einigte sie sich auf die Bildung einer Einigungsstelle zur umfassenden Erledigung aller Themen des Gesundheitsschutzes.

3

Durch Teilspruch der Einigungsstelle vom 16. Januar 2014 kam es zu einer „Betriebsvereinbarung über akute Maßnahmen des Gesundheitsschutzes“ (BV) mit folgendem Inhalt:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | „**1.** | **Einarbeitung** |
|  | (1) | Nach Rückkehr von Beschäftigten nach Abwesenheiten von einer Woche oder mehr sind diese von einer Führungskraft bei Wiederaufnahme ihrer Arbeit über etwaige Neuerungen oder Veränderungen in der Abteilung und der Filiale zu informieren. Die Information umfasst je nach Anfall Veränderungen z.B. bezüglich Inventur- und Sicherheitsprioritäten, Kassenroutinen, Rabatt- und andere Aktionen, Kampagnen, nicht gespeicherte Preisreduzierungen, Brandschutz und Sicherheit und welche Bedeutung diese Veränderungen für die Beschäftigten haben. In der Zeit der Unterweisung sind die Führungskraft und die Beschäftigten von anderen Aufgaben freizustellen. |
|  | (2) | Neu eingestellte Beschäftigte erhalten bei der Aufnahme ihrer Arbeit am ersten Tag eine Information und Einarbeitung von dafür geschulten Personen (z.B. Patenverkäufer), mindestens im Umfang von Absatz 1. Die Patenverkäufer, die die neuen Beschäftigten einarbeiten, sind während der Einarbeitung so einzusetzen, dass sie diese ohne überobligatorische Inanspruchnahme durchführen können. |
|  | (3) | Sogenannte Unterstützer (tageweise Einstellung) aus anderen Betrieben des Unternehmens erhalten zu Beginn ihrer Tätigkeit in der hiesigen Filiale einen Sicherheitsrundgang sowie eine Unterweisung in die betriebsüblichen Abläufe und Ansprechpartner (z.B. Führungskräfte, Pausenzeiten, Räumlichkeiten, relevante Regelungen in Betriebsvereinbarungen). Die Zeit für diese Unterweisung ist bei der konkreten Tagesplanung zu berücksichtigen. |
|  | **2.** | **Stehende Tätigkeiten** |
|  | (1) | Mitarbeiter dürfen maximal 4 Stunden pro Schicht eine stehende Tätigkeit ausführen. Die Arbeit an der Kasse, bei der Anprobe sowie am Lagertisch ist so zu organisieren, dass eine Rotation zwischen Steharbeit und bewegender Arbeit stattfindet. |
|  | (2) | In den in Absatz 1 genannten Bereichen hat jeweils mindestens eine Stehhilfe mit drehbarem Sitz und Sitzneigeverstellung mit einer Höhenverstellbarkeit mittels Gasfeder mindestens im Bereich von 620 - 890 mm und mit Bodengleitern versehenen Füßen für die dort eingesetzten Beschäftigten zur Verfügung zu stehen. Für das Lager und die Kassenblöcke ist jeweils mindestens eine weitere Stehhilfe zur Verfügung zu stellen. |
|  | **3.** | **Arbeiten im Dekoraum und in den Schaufenstern** |
|  | (1) | Für den Transport von Torsen und Vollfiguren ist ein Hubplattformwagen Doppelschere mit mindestens zwei Lenkrädern und Stoppfunktion sowie einer Hubhöhe mindestens bis 1200 mm und einer Anhebung mindestens durch ein Pumppedal einzusetzen. |
|  | (2) | Auf jeder Etage ist für Visual Merchandiser ein rollender Werkzeugkasten mit einer Griffhöhe von ca. 82 cm (beispielsweise der Firma Stanley 1-92-279 Rollende Werkstatt) zur Verfügung zu stellen. Dieser darf auch in den Schaufenstern und im Verkauf benutzt werden. |
|  | (3) | Während der Arbeiten in den Schaufenstern darf die Lufttemperatur 19°C nicht unter- und 26°C nicht überschreiten. Kann diese Temperatur trotz des Einsatzes von Heiz- und Kühlgeräten nicht erreicht werden, haben die Betriebsparteien weitere Maßnahmen anhand einer angepassten Gefährdungsbeurteilung nach Ziffer 4.4 der ASR 3.5 festzulegen. |
|  | (4) | Der Dekoraum ist mit einem mindestens im Bereich 680 mm bis 1180 mm elektrisch höhenverstellbaren Arbeitstisch mit den Maßen 1200 mm x 800 mm sowie zwei ergonomischen Büroschreibtischstühlen auszustatten. Zusätzlich ist eine Stehhilfe bereitzustellen. |
|  | (5) | Sofern Mitarbeiter zur Lackierung oder Bemalung von Dekomaterial eingesetzt werden, sind geeignete Schutzmaßnahmen im Sinne des § 4 ArbSchG zu ergreifen. |
|  | **4.** | **Maßnahmen im Verkaufsraum/Lager** |
|  | (1) | Die Servicestangen müssen höhenverstellbar sein. |
|  | (2) | Sofern die Telefongeräte über eine „Silent Ring“-Funktion (Klingeltonunterdrückung) verfügen, ist diese an den Kassenarbeitsplätzen und im Lager zu aktivieren und in dieser Aktivstellung zu belassen. |
|  | (3) | An allen Kassentresen besteht die Möglichkeit einer Lautsprecherdurchsage mittels eines Mikrofons oder des Telefons. |
|  | (4) | In den Pausenräumen sind Lautsprecherdurchsagen auf Notdurchsagen zu beschränken. Dies gilt auch für Centerdurchsagen. |
|  | **5.** | **Maßnahmen im Büro der Storecontroller (SC)** |
|  | (1) | Das SC-Büro ist mit einem mindestens im Bereich 680 mm bis 1180 mm elektrisch höhenverstellbaren Arbeitstisch mit den Maßen 1200 mm x 800 mm sowie zwei ergonomischen Büroschreibtischstühlen auszustatten. |
|  | (2) | Der Raum unter dem Tisch muss ausreichend Beinfreiheit ermöglichen. |
|  | (3) | Kabel sind mittels eines Kabelkanals zu sichern. |
|  | (4) | Im SC-Büro ist ein geräuscharmer Computer (Standardgeräuschpegel am Gerät höchstens 23 dB(A) im Leerlauf) einzusetzen. |
|  | (5) | Die Tür zum Store Controller Büro hat immer offen zu sein (im Sinne von „nicht abgeschlossen“). Nur beim Öffnen des Tresors darf die Tür verriegelt werden. Dabei müssen dann mindestens zwei Mitarbeiter im SC-Büro anwesend sein. |
|  | (6) | Die Tätigkeit der Kassenverantwortlichen ist so zu organisieren, dass die tägliche Arbeit an den Bildschirmgeräten regelmäßig durch Arbeiten ohne Bildschirmgerät unterbrochen wird. |
|  | (7) | Der Bildschirm muss frei von störenden Reflexionen und Blendung sein. Er muss frei, leicht drehbar und neigbar sein. |
|  | (8) | Die Tastatur muss eine reflexionsarme Oberfläche haben. |
|  | (9) | Die Kassenverantwortlichen (Haupt SC, erste und zweite Stellvertretung) sind für den Gebrauch des genutzten Computerprogramms zu unterweisen, wobei die Unterweisung auch eine Beherrschung der englischen Begrifflichkeiten der Software beinhaltet.“ |

4

Der vom Einigungsstellenvorsitzenden unterzeichnete Teilspruch wurde der Arbeitgeberin am 23. Januar 2014 zugeleitet. Mit ihrer am 6. Februar 2014 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antragsschrift wendet sie sich gegen dessen Wirksamkeit. Die Regelungen seien nicht von der Zuständigkeit der Einigungsstelle gedeckt. Da in ihrem Betrieb keine unmittelbaren Gesundheitsgefahren bestünden, eröffneten auch arbeitsschutzrechtliche Generalklauseln wie etwa § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG keine zwingende Mitbestimmung.

5

Die Arbeitgeberin hat zuletzt beantragt

|  |  |
| --- | --- |
|  | festzustellen, dass der Teilspruch II der Einigungsstelle „Arbeits- und Gesundheitsschutz“ mit dem Titel „Akute Maßnahmen des Gesundheitsschutzes“ vom 16. Januar 2014 unwirksam ist. |

6

Der Betriebsrat hat beantragt, den Antrag abzuweisen. Er hat die Auffassung vertreten, mit den in der BV getroffenen Regelungen seien jeweils näher genannte Rahmenvorschriften iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ausgefüllt und im Hinblick auf die betrieblichen Verhältnisse konkretisiert worden. Dass es sich hierbei um mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten handele, gebiete nicht zuletzt ein verfassungs- und unionsrechtskonformes Verständnis der betrieblichen Mitbestimmung beim Arbeits- und Gesundheitsschutz. Konkrete Gesundheitsgefahren müssten nicht festgestellt werden. Es genüge bereits eine bloße Gefährdung. Solche habe die Einigungsstelle im Betrieb selbst festgestellt und hierauf die Regelungen in dem streitbefangenen Teilspruch gestützt.

7

Das Arbeitsgericht hat den Antrag abgewiesen. Auf die Beschwerde der Arbeitgeberin hat das Landesarbeitsgericht den Beschluss des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert und festgestellt, dass der Teilspruch mit Ausnahme der Regelungen Nr. 2 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, Nr. 4 Abs. 3 und Nr. 5 Abs. 1, letztere unter Wegfall der Worte „sowie zwei ergonomischen Büroschreibtischstühlen“, unwirksam ist. Mit seiner Rechtsbeschwerde begehrt der Betriebsrat die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

8

B. Die zulässige Rechtsbeschwerde des Betriebsrats ist unbegründet. Der Teilspruch vom 16. Januar 2014 ist bereits deshalb unwirksam, weil der ihn beschließenden Einigungsstelle angesichts des erteilten Regelungsauftrags keine Spruchkompetenz zukam. Das führt zur Unwirksamkeit der gesamten BV. Ungeachtet dessen hat das Landesarbeitsgericht einer Vielzahl von Regelungen im Ergebnis zu Recht die Wirksamkeit abgesprochen.

9

I. Der Einigungsstelle kam keine Befugnis für den Teilspruch zu. Der ihr erteilte Regelungsauftrag konnte keine entsprechende Spruchkompetenz vermitteln. Bereits dies führt zur Unwirksamkeit der BV.

10

1. Die Errichtung einer Einigungsstelle richtet sich nach § 76 Abs. 2 Satz 1 bis Satz 3 BetrVG. Grundlage hierfür ist in den Angelegenheiten der zwingenden Mitbestimmung ein gegenwärtiger Regelungskonflikt der Betriebsparteien *(vgl.* § 76 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 BetrVG*)*. Die Einigungsstelle besteht aus der gleichen Anzahl von vom Arbeitgeber und Betriebsrat bestellten Beisitzern und einem unparteiischen Vorsitzenden, auf den sich beide Seiten einigen müssen; bei Nichteinigung erfolgt eine arbeitsgerichtliche Bestellung *(*§ 76 *Abs. 2 Satz 1, Satz 2 und Satz 3 iVm.* § 100 ArbGG*)*. Diese Regelungen sind zwingend *(*BAG 26. August 2008 - 1 ABR 16/07*-* Rn. 45*,* BAGE 127, 276*)*.

11

2. Einigungs- oder Bestellungsgegenstand bei der Errichtung einer Einigungsstelle ist auch die Bestimmung des von ihr zu verhandelnden Regelungsgegenstands. Dieser kann weit gefasst werden, was nicht zuletzt dem im Einigungsstellenverfahren angelegten Einigungsvorrang *(*§ 76 Abs. 3 Satz 3 BetrVG*)* entspricht. Stets aber muss hinreichend klar sein, über welchen Gegenstand die Einigungsstelle überhaupt verhandeln und ggf. durch Spruch befinden soll. Das ist schon deshalb unerlässlich, weil mit dem Regelungsgegenstand der Zuständigkeitsrahmen der Einigungsstelle abgesteckt wird und nur so der gesetzgeberischen Konzeption genügt werden kann, eine regelungsbedürftige Angelegenheit im Rahmen der gestellten Anträge vollständig zu lösen. Denn ein Einigungsstellenspruch ist auch dann unwirksam, wenn die Einigungsstelle ihrem Regelungsauftrag nicht ausreichend nachkommt und keine abschließende Regelung trifft *(*BAG 11. Februar 2014 - 1 ABR 72/12*-* Rn. 14*; 11. Januar 2011 -*1 ABR 104/09*-* Rn. 21*,* BAGE 136, 353*)*. Für das Einigungsstellenverfahren sowie einer gerichtlichen Überprüfung der Zuständigkeit der Einigungsstelle oder ihres Spruchs muss daher erkennbar sein, für welche konkreten Regelungsfragen sie errichtet worden ist.

12

3. Das gilt auch für eine Einigungsstelle zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten im Bereich der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Diesem Mitbestimmungstatbestand ist immanent, dass die Betriebsparteien und damit auch die Einigungsstelle nicht nur Regelungs-, sondern auch Rechtsfragen zu behandeln haben. Der Regelungsauftrag muss aber den gegenständlichen Regelungsbereich ausreichend erkennen lassen, damit die Einigungsstelle beurteilen kann, welcher Auftrag für sie besteht und wann er beendet ist. Insoweit konkretisiert sich der Regelungsauftrag einer im Bereich der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG errichteten Einigungsstelle regelmäßig nach der auszufüllenden Rahmenvorschrift des Arbeits- und Gesundheitsschutzes *(zB „Regelungen zur Gefährdungsbeurteilung“ oder „Regelung zur Unterweisung“)* oder den zu gestaltenden Konstellationen *(etwa „Regelungen für Storecontroller“)*.

13

4. Ausgehend von diesen Grundsätzen lässt die unangegriffene und den Senat gemäß § 559 Abs. 2 ZPO bindende Feststellung des Landesarbeitsgerichts über eine Verständigung der Betriebsparteien auf eine Einigungsstelle zur „umfassenden Erledigung aller Themen des Gesundheitsschutzes“ nicht erkennen, welche vorhandenen Regelungskonflikte einer Lösung zugeführt werden sollen und welche Angelegenheiten in der Einigungsstelle überhaupt behandelt werden müssen. Mit ihrer Verständigung haben die Betriebsparteien auf einen „bunten Strauß“ an Maßnahmen abgehoben, ohne dass ersichtlich wäre, ob überhaupt Meinungsverschiedenheiten zwischen ihnen bestehen. Die Einigungsstelle kann daher nicht beurteilen, durch welche Regelungen sie einem solchen Auftrag ausreichend nachgekommen ist.

14

Eine andere Beurteilung folgt nicht aus dem Umstand, dass die Einigungsstelle zunächst nur Regelungen zu „Akuten Maßnahmen des Gesundheitsschutzes“ beschlossen hat. Insoweit kann ein gegenwärtiger Regelungskonflikt der Betriebsparteien unterstellt werden. Auch bestehen gegen die Zulässigkeit von Teilsprüchen - jedenfalls bei faktisch abgrenzbaren Regelungssachverhalten eines konkreten Regelungsgegenstandes - keine grundsätzlichen Bedenken. Ebenso mag das im Teilspruch benannte Regelungsthema als ein Bereich des pauschal gefassten Gesamtauftrags und damit als dessen einvernehmliche Beschränkung verstanden werden können *(vgl.* BAG 11. Februar 2014 - 1 ABR 72/12*-* Rn. 16*; zur einvernehmlichen Erweiterung des Regelungsauftrags* BAG 9. November 2010 - 1 ABR 75/09*-* Rn. 21*)*. Der Teilspruch ist aber seinerseits gleichfalls derart konturiert, dass es sich jeglicher Beurteilung entzieht, ob die Einigungsstelle die insoweit regelungsbedürftigen Angelegenheiten einer abschließenden Lösung zugeführt hat.

15

5. Der Mangel in der notwendigen Bestimmung des Regelungsauftrags der Einigungsstelle bewirkt die Unwirksamkeit der gesamten BV. An dieser Feststellung ist der Senat nicht deshalb gehindert, weil das Landesarbeitsgericht lediglich die Teilunwirksamkeit des Spruchs festgestellt und hiergegen nur der Betriebsrat Rechtsbeschwerde eingelegt hat. Jedenfalls in den Fällen, in denen die (Un-)Wirksamkeit eines (Teil-)Spruchs einer Einigungsstelle oder einer Betriebsvereinbarung insgesamt verfahrensgegenständlich ist, sind deren gerichtlich festgestellte Teil(un-)wirksamkeiten nur insoweit der Rechtskraft fähig, als es sich um feststellungsfähige Teilrechtsverhältnisse handelt. Ein Feststellungsausspruch, der unzutreffend ein (Teil-)Rechtsverhältnis annimmt, ist in der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich auch insoweit klarzustellen, als er zugunsten des Rechtsmittelführers ergangen ist *(*BAG 8. Dezember 2015 - 1 ABR 2/14*-* Rn. 31*ff. mwN,* BAGE 153, 318*)*. Dies gilt ebenso, wenn die Annahme der Teil(un-)wirksamkeit auf der rechtsfehlerhaften Behandlung eines Umstands - hier der fehlenden Vermittlung der Spruchkompetenz der Einigungsstelle durch den ihr erteilten Regelungsauftrag - beruht, die eine Gesamtunwirksamkeit des streitbefangenen Regelungswerks bedingt. Diese Rechtsfrage stellt sich bei der Überprüfung einer - auch einer durch Spruch der Einigungsstelle zustande gekommenen - Betriebsvereinbarung durch das Rechtsmittelgericht unabhängig davon, welche ihrer Teile das Instanzgericht für wirksam oder unwirksam erachtet hat.

16

II. Darüber hinaus sind zahlreiche Regelungen der BV auch deswegen unwirksam, weil die Einigungsstelle ihre Regelungskompetenz offenkundig überschritten hat oder einen sich aus ihrer Sicht stellenden Regelungsauftrag verfehlt hat.

17

1. Der streitbefangene Teilspruch leidet vor allem an dem Mangel, dass die Einigungsstelle eine Vielzahl von Maßnahmen - und hier vor allem die in Nr. 2 bis Nr. 4 BV geregelten - außerhalb des Anwendungsbereichs einer die Mitbestimmung des Betriebsrats auslösenden Rahmenvorschrift beschlossen hat.

18

a) Die Einigungsstelle ist nach § 87 Abs. 2 BetrVG befugt, in den Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG eine Regelung zu treffen. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG hat der Betriebsrat bei betrieblichen Regelungen über den Gesundheitsschutz mitzubestimmen. Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich auf Maßnahmen des Arbeitgebers zur Verhütung von Gesundheitsschäden, die Rahmenvorschriften konkretisieren. Es setzt ein, wenn eine gesetzliche Handlungspflicht objektiv besteht und mangels einer zwingenden gesetzlichen Vorgabe betriebliche Regelungen verlangt, um das vorgegebene Ziel des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu erreichen. Unerheblich ist, ob die Rahmenvorschriften dem Gesundheitsschutz mittelbar oder unmittelbar dienen *(*BAG 11. Februar 2014 - 1 ABR 72/12*-* Rn. 14*)*.

19

b) Hiervon ausgehend scheidet eine Zuständigkeit der Einigungsstelle im Hinblick auf die Verordnung über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der manuellen Handhabung von Lasten bei der Arbeit *(Lastenhandhabungsverordnung - LasthandhabV)* als ausfüllungsbedürftige Rahmenvorschriften iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG - worauf der Betriebsrat bei Nr. 3 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 und Nr. 4 BV abhebt - von vornherein aus. Nach ihrem § 1 Abs. 1 gilt die LasthandhabV für die manuelle Handhabung von Lasten, die aufgrund ihrer Merkmale oder ungünstiger ergonomischer Bedingungen für die Beschäftigten eine Gefährdung für Sicherheit und Gesundheit, insbesondere der Lendenwirbelsäule, mit sich bringt. Wann dies der Fall ist, bestimmt sich nach den im Anhang der LasthandhabV aufgeführten Merkmalen. Für deren Erfüllung - und damit für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der LasthandhabV - ist nichts ersichtlich.

20

c) Soweit sich der Betriebsrat bei einer Vielzahl der festgelegten Maßnahmen - etwa bei Nr. 2 Abs. 1 Satz 1, Nr. 3 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und Abs. 5 und Nr. 4 Abs. 4 BV - auf § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG als dem Gesundheitsschutz dienende Rahmenvorschrift iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG beruft, übersieht er, dass deren Anwendung zumindest das **Vorliegen von Gefährdungen** verlangt, **die entweder feststehen oder im Rahmen einer Gefährdungsbeurteilung festzustellen sind. Erst in einem solchen Fall lösen sie eine konkrete gesetzliche Handlungspflicht des Arbeitgebers aus, deren Umsetzung einer Mitwirkung des Betriebsrats bedarf**.

21

aa) **§ 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG ist eine Vorschrift über den Gesundheitsschutz. Sie legt für den Arbeitgeber in Form einer Generalklausel die umfassende und präventive Handlungspflicht fest, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen** *(vgl. Pieper ArbSchR 6. Aufl. § 3 ArbSchG Rn. 1a; Kohte in Kollmer/Klindt/Schucht ArbSchG 3. Aufl. § 3 Rn. 15)*. Allerdings geht der Senat bei sehr weit gefassten Generalklauseln des Gesundheitsschutzes aus gesetzessystematischen Gründen davon aus, das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG könne nicht so umfassend sein, dass anderen auf den Gesundheitsschutz bezogenen Vorschriften *(*§ 88 *Nr. 1 und* § 91 BetrVG*)* der Anwendungsbereich entzogen würde. Dies wäre der Fall, wenn bei solchen Generalklauseln ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG einschränkungslos bejaht würde. Dann verbliebe möglicherweise für freiwillige Betriebsvereinbarungen nach § 88 Nr. 1 BetrVG und für Verlangen des Betriebsrats nach § 91 BetrVG kein nennenswerter Raum mehr *(*BAG 8. Juni 2004 - 1 ABR 13/03*- zu B I 2 a bb (2) der Gründe,* BAGE 111, 36*)*. Entsprechend ist bereits in den Senatsentscheidungen zum ehemaligen § 120a GewO *(*BAG 2. April 1996 - 1 ABR 47/95*-* BAGE 82, 349*)* und zu § 2 Abs. 1 VBG 1 *(*BAG 16. Juni 1998 - 1 ABR 68/97*-* BAGE 89, 139*)* erkannt worden, dass die für die Mitbestimmung vorausgesetzte ausfüllungsbedürftige Rahmenvorschrift selbst das Mitbestimmungsrecht insoweit „einschränke“, als sie eine „konkrete Gesundheitsgefahr“ verlange.

22

**§ 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG setzt jedoch keine konkrete Gesundheitsgefahr, wohl aber das Vorliegen konkreter Gefährdungen iSv. § 5 Abs. 1 ArbSchG voraus** *(Pieper* AuR 2016, 32*)*. Soweit der Senatsentscheidung vom 11. Dezember 2012 *(-*1 ABR 81/11*-* Rn. 20*)* Gegenteiliges zu entnehmen sein sollte *(so Oberberg* RdA 2015, 180, 184*)*, wird hieran nicht festgehalten. Für die Verpflichtung des Arbeitgebers nach § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, welche die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten beeinflussen, ist eine Gefährdungsbeurteilung iSd. § 5 Abs. 1 ArbSchG unerlässlich. Angemessene und geeignete Schutzmaßnahmen lassen sich erst ergreifen - und des Weiteren auf ihre Wirksamkeit überprüfen - wenn das Gefährdungspotential von Arbeit für die Beschäftigten bekannt ist. Die Grundpflicht des § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG konturiert sich daher anhand einer konkreten Gefährdung. Rechtssystematisch besteht ein Zusammenhang mit der Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG, der sich einerseits aus der Verwendung des dem Begriff der „Maßnahmen des Arbeitsschutzes“ beigefügten Attributs „erforderliche“ in § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG ergibt, und andererseits aus § 5 Abs. 1 ArbSchG. Danach ist das Ziel der Gefährdungsbeurteilung die Ermittlung, „welche Maßnahmen des Arbeitsschutzes erforderlich sind“. Aus diesem Zusammenhang mit § 5 ArbSchG folgt der spezifische materiell-rechtliche Gehalt des § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG *(Kohte in Kollmer/Klindt/Schucht ArbSchG 3. Aufl. § 3 Rn. 26 f.; HK-ArbSchR/Blume/Faber § 3 ArbSchG Rn. 2)*. Dies verdeutlicht auch § 3 Abs. 2 ArbSchG. Nach dessen Nr. 1 ist für eine „geeignete“ Organisation zu sorgen und es sind die „erforderlichen“ Mittel bereitzustellen sowie nach Nr. 2 Vorkehrungen zu treffen, dass Maßnahmen „erforderlichenfalls“ bei allen Tätigkeiten und eingebunden in die betrieblichen Führungsstrukturen beachtet werden und die Beschäftigten ihren Mitwirkungspflichten nachkommen können.

23

bb) Vorliegend fehlt es an einer Feststellung konkreter Gefährdungen, an denen die Einigungsstelle die getroffenen Regelungen hätte ausrichten müssen. Diese Beurteilung konnte sie - anders als die Rechtsbeschwerde meint - nicht selbst vornehmen. Die Einigungsstelle ist weder die nach § 13 Abs. 1 ArbSchG verantwortliche Person für die Erfüllung der sich ua. aus § 5 ArbSchG ergebenden Pflichten des Arbeitgebers noch können an sie Arbeitsschutzpflichten iSd. § 13 Abs. 2 ArbSchG delegiert werden. Aus diesem Grund verfängt auch die Verfahrensrüge des Betriebsrats nicht, das Landesarbeitsgericht sei dem von ihm angebotenen Beweis nicht nachgegangen, die Einigungsstelle habe sich mit der Gefahren- und Gefährdungssituation im Betrieb befasst.

24

cc) Anderes folgt nicht aus dem Umstand, dass die BV „akute Maßnahmen des Gesundheitsschutzes“ regelt. Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG bezieht sich nicht auf Regelungen zu „Eilmaßnahmen“ im Sinn einer unverzüglichen Behebung von Gefährdungen oder Gefahren, sondern auf präventiven Gesundheitsschutz. Nach dem Sechsten Abschnitt - Schlussvorschriften - des ArbSchG sind Anordnungen „unaufschiebbarer“ Maßnahmen zudem Sache der zuständigen Behörden.

25

dd) Nach dem Vorstehenden bedarf es keiner von der Rechtsbeschwerde angeführten verfassungs- und unionsrechtskonformen Auslegung des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG iVm. § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG als generalklauselartig gefasster Grundpflicht des Arbeitgebers. Eine auf § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG gestützte Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ist nicht auf das Vorliegen einer konkreten Gefahrenlage beschränkt. Sie knüpft aber an eine Feststellung konkreter Gefährdungen iSv. § 5 ArbSchG an. Fehlt es daran, ist eine Einigungsstelle daran gehindert, ihren Regelungsauftrag wahrzunehmen.

26

d) Das Erfordernis von feststehenden oder im Rahmen einer Gefährdungsbeurteilung festzustellenden Gefährdungen gilt gleichermaßen für die vom Betriebsrat bei verschiedenen Regelungen der BV herangezogenen Vorschriften der ArbStättV und der Verordnung über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Verwendung von Arbeitsmitteln *(BetrSichV)*.

27

aa) Zu den nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG mitbestimmten betrieblichen Regelungen über den Gesundheitsschutz können die in § 3a ArbStättV festgelegten Verpflichtungen des Arbeitgebers zum Einrichten und Betreiben von Arbeitsstätten ebenso gehören wie die sich aus §§ 4, 5 und 6 BetrSichV ergebenden Pflichten im Zusammenhang mit der Verwendung und Zurverfügungstellung von Arbeitsmitteln. Die Einigungsstelle hat bei der Regelung dieser Angelegenheiten die Erkenntnisse einer durch den Arbeitgeber wahrzunehmenden Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG iVm. § 3 ArbStättV bzw. nach § 3 BetrSichV zu berücksichtigen und die konkreten Festlegungen hieran auszurichten. Dies folgt bereits aus Wortlaut und Systematik der Rahmenvorschriften *(ebenso zu § 12 ArbSchG - Unterweisung - als ausfüllungsbedürftiger Rahmenvorschrift* BAG 11. Januar 2011 - 1 ABR 104/09*-* Rn. 16*ff.,* BAGE 136, 353*)*. § 3a Abs. 1 Satz 1 ArbStättV setzt bei der Vermeidung und Geringhaltung von „Gefährdungen“ an, deren Beurteilung nach § 3 ArbStättV iVm. § 5 ArbSchG vorgeschrieben ist. Ebenso heben die Grundpflichten des § 4 BetrSichV auf eine Gefährdungsbeurteilung ab, die in Abs. 1 Nr. 1 der Vorschrift ausdrücklich genannt ist. Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 BetrSichV müssen die vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten und Verwendung gelassenen Arbeitsmittel so gestaltet sein, dass eine „Gefährdung“ durch ihre Verwendung so gering wie möglich gehalten wird. § 6 Abs. 1 Satz 1 BetrSichV, wonach der Arbeitgeber für eine sichere Verwendung der Arbeitsmittel zu sorgen hat und dabei die Grundsätze der Ergonomie beachtet werden, steht in einem Zusammenhang mit § 6 Abs. 1 Satz 3 BetrSichV. Danach ist die Verwendung der Arbeitsmittel so zu gestalten und zu organisieren, dass Belastungen und Fehlbeanspruchungen, die die Gesundheit und die Sicherheit der Beschäftigten „gefährden“ können, vermieden oder - wenn dies nicht möglich ist - auf ein Mindestmaß reduziert werden. Demnach vermag die Einigungsstelle die Mitbestimmung nur bei einer vorangegangenen Beurteilung der Gefährdungen inhaltlich auszufüllen. Zu dieser Beurteilung ist der Arbeitgeber verpflichtet *(vgl.* § 3 ArbStättV *iVm.* § 5 ArbSchG *und* § 3 BetrSichV*)*, wenngleich der Betriebsrat bei der Umsetzung der Verpflichtung mitzubestimmen hat. Jedenfalls kann sie aber nicht - wie der Betriebsrat meint - an eine Einigungsstelle delegiert oder von ihr selbst wahrgenommen werden.

28

bb) Bei den Regelungen zur Lufttemperatur während der Arbeit in den Schaufenstern nach Nr. 3 Abs. 3 BV kommt hinzu, dass § 3a Abs. 1 Satz 1 ArbStättV ergänzt wird durch § 3a Abs. 1 Satz 2 ArbStättV iVm. den jeweils einschlägigen Technischen Regeln für Arbeitsstätten (ASR), welche vom Ausschuss für Arbeitsstätten ermittelt oder angepasst und vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales nach § 7 ArbStättV im Gemeinsamen Ministerialblatt bekanntgegeben werden. Insoweit konkretisiert die ASR A3.5 - Raumtemperatur - im Rahmen ihres Anwendungsbereichs Anforderungen der ArbStättV. Das hat zur Folge, dass bei ihrer Einhaltung der Arbeitgeber davon ausgehen kann, die entsprechenden Anforderungen der Verordnung zu erfüllen. Wählt er eine andere Lösung, muss diese mindestens die gleiche Sicherheit und den gleichen Gesundheitsschutz für die Beschäftigten erreichen *(*§ 3a Abs. 1 Satz 3 und Satz 4 ArbStättV*)*. Die Arbeitsstättenregelung ASR A3.5 knüpft jedoch - und dies vernachlässigt die Rechtsbeschwerde - ihrerseits bei den Spielräume belassenden Vorgaben an bestimmte Voraussetzungen an; etwa bei der Mindestlufttemperatur in Räumen an die überwiegende Körperhaltung und die Arbeitsschwere *(Punkt 4.2 ASR A3.5)*. Grundlegende Voraussetzung für eine hinreichende Wahrnehmung und Ausfüllung der an sich anzunehmenden Spruchkompetenz der Einigungsstelle ist also auch hier die Beurteilung der Arbeitsbedingungen im Sinn einer Gefährdungsbeurteilung.

29

e) Dies gilt ebenso für Maßnahmen nach der Verordnung zum Schutz der Beschäftigten vor Gefährdungen durch Lärm und Vibrationen *(Lärm- und Vibrations-Arbeitsschutzverordnung - LärmVibrationsArbSchV)*, auf die sich die Rechtsbeschwerde bei Nr. 4 Abs. 2 BV beruft. Die hinreichende Wahrnehmung des aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG iVm. § 7 LärmVibrationsArbSchV folgenden Mitbestimmung setzt eine vorherige Beurteilung und Feststellung entsprechender Gefährdungen voraus. Dies zeigt schon die besondere Regelung zur Beurteilung der Arbeitsbedingungen nach § 3 LärmVibrationsArbSchV.

30

2. Einige der Regelungen sind auch deshalb unwirksam, weil sie von einem Mitbestimmungsrecht nicht gedeckt sind oder es an konkreten Regelungen fehlt.

31

a) Das trifft zunächst für Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 sowie Abs. 2 Satz 1 BV zu. Für die Beschäftigtengruppen „nach kurzzeitiger Abwesenheit Rückkehrende“ *(Nr. 1 Abs. 1 BV)* und „neu Eingestellte“ *(Nr. 1 Abs. 2 BV)* wird eine Informationspflicht über „etwaige Neuerungen oder Veränderungen in der Abteilung und der Filiale“ festgelegt. Eine so ausgestaltete Mitteilungspflicht schließt die mitbestimmungsfreie Unterrichtung des Arbeitnehmers über seine Aufgaben und Verantwortung, die Art seiner Tätigkeit und ihrer Einordnung in den Arbeitsablauf des Betriebs iSd. § 81 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ein. Daran ändert auch Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 BV nichts, welche den Informationsinhalt nur beispielhaft konturiert.

32

b) In Bezug auf andere Bestimmungen in der BV hat die Einigungsstelle mangels näherer Festlegung einer den Arbeitgeber treffenden Handlungspflicht keine Regelungen getroffen.

33

aa) Die Maßgaben in Nr. 1 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 BV sind zu unbestimmt, als dass die Einigungsstelle damit überhaupt eine inhaltliche Regelung vorgenommen hätte. Es bleibt völlig unklar, wie die Arbeitgeberin der darin festgelegten Pflicht nachzukommen hat, die Patenverkäufer „während der Einarbeitung“ der neuen Beschäftigten „so einzusetzen, dass sie diese ohne überobligatorische Inanspruchnahme durchführen können“, oder welchen konkreten Inhalt eine Unterweisung der sogenannten Unterstützer „in die betriebsüblichen Abläufe und Ansprechpartner“ - unter Angabe nur beispielhafter Angaben - haben soll. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Unterweisungen nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG iVm. § 12 Abs. 1 ArbSchG bezieht sich aber gerade darauf, welchen konkreten Inhalt die vorzunehmende Unterweisung für welchen Arbeitsplatz haben soll *(vgl.* BAG 8. Juni 2004 - 1 ABR 4/03*- zu B III 4 b bb der Gründe,* BAGE 111, 48*)*. Mit der festgelegten Gestaltung macht die Einigungsstelle zur Ausfüllung von Rahmenvorschriften iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ihrerseits wieder nur rahmenmäßige Vorgaben. Gleiches gilt, wenn man die Regelung auf ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG stützen wollte. Zudem scheidet eine hierauf gestützte Spruchkompetenz der Einigungsstelle von vornherein aus. Die in Nr. 1 BV getroffenen Regelungen betreffen nicht das mitbestimmte Ordnungsverhalten.

34

bb) Unwirksam sind des Weiteren Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 5 sowie Nr. 5 Abs. 6 bis Abs. 9 BV. Auch hier trifft der Teilspruch keine eigenständigen Regelungen oder die Regelungen bleiben unvollständig und erschöpfen sich in rahmenmäßigen Anordnungen. Die Einigungsstelle genügt ihrem Regelungsauftrag nicht, wenn sie die Festlegung „weiterer Maßnahmen anhand einer angepassten Gefährdungsbeurteilung“ den Betriebsparteien überlässt *(Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 BV)*, oder vorschreibt, beim Einsatz bestimmter Mitarbeiter in einem bestimmten Bereich sind „geeignete Schutzmaßnahmen im Sinne des § 4 ArbSchG zu ergreifen“ *(Nr. 3 Abs. 5 BV)*. Das Gleiche gilt für die vorgesehene „regelmäßige“ Unterbrechung der täglichen Arbeit von Kassenverantwortlichen an Bildschirmgeräten durch Arbeiten ohne Bildschirmgerät *(Nr. 5 Abs. 6 BV)*, oder die für diese Beschäftigten festgelegte Unterweisung für den Gebrauch des genutzten Computerprogramms, die zwar „auch eine Beherrschung der englischen Begrifflichkeiten der Software beinhaltet“, andere Inhalte aber gerade offenlässt *(Nr. 5 Abs. 9 BV)*. Schließlich beschränkt sich die Einigungsstelle hinsichtlich weiterer Regelungsgegenstände auf eine bloße Umformulierung oder gar Wiedergabe normativer Vorgaben - wie Nr. 5 Abs. 6, Abs. 7 und Abs. 8 BV im Hinblick auf Abschnitt 6.1 Abs. 2 und Abs. 4 sowie Abschnitt 6.3 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 des Anhangs der Verordnung über Arbeitsstätten *(ArbStättV, in der Fassung vom 30. November 2016, vormals geregelt in § 5 und Nr. 6 f. des Anhangs über an Bildschirmarbeitsplätze zu stellende Anforderungen der bis 3. Dezember 2016 geltenden Bildschirmarbeitsverordnung - BildscharbV -)* zeigen.

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | Schmidt |  | Richterin am Bundesarbeitsgericht K. Schmidt ist an der Unterschriftsleistung verhindert. Schmidt |  | Treber |  |
|  |  | Hayen |  | Fritz |  |  |

# BAG: „Entlassungsverlangen des Betriebsrats“

**BAG, 28.03.2017 - 2 AZR 551/16**

**Tenor**

1. Die Revision der Klägerin und die Anschlussrevision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 13. Juni 2016 - 9 Sa 233/16 - werden zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin zu 2/3 und die Beklagte zu 1/3 zu tragen.

**Tatbestand**

1

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung.

2

Die Beklagte betreibt einen Versicherungskonzern. Die Klägerin war bei ihr bzw. ihrer Rechtsvorgängerin langjährig als Sachbearbeiterin beschäftigt.

3

Im Oktober 2014 und Januar 2015 kam es zu Auseinandersetzungen zwischen der Klägerin und zwei Arbeitskollegen. Mit Schreiben vom 29. April 2015 forderte der Betriebsrat die Beklagte auf, die Klägerin wegen dieser Vorfälle zu entlassen, hilfsweise sie zu versetzen. Die Beklagte kam dem nicht nach. Mit rechtskräftig gewordenem Beschluss vom 21. August 2015 gab das Arbeitsgericht der Beklagten in einem vom Betriebsrat eingeleiteten Beschlussverfahren auf, die Klägerin „zu entlassen“. Diese war im Beschlussverfahren vom Arbeitsgericht angehört worden.

4

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis der Parteien - nach Beteiligung des Betriebsrats - mit Schreiben vom 21. Oktober 2015 außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich zum 30. Juni 2016.

5

Dagegen hat die Klägerin die vorliegende Kündigungsschutzklage erhoben. Sie hat gemeint, der Betriebsrat sei nicht ordnungsgemäß nach § 102 Abs. 1 BetrVG angehört worden. Für die außerordentliche Kündigung fehle es an einem wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB. Die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB sei nicht gewahrt. Die ordentliche Kündigung sei sozial ungerechtfertigt iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG. Die Beklagte habe wegen bestehender Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten allenfalls eine Änderungskündigung erklären dürfen.

6

Die Klägerin hat sinngemäß beantragt

|  |  |
| --- | --- |
|  | festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien weder durch die mit Schreiben der Beklagten vom 21. Oktober 2015 erklärte außerordentliche, noch durch die mit demselben Schreiben hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung aufgelöst worden ist. |

7

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

8

Die Vorinstanzen haben die außerordentliche Kündigung für unwirksam, die ordentliche für wirksam gehalten. Mit der Revision und der von der Beklagten eingelegten Anschlussrevision verfolgen beide Parteien ihre ursprünglichen Anträge im Umfang ihres Unterliegens weiter.

**Entscheidungsgründe**

9

Sowohl die Revision der Klägerin als auch die Anschlussrevision der Beklagten sind unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, erst die ordentliche Kündigung vom 21. Oktober 2015 habe das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgelöst.

10

I. Für die außerordentliche Kündigung fehlt es an einem wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB. Ein solcher folgt nicht bereits aus dem Beschluss des Arbeitsgerichts vom 21. August 2015. Der Beklagten ist mit der Verpflichtung, die Klägerin „zu entlassen“, nicht die fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgegeben worden. In Bezug auf etwaige weitere Kündigungssachverhalte hat die Beklagte die Kündigungserklärungsfrist aus § 626 Abs. 2 BGB nicht gewahrt.

11

1. Der Beklagten ist durch die im Verfahren nach § 104 BetrVG ergangene Entscheidung vom 21. August 2015 nicht eine fristlose Kündigung des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsverhältnisses aufgegeben worden.

12

a) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass der Betriebsrat weder nach dem Wortlaut seines Antrags noch nach der Antragsbegründung eine fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangt hatte. Dem Beschluss des Arbeitsgerichts lassen sich auch keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass es den Antrag anders verstanden oder entgegen § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO eine darüberhinausgehende Verpflichtung der Beklagten habe statuieren wollen. Im Gegenteil hat das Arbeitsgericht einen „betriebsbedingten Kündigungsgrund“ angenommen, was - ohne anderweitige Hinweise - nicht darauf schließen lässt, die Beklagte habe zu einer fristlosen Entlassung verpflichtet werden sollen. Auch hierauf hat das Landesarbeitsgericht zu Recht hingewiesen.

13

b) Für das Verständnis des Beschlusstenors des Arbeitsgerichts durch das Landesarbeitsgericht spricht im Übrigen, dass es den Arbeitsgerichten verwehrt wäre, den Arbeitgeber in einem Verfahren nach § 104 Satz 2 BetrVG zu einer fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verpflichten. Die Bestimmung sieht vor, dem Arbeitgeber aufzugeben, „die Entlassung oder Versetzung durchzuführen“. Mit „Entlassung“ ist zwar eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses, jedoch unter Beachtung der maßgeblichen Kündigungsfristen gemeint. Dies ergibt die Auslegung der Norm.

14

aa) Das Verlangen nach „Entlassung“ gem. § 104 Satz 1 BetrVG bzw. eine Verpflichtung des Arbeitgebers im Verfahren nach § 104 Satz 2 BetrVG, „die Entlassung“ durchzuführen, ist auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses des betroffenen Arbeitnehmers, nicht nur auf eine Beendigung seiner Beschäftigung in dem bisherigen Betrieb gerichtet.

15

(1) Dieses Verständnis des Begriffs „Entlassung“ entspricht sowohl dem allgemeinen *(vgl. dazu Duden Deutsches Universalwörterbuch 5. Aufl. S. 468; Brockhaus Wahrig Deutsches Wörterbuch Bd. 16 S. 509)* als auch dem arbeitsrechtlichen Sprachgebrauch *(vgl. etwa* § 17 KSchG*,* § 113 Abs. 1 BetrVG*)*.

16

(2) Zwar wäre von der Formulierung auch eine Lesart umfasst, nach der nicht zwingend das Arbeitsverhältnis des betroffenen Arbeitnehmers zu beenden, sondern dieser nur aus dem Betrieb zu „entlassen“ wäre in dem Sinne, dass es genügte, ihn in einen anderen Betrieb zu versetzen, um dem Verlangen zu entsprechen *(so APS/Linck 5. Aufl. BetrVG § 104 Rn. 18, 29; GK/Raab 10. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 12, 20; Richardi/Thüsing BetrVG 15. Aufl. § 104 Rn. 16, 25)*. Auch könnte die amtliche Überschrift von § 104 BetrVG („Entfernung betriebsstörender Arbeitnehmer“) für ein solches Verständnis streiten. Nimmt man jedoch den Wortlaut der Norm insgesamt in den Blick, zeigt schon die Gegenüberstellung des Begriffspaars „Entlassung oder Versetzung“, dass unter „Entlassung“ gerade im Unterschied zur Versetzung eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verstehen ist und nicht nur die Beendigung der Beschäftigung des Arbeitnehmers im bisherigen Betrieb. Die Überschrift der Bestimmung umfasst demnach lediglich beide möglichen Verlangen.

17

(3) Der nach der Gesetzesbegründung zu § 104 BetrVG intendierte Gegenstand der Regelung verweist ebenfalls auf ein Verständnis von „Entlassung“ als einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Danach betrifft die Vorschrift das Recht des Betriebsrats, die „Kündigung oder Versetzung“ von betriebsstörenden Arbeitnehmern zu verlangen *(Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drs. VI/1786 S. 53)*. Soweit in der Bestimmung selbst von „Entlassung“ und nicht von „Kündigung“ die Rede ist, zeigt dies lediglich, dass der Arbeitgeber einer entsprechenden Verpflichtung zB auch dadurch nachkommen kann, dass er den Abschluss eines Aufhebungsvertrags mit dem Arbeitnehmer erwirkt *(insofern ebenso APS/Linck 5. Aufl. BetrVG § 104 Rn. 18, 29)*.

18

bb) Dagegen hat der Betriebsrat gem. § 104 Satz 1 BetrVG nicht das Recht, eine fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses des betroffenen Arbeitnehmers zu verlangen. Eine entsprechende Verpflichtung des Arbeitgebers kann nicht Ergebnis eines Verfahrens nach § 104 Satz 2 BetrVG sein *(wie hier GK/Raab 10. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 19; Richardi/Thüsing BetrVG 15. Aufl. § 104 Rn. 21, 24; aA APS/Linck 5. Aufl. BetrVG § 104 Rn. 17; KR/Etzel/Rinck 11. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 23, 38 ff., 52 ff.)*.

19

(1) Der Arbeitgeber ist gem. § 104 Satz 2 BetrVG bereits dann zur „Entlassung“ zu verpflichten, wenn das in § 104 Satz 1 BetrVG näher beschriebene Verhalten des Arbeitnehmers ein solches Verlangen des Betriebsrats rechtfertigt. Ob zugleich Gründe für eine fristlose Kündigung gegeben wären, ist nach dem Wortlaut der Bestimmung ohne Belang. Der Arbeitgeber genügt einer Verpflichtung zur „Entlassung“ des Arbeitnehmers gem. § 104 Satz 2 BetrVG demnach schon dann, wenn er zeitnah nach Rechtskraft der zuvor im Beschlussverfahren ergangenen Entscheidung eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter Beachtung der maßgeblichen Kündigungsfristen - im Falle der ordentlichen Unkündbarkeit des Arbeitnehmers ggf. durch eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist - bewirkt. Systematik oder Sinn und Zweck der Regelung verlangen keine andere Auslegung.

20

(2) Dieses Normverständnis wird bestätigt durch die Gesetzgebungsgeschichte. Nach dem Willen des Gesetzgebers entspricht § 104 BetrVG inhaltlich im Wesentlichen der Vorgängernorm des § 66 Abs. 4 BetrVG 1952 *(Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drs. VI/1786 S. 53)*. In § 66 Abs. 4 Satz 3 BetrVG 1952 *(BGBl. I S. 681, 689)* war aber ausdrücklich bestimmt, der Arbeitgeber habe, wenn das Gericht dem Antrag des Betriebsrats stattgebe, die verlangte Maßnahme unverzüglich *unter Beachtung der Kündigungsfristen* durchzuführen. Mit „Entlassung“ war demnach allein eine fristgerechte Beendigung gemeint. Den Gesetzesmaterialien lässt sich nicht entnehmen, dass die Neufassung daran etwas ändern sollte.

21

2. Die fristlose Kündigung der Beklagten ist nicht unabhängig von dem Beschluss des Arbeitsgerichts gerechtfertigt. Dabei kann dahinstehen, ob das Verhalten der Klägerin gegenüber ihren Arbeitskollegen einen wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB für eine fristlose Kündigung hätte bilden können. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass die Beklagte diesbezüglich jedenfalls die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht gewahrt hätte.

22

II. Die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung der Beklagten vom 21. Oktober 2015 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien dagegen zum 30. Juni 2016 aufgelöst. Sie ist weder sozial ungerechtfertigt iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG noch liegt ein sonstiger Unwirksamkeitsgrund vor.

23

1. Die Anwendbarkeit von § 1 KSchG kann zugunsten der Klägerin unterstellt werden. Die Kündigung ist durch dringende betriebliche Erfordernisse iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG bedingt. Aufgrund der materiellen Rechtskraftwirkung *(*§ 322 Abs. 1 ZPO*)* der Entscheidung des Arbeitsgerichts im Beschlussverfahren nach § 104 Satz 2 BetrVG steht zwischen den Parteien *(*§ 325 Abs. 1 ZPO*)* rechtskräftig fest, dass die Beklagte betriebsverfassungsrechtlich verpflichtet war, das Arbeitsverhältnis der Klägerin unter Wahrung der Kündigungsfristen zu beenden. Dies begründet ein dringendes betriebliches Erfordernis iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG. Ob die Entscheidung des Arbeitsgerichts im Beschlussverfahren zu Recht ergangen ist, unterliegt nicht der Überprüfung durch den Senat.

24

a) Dringende betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG können sich aus innerbetrieblichen oder außerbetrieblichen Gründen ergeben *(st. Rspr., vgl.* BAG 18. Juli 2013 - 6 AZR 420/12*-* Rn. 45*; 24. Mai 2012 -*2 AZR 124/11*-* Rn. 21*)*. In beiden Konstellationen liegt der Kündigungsgrund in der Sphäre des Arbeitgebers, der entweder agiert, dh. eine Organisationsentscheidung trifft, oder auf eine bestimmte Situation reagiert *(*BAG 18. Juli 2013 - 6 AZR 420/12*- aaO)*.

25

b) Eine solche Situation ist auch dann gegeben, wenn einem Entlassungsverlangen des Betriebsrats nach § 104 Satz 1 BetrVG in einem Beschlussverfahren gem. Satz 2 der Bestimmung rechtskräftig entsprochen wird. Der Arbeitgeber ist in diesem Fall betriebsverfassungsrechtlich und zur Vermeidung eines Zwangsgeldes für jeden Tag der Zuwiderhandlung *(*§ 104 *Satz 2,*3 BetrVG*)* gezwungen, der Verpflichtung nachzukommen. Es handelt sich um einen Umstand, der ihm keine andere zumutbare Reaktionsmöglichkeit lässt. Obwohl die Organisationsentscheidung des Arbeitgebers insofern unmittelbar mit der Kündigung zusammenfällt, bedarf es keiner weiteren Darlegungen, um ein missbräuchliches Handeln auszuschließen. Aufgrund der gerichtlichen Entscheidung ist vielmehr das Beschäftigungsbedürfnis gerade für den konkreten Arbeitnehmer entfallen. Es liegt deshalb auch keine unzulässige Austauschkündigung vor. Die Verpflichtung zur Entlassung bedingt eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Arbeitnehmers. Steht dies auch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer rechtskräftig fest, ist daher für eine Prüfung anderweitiger Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Kündigungsschutzrechtsstreit kein Raum. Einer Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG bedarf es nicht, da es keine vergleichbaren, also alternativ von demselben Entlassungsverlangen betroffenen und damit in eine Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer gibt.

26

aa) Dem steht nicht entgegen, dass nach der Senatsrechtsprechung das Verlangen des Betriebsrats gem. § 104 Satz 1 BetrVG keinen neuen Kündigungsgrund schafft, sondern einen solchen voraussetzt *(*BAG 15. Mai 1997 - 2 AZR 519/96*- zu II 1, 3 der Gründe)*. Gemeint sind damit die in § 104 Satz 1 BetrVG genannten Voraussetzungen für ein berechtigtes Entlassungsverlangen des Betriebsrats *(ebenso Richardi/Thüsing BetrVG 15. Aufl. § 104 Rn. 16; aA Bachner in Däubler/Kittner/Klebe/Wedde BetrVG 15. Aufl. § 104 Rn. 8; KR/Etzel/Rinck 11. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 19)*. Sind sie gegeben, würde dies ohne ein Verlangen des Betriebsrats in der Regel auch eine verhaltens- oder personenbedingte Kündigung iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG rechtfertigen.

27

bb) Allerdings stellt § 104 BetrVG hierauf nicht ab. Die **Norm begründet** vielmehr unter den in ihr vorgesehenen Voraussetzungen einen **eigenen betriebsverfassungsrechtlichen Anspruch des Betriebsrats gegen den Arbeitgeber auf Entlassung oder Versetzung des Arbeitnehmers**. Es kommt daher für die Berechtigung eines Verlangens des Betriebsrats auf Entlassung eines Arbeitnehmers nicht darauf an, ob im Falle der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes eine Kündigung nach den Grundsätzen des § 1 Abs. 2 KSchG aus Gründen im Verhalten oder in der Person des Arbeitnehmers sozial gerechtfertigt bzw. ob im Falle der ordentlichen Unkündbarkeit des Arbeitnehmers ein wichtiger Grund iss. § 626 Abs. 1 BGB gegeben wäre *(aA KR/Etzel/Rinck 11. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 19)*. Die Bestimmung normiert vielmehr selbst abschließend die Voraussetzungen für ein berechtigtes Verlangen. Wird das Verlangen des Betriebsrats auf Entlassung eines Arbeitnehmers im Verfahren nach § 104 Satz 2 BetrVG als berechtigt anerkannt, begründet dies ein dringendes betriebliches Erfordernis iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG. Ist der Arbeitnehmer ordentlich unkündbar, liegt in dem als berechtigt anerkannten Verlangen ein wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB für eine außerordentliche Kündigung mit - notwendiger - Auslauffrist.

28

(1) Nach dem Wortlaut von § 104 Satz 1 BetrVG ist Voraussetzung für ein darauf bezogenes Verlangen des Betriebsrats ausschließlich, dass der betreffende Arbeitnehmer durch gesetzwidriges Verhalten oder durch grobe Verletzung der in § 75 Abs. 1 BetrVG enthaltenen Grundsätze, insbesondere durch rassistische oder fremdenfeindliche Betätigungen, den Betriebsfrieden wiederholt ernstlich gestört hat. Allein diese Voraussetzungen sind in einem Beschlussverfahren nach § 104 Satz 2 BetrVG zu prüfen. Es spielt nach dem Gesetzeswortlaut dagegen keine Rolle, ob der Arbeitnehmer den allgemeinen Kündigungsschutz nach § 1 KSchG genießt oder ob er ordentlich unkündbar ist oder nicht.

29

(2) Systematisch spricht ein Vergleich mit § 103 Abs. 2 BetrVG ebenfalls dafür, dass es bei einem Verfahren nach § 104 BetrVG nicht darauf ankommt, ob nach allgemeinen Grundsätzen eine Kündigung gerechtfertigt wäre. In § 103 Abs. 2 Satz 1 BetrVG ist, anders als in § 104 BetrVG, ausdrücklich bestimmt, dass die „Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt“ sein muss. Der Unterschied erklärt sich daraus, dass § 103 Abs. 2 BetrVG eine Überprüfung des vom Arbeitgeber reklamierten Rechts zur (außerordentlichen) Kündigung verlangt, während § 104 BetrVG dem Betriebsrat einen eigenen Anspruch auf Entlassung oder Versetzung eines Arbeitnehmers unter in der Norm selbst formulierten Voraussetzungen gewährt.

30

(3) Auch der Zweck der Regelung gebietet ein Verständnis, wonach der Betriebsrat eine Entlassung des Arbeitnehmers allein unter den Voraussetzungen von § 104 Satz 1 BetrVG soll verlangen können und ihm insofern ein eigener Anspruch - unabhängig von der individualrechtlichen Situation - eingeräumt ist. Nach - soweit ersichtlich - allgemeiner Auffassung stellt § 104 BetrVG eine Ergänzung von § 75 Abs. 1 und § 99 Abs. 2 Nr. 6 BetrVG dar *(statt vieler GK/Raab 10. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 2; APS/Linck 5. Aufl. BetrVG § 104 Rn. 2; KR/Etzel/Rinck 11. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 4)*. Es handelt sich demnach um einen eigenständigen, betriebsverfassungsrechtlichen Anspruch unter den in der Bestimmung genannten Voraussetzungen, ohne dass es auf das Maß des individuellen Kündigungsschutzes des betroffenen Arbeitnehmers ankäme.

31

cc) Zu den im Verfahren nach § 104 Satz 2 BetrVG zu prüfenden Voraussetzungen, ob das Verlangen des Betriebsrats iSd. § 104 Satz 1 BetrVG berechtigt ist, gehört indes seine Verhältnismäßigkeit *(ebenso Fitting BetrVG 28. Aufl. § 104 Rn. 9; GK/Raab 10. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 11; KR/Etzel/Rinck 11. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 28; wohl auch Richardi/Thüsing BetrVG 15. Aufl. § 104 Rn. 15)*. Dies ergibt sich wiederum aus der Bestimmung selbst. Wie die danach erforderlichen Anspruchsvoraussetzungen erkennen lassen, ist dem Betriebsrat der betriebsverfassungsrechtliche „Entfernungsanspruch“ im Interesse der Wiederherstellung des Betriebsfriedens eingeräumt. Der Betriebsrat hat daher nicht die - freie oder auch nur in sein Ermessen gestellte - Wahl, ob er die Entlassung oder - nur - eine (betriebsinterne oder -übergreifende) Versetzung des Arbeitnehmers verlangt. Genügt vielmehr zur Wiederherstellung des Betriebsfriedens bereits eine Versetzung des Arbeitnehmers, kann der Betriebsrat mit rechtlichem Erfolg nur eine solche verlangen und ggf. gerichtlich durchsetzen.

32

c) Die Verpflichtung der Beklagten, die Klägerin zu entlassen, stand im Streitfall auch im Verhältnis zwischen ihr und der Beklagten rechtskräftig fest. Das Arbeitsgericht hatte die Klägerin in dem Verfahren nach § 104 Satz 2 BetrVG zu Recht gem. § 83 Abs. 3 ArbGG beteiligt.

33

aa) Nach § 83 Abs. 3 ArbGG ist in einem Beschlussverfahren zu hören, wer ua. nach dem Betriebsverfassungsgesetz „im einzelnen Fall beteiligt“ ist. Dies verlangt eine unmittelbare Betroffenheit in einer eigenen betriebsverfassungsrechtlichen Position *(st. RPs. zuletzt* BAG 23. November 2016 - 7 ABR 13/15*-* Rn. 10*; 18. November 2014 -*1 ABR 21/13*-* Rn. 12*,* BAGE 150, 74*)*.

34

bb) Von einem Verfahren nach § 104 Satz 2 BetrVG ist in diesem Sinne auch der Arbeitnehmer betroffen, dessen Entlassung oder Versetzung vom Betriebsrat verlangt wird *(für eine Beteiligung des Arbeitnehmers im Beschlussverfahren nach § 66 Abs. 4 Satz 2 BetrVG 1952 auch Sahmer BetrVG Stand September 1967 § 66 Rn. 20)*. Er ist Objekt eines besonderen Anspruchs des Betriebsrats, aufgrund dessen es zu seiner Versetzung oder Entfernung aus dem Betrieb kommen kann. Dadurch ist der Arbeitnehmer als Betriebsangehöriger selbst in einer betriebsverfassungsrechtlichen Position betroffen *(aA GK/Raab 10. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 18)*. Das Verfahren nach § 104 Satz 2 BetrVG betrifft dagegen nicht unmittelbar seine individualrechtliche Rechtsstellung, wie ein Verfahren nach § 103 Abs. 2 und 3 BetrVG *(vgl. dazu BAG 23. November 2016 -*7 ABR 13/15*-* Rn. 15*)*. Die Frage, ob individualrechtlich ein Kündigungsgrund gegeben wäre, ist - anders als im Verfahren nach § 103 Abs. 2 und 3 BetrVG - nicht Gegenstand des Beschlussverfahrens nach § 104 Satz 2 BetrVG. Es liegt daher auch kein systematischer Bruch darin, dass der Gesetzgeber in § 103 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 2 BetrVG ausdrücklich die Beteiligung des Betriebsratsmitglieds angeordnet, von einer entsprechenden Regelung zu dem von einem Entlassungsverlangen nach § 104 BetrVG betroffenen Arbeitnehmer hingegen abgesehen hat.

35

2. Die Kündigung ist nicht nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG rechtsunwirksam. Eine gesonderte Beteiligung des Betriebsrats war nach der von ihm selbst verlangten Entlassung der Klägerin entbehrlich. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob anderenfalls die von der Beklagten durchgeführte Anhörung ordnungsgemäß gewesen wäre.

36

a) Verlangt der Betriebsrat nach § 104 BetrVG die Entlassung eines betriebsstörenden Arbeitnehmers und **entschließt sich der Arbeitgeber, dem Wunsch des Betriebsrats zu entsprechen, ist dessen weitere Beteiligung nach § 102 BetrVG nicht mehr erforderlich** *(*BAG 15. Mai 1997 - 2 AZR 519/96*- zu II 2 der Gründe; Richardi/Thüsing BetrVG 15. Aufl. § 104 Rn. 17; AR/Rieble 8. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 6; KR/Etzel/Rinck 11. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 90; GK/Raab 10. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 16; Bachner in Däubler/Kittner/Klebe/Wedde BetrVG 15. Aufl. § 104 Rn. 9; Preis in Wlotzke/Preis/Kreft BetrVG 4. Aufl. § 104 Rn. 3)*. Das Entlassungsverlangen enthält bereits die Zustimmung des Betriebsrats zu der es umsetzenden Kündigung *(*BAG 15. Mai 1997 - 2 AZR 519/96*- aaO; Richardi/Thüsing aaO; KR/Etzel/Rinck aaO)*. Der Arbeitgeber führt nur aus, was der Betriebsrat selbst von ihm verlangt oder sogar in einem Beschlussverfahren nach § 104 Satz 2 BetrVG erstritten hat.

37

b) So liegt es auch im Streitfall. Die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung hält sich im Rahmen der der Beklagten im Beschlussverfahren auferlegten Verpflichtung.

38

3. Andere Unwirksamkeitsgründe hat die Klägerin nicht geltend gemacht.

39

III. Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Rechtsmittelverfahren haben die Parteien gem. § 92 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1 ZPO nach dem Verhältnis ihres Obsiegens und Unterliegens zu tragen. Die Beklagte ist hinsichtlich der fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses unterlegen, die Klägerin hinsichtlich seines unbegrenzten Fortbestandes, mithin die Beklagte zu 1/3 und die Klägerin zu 2/3.

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | Koch |  | Niemann |  | Rachor |  |
|  |  | Söller |  | A. Claes |  |  |

# BAG: „Antragsbefugnis des Betriebsrats - Arbeitsbefreiung“

 **BAG, 21.03.2017 - 7 ABR 17/15**

**Tenor**

Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 20. April 2015 - 12 TaBV 76/14 - wird zurückgewiesen.

**Gründe**

1

A. Die Beteiligten streiten darüber, ob die Arbeitgeberin von den Mitgliedern des Betriebsrats die Erbringung von Arbeitsleistungen verlangen darf, wenn diese vor Beginn ihrer Arbeitszeit an einer Betriebsratssitzung teilgenommen haben und die Arbeitszeit unter Hinzurechnung der Dauer der Sitzungsteilnahme die Grenzen der zulässigen werktäglichen Höchstarbeitszeit überschreitet.

2

Bei der zu 2. beteiligten Arbeitgeberin handelt es sich um ein bundesweit tätiges Einzelhandelsunternehmen. Der Beteiligte zu 1. ist der in der Filiale 623 gebildete Betriebsrat. In der Filiale 623 wird im Dreischichtbetrieb gearbeitet. Die erste Frühschicht dauert von 7:00 Uhr bis 16:10 Uhr, die zweite Frühschicht von 8:00 Uhr bis 17:10 Uhr. Die Spätschicht beginnt um 11:05 Uhr und endet um 20:15 Uhr. Die Lage der Arbeitszeit der Arbeitnehmer ergibt sich aus einer fortlaufenden wöchentlichen Dienstplanung.

3

Die Sitzungen des Betriebsrats finden derzeit regelmäßig donnerstags von 8:00 Uhr bis 15:00 Uhr statt. Zur Erfassung der entsprechenden Schichtzulagen bleiben die Betriebsratsmitglieder in ihren Spätschichtwochen auch an Sitzungstagen des Betriebsrats für diese Schicht eingeteilt. Die Arbeitgeberin gewährte in der Vergangenheit den für die Spätschicht eingeteilten Betriebsratsmitgliedern den Freizeitausgleich für die Sitzungsteilnahme außerhalb ihrer Arbeitszeit noch am selben Tag. Im Februar 2014 teilte die damalige Filialleiterin dem Betriebsrat mit, dass sie sich das Recht vorbehalte, die für die Spätschicht eingeteilten Betriebsratsmitglieder im Anschluss an die Betriebsratssitzung noch bis zum Ende der Spätschicht zur Arbeitsleistung heranzuziehen. Auf dem Schichtplan für den 27. August 2014 vermerkte sie handschriftlich „kein FZA am selben Tag“. Das Betriebsratsmitglied H, das am 27. August 2014 für die Spätschicht eingeteilt war, nahm von 8:00 Uhr bis 15:00 Uhr an der Betriebsratssitzung teil. Im Anschluss daran arbeitete Frau H noch bis 17:36 Uhr und verließ sodann die Filiale.

4

Der Betriebsrat hat die Auffassung vertreten, der Arbeitgeber dürfe ein Betriebsratsmitglied, das von 8:00 Uhr bis 15:00 Uhr an einer Betriebsratssitzung teilgenommen habe, nicht bis zum Spätschichtende beschäftigen. Ein solcher Einsatz verstoße gegen § 3 ArbZG und sei außerdem unzumutbar. Die Zeit der Betriebsratstätigkeit sei Arbeitszeit iSv. § 2 Abs. 1 Satz 1 ArbZG. Betriebsratsmitglieder stünden dem Arbeitgeber bei der Ausübung der Betriebsratstätigkeit iSd. Richtlinie 2003/88/EG zur Verfügung. Der Zweck des Arbeitszeitrechts gebiete es, Betriebsratstätigkeit als Arbeitszeit iSv. § 2 Abs. 1 Satz 1 ArbZG zu behandeln, da die Betriebsratstätigkeit mit vergleichbaren Belastungen wie Arbeitstätigkeit verbunden sei. Betriebsratsmitglieder dürften wegen der Betriebsratstätigkeit nicht benachteiligt werden.

5

Der Betriebsrat hat zuletzt beantragt

|  |  |
| --- | --- |
|  | festzustellen, dass die Arbeitgeberin nicht berechtigt ist, von Betriebsratsmitgliedern und Ersatzmitgliedern Arbeitsleistungen vor oder im Anschluss an ganz oder zum Teil außerhalb der disponierten Arbeitszeit stattfindenden Betriebsratssitzungen zu verlangen, soweit diese unter Hinzurechnung der Sitzungsdauer acht Stunden oder zehn Stunden, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt acht Stunden werktäglicher Arbeitszeit überschritten werden, überschreitet; |
|  | hilfsweise festzustellen, dass es rechtswidrig war, von dem Betriebsratsmitglied H am 27. August 2014 zuzüglich der von 8:00 Uhr bis 15:00 Uhr stattfindenden Betriebsratssitzung die Erbringung von Arbeitsleistung in der unmittelbar anschließenden Spätschicht bis um 20:15 Uhr zu verlangen. |

6

Die Arbeitgeberin hat beantragt, die Anträge abzuweisen.

7

Das Arbeitsgericht hat die erstinstanzlich anders formulierten Anträge abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde des Betriebsrats mit den zuletzt gestellten Anträgen zurückgewiesen. Mit seiner Rechtsbeschwerde verfolgt der Betriebsrat die zuletzt gestellten Anträge weiter.

8

B. Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Anträge im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Die Anträge sind mangels Antragsbefugnis des Betriebsrats unzulässig.

9

I. Im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren ist ein Beteiligter antragsbefugt, wenn er eigene Rechte geltend macht. Ausnahmen gelten nur im Fall einer zulässigen Prozessstandschaft. Die Prozessführungsbefugnis im Urteilsverfahren und die Antragsbefugnis im Beschlussverfahren dienen dazu, Popularklagen auszuschließen. Im Beschlussverfahren ist die Antragsbefugnis nur gegeben, wenn der Antragsteller durch die begehrte Entscheidung in seiner kollektivrechtlichen Rechtsposition betroffen sein kann. Das ist regelmäßig nur dann der Fall, wenn er eigene Rechte geltend macht und dies nicht von vornherein als aussichtslos erscheint (BAG 7. Juni 2016 - 1 ABR 30/14 - Rn. 15, BAGE 155, 221; 17. Februar 2015 - 1 ABR 41/13 - Rn. 16 f.; 4. Dezember 2013 - 7 ABR 7/12 - Rn. 15). **Dagegen fehlt dem Betriebsrat die Antragsbefugnis, wenn er ausschließlich Rechte der Arbeitnehmer reklamiert** (vgl. BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 22/12 - Rn. 15; 5. Oktober 2010 - 1 ABR 20/09 - Rn. 13, BAGE 135, 382). Dies gilt auch, wenn es ausschließlich um die Geltendmachung von Ansprüchen der Betriebsratsmitglieder aus dem Arbeitsverhältnis geht (vgl. BAG 14. Oktober 1982 - 6 ABR 37/79 - zu II 1 der Gründe, BAGE 40, 244).

10

II. Danach fehlt es an der erforderlichen Antragsbefugnis.

11

1. Das betrifft zunächst den Hauptantrag.

12

a) Mit dem Hauptantrag begehrt der Betriebsrat die Feststellung, dass die Arbeitgeberin nicht berechtigt ist, von den Mitgliedern des Betriebsrats, die vor Beginn ihrer vertraglichen Arbeitszeit an einer Betriebsratssitzung teilgenommen haben, Arbeitsleistungen zu verlangen, wenn die Arbeitszeit unter Hinzurechnung der Dauer der Sitzungsteilnahme die Grenzen der werktäglichen Höchstarbeitszeit nach dem Arbeitszeitgesetz überschreitet. Das ergibt die Auslegung des Antrags.

13

aa) Der Antrag bezieht sich trotz des weiter gefassten Wortlauts nur auf die Fälle der Anordnung von Arbeit „im Anschluss“ an eine Sitzungsteilnahme. Dies ergibt sich aus dem bei der Antragsauslegung zu berücksichtigenden Anlassfall (vgl. BAG 21. Oktober 2014 - 1 ABR 10/13 - Rn. 15). Dieser betrifft einen solchen Sachverhalt. Außerdem fehlte es für die Feststellung, dass die Arbeitgeberin nicht berechtigt ist, von Betriebsratsmitgliedern Arbeitsleistungen vor den Betriebsratssitzungen zu verlangen, an dem erforderlichen Feststellungsinteresse. Da die erste Frühschicht um 7:00 Uhr beginnt und der Betriebsrat seine Sitzungen von 8:00 Uhr bis 15:00 Uhr abhält, könnte es zu einer Überschreitung der Höchstarbeitszeit nach § 3 Satz 1 ArbZG nicht kommen, wenn das Betriebsratsmitglied vor der Betriebsratssitzung ab 7:00 Uhr in der Frühschicht eingesetzt wird.

14

bb) Der Antrag ist dahin zu verstehen, dass der Arbeitszeit nicht die „Sitzungsdauer“, sondern die Dauer der Teilnahme des Betriebsratsmitglieds an der Sitzung hinzugerechnet werden soll. Der Betriebsrat stellt auf die Zeit der Ausübung der Betriebsratstätigkeit ab.

15

b) Für den so verstandenen Antrag fehlt dem Betriebsrat die notwendige Antragsbefugnis iSv. § 81 Abs. 1 ArbGG.

16

aa) Der Betriebsrat macht kein eigenes Recht geltend, soweit er sein Feststellungsbegehren auf § 3 ArbZG stützt.

17

(1) Ein Betriebsrat nimmt keine eigenen Rechte wahr, wenn er ausschließlich verhindern will, dass gegenüber den Arbeitnehmern Arbeitsanordnungen ergehen, deren zeitlichen Umfang er für rechtswidrig hält (vgl. BAG 18. Februar 2003 - 1 ABR 17/02 - zu B III 2 b der Gründe, BAGE 105, 19). Aus der Pflicht zur Überwachung der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG folgt kein zusätzliches Mitbestimmungsrecht. Mit dieser Aufgabe geht nicht die Befugnis zur Wahrnehmung der betroffenen Individualinteressen einher. Der Betriebsrat ist darauf beschränkt, eine Nichtbeachtung von Rechtsvorschriften beim Arbeitgeber zu beanstanden und auf Abhilfe zu drängen (vgl. BAG 20. Mai 2008 - 1 ABR 19/07 - Rn. 15; 28. Mai 2002 - 1 ABR 40/01 - zu B III der Gründe).

18

(2) Das gilt auch dann, wenn es sich bei den Arbeitnehmern um Mitglieder des Betriebsrats handelt und sich die Überschreitung der Höchstarbeitszeit aus der Zusammenrechnung der Arbeitszeit und der Dauer der Betriebsratstätigkeit ergeben soll. Der Streit betrifft die arbeitszeitrechtlichen Grenzen der Arbeitspflicht und damit das Rechtsverhältnis der Arbeitsvertragsparteien, dessen Inhalt der Betriebsrat nicht zur gerichtlichen Entscheidung stellen kann.

19

bb) Eigene Rechte des Betriebsrats sind auch nicht betroffen, soweit der Betriebsrat geltend macht, seinen Mitgliedern sei die Erbringung von Arbeitsleistungen unzumutbar, wenn die Dauer der Arbeitszeit unter Hinzurechnung der Dauer der Betriebsratstätigkeit die zeitlichen Grenzen des § 3 ArbZG übersteigt.

20

(1) Nach § 37 Abs. 2 BetrVG sind Mitglieder des Betriebsrats von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung ihres Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Der Arbeitgeber muss der Arbeitsbefreiung nicht zustimmen (vgl. nur BAG 29. Juni 2011 - 7 ABR 135/09 - Rn. 19, BAGE 138, 233; 15. März 1995 - 7 AZR 643/94 - zu I 1 der Gründe mwN, BAGE 79, 263).

21

Diese aus § 37 Abs. 2 BetrVG folgende Verpflichtung betrifft nicht nur Fälle, in denen eine während der Arbeitszeit verrichtete Betriebsratstätigkeit unmittelbar den Ausfall der Arbeitsleistung zur Folge hat. Die Vorschrift will vielmehr grundsätzlich verhindern, dass das Betriebsratsmitglied infolge erforderlicher Betriebsratstätigkeit eine Entgelteinbuße erleidet. Auch durch eine außerhalb der Arbeitszeit liegende Betriebsratstätigkeit darf daher eine Minderung des Arbeitsentgelts des Betriebsratsmitglieds nicht eintreten, soweit die Betriebsratstätigkeit die Arbeitsleistung unmöglich oder unzumutbar gemacht hat (BAG 18. Januar 2017 - 7 AZR 224/15 - Rn. 22; 7. Juni 1989 - 7 AZR 500/88 - zu 2 der Gründe, BAGE 62, 83). Nimmt ein Betriebsratsmitglied an einer außerhalb seiner persönlichen Arbeitszeit stattfindenden Betriebsratssitzung teil und ist es ihm deswegen unmöglich oder unzumutbar, seine vor oder nach der Betriebsratssitzung liegende Arbeitszeit einzuhalten, so hat es insoweit gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG einen Anspruch auf bezahlte Arbeitsbefreiung (BAG 18. Januar 2017 - 7 AZR 224/15 - Rn. 22; 7. Juni 1989 - 7 AZR 500/88 - zu 3 der Gründe, aaO).

22

(2) Der Betriebsrat ist zwar grundsätzlich berechtigt durchzusetzen, dass seine Mitglieder zur Wahrnehmung erforderlicher Betriebsratstätigkeit gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG von der Arbeitspflicht befreit werden (BAG 29. Juni 2011 - 7 ABR 135/09 - Rn. 13, BAGE 138, 233; vgl. auch 27. Juni 1990 - 7 ABR 43/89 - zu II 1 a der Gründe, BAGE 65, 230). Damit macht der Betriebsrat ein eigenes Recht geltend, da die ihm als Gremium obliegenden Aufgaben von seinen Mitgliedern oder unter deren Mitwirkung wahrgenommen werden und er selbst deshalb auf deren Arbeitsbefreiung angewiesen ist. Dem Betriebsrat steht aber nicht das Recht zu, den Anspruch auf bezahlte Arbeitsbefreiung seiner Mitglieder geltend zu machen, wenn ihnen die Einhaltung ihrer Arbeitszeit wegen der Teilnahme an einer außerhalb ihrer persönlichen Arbeitszeit stattfindenden Betriebsratssitzung unmöglich oder unzumutbar ist. Dieser Anspruch auf bezahlte Freistellung steht nur dem Betriebsratsmitglied selbst in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer zu. Er dient in diesem Fall allein dem Schutz des Betriebsratsmitglieds vor einer Minderung seines Arbeitsentgelts, denn das Betriebsratsmitglied nimmt in der Zeit der Freistellung keine Betriebsratsaufgaben wahr und der Freistellungsanspruch soll auch nicht die Teilnahme des Betriebsratsmitglieds an den Sitzungen ermöglichen oder sicherstellen. Die Teilnahme des Betriebsratsmitglieds an Betriebsratssitzungen ist dessen betriebsverfassungsrechtliche Pflicht. Sie besteht unabhängig davon, ob und wann der Arbeitgeber einen Freizeitausgleich wegen einer Sitzungsteilnahme außerhalb der persönlichen Arbeitszeit gewährt. Der Anspruch auf Befreiung von der Arbeitspflicht unter Fortzahlung der Vergütung betrifft daher in diesem Fall ausschließlich die individualrechtliche Rechtsbeziehung zwischen den Arbeitsvertragsparteien.

23

cc) Der Betriebsrat macht auch nicht deshalb ein eigenes Recht geltend, weil die Frage, ob die Zeit der Erbringung von Betriebsratstätigkeit Arbeitszeit iSv. § 3 ArbZG ist, für die Ausübung seines Mitbestimmungsrechts bei der Dienstplangestaltung nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG von Bedeutung sein könnte. Dies begründet lediglich ein Interesse an der Klärung einer abstrakten Vorfrage des streitgegenständlichen Rechtsverhältnisses. Eine Antragsbefugnis für die begehrte Entscheidung folgt daraus nicht. Der Antragsteller ist nur dann antragsbefugt, wenn er durch die begehrte Entscheidung selbst in seiner kollektivrechtlichen Rechtsposition betroffen sein kann.

24

2. Der damit zur Entscheidung anfallende Hilfsantrag ist aus denselben Gründen unzulässig. Mit diesem Antrag begehrt der Betriebsrat die Feststellung, dass die Arbeitgeberin nicht berechtigt war, von Frau H am 27. August 2014 im Anschluss an ihre Teilnahme an der Betriebsratssitzung in der Zeit von 8:00 Uhr bis 15:00 Uhr die Erbringung von Arbeitsleistungen bis 20:15 Uhr zu verlangen. Darin liegt keine Wahrnehmung eigener Rechte, sondern die Wahrnehmung der Rechte des Betriebsratsmitglieds H aus dem Arbeitsverhältnis. Außerdem mangelt es an dem nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderlichen Feststellungsinteresse. Es handelt sich um einen vergangenheitsbezogenen Feststellungsantrag (vgl. dazu BAG 20. Januar 2015 - 1 ABR 1/14 - Rn. 18). Es ist weder dargelegt noch ersichtlich, dass sich für die Beteiligten aus der Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses noch Rechtsfolgen für die Gegenwart oder die Zukunft ergeben.

25

III. Es kann dahinstehen, ob die Anhörung der Betriebsratsmitglieder in den Vorinstanzen zu Recht unterblieben ist. Deren Anhörung im Rechtsbeschwerdeverfahren bedarf es nicht mehr, da die Anträge des Betriebsrats als unzulässig abgewiesen werden. Hierdurch entsteht weder eine Rechtskraft noch eine Bindungswirkung in Bezug auf betriebsverfassungsrechtliche Rechte oder Pflichten der Betriebsratsmitglieder. Damit steht fest, dass die Betriebsratsmitglieder durch die Entscheidung in diesem Verfahren nicht in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Stellung betroffen sind (vgl. BAG 27. Mai 2015 - 7 ABR 20/13 - Rn. 23; 9. Juli 2013 - 1 ABR 17/12 - Rn. 20).

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | Gräfl |  | Waskow |  | M. Rennpferdt |  |
|  |  | Auhuber |  | Kley |  |  |

# LAG Nürnberg: „Outlook-Gruppenkalender - fehlende Betriebsratsbeteiligung“

**LAG Nürnberg, 21.02.2017 - 7 Sa 441/16**

**Tenor**

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 26.08.2016 ‒ 12 Ca 978/16 ‒ wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

2. Die Revision wird nicht zugelassen.

**Tatbestand**

1

Die Parteien streiten um die Entfernung einer Abmahnung.

2

Der Kläger ist seit 05.05.1980 bei der Beklagten beschäftigt. Er ist als Verkehrsmeister tätig.

3

Bei der Beklagten besteht ein Betriebsrat.

4

Die Betriebsparteien schlossen unter dem 01.11.2013 eine Betriebsvereinbarung zum Umgang mit Informations- und Kommunikationsanlagen. Wegen des Inhalts wird auf die vorgelegte Kopie Bezug genommen (Bl. 10 ff d.A.).

5

Bei der Beklagten wird als Software zur E-Mailkommunikation Microsoft Outlook verwendet. Im November 2015 wurde in der Funktionsmailbox bmt@a... ein Gruppenkalender „Tram“ eingerichtet. Auf den Gruppenkalender haben neben dem Kläger noch drei weitere Personen Zugriff, auch Vorgesetzte.

6

Am 24.11.2015 wurde der Kläger von seinem Gruppenleiter, Herrn S…, angewiesen, den Gruppenkalender „Tram“ für die Verwaltung der betrieblichen Termine benutzen. Der Kläger lehnt dies ab.

7

Die Beklagte führte in einem Schreiben vom 04.12.2015 an den Kläger aus, er widersetze sich der Aufforderung, geschäftliche Termine in den Funktionskalender „Tram“ einzutragen. Sie wies den Kläger darauf hin, dass er verpflichtet sei, den Weisungen seiner Führungskraft nachzukommen. Für den Fall eines weiteren vergleichbaren Vorfalles kündigte sie weitergehende arbeitsrechtliche Maßnahmen bis hin zur Kündigung an.

8

Der Kläger erhob am 24.02.2016 die vorliegende Klage zum Arbeitsgericht Nürnberg, mit der er die Rücknahme der Abmahnung und ihre Entfernung aus der Personalakte verlangt.

9

Mit Endurteil vom 26.08.2016 gab das Arbeitsgericht der Klage statt. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, der Kläger sei nicht verpflichtet gewesen, der Weisung, den Gruppenkalender zu benutzen, nachzukommen, da die Einrichtung des Gruppenkalenders ohne die erforderliche Beteiligung des Betriebsrats erfolgt sei.

10

Das Urteil wurde der Beklagten am 02.09.2016 zugestellt.

11

Die Beklagte legte gegen das Urteil am 26.09.2016 Berufung ein und begründete sie am 26.10.2016.

12

Die Beklagte macht geltend, bei dem Gruppenkalender handele es sich nicht um eine technische Einrichtung im Sinne des § 87 Absatz 1 Nr. 6 BetrVG.

13

Selbst wenn man davon ausgehe, dass der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht habe, sei dieses mit der Betriebsvereinbarung vom 01.11.2013 gewahrt. Dort hätten die Betriebsparteien in § 3 Satz 3 geregelt, dass der Arbeitgeber Zugang zu allen relevanten dienstlichen Informationen habe.

14

Die Beklagte hat im Berufungsverfahren folgende Anträge gestellt:

15

I. Das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 26.08.2016 (Az. 12 Ca 978/16) wird aufgehoben.

16

II. Die Klage wird abgewiesen.

17

III. Der Kläger und Berufungsbeklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

18

Der Kläger hat beantragt,

19

die Berufung der Beklagten und Berufungsklägerin kostenpflichtig zurückzuweisen.

20

Der Kläger rügt, die Beklagte habe sich nicht ausreichend mit dem Ersturteil auseinandergesetzt. Er führt aus, mit dem Gruppenkalender lasse sich im Verlauf zahlreicher Monate ein Verabredungsprofil erstellen.

21

Wegen des weitergehenden Vorbringens der Parteien wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

22

Eine Beweisaufnahme hat nicht stattgefunden.

**Entscheidungsgründe**

23

Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft, § 64 Absatz 1 und Absatz 2b ArbGG, sowie form- und fristgerecht eingelegt worden, § 66 ArbGG. Die Berufung ist auch in der gesetzlich erforderlichen Weise begründet worden, § 520 Absatz 3 ZPO.

24

Die Beklagte stützt die Berufung darauf, das Erstgericht habe den Anwendungsbereich des § 87 Absatz 1 Nr. 6 BetrVG nicht zutreffend gesehen. Darüber hinaus hat sie geltend gemacht, dass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats durch die Betriebsvereinbarung vom 01.11.2013 gewahrt sei. Damit hat sie sich mit der Begründung des Erstgerichts in ausreichendem Maße auseinandergesetzt.

25

Die Berufung ist unbegründet.

26

Der Kläger kann insbesondere die Herausnahme der ihm erteilten Abmahnung aus der Personalakte verlangen. Hinsichtlich der hierzu bestehenden ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts folgt das erkennende Gericht den zutreffenden Ausführungen des Erstgerichts, § 69 Absatz 2 ArbGG.

27

Die Beklagte hat dem Kläger zu Unrecht eine Abmahnung erteilt.

28

Die Beklagte ist zwar grundsätzlich im Rahmen des ihr zustehenden Direktionsrechts    (§ 106 GewO) berechtigt, dem Kläger die Anweisung zu erteilen, den bei ihr eingerichteten Gruppenkalender zu benutzen. Es handelt sich dabei um eine Anordnung, die die Art und Weise betrifft, wie der Kläger die von ihm zu erbringende Arbeitsleistung gestaltet. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers bezieht sich insbesondere auch darauf, dass die Arbeitnehmer technische Einrichtungen, die vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt werden, verwenden.

29

Die Beklagte war indes bei der Einrichtung des Gruppenkalenders nicht völlig frei. Im Betrieb der Beklagten besteht ein Betriebsrat. Dieser wäre gemäß § 87 Absatz 1 Nr. 6     BetrVG zu beteiligen gewesen.

30

**Der Gruppenkalender stellt eine technische Einrichtung im Sinne des § 87 Absatz 1 Nr. 6 BetrVG dar.**

31

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der das erkennende Gericht folgt, stellt Computersoftware in Verbindung mit dem Rechner, der mit ihr betrieben wird, eine technische Einrichtung iSd. § 87 Absatz 1 Nr. 6 BetrVG dar. Dabei ist es unerheblich, ob der verwendete Rechner bereits vor der Anschaffung der im Streit befindlichen Software im Betrieb vorhanden war und in anderer Weise genutzt wurde. Erst die entsprechende Software ermöglicht die Nutzung einer EDV-Anlage zu einem bestimmten Zweck (Bundesarbeitsgericht ‒ Beschluss vom 26.07.1994 ‒ 1 ABR 6/94; juris).

32

**Der Gruppenkalender ist zur Überwachung der Benutzer „bestimmt“.**

33

Nach § 87 Absatz 1 Nr. 6 BetrVG hat der Betriebsrat u.a. mitzubestimmen bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Überwachung im Sinne der genannten Vorschrift ist ein Vorgang, durch den Informationen über das Verhalten oder die Leistung des Arbeitnehmers erhoben und - jedenfalls in der Regel - aufgezeichnet werden, um sie auch späterer Wahrnehmung zugänglich zu machen. Die Informationen müssen auf technische Weise ermittelt und dokumentiert werden, so dass sie zumindest für eine gewisse Dauer verfügbar bleiben und vom Arbeitgeber herangezogen werden können. Die Überwachung muss aber durch die technische Einrichtung selbst bewirkt werden. Dazu muss diese aufgrund ihrer technischen Natur unmittelbar, d.h. wenigstens in ihrem Kern die Überwachung vornehmen, indem sie das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer kontrolliert. Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Absatz 1 Nr. 6 BetrVG setzt daher voraus, dass die technische Einrichtung selbst und automatisch die Daten über bestimmte Vorgänge verarbeitet. Ausreichend ist, wenn lediglich ein Teil des Überwachungsvorgangs mittels einer technischen Einrichtung erfolgt. **Zur Überwachung „bestimmt“ sind technische Einrichtungen dann, wenn sie objektiv geeignet sind, Verhaltens- oder Leistungsinformationen der Arbeitnehmer zu erheben und aufzuzeichnen; auf die subjektive Überwachungsabsicht des Arbeitgebers kommt es nicht an** (Bundesarbeitsgericht ‒ Beschluss vom 10.12.2013 ‒ 1 ABR 43/12; juris).

34

Der Gruppenkalender ermöglicht es der Beklagten, eine **Auswertung der Leistungen** des Klägers **im Hinblick auf die Koordination seiner Termine oder der Terminsdichte** vorzunehmen. Insbesondere ist ihr dies möglich, ohne dass der Kläger hiervon Kenntnis erhält.

35

Der Betriebsrat ist vor der Einrichtung des Gruppenkalenders nicht beteiligt worden. Insbesondere stellt die Betriebsvereinbarung zum Umgang mit Informations- und Kommunikationsanlagen vom 01.11.2013 keine (vorweggenommene) Zustimmung des Betriebsrats zum Gruppenkalender dar.

36

Zum einen regelt die Betriebsvereinbarung in erster Linie die private Nutzung der IuK-Anlagen. So wird zwar in § 3 der Betriebsvereinbarung festgestellt, dass die IuK-Anlagen grundsätzlich für dienstliche Zwecke bestimmt sind und der Arbeitgeber Zugang zu allen relevanten dienstlichen Informationen hat. Es befassen sich die Abschnitte III (Nutzungsbedingungen) und IV (Kontrollen) indes ausschließlich mit der privaten Nutzung der IuK-Anlagen.

37

Die Betriebsvereinbarung regelt lediglich den (privaten) Umgang mit IuK-Anlagen. Bereits daraus wird deutlich, dass es nicht darum geht, dass und ob eine bestimmte Hardware oder Software eingeführt wird. Vielmehr setzt die Betriebsvereinbarung denknotwendig voraus, dass solche Anlagen (samt zugehöriger Software) bereits vorhanden sind.

38

Dies ergibt sich im Übrigen auch daraus, dass die Betriebsvereinbarung bereits im November 2013 abgeschlossen, der Gruppenkalender aber erst im November 2015 eingerichtet wurde.

39

Die fehlende Beteiligung des Betriebsrats führt zur **Unwirksamkeit der Abmahnung**. Abgemahnt werden können nur Verstöße gegen arbeitsvertragliche Pflichten. Da der Betriebsrat bei der Einführung des Gruppenkalenders nicht beteiligt wurde, war der Kläger berechtigt, der Anordnung der Beklagten, den Gruppenkalender zu nutzen, nicht Folge zu leisten.

40

Nach der **Theorie der Wirksamkeitsvorau**ssetzung führt die **Verletzung von Mitbestimmungsrechten** des Betriebsrats im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer jedenfalls zur **Unwirksamkeit von Maßnahmen oder Rechtsgeschäften, die den Arbeitnehmer belasten**. Das soll verhindern, dass der Arbeitgeber dem Einigungszwang mit dem Betriebsrat durch Rückgriff auf arbeitsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten ausweicht. Dem Arbeitgeber darf aus einer betriebsverfassungsrechtlichen Pflichtwidrigkeit auch im Rahmen des Arbeitsverhältnisses kein Vorteil erwachsen (Bundesarbeitsgericht ‒ Urteil vom 23.02.2016 ‒ 1 AZR 73/14; juris).

41

Da die Abmahnung daher unberechtigt war, ist sie aus der Personalakte zu entfernen.

42

Die Berufung der Beklagten war deshalb zurückzuweisen.

43

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Absatz 1 ZPO.

44

Für die Zulassung der Revision besteht kein gesetzlich begründeter Anlass, § 72 Absatz 2 ArbGG.

45

Weißenfels                                          Wohlert                                         Möbus

46

Vorsitzende Richterin                       Ehrenamtliche                             Ehrenamtlicher

47

am Landesarbeitsgericht                        Richterin                                     Richter

# BAG: „Anpassung der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern“

**BAG, 18.01.2017 - 7 AZR 205/15**

**Tenor**

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 5. März 2015 - 7 Sa 63/14 - im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es die Berufung der Beklagten gegen die Verurteilung zur Zahlung von 15.351,29 Euro nebst Zinsen im Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 19. August 2014 - 9 Ca 636/13 - zurückgewiesen hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

**Tatbestand**

1

Die Parteien streiten über Vergütungsansprüche.

2

Die Beklagte betreibt die Wartung, Instandhaltung und Ausstattung von Flugzeugen im Verbund des Konzerns der Deutsche Lufthansa AG. Der Kläger ist seit 1977 bei der Beklagten und deren Rechtsvorgängerin im Betrieb in H beschäftigt. Er wurde nach dem Arbeitsvertrag vom 23. Oktober 1996 seit dem 16. Dezember 1996 bei der Beklagten als „Referent Bilanzen und Finanzen“ mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 37,5 Stunden tätig. Zuletzt war er „Referent (REF 3) Infrastrukturmanagement“ mit Schwerpunkt Controlling. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien kommen die bei der Beklagten geltenden Tarifverträge zur Anwendung.

3

Im Betrieb der Beklagten in H ist ein Betriebsrat gebildet, dem der Kläger seit dem Jahr 2006 angehört. Seit dem 17. Mai 2010 ist er nach § 38 BetrVG freigestellt.

4

Bei Eintritt in den Betriebsrat im Jahr 2006 war der Kläger in der Funktion „Referent Bilanzen und Finanzen“ in die höchste Vergütungsgruppe des zu diesem Zeitpunkt anwendbaren Vergütungstarifvertrags eingruppiert. Ab 31. Dezember 2006 kam bei der Beklagten ein neues tarifliches Vergütungssystem zur Anwendung. Im neuen Vergütungstarifvertrag Lufthansa Technik/Informationstechnologie (VTV) sind für die höchste Vergütungsgruppe 4D ein Eingangs- und ein Endwert festgelegt. § 2 Abs. 5 Satz 1 VTV regelt für die Vergütungsgruppe 4D:

|  |  |
| --- | --- |
|  | „Die jeweilige Höhe der Grundvergütung, die Vergütungsentwicklung und erreichbare Höchstvergütung in der Vergütungsgruppe 4D richtet sich nach Aufgabenstruktur, Schwierigkeit und Umfang des Arbeitsplatzes einerseits und dem/der jeweiligen Grad und Güte der Aufgabenerfüllung des Mitarbeiters andererseits.“ |

5

Zum Zeitpunkt der Überleitung des Klägers in das neue Vergütungssystem betrug seine monatliche Grundvergütung 4.957,14 Euro brutto und lag damit über dem Endwert der Vergütungsgruppe 4D. Der Kläger wurde in die Vergütungsgruppe 4D übergeleitet und erhielt fortan den Endwert in Höhe von 4.950,00 Euro brutto sowie eine Überleitungszulage in Höhe von 7,14 Euro. In der Folgezeit nahm der Kläger an den tariflichen Erhöhungen des Endwerts der Vergütungsgruppe 4D teil. Zum Zeitpunkt seiner Freistellung im Mai 2010 betrug sein Bruttomonatsgehalt 5.510,99 Euro einschließlich der Überleitungszulage, am 1. August 2013 belief es sich auf insgesamt 5.832,35 Euro.

6

Mit Arbeitnehmern, die auf nach Vergütungsgruppe 4D bewerteten Stellen tätig sind, kann ein außertariflicher Vertrag (AT-Vertrag) vereinbart werden. Bei diesen AT-Verträgen beträgt die Höchstjahresvergütung 105 % des Endwerts der Vergütungsgruppe 4D multipliziert mit 13 zzgl. eines Zuschlags zum Urlaubsgeld.

7

In einer zwischen der Deutsche Lufthansa AG und dem Konzernbetriebsrat abgeschlossenen „Regelungsvereinbarung über Grundsätze und Verfahren für die Vergütung von freigestellten Betriebsratsmitgliedern“ vom 1. Januar 1996 (RV) ist auszugsweise bestimmt:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | „**A Grundlagen** | |
|  | 1. | Die tarifvertraglichen Regelungen des VTV/Bodenpersonal für die Eingruppierung/Einstufung gelten unverändert auch für die Dauer der Freistellung. Zu Beginn der Freistellung erhält das Betriebsratsmitglied die zuletzt gezahlte Vergütung weiter; sie ist Ausgangspunkt für die Weiterentwicklung. Die gesetzlichen Vorgaben sind |
|  | a) | die Betriebsüblichkeit |
|  | b) | das Bevorzugungs- und Benachteiligungsverbot. |
|  | 2. | Die betriebsübliche berufliche Entwicklung des freigestellten Betriebsratsmitgliedes soll durch |
|  | a) | Festlegung von Vergleichspersonen und deren Vergütungsentwicklung … gewährleistet werden. |
|  | … |  |
|  | **B** | **Verfahren** |
|  | **I.** | **Vergleichspersonen** |
|  | **1.** | **Anzahl** |
|  | Bei Beginn der Freistellung eines Betriebsratsmitgliedes werden grundsätzlich drei Vergleichspersonen - möglichst aus seinem regionalen Einsatzbereich - festgelegt. Lassen sich weniger oder gar keine Vergleichspersonen ermitteln, sind die Gründe hierfür aktenkundig zu machen. … | |
|  | **2.** | **Festlegung** |
|  | Die Festlegung der Vergleichspersonen erfolgt in Übereinstimmung zwischen Geschäftsleitung, örtlichem Betriebsrat und dem betroffenen Betriebsratsmitglied. Das Ergebnis der Übereinstimmung ist schriftlich niederzulegen und zur Personalakte zu nehmen; das betroffene Betriebsratsmitglied erhält eine Kopie. | |
|  | **3.** | **Veränderungen** |
|  | Wenn einzelne oder alle Vergleichspersonen wegfallen (Pensionierung, Kündigung, Tod) oder aus anderen Gründen nicht mehr vergleichbar erscheinen (z. B. Berufswechsel, eigener beruflicher Umstieg - siehe III unten), sind auf Antrag eines der Beteiligten neue Vergleichspersonen zu suchen und ggf. festzulegen. … | |
|  | **4.** | **Vergütungsentwicklung** |
|  | a) | Das freigestellte Betriebsratsmitglied nimmt an der durchschnittlichen Vergütungsentwicklung der festgelegten Vergleichspersonen teil (s. Anlage). Bei der Berechnung der Vergütungsgruppe werden Zwischenwerte auf- bzw. abgerundet; die Vergütungsstufen der Vergleichspersonen bleiben außer Betracht. |
|  | …“ |  |

8

Als Vergleichspersonen des Klägers wurden am 27. April 2012 die Arbeitnehmer G, M und H festgelegt. Herr G und Herr M sind beide als „Referent 3 Controlling“ tätig und waren von Mai 2010 bis November 2013 in die Vergütungsgruppe 4D eingruppiert, hatten aber deren Endwert nicht erreicht. Herr H (REF 3 EDV Projektkoordination Infrastruktur) war bis zum 31. März 2011 in die Vergütungsgruppe 4D eingruppiert und hatte - wie der Kläger - deren Endwert erreicht. Zum 1. April 2011 schloss er mit der Beklagten einen AT-Vertrag. In der Zeit vom 17. Mai 2010 bis zum 19. September 2013 erhöhten sich die Vergütungen der drei Vergleichspersonen durchschnittlich um 13,92 % (G 13,02 %, M 12,09 %, H 16,09 %). Die Vergütung des Klägers stieg in diesem Zeitraum um 5,83 %.

9

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger die Anpassung seiner Vergütung an die durchschnittliche prozentuale Vergütungsentwicklung der drei Vergleichspersonen im Zeitraum von Mai 2010 bis November 2013 verlangt. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, sein Anspruch folge aus § 37 Abs. 4 BetrVG iVm. der Regelungsvereinbarung. Nach der Regelung in B. I. 4. RV nehme er an der durchschnittlichen Vergütungsentwicklung der Vergleichspersonen teil. An die Festlegung dieser Vergleichspersonen müsse sich die Beklagte halten. Die Regelungsvereinbarung weiche nicht von § 37 Abs. 4 BetrVG ab, sondern konkretisiere die gesetzlichen Vorgaben. Dem Anspruch stehe nicht entgegen, dass der Endwert der Vergütungsgruppe 4D bei Herrn G und Herrn M zu Beginn seiner Freistellung noch nicht erreicht gewesen sei. Unerheblich sei auch, dass Herr H mittlerweile einen AT-Vertrag abgeschlossen habe. Allen Mitarbeitern, die auf einem mit 4D bewerteten Arbeitsplatz beschäftigt werden, dürfe ein AT-Vertrag angeboten werden. Nahezu die Hälfte aller Mitarbeiter auf einem 4D-Arbeitsplatz sei auf der Grundlage eines AT-Vertrags beschäftigt. Der Wechsel in den AT-Bereich sei nicht unüblich.

10

Der Kläger hat beantragt,

|  |  |
| --- | --- |
|  | die Beklagte zu verurteilen, an ihn 15.375,11 Euro brutto zzgl. Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz |
|  | aus 52,27 Euro seit dem 27. Januar 2011, |
|  | aus 52,27 Euro seit dem 27. Februar 2011, |
|  | aus 52,27 Euro seit dem 27. März 2011, |
|  | aus 52,27 Euro seit dem 27. April 2011, |
|  | aus 219,30 Euro seit dem 27. Mai 2011, |
|  | aus 310,60 Euro seit dem 27. Juni 2011, |
|  | aus 207,07 Euro seit dem 27. Juli 2011, |
|  | aus 483,35 Euro seit dem 27. August 2011, |
|  | aus 207,07 Euro seit dem 27. September 2011, |
|  | aus 207,07 Euro seit dem 27. Oktober 2011, |
|  | aus 207,07 Euro seit dem 27. November 2011, |
|  | aus 310,60 Euro seit dem 27. Dezember 2011, |
|  | aus 272,88 Euro seit dem 27. Januar 2012, |
|  | aus 255,78 Euro seit dem 27. Februar 2012, |
|  | aus 255,78 Euro seit dem 27. März 2012, |
|  | aus 255,78 Euro seit dem 27. April 2012, |
|  | aus 2.249,11 Euro seit dem 27. Mai 2012, |
|  | aus 383,67 Euro seit dem 27. Juni 2012, |
|  | aus 311,98 Euro seit dem 27. Juli 2012, |
|  | aus 255,78 Euro seit dem 27. August 2012, |
|  | aus 255,78 Euro seit dem 27. September 2012, |
|  | aus 255,78 Euro seit dem 27. Oktober 2012, |
|  | aus 255,78 Euro seit dem 27. November 2012, |
|  | aus 383,67 Euro seit dem 27. Dezember 2012, |
|  | aus 255,78 Euro seit dem 27. Januar 2013, |
|  | aus 255,78 Euro seit dem 27. Februar 2013, |
|  | aus 255,78 Euro seit dem 27. März 2013, |
|  | aus 255,78 Euro seit dem 27. April 2013, |
|  | aus 3.525,78 Euro seit dem 1. Mai 2013, |
|  | aus 383,67 Euro seit dem 27. Juni 2013, |
|  | aus 326,27 Euro seit dem 27. Juli 2013, |
|  | aus 255,78 Euro seit dem 27. August 2013, |
|  | aus 452,87 Euro seit dem 27. September 2013, |
|  | aus 452,87 Euro seit dem 27. Oktober 2013, |
|  | aus 679,27 Euro seit dem 27. November 2013, |
|  | zu zahlen. |

11

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat den Standpunkt eingenommen, die Regelungsvereinbarung gewähre keine individuellen Ansprüche. Der Anspruch des Klägers folge auch nicht aus § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG. Die festgelegten Vergleichspersonen G und M seien mit dem Kläger nicht vergleichbar, weil sie den Endwert der Vergütungsgruppe 4D noch nicht erreicht hatten und ihre Vergütung anders als die des Klägers noch habe gesteigert werden können. Herr H habe keine betriebsübliche berufliche Entwicklung genommen. Der Wechsel in den AT-Bereich sei nicht betriebsüblich. Der Kläger habe keinen Anspruch auf Abschluss eines AT-Vertrags. Er würde vielmehr unzulässig begünstigt, wenn ihm ein Entgelt gewährt würde, das über dem Endwert der Vergütungsgruppe 4D liege.

12

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat das erstinstanzliche Urteil zu einem geringen Teil abgeändert, die Klage in Höhe von 23,82 Euro brutto nebst Zinsen abgewiesen und die Berufung der Beklagten im Übrigen zurückgewiesen. Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte die vollständige Klageabweisung. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

**Entscheidungsgründe**

13

Die Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt zur teilweisen Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht, soweit dieses der Klage stattgegeben hat. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe nach § 37 Abs. 4 BetrVG Anspruch auf eine Vergütungsnachzahlung in Höhe von 15.351,29 Euro brutto nebst Zinsen, hält mit der gegebenen Begründung einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Der Senat kann nicht abschließend beurteilen, ob der Kläger Anspruch auf die begehrte Vergütungszahlung hat. Hierzu bedarf es weiterer Tatsachenfeststellungen des Landesarbeitsgerichts.

14

I. Nach § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG darf das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung.

15

1. § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG soll sicherstellen, dass Mitglieder des Betriebsrats weder in wirtschaftlicher noch in beruflicher Hinsicht gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung Nachteile erleiden *(*BAG 14. Juli 2010 - 7 AZR 359/09*-* Rn. 30*; 16. Januar 2008 -*7 AZR 887/06*-* Rn. 15*; 19. Januar 2005 -*7 AZR 208/04*- zu I 2 a der Gründe)*. § 37 Abs. 4 BetrVG garantiert dem Betriebsratsmitglied allerdings nicht die der Höhe nach absolut gleiche Vergütung, die vergleichbare Arbeitnehmer erhalten. Nach dem Zweck der Vorschrift, das Betriebsratsmitglied vor finanziellen Nachteilen wegen der Ausübung der Betriebsratstätigkeit zu schützen, kommt es vielmehr darauf an, ob die Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitglieds während der Dauer seiner Betriebsratstätigkeit in Relation zu derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückgeblieben ist *(*BAG 19. Januar 2005 - 7 AZR 208/04*- aaO)*.

16

2. **Vergleichbar** **iSv. § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG sind Arbeitnehmer, die im Zeitpunkt der Amtsübernahme ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt haben wie der Amtsträger und dafür in gleicher Weise wie dieser fachlich und persönlich qualifiziert waren** *(vgl.* BAG 19. Januar 2005 - 7 AZR 208/04*- zu II 1 der Gründe; 15. Januar 1992 -*7 AZR 194/91*- zu II 1 a der Gründe; 11. Dezember 1991 -*7 AZR 75/91*- zu II der Gründe)*. **Üblich ist eine Entwicklung, die vergleichbare Arbeitnehmer bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen haben. Eine Üblichkeit entsteht aufgrund gleichförmigen Verhaltens des Arbeitgebers und einer von ihm aufgestellten Regel.** Dabei muss der Geschehensablauf so typisch sein, dass aufgrund der Gegebenheiten und Gesetzmäßigkeiten zumindest in der überwiegenden Anzahl der vergleichbaren Fälle mit der jeweiligen Entwicklung gerechnet werden kann. Da § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG das Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG konkretisiert, darf die Anwendung der Vorschrift auch nicht zu einer Begünstigung des Betriebsratsmitglieds gegenüber anderen Arbeitnehmern führen. Deshalb ist die Übertragung höherwertiger Tätigkeiten nur dann betriebsüblich, wenn diese dem Betriebsratsmitglied nach den betrieblichen Gepflogenheiten hätten übertragen werden müssen oder die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer einen solchen Aufstieg erreicht. Nicht ausreichend ist es deshalb, dass das Betriebsratsmitglied bei der Amtsübernahme in seiner bisherigen beruflichen Entwicklung einem vergleichbaren Arbeitnehmer vollkommen gleichgestanden hat oder die Besserstellung eines oder mehrerer vergleichbarer Arbeitnehmer auf individuellen, nur auf diese bzw. diesen Arbeitnehmer persönlich zugeschnittenen Gründen beruht *(vgl.* BAG 4. November 2015 - 7 AZR 972/13*-* Rn. 22*; 14. Juli 2010 -*7 AZR 359/09*-* Rn. 30*)*.

17

3. Das Betriebsratsmitglied hat während der Dauer seiner Amtszeit Anspruch auf Gehaltserhöhungen in dem Umfang, in dem die Gehälter vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung erhöht werden. Werden die Vergütungen innerhalb der Vergleichsgruppe um einen bestimmten Prozentsatz angehoben, hat das Betriebsratsmitglied Anspruch auf dieselbe prozentuale Erhöhung seines Gehalts. Fallen die Gehaltserhöhungen innerhalb der Vergleichsgruppe unterschiedlich aus, kommt es darauf an, in welchem Umfang die Gehälter der Mehrzahl der der Vergleichsgruppe angehörenden Arbeitnehmer angehoben werden. Handelt es sich um eine sehr kleine Vergleichsgruppe und lässt sich deshalb nicht feststellen, dass die Gehälter der Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer in gleichem Umfang erhöht wurden, kann für den Gehaltsanpassungsanspruch des Betriebsratsmitglieds der Durchschnitt der den Angehörigen der Vergleichsgruppe gewährten Gehaltserhöhungen maßgebend sein, wenn nur auf diese Weise eine nach § 78 Satz 2 BetrVG unzulässige Begünstigung oder Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds vermieden werden kann *(*BAG 19. Januar 2005 - 7 AZR 208/04*- zu I 2 a der Gründe)*.

18

II. Danach durfte das Landesarbeitsgericht mit der gegebenen Begründung der Klage nicht in Höhe von 15.351,29 Euro nebst Zinsen stattgeben.

19

1. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Anspruch des Klägers folge aus § 37 Abs. 4 BetrVG. Dabei seien die Bestimmungen der Regelungsvereinbarung zu berücksichtigen. Zwar erwüchsen dem Kläger aus der Regelungsvereinbarung unmittelbar keine Ansprüche. Diese konkretisiere aber die Ermittlung der Vergütungsentwicklung nach § 37 Abs. 4 BetrVG. Der in der Regelungsvereinbarung vorgesehene Weg zur Ermittlung der Vergütungsentwicklung stehe in Übereinstimmung mit § 37 Abs. 4 und § 78 Satz 2 BetrVG. An die Bestimmung der drei Vergleichspersonen nach der Regelungsvereinbarung seien die Parteien gebunden. Der Kläger habe Anspruch auf die durchschnittliche Vergütungssteigerung der drei Vergleichspersonen. Unerheblich sei, dass Herr G und Herr M den Endwert der Vergütungsgruppe 4D nicht erreicht hatten. Der Beklagten sei dieser Umstand bei der Benennung der Vergleichspersonen bekannt gewesen. Es sei auch unerheblich, dass Herr H zum 1. April 2011 einen AT-Vertrag abgeschlossen habe. Zum einen sei auch dieser auf einer 4D-Stelle tätig, zum anderen sei er im Zeitpunkt der Festlegung als Vergleichsperson bereits außertariflicher Mitarbeiter gewesen. Im AT-Bereich sei eine weitere Gehaltsentwicklung möglich. Es sei auch von einer betriebsüblichen Entwicklung der Vergleichspersonen auszugehen. Dabei beschränke sich die Entwicklung vorliegend auf eine Erhöhung der jeweiligen Vergütung, weil die Vergleichspersonen nach ihrer Benennung keine beruflichen oder statusrechtlichen Veränderungen mehr genommen hätten. Allein der Umstand, dass der Kläger den Tabellenendwert der Vergütungsgruppe 4D bereits erreicht habe, stehe seinem Anspruch nicht entgegen, da ein weiterer Aufstieg des Klägers in den AT-Bereich möglich sei.

20

2. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

21

a) Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass dem Kläger aus der Regelungsvereinbarung keine unmittelbaren Ansprüche erwachsen, da es sich bei dieser um eine Regelungsabrede handelt. Anders als eine Betriebsvereinbarung, die nach § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG unmittelbar und zwingend normative Wirkungen gegenüber den im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern erzeugt, begründet eine Regelungsabrede nur Rechte und Pflichten der Betriebsparteien untereinander *(vgl.* BAG 21. Januar 2003 - 1 ABR 9/02*- zu B II 2 c aa (2) der Gründe mwN)*. Die Betriebsparteien haben die Vereinbarung nicht als Betriebsvereinbarung, sondern als „Regelungsvereinbarung“ bezeichnet. Sie enthält im Hinblick auf die im vorliegenden Verfahren relevante Frage der Anpassung an die Vergütungsentwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer nach § 37 Abs. 4 BetrVG Verfahrensbestimmungen und normiert damit schuldrechtliche Pflichten der (Konzern-)Betriebsparteien untereinander. Sie haben mit diesen Regelungen lediglich die im Gesetz enthaltenen Grundsätze durch konkretisierende Bestimmungen ausfüllen wollen, ohne diesen normative Wirkung iSv. § 77 Abs. 4 BetrVG zu verleihen.

22

b) Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist auch die Annahme des Landesarbeitsgerichts, dass die Bestimmungen der Regelungsvereinbarung im Rahmen der Prüfung, ob die Voraussetzungen nach § 37 Abs. 4 BetrVG erfüllt sind, Berücksichtigung finden können. Es ist zulässig, konkretisierende betriebliche Vereinbarungen zu § 37 Abs. 4 BetrVG - etwa zum Verfahren der Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer - zu treffen. Solche Regelungen müssen sich aber im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben in § 37 Abs. 4 BetrVG und § 78 Satz 2 BetrVG bewegen.§ 37 Abs. 4 BetrVG ist als Ausprägung des Benachteiligungsverbots des § 78 Satz 2 BetrVG und wesentlicher Teil der Konzeption der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern in § 37 BetrVG zwingend und kann weder durch Tarifvertrag noch aufgrund einer Betriebsvereinbarung oder Regelungsabrede abgeändert werden. Regelungen zur Durchführung der Vorschrift müssen sich in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des § 37 BetrVG halten (*vgl. zu* § 37 Abs. 3 BetrVG*:* BAG 28. September 2016 - 7 AZR 248/14*-* Rn. 33*; zu § 37 Abs. 2 BetrVG:* BAG 13. Juli 1994 - 7 AZR 477/93*- zu 2 der Gründe,* BAGE 77, 195*; Fitting 28. Aufl. § 37 Rn. 4; Weber GK-BetrVG 10. Aufl. § 37 Rn. 8)*.

23

c) Soweit das Landesarbeitsgericht angenommen hat, die Parteien seien im Rahmen der Prüfung, ob der Kläger nach § 37 Abs. 4 BetrVG eine Erhöhung seiner Vergütung beanspruchen kann, an die nach der Regelungsvereinbarung erfolgte Festlegung der Arbeitnehmer G, M und H als Vergleichspersonen gebunden, ist dies auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts rechtsfehlerhaft. Das Landesarbeitsgericht hat die Bestimmung dieser Arbeitnehmer als Vergleichspersonen für zulässig gehalten, ohne Feststellungen dazu getroffen zu haben, ob diese bereits im Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts durch den Kläger im Jahr 2006 mit diesem vergleichbar waren. Nach B. I. 1. RV werden „bei Beginn der Freistellung“ eines Betriebsratsmitglieds grundsätzlich drei Vergleichspersonen festgelegt. Die Einigung auf die Vergleichspersonen G, M und H erfolgte demnach am 27. April 2012 offenbar rückwirkend zum Beginn der Freistellung am 17. Mai 2010. Auch die vom Kläger begehrte Teilhabe an der durchschnittlichen Vergütungsentwicklung der drei Vergleichspersonen beschränkt sich auf den Zeitraum ab seiner Freistellung. Das entspricht nicht den Vorgaben des § 37 Abs. 4 BetrVG. Danach sind vergleichbar die Arbeitnehmer, dieim Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten wie das Betriebsratsmitglied ausgeübt haben und dafür in ähnlicher Art und Weise wie das Betriebsratsmitglied fachlich und persönlich qualifiziert waren. Nach dem Zweck der Vorschrift, das Betriebsratsmitglied vor finanziellen Nachteilen wegen der Ausübung der Betriebsratstätigkeit zu schützen *(vgl. BT-Drs. VI/2729 S. 23)*, kommt es darauf an, ob die Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitglieds während der (gesamten) Dauer seiner Betriebsratstätigkeit in Relation zu derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückgeblieben ist *(*BAG 19. Januar 2005 - 7 AZR 208/04*- zu I 2 a der Gründe; 17. Mai 1977 -*1 AZR 458/74*- zu 3 der Gründe)*. Dazu, ob eine Vergleichbarkeit im Zeitpunkt der Amtsübernahme im Jahr 2006 bestand, hat das Landesarbeitsgericht bislang keine Feststellungen getroffen.

24

d) Soweit das Landesarbeitsgericht dem Kläger die durchschnittliche prozentuale Vergütungserhöhung der drei Vergleichspersonen in der Zeit von Mai 2010 bis November 2013 zuerkannt hat, ist dies zudem mit den Vorgaben des § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG nicht vereinbar, weil der Kläger damit unter Verstoß gegen § 78 Satz 2 BetrVG unzulässig begünstigt wird.

25

aa) § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG garantiert einem freigestellten Betriebsratsmitglied nicht den absolut gleichen Lohn wie ihn vergleichbare Arbeitnehmer erhalten. Vergütungserhöhungen, auf die das Betriebsratsmitglied vor seiner Amtsübernahme keinen Anspruch hatte oder, wenn es arbeitete, nicht hätte, haben bei der Bemessung seines Arbeitsentgelts nach der Wahl zum Betriebsratsmitglied außer Betracht zu bleiben. Wollte man dies anders beurteilen, dann erhielte das freigestellte Betriebsratsmitglied uU einen mit § 78 Satz 2 BetrVG nicht zu vereinbarenden Vorteil gegenüber anderen Arbeitnehmern*(vgl.* BAG 17. Mai 1977 - 1 AZR 458/74*- zu 2 der Gründe)*. Deshalb kann ein Betriebsratsmitglied, das - wie der Kläger - bei der Amtsübernahme bereits die höchste tarifliche Vergütungsgruppe erreicht hat und für das eine weitere Vergütungssteigerung innerhalb des tariflichen Vergütungssystems nicht vorgesehen ist, einen Anspruch auf eine - über die regelmäßigen Tariferhöhungen hinausgehende - weitere Vergütungserhöhung nach § 37 Abs. 4 BetrVG nur dann erwerben, wenn innerhalb des Kreises der bei Amtsübernahme vergleichbaren Arbeitnehmer eine Entwicklung in den Kreis der außertariflichen Mitarbeiter betriebsüblich ist.

26

bb) Damit kann ein Anspruch des Klägers auf eine Erhöhung der Vergütung nicht mit den tariflichen Vergütungssteigerungen der Arbeitnehmer M und G innerhalb der Bandbreite der Vergütungsgruppe 4D im Zeitraum von Mai 2010 bis November 2013 begründet werden. Deren nach § 2 Abs. 5 VTV erfolgten Vergütungsanpassungen hätte der Kläger auch ohne sein Betriebsratsamt nicht mehr erhalten können, da er bereits den Endwert der Vergütungsgruppe 4D erreicht hatte. Die regelmäßigen Tariferhöhungen hat auch der Kläger erhalten. Die Vergütungserhöhungen der Arbeitnehmer M und G haben daher bei der Ermittlung des Anpassungsanspruchs des Klägers nach § 37 Abs. 4 BetrVG außer Betracht zu bleiben. Anderenfalls würde der Kläger unter Verstoß gegen § 78 Satz 2 BetrVG unzulässig begünstigt. Dies ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht deshalb anders zu beurteilen, weil der Beklagten im Zeitpunkt der Festlegung der Arbeitnehmer M und G als Vergleichspersonen bekannt war, dass diese im Gegensatz zum Kläger den Endwert der Vergütungsgruppe 4D noch nicht erreicht hatten. § 78 Satz 2 BetrVG verbietet auch und gerade bewusste Begünstigungen von Betriebsratsmitgliedern. Vereinbarungen, die gegen das Begünstigungs- oder Benachteiligungsverbot verstoßen, sind nach § 134 BGB nichtig *(vgl.* BAG 20. Januar 2010 - 7 ABR 68/08*-* Rn. 10*)*.

27

cc) Ein Anspruch des Klägers auf eine Anpassung an die Gehaltsentwicklung des weiteren in die Vergleichsbetrachtung einbezogenen Arbeitnehmers H kann nur bestehen, wenn ein Aufstieg von Arbeitnehmern der Vergütungsgruppe 4D in den Kreis der AT-Angestellten eine betriebsübliche berufliche Entwicklung darstellt. Das ist nur dann der Fall, wenn nach den betrieblichen Gepflogenheiten die Mehrzahl der im Zeitpunkt der Amtsübernahme vergleichbaren Arbeitnehmer einen solchen Aufstieg erreicht hat oder dem Kläger ein AT-Vertrag hätte angeboten werden müssen. Dazu hat das Landesarbeitsgericht bislang keine Feststellungen getroffen.

28

dd) Schließlich entspricht es auch nicht den Vorgaben des § 37 Abs. 4 BetrVG, dass das Landesarbeitsgericht dem Kläger den Durchschnitt der Vergütungserhöhungen der drei Vergleichspersonen zuerkannt hat. Eine solche Vergütung hätte der Kläger ohne Mandat nicht erreichen können, da er entweder Tarifangestellter der Vergütungsgruppe 4D geblieben wäre - dann hätte er lediglich die regelmäßigen Tariferhöhungen beanspruchen können - oder er einen AT-Vertrag abgeschlossen hätte - in diesem Fall hätte er an den Vergütungssteigerungen der Tarifangestellten nicht mehr teilgenommen.

29

III. Diese Rechtsfehler führen zur teilweisen Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht, soweit dieses der Klage stattgegeben hat.

30

Ein Anspruch des Klägers auf eine Vergütungsnachzahlung kann nur bestehen, wenn eine Entwicklung von Vergleichspersonen, die im Zeitpunkt der Amtsübernahme des Klägers im Jahr 2006 ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten wie dieser ausgeübt haben und dafür in ähnlicher Art und Weise wie er fachlich und persönlich qualifiziert waren, in den AT-Bereich betriebsüblich ist. Unter dieser Voraussetzung stünde dem Kläger nach § 37 Abs. 4 BetrVG ein Anspruch auf Anpassung an die Entwicklung des Arbeitsentgelts dieser Personen zu. Ob das der Fall ist, kann der Senat nach den bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht beurteilen. Das Landesarbeitsgericht wird nach Zurückverweisung - ggf. nach ergänzendem Sachvortrag der Parteien - insoweit weitere Feststellungen zu treffen und diese zu würdigen haben.

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | Gräfl |  | Kiel |  | Waskow |  |
|  |  | R. Gmoser |  | Jacobi |  |  |

# BAG: „Mitbestimmung bei Facebook“

**BAG, 13.12.2016 - 1 ABR 7/15**

**Tenor**

Auf die Rechtsbeschwerde des Konzernbetriebsrats wird unter deren Zurückweisung im Übrigen der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 12. Januar 2015 - 9 TaBV 51/14 - insoweit aufgehoben, als es die Anträge zu 2. und 3. abgewiesen hat.

Auf die Beschwerde der Arbeitgeberin wird unter deren Zurückweisung im Übrigen der Beschluss des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 27. Juni 2014 - 14 BV 104/13 - abgeändert:

Die Arbeitgeberin wird verpflichtet, es zu unterlassen, den Besuchern (Facebook-Nutzern) der Seite www.facebook.com/d die Nutzung der Funktion „Besucher-Beiträge“ zu ermöglichen, solange nicht die Zustimmung des Konzernbetriebsrats oder ein die Zustimmung ersetzender Beschluss der Einigungsstelle vorliegt.

**Gründe**

1

A. Die Beteiligten streiten über ein Mitbestimmungsrecht des Konzernbetriebsrats beim Betreiben einer Facebookseite durch den Konzern.

2

Die Arbeitgeberin ist das herrschende Unternehmen eines Konzerns, der Blutspendedienste betreibt. In dem Konzern sind etwa 1.300 Arbeitnehmer beschäftigt. Täglich werden durchschnittlich 40 Blutspendetermine durchgeführt. Dafür werden ein Arzt oder mehrere Ärzte sowie drei bis sieben weitere Mitarbeiter eingesetzt.

3

Im Unternehmen der Arbeitgeberin besteht ein Gesamtbetriebsrat. Dieser sowie die in drei abhängigen Unternehmen bestehenden Betriebsräte haben den antragstellenden Konzernbetriebsrat errichtet. Die Arbeitgeberin und der Konzernbetriebsrat schlossen am 4. März 2009 eine „EDV-Konzern-Rahmenbetriebsvereinbarung“ (EDV-KRBV).

4

Seit dem 15. April 2013 unterhält die Arbeitgeberin bei Facebook die Seite „www.facebook.com/d“ zur einheitlichen Präsentation des Konzerns. Deren Gestaltung erfolgt mittels einer internetbasierten Software, die von Facebook zur Verfügung gestellt wird. Sie ermöglicht es registrierten Nutzern, „Besucher-Beiträge“ einzustellen (posten), die von allen Besuchern der Seite eingesehen werden können.

5

Betreut wird die Facebookseite von einer unternehmensübergreifenden Gruppe von etwa zehn Arbeitnehmern. Diese stellen ua. Beiträge ein und sind damit betraut, einzelne Postings gegebenenfalls zu kommentieren oder auch zu löschen. Über die auf der Facebookseite abgebildete Chronik ist ersichtlich, an welchem Tag und zu welcher Uhrzeit dort ein Beitrag oder Kommentar eingestellt oder aktualisiert wurde. Für diese Tätigkeit wurden den dazu berechtigten Arbeitnehmern zunächst individuelle Administratorenkennungen zur Verfügung gestellt. Im Verlauf des vorliegenden Beschlussverfahrens ordnete die Arbeitgeberin die Verwendung einer zentralen Administratorenkennung an.

6

Am 15. April 2013 stellte ein Nutzer ein Posting auf der Facebookseite ein, in dem er sich über das Setzen der Injektionsnadel für eine Blutspende beschwerte. In einem weiteren Posting wurde einem Arzt vorgeworfen, er habe vor der Blutabnahme keine regelgerechte Untersuchung vorgenommen, woraufhin eine Blutspenderin beinahe kollabiert sei.

7

Der Konzernbetriebsrat hat geltend gemacht, das Anmelden und Betreiben der Facebookseite erfolge unter Verstoß gegen sein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Die Arbeitgeberin könne über eine von Facebook bereitgestellte und demnächst auch auf Deutsch verfügbare Funktion „graph search“ Daten über das Verhalten von Arbeitnehmern zusammenführen. Es existierten zudem weitere Auswertungsmöglichkeiten für Inhaber von Facebook-Konten. Jedenfalls würden die Leistungen der Arbeitnehmer, denen die Pflege der Facebookseite übertragen sei, elektronisch erfasst und gespeichert. Schließlich könnten sich Nutzer durch ihre Besucher-Beiträge gegenüber einem unbegrenzten Personenkreis über Verhalten und Leistung von Beschäftigten äußern. Die Postings würden ohne vorherige Kontrolle durch die Arbeitgeberin allgemein einsehbar eingestellt.

8

Der Konzernbetriebsrat hat zuletzt beantragt,

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 1. | die Arbeitgeberin zu verpflichten, bei der Internetplattform facebook die Seite www.facebook.com/d abzumelden, |
|  | 2. | hilfsweise, |
|  |  | die Arbeitgeberin zu verpflichten, es zu unterlassen, den Nutzern der Internetplattform facebook die Seite www.facebook.com/d zur Übermittlung (Posting) von Informationen zur Verfügung zu stellen, solange nicht die Zustimmung des Konzernbetriebsrats oder ein die Zustimmung ersetzender Beschluss der Einigungsstelle vorliegt, |
|  | 3. | weiter hilfsweise, |
|  |  | festzustellen, dass der Arbeitgeber bei der Anmeldung der Internetplattform facebook bei der Eröffnung der Seite www.facebook.com/d ein Mitbestimmungsrecht des Konzernbetriebsrats nach § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG verletzt hat. |

9

Die Arbeitgeberin hat die Abweisung der Anträge beantragt. Daten über Leistungen und Verhalten der Arbeitnehmer würden durch das Betreiben der Facebook-Seite weder erhoben noch verarbeitet. Die Funktion „graph search“ sei für in deutscher Sprache verfasste Facebookseiten nicht verwendbar und verfüge zudem nicht über den behaupteten Rechercheumfang. Aufgrund der Verwendung einer allgemeinen Administratorenkennung sei es auch nicht nachvollziehbar, wer von den die Facebookseite betreuenden Arbeitnehmern welche Informationen zu welchem Zeitpunkt eingestellt habe. Zudem sei der betreffende Arbeitnehmer nicht stets mit demjenigen identisch, der den Beitrag erarbeitet habe. Allerdings bestehe die Möglichkeit, dass sie durch einen Besucher-Beitrag über eine als mangelhaft empfundene Arbeitsleistung informiert werde. Diese Daten erhebe sie aber nicht. Sie würden unaufgefordert von Dritten eingegeben und von ihr weder gesondert technisch aufgezeichnet noch ausgewertet. Schließlich habe der Konzernbetriebsrat ein etwaiges Mitbestimmungsrecht durch Abschluss der EDV-KRBV bereits ausgeübt.

10

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag zu 1. stattgegeben. Auf die Beschwerde der Arbeitgeberin hat das Landesarbeitsgericht die Anträge insgesamt abgewiesen. Mit seiner Rechtsbeschwerde begehrt der Konzernbetriebsrat die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

11

B. Die Rechtsbeschwerde des Konzernbetriebsrats hat teilweise Erfolg. Der Antrag zu 1. ist unbegründet, der Antrag zu 2. ist begründet. Der hierzu hilfsweise gestellte Antrag zu 3. fällt daher nicht zur Entscheidung an.

12

I. Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen waren die örtlichen Betriebsräte und der für ein weiteres Unternehmen gebildete Gesamtbetriebsrat nicht nach § 83 Abs. 3 ArbGG zu beteiligen.

13

1. Nach § 83 Abs. 3 ArbGG haben in einem Beschlussverfahren neben dem Antragsteller diejenigen Stellen ein Recht auf Anhörung, die nach dem Betriebsverfassungsgesetz im einzelnen Fall beteiligt sind. Das ist jede Stelle, die durch die begehrte Entscheidung in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Stellung unmittelbar betroffen ist *(*BAG 18. November 2014 - 1 ABR 21/13*-* Rn. 12 *mwN,* BAGE 150, 74*)*. Eine unmittelbare Betroffenheit der anderen in einem Konzern bestehenden Arbeitnehmervertretungen scheidet aber aus, wenn es um die Mitbestimmung an einer Entscheidung des Arbeitgebers geht, die denknotwendig oberhalb der Ebene der einzelnen Betriebe und Unternehmen getroffen wird *(ausführlich* BAG 28. März 2006 - 1 ABR 59/04*-* Rn. 10*ff.,* BAGE 117, 337*)*.

14

2. Die vom Konzernbetriebsrat begehrte Entscheidung berührt nach diesen Grundsätzen ersichtlich nicht die betriebsverfassungsrechtliche Stellung der örtlichen Betriebsräte oder des Gesamtbetriebsrats. Die Arbeitgeberin hat - als unternehmerische Vermarktungsentscheidung mitbestimmungsfrei - vorgegeben, eine Facebookseite als konzernweite Maßnahme der Öffentlichkeitsarbeit und des Marketings mit einer einheitlichen Ausgestaltung einzurichten und zu betreiben. Damit handelt es sich gemäß § 58 Abs. 1 BetrVG um eine Maßnahme, die den Konzern betrifft und offensichtlich nicht durch den Gesamtbetriebsrat im Unternehmen der Arbeitgeberin oder durch die Betriebsräte in den jeweiligen Betrieben des Konzerns geregelt werden kann.

15

II. Der Antrag zu 1. ist zulässig, aber unbegründet.

16

1. Der Antrag zu 1. ist, wie dessen gebotene Auslegung ergibt, zulässig.

17

a) Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, mit dem Antrag zu 1. werde eine Unterlassungsverpflichtung der Arbeitgeberin begehrt. Ein Unterlassen iSd. § 890 ZPO liegt auch vor, wenn ein aktives Verhalten erforderlich ist, damit der Schuldner seiner Pflicht, etwas zu unterlassen, gerecht werden kann. Der Konzernbetriebsrat will erreichen, dass die Arbeitgeberin es unterlässt, die Facebookseite weiter zu betreiben, da seiner Ansicht nach die mit der Nutzung dieses Kontos untrennbar einhergehenden Auswertungsmöglichkeiten - jedenfalls aber die Funktion „graph search“ - eine umfassende Überwachung des Verhaltens und der Leistung von Beschäftigten oder zumindest der diese Seite betreuenden Arbeitnehmer erlauben. Nach dem Vorbringen des Konzernbetriebsrats liegen seinem mit dem Antrag zu 1. verfolgten Begehren jene Auswertungsmöglichkeiten zugrunde, die zwingend mit der Einrichtung und dem Betrieb einer Facebookseite einhergehen und nicht durch Einstellungen des Kontoinhabers bei Facebook unterbunden werden können.

18

b) Diesem Unterlassungsanspruch soll die Arbeitgeberin nachkommen, indem sie „die Anmeldung bei Facebook rückgängig“ macht. Sie soll nicht nur nach den von Facebook zur Verfügung gestellten technischen Möglichkeiten („Verwaltung deines Kontos“) ihr dort unterhaltenes Konto „deaktivieren“, sondern dauerhaft „löschen“. Dieses Antragsverständnis hat der Konzernbetriebsrat in der Anhörung vor dem Senat bestätigt.

19

c) Mit diesem Inhalt ist der Antrag hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die Arbeitgeberin kann erkennen, welches Verhalten von ihr verlangt wird.

20

2. Der Antrag zu 1. ist unbegründet. Der Konzernbetriebsrat kann sich für sein Unterlassungsbegehren nicht auf ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG stützen. Die der Arbeitgeberin zwingend vorgegebenen Funktionen ihrer Facebookseite ermöglichen aufgrund der derzeit zur Verfügung stehenden Auswertungsmöglichkeiten keine Überwachung des Verhaltens und der Leistung von Beschäftigten *(unter b)*. Der Betrieb der Facebookseite führt auch nicht dazu, dass diejenigen Arbeitnehmer, die den Facebookauftritt betreuen, durch eine technische Einrichtung iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG überwacht werden *(unter c)*.

21

a) Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hat der Betriebsrat ua. mitzubestimmen bei der Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Das Mitbestimmungsrecht ist darauf gerichtet, Arbeitnehmer vor Beeinträchtigungen ihres Persönlichkeitsrechts durch den Einsatz technischer Überwachungseinrichtungen zu bewahren, die nicht durch schutzwerte Belange des Arbeitgebers gerechtfertigt und unverhältnismäßig sind *(*BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03*- zu B I 2 d der Gründe mwN,* BAGE 111, 173*)*. Die auf technischem Wege erfolgende Ermittlung und Aufzeichnung von Informationen über Arbeitnehmer bei der Erbringung ihrer Arbeitsleistung bergen die Gefahr in sich, dass sie zum Objekt einer Überwachungstechnik gemacht werden, die anonym personen- oder leistungsbezogene Informationen erhebt, speichert, verknüpft und sichtbar macht. Den davon ausgehenden Gefährdungen des Persönlichkeitsrechts von Arbeitnehmern soll das Mitbestimmungsrecht entgegenwirken *(*BAG 10. Dezember 2013 - 1 ABR 43/12*-* Rn. 27*)*.

22

b) „Überwachung“ im Sinne des Mitbestimmungsrechts ist ein Vorgang, durch den Informationen über das Verhalten oder die Leistung von Arbeitnehmern erhoben und - jedenfalls in der Regel - aufgezeichnet werden, um sie auch späterer Wahrnehmung zugänglich zu machen. Die Informationen müssen auf technische Weise ermittelt und dokumentiert werden, so dass sie zumindest für eine gewisse Dauer verfügbar bleiben und vom Arbeitgeber herangezogen werden können. Die Überwachung muss durch die technische Einrichtung selbst bewirkt werden. Dazu muss diese aufgrund ihrer technischen Natur unmittelbar die Überwachung vornehmen. Das setzt voraus, dass die technische Einrichtung selbst und automatisch die Daten über bestimmte Vorgänge erhebt, speichert und/oder verarbeitet. Ausreichend ist, wenn lediglich ein Teil des Überwachungsvorgangs mittels einer technischen Einrichtung erfolgt. Zur Überwachung „bestimmt“ sind technische Einrichtungen, wenn sie objektiv geeignet sind, Verhaltens- oder Leistungsinformationen über den Arbeitnehmer zu erheben und aufzuzeichnen; auf die subjektive Überwachungsabsicht des Arbeitgebers kommt es nicht an *(*BAG 10. Dezember 2013 - 1 ABR 43/12*-* Rn. 20 *mwN; 27. Januar 2004 -*1 ABR 7/03*-* Rn. 27*,* BAGE 109, 235*)*. Auch reicht es aus, wenn die leistungs- oder verhaltensbezogenen Daten nicht auf technischem Weg durch die Einrichtung selbst gewonnen werden, sondern manuell eingegeben und von der technischen Einrichtung weiter verwertet werden *(*BAG 23. April 1985 - 1 ABR 39/81*- zu B II 2 der Gründe mwN)*.

23

c) Danach ist eine Facebookseite mit ihren vorgegebenen Funktionen keine technische Einrichtung, die aufgrund ihrer derzeitigen Auswertungsmöglichkeiten dazu bestimmt ist, das Verhalten und die Leistung von Arbeitnehmern zu überwachen.

24

aa) Es ist nicht erkennbar, dass die von Facebook bereitgestellten Funktionen - „Auswertung von Ergebnissen“ - geeignet sein sollen, das Verhalten und die Leistung einzelner im Konzern beschäftigter Arbeitnehmer im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses zu überwachen. Die Funktion „Seitenstatistiken“ mit den Bereichen „Beiträge“, „Besuche“, „‘Gefällt mir‘-Angaben“, „Reichweite“ gestattet keine individualisierbaren Auswertungen. Gleiches gilt für die Auswertungsfunktionen „Werbeanzeigenberichte“ und „Offline-Conversions“ *(vgl. schon Karg/Thomsen* DuD 2012, 729, 731*; Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein Datenschutzrechtliche Bewertung der Reichweitenanalyse durch Facebook 2011 S. 12 ff.)*.

25

bb) Soweit der Konzernbetriebsrat ohne nähere Konkretisierung geltend macht, durch „überlegte Suchparameter“ könne man „zu aussagekräftigen Ergebnissen kommen“, fehlt es bereits an einem nachvollziehbaren und nachprüfbaren Vorbringen, wie dies seitens der Arbeitgeberin möglich sein soll. Die vom Konzernbetriebsrat noch in den Tatsacheninstanzen angeführte Suchfunktion „graph search“ stand und steht jedenfalls für die deutschsprachige Facebookseite der Arbeitgeberin nicht zur Verfügung. Das wird vom Konzernbetriebsrat auch nicht mehr behauptet.

26

d) Ein Mitbestimmungsrecht des Konzernbetriebsrats folgt auch nicht aus dem Umstand, dass die arbeitgeberseitigen „Beiträge“ und „Kommentare“ der mit der Pflege der Facebookseite beschäftigten Arbeitnehmer auf dieser mit dem Datum und der Uhrzeit ihrer Einstellung versehen sind.

27

aa) Durch das Aufzeichnen von Datum und Uhrzeit der Einstellung von „Beiträgen“ und „Kommentaren“ auf der Facebookseite werden zwar entsprechende Leistungsdaten von Arbeitnehmern technisch erfasst und dokumentiert. Die Überwachung durch eine technische Einrichtung iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG erfordert jedoch, dass die erhobenen Daten einzelnen Arbeitnehmern zugeordnet werden können, sie also individualisierbar sind. Wird lediglich die Gesamtleistung einer Gruppe aufgezeichnet, kommt ein Mitbestimmungsrecht nur in Betracht, wenn der auf die Gruppe ausgeübte Überwachungsdruck auf die einzelnen Gruppenmitglieder durchschlägt *(ausf.* BAG 26. Juli 1994 - 1 ABR 6/94*- zu B II 2 c aa der Gründe,* BAGE 77, 262*)*.

28

bb) Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht gegeben.

29

(1) Nach den nicht mit zulässigen Verfahrensrügen angegriffenen und den Senat bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist aufgrund der verwendeten allgemeinen Administratorenkennung eine Identifizierung des jeweiligen Arbeitnehmers, der einen Beitrag oder einen Kommentar verfasst oder auf die Facebookseite der Arbeitgeberin einstellt, auch unter Zuhilfenahme weiterer Erkenntnisquellen, ausgeschlossen. Folgerichtig hat das Landesarbeitsgericht das Fehlen eines Überwachungsdrucks angenommen. Hiergegen wendet sich die Rechtsbeschwerde nicht. Soweit sie nunmehr geltend macht, die Arbeitnehmer würden weisungswidrig bei der Administration der Seite nicht stets die allgemeine Zugangskennung verwenden, handelt es sich um neuen und damit nicht berücksichtigungsfähigen Sachvortrag in der Rechtsbeschwerdeinstanz.

30

(2) Ein anderes Ergebnis ist auch nicht durch Satz 2 Nr. 5 der Anlage zu § 9 Satz 1 BDSG vorgegeben *(so offenbar Brink* jurisPR-ArbR 14/2015 Anm. 3*)*. Zwar muss der Arbeitgeber danach gewährleisten, dass nachträglich überprüft werden kann, ob und von wem personenbezogene Daten in Datenverarbeitungssysteme eingegeben, verändert oder entfernt worden sind (Eingabekontrolle). Dies könnte sich auch auf eingestellte Beiträge oder Kommentare beziehen, wenn sie personenbezogene Daten iSd. § 3 Abs. 1 BDSG enthalten. Ob und auf welchem Weg die Arbeitgeberin unter Wahrung der Voraussetzungen der EDV-KRBV ihrer gesetzlichen Verpflichtung nach Satz 2 Nr. 5 der Anlage zu § 9 Satz 1 BDSG nachkommt, betrifft aber nicht das geltend gemachte Mitbestimmungsrecht.

31

III. Der hilfsweise gestellte, zulässige Antrag zu 2. ist begründet.

32

1. Der Antrag zu 2. genügt dem Bestimmtheitsgebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

33

a) Dem Wortlaut nach soll es die Arbeitgeberin unterlassen, „den Nutzern … die Seite … zur Übermittlung (Posting) von Informationen zur Verfügung zu stellen“. Der Konzernbetriebsrat will mit diesem zukunftsgerichteten Unterlassungsbegehren erreichen, dass die Arbeitgeberin es Nutzern nicht gestattet, „Postings“ auf der Facebookseite einzustellen. Dem - wie der Konzernbetriebsrat in der Anhörung vor dem Senat klargestellt hat - ausschließlich auf die Funktion „Besucher-Beiträge“ bezogenen Unterlassungsbegehren soll die Arbeitgeberin nachkommen, indem sie in den „Einstellungen“ der Facebookseite die Option „Beiträge von anderen Personen auf der Seite deaktivieren“ wählt. Die ebenfalls eröffnete technische Möglichkeit „Kontrolliere Beiträge von anderen Personen, bevor diese auf der Seite veröffentlicht werden“, damit diese zunächst „automatisch verborgen“ und von der Arbeitgeberin individuell freigegeben werden können, entspricht dem Begehren des Konzernbetriebsrats hingegen nicht. Zwischen den Betriebsparteien ist gerade im Streit, ob und nach welchen Kriterien „Besucher-Beiträge“ von Nutzern „freigegeben“ werden sollen, wenn sie das Arbeitsverhalten von Arbeitnehmern betreffen. Nicht deaktivieren kann die Arbeitgeberin die Funktion „Kommentare“. Darin eingestellte Beiträge werden vom Antrag allerdings auch nicht erfasst.

34

b) Danach verfolgt der Konzernbetriebsrat mit dem Hilfsantrag eine Unterlassungspflicht der Arbeitgeberin, der sie bereits durch eine Änderung ihrer bei Facebook bestehenden „Einstellungen“ nachkommen kann, ohne den Betrieb der Facebookseite insgesamt einzustellen. Dieser ist - anders als der Hauptantrag - nicht darauf gerichtet, die Facebookseite insgesamt „abzumelden“, also das Konto zu löschen.

35

2. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats steht dem Betriebsrat bei der Verletzung seines Mitbestimmungsrechts aus § 87 BetrVG ein Anspruch auf Unterlassen der mitbestimmungswidrigen Maßnahme zu. Dieser Anspruch setzt keine grobe Pflichtverletzung des Arbeitgebers iSd. § 23 Abs. 3 BetrVG voraus *(*BAG 25. September 2012 - 1 ABR 49/11*-* Rn. 19*)*.

36

3. Bei der von der Arbeitgeberin betriebenen Facebookseite mit der eröffneten Möglichkeit, Besucher-Beiträge einzustellen, handelt es sich um eine technische Einrichtung iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, die **zur Überwachung der Leistung und des Verhaltens der bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer bestimmt ist**. Dieses Mitbestimmungsrecht hat die Arbeitgeberin verletzt.

37

a) Die Facebookseite der Arbeitgeberin ist eine technische Einrichtung iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Die Arbeitgeberin nutzt mit den bei ihr vorhandenen EDV-Einrichtungen eine von Facebook bereitgestellte webbasierte Software. Durch die Eröffnung und den Betrieb eines Kontos für die Seite „www.facebook.com/d“ hat sie die technische Einrichtung eingeführt und wendet sie an.

38

b) Die von der Arbeitgeberin eingerichtete Funktion „Besucher-Beiträge“ ermöglicht eine Überwachung des Verhaltens und der Leistung der in ihrem Konzern beschäftigten Arbeitnehmer iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.

39

aa) Die Funktion „Besucher-Beiträge“ erlaubt derzeit den Nutzern von Facebook, Postings zum Verhalten und zur Leistung der bei den konzernzugehörigen Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmern auf der Seite der Arbeitgeberin einzustellen. Je nach dem Inhalt dieser Besucher-Beiträge können diese namentlich oder situationsbedingt einem bestimmten Arbeitnehmer zugeordnet werden. Auch die Arbeitgeberin geht davon aus, dass sie auf diesem Weg Kenntnis über Leistung oder Verhalten von Arbeitnehmern, vor allem den bei Blutspendediensten eingesetzten, erlangen kann. Solche Besucher-Beiträge können in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der bei der Arbeitgeberin beschäftigten Arbeitnehmer eingreifen. Dieses Recht umfasst die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden, und daher grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten gegenüber Dritten und der Öffentlichkeit zu bestimmen *(*BVerfG 23. Februar 2007 - 1 BvR 2368/06*-* Rn. 37 *mwN)*. Durch arbeitnehmerbezogene Besucherbeiträge und deren Veröffentlichung auf der Facebookseite der Arbeitgeberin werden deren Arbeitnehmer einem ständigen Überwachungsdruck ausgesetzt. Sie müssen jederzeit damit rechnen, dass Beiträge zu ihrer Leistung oder ihrem Verhalten gepostet werden und damit nicht nur dem Arbeitgeber, sondern einer unbestimmten Anzahl von Personen, die diese Seite aufrufen, offenbart werden *(vgl. Greif* NZA 2015, 1106, 1107*)*.

40

bb) Die Facebookseite ist damit auch iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zur Überwachung bestimmt. Es ist unerheblich, dass die Seite nicht auf die Überwachung der Leistung und des Verhaltens der bei der Arbeitgeberin beschäftigten Arbeitnehmer ausgerichtet ist oder die Nutzer nicht von ihr aufgefordert werden, „Besucher-Beiträge“ zu dem Verhalten oder der Leistung von Beschäftigten einzustellen. Das gilt unabhängig davon, ob die Arbeitgeberin die erfassten und festgehaltenen Verhaltens- oder Leistungsdaten tatsächlich verarbeiten oder für Reaktionen auf festgestellte Verhaltens- oder Leistungsweisen verwenden will. Überwachung iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ist nicht erst das Auswerten oder die weitere Verarbeitung schon vorliegender Informationen, sondern bereits das Sammeln derselben *(*BAG 14. November 2006 - 1 ABR 4/06*-* Rn. 27 *mwN,*BAGE 120, 146*)*. Nicht erforderlich ist auch, dass der gespeicherte „Besucher-Beitrag“ schon eine vernünftige und abschließende Beurteilung des Verhaltens oder der Leistung des Arbeitnehmers erlaubt. Es genügt, dass ein Posting in Verbindung mit weiteren gewonnenen Erkenntnissen eine Beurteilung ermöglicht.

41

cc) Schließlich erfolgt diese Überwachung mit Hilfe einer technischen Einrichtung. Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin ist es nicht erforderlich, dass die Daten über das Verhalten oder die Leistung des einzelnen Arbeitnehmers durch die technische Einrichtung zunächst selbst und „automatisch“ erhoben werden *(*BAG 23. April 1985 - 1 ABR 39/81*- zu B II 2 der Gründe mwN; 14. September 1984 -*1 ABR 23/82*- zu B III der Gründe,* BAGE 46, 367*)*. Daher genügt es, wenn die Informationen durch die Nutzer der Facebookseite aufgrund der dort vorhandenen Funktion „Besucher-Beiträge“ eingegeben und mittels der von Facebook eingesetzten Software einer dauerhaften Speicherung und zeitlich unbegrenzter Zugriffsmöglichkeit zugeführt werden. Zudem sind diese Daten über die Facebookseite dauerhaft öffentlich zugänglich. Sie sind deshalb nicht - wie das Landesarbeitsgericht meint - mit einem an den Arbeitgeber gerichteten Beschwerdebrief vergleichbar.

42

4. Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin hat der Konzernbetriebsrat das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nicht bereits durch den Abschluss der EDV-KRBV ausgeübt. Die Annahme der Arbeitgeberin, über § 1 Abs. 2 iVm. der Anlage 1 EDV-KRBV sei aufgrund der dort in den Buchstaben E und F erwähnten Komponenten „Mail-Systeme“, „PC-Netze, Intranet, Internet, Extranet“ auch die von ihr von Facebook zur Verfügung gestellte webbasierte Software zur Einrichtung und dem Betrieb der Facebookseite erfasst, ist unzutreffend. Die nach § 8 EDV-KRBV geregelte Internetnutzung betrifft den Zugang zum World Wide Web einschließlich der hierzu unmittelbar erforderlichen Software (Webbrowser oder allgemein Browser) zur Darstellung von Webseiten, nicht jedoch eigenständige, webbasierte Softwareprogramme, die durch die Eröffnung eines Kontos bei Facebook durch die Arbeitgeberin zum Einsatz kommen. Solche „EDV-Anwendungssysteme oder Systeme der Informations- und Kommunikationstechnik“ („Anwendungssysteme“) werden nach § 1 Abs. 1, Spiegelstrich 2 iVm. § 1 Abs. 2 EDV-KRBV nur dann vom Geltungsbereich der Konzernbetriebsvereinbarung erfasst, wenn sie in der Anlage 1 zur EDV-KRBV aufgeführt sind. Nach § 1 Abs. 2 Satz 7 EDV-KRBV sind „neu eingesetzte“ Systeme in die Anlage 1 aufzunehmen. Das ist nicht geschehen.

|  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | Schmidt |  | Ahrendt |  | Treber | |  |
|  |  | Hromadka |  | Sibylle Spoo | |  |  |