

BUNDEARBEITSGERICHT



1 ABR 39/12
17 TaBV 2210/11
Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
10. Dezember 2013

BESCHLUSS

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragsteller und Rechtsbeschwerdeführer,

2.

Beschwerdeführerin,

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 10. Dezember 2013 durch die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Schmidt, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Linck und Prof. Dr. Koch sowie der ehrenamtliche Richter Schäferkord und die ehrenamtliche Richterin Schwitzer für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerde des Gesamtbetriebsrats und unter Zurückweisung seiner weitergehenden Rechtsbeschwerde wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 15. Februar 2012 - 17 TaBV 2210/11 - teilweise aufgehoben und zur Klarstellung insgesamt neu gefasst:

Auf die Beschwerde der Arbeitgeberin und unter Zurückweisung ihrer weitergehenden Beschwerde wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Berlin vom 14. September 2011 - 56 BV 4267/11 - teilweise abgeändert und zur Klarstellung insgesamt neu gefasst:

1. Es wird festgestellt, dass die Arbeitgeberin verpflichtet ist, sich auf ein Vermittlungsverfahren über den Abschluss einer tarifersetzenden Regelung zur Altersteilzeit einzulassen.
2. Im Übrigen werden die Anträge abgewiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

- A. Die Beteiligten streiten über die Nachwirkung einer Gesamtbetriebsvereinbarung zur Altersteilzeit sowie über die Einlassungspflicht für eine tarifersetzende Regelung. 1
- Antragsteller ist der Gesamtbetriebsrat der zu 2. beteiligten Arbeitgeberin, der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (*ver.di*). 2
- ver.di* entstand im Jahr 2001 durch Verschmelzung der Gewerkschaften Handel, Banken und Versicherungen, Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr, Deutsche Postgewerkschaft, Industriegewerkschaft Medien, Druck und Papier, Publizistik und Kunst und der Deutschen Angestellten-Gewerkschaft. In einer zuvor von den fünf Einzelgewerkschaften mit ihren Gesamtbetriebsräten sowie der Gründungsorganisation von *ver.di* im April 2001 3

abgeschlossenen „Vereinbarung zur Erweiterten Mitbestimmung für Betriebsräte in ver.di“ (GBV EM) heißt es:

„§ 4 Mitbestimmung in personellen und sozialen Angelegenheiten

- (1) Der Betriebsrat hat, soweit in den folgenden Absätzen keine Ausnahmen geregelt sind, in allen personellen und sozialen Angelegenheiten über das Betriebsverfassungsgesetz hinaus erweitert mitzubestimmen. ...
- (2) ...
- (3) Eine Erweiterung der Mitbestimmung gemäß Absatz 1 gilt nicht bei folgenden Gegenständen:
 - a) in personellen Angelegenheiten (Protokollnotiz 1)
...
 - b) in sozialen Angelegenheiten
 - die Entscheidung über die Gewährung freiwilliger sozialer Leistungen,
...
- (4) Im übrigen hat der Betriebsrat mitzubestimmen nach Maßgabe des jeweils gültigen Betriebsverfassungsgesetzes, soweit nicht eine gesetzliche oder gültige tarifersetzen- de Regelung besteht.

§ 5 Einigungsstelle

- (1) Kommt eine Einigung über eine Angelegenheit nach §§ 3 (3), 4 (1) oder § 7 (1) nicht zustande, entscheidet die Einigungsstelle. ...
- ...

§ 8 Verfahren bei tarifersetzenden Regelungen

- (1) Solche Regelungen, die üblicherweise unter den Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG fallen und durch entsprechende Tarifverträge geregelt werden, sind aufgrund der fehlenden tarifrechtlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten in ver.di als Gesamtbetriebsvereinbarungen zwischen dem Gesamtbetriebsrat und dem Bundesvorstand zu vereinbaren. ...
- (2) Können sich die Betriebsparteien nicht über Regelungen gem. § 8 Abs. 1 verständigen, kann jede Betriebspartei ein Vermittlungsverfahren einleiten.
...

- (3) Kommt es im Rahmen eines Vermittlungsverfahrens nach Absatz (2) nicht zu einer Einigung der Betriebsparteien, bleibt es jeder Seite unbenommen, entweder die Verhandlungen unmittelbar wieder aufzunehmen oder das Schlichtungsverfahren einzuleiten.

...

- (4) Für das Inkrafttreten von Vereinbarungen gem. § 8 (1) gelten folgende Modalitäten:

...

c) Dem Gewerkschaftsrat sind sämtliche sowohl in freien Verhandlungen als auch in einem Vermittlungs- oder Schlichtungsverfahren zustande gekommenen Ergebnisse vorzulegen. Legt der Gewerkschaftsrat nicht binnen einer angemessenen Frist nach Anhörung beider Betriebsparteien Veto ein, so tritt das Ergebnis als Gesamtbetriebsvereinbarung in Kraft.

Wird Veto eingelegt, so sind die Verhandlungen der Betriebsparteien wieder aufzunehmen. ...

- (5) Für die Betriebsparteien besteht im Vermittlungs- und im Schlichtungsverfahren Einlassungszwang. ...

...

§ 9 Schlußbestimmungen

- (1) Soweit in dieser Vereinbarung keine gesonderten Regelungen getroffen werden, gilt im übrigen das Betriebsverfassungsgesetz in seiner jeweiligen Fassung, das auch ansonsten unberührt bleibt.

...“

ver.di und ihr Gesamtbetriebsrat schlossen im Mai 2006 eine „Gesamtbetriebsvereinbarung zur Regelung der Altersteilzeit in ver.di“ (GBV ATZ). Diese bestimmt in ihrem § 1 die Anspruchsvoraussetzungen für den Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrags. Nach § 4 GBV ATZ ist ver.di verpflichtet, während der Altersteilzeit ein erhöhtes Arbeitsentgelt sowie zusätzliche Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung zu zahlen. Mit Schreiben vom 14. September 2010 kündigte der ver.di-Bundesvorstand die GBV ATZ zum 31. Dezember 2010 und teilte mit, ein neues Angebot für die Vereinbarung von Altersteilzeit nicht machen zu wollen.

4

Der Gesamtbetriebsrat hat die Auffassung vertreten, die Regelungen der GBV ATZ wirkten nach. Es handele sich um Gegenstände, die der durch § 4 (1) GBV EM erweiterten Mitbestimmung unterfielen. Jedenfalls sei ver.di nach § 8 (5) GBV EM verpflichtet, sich auf Verhandlungen über den Abschluss einer tarifersetzenden Regelung zur Altersteilzeit einzulassen. 5

Der Gesamtbetriebsrat hat beantragt, 6

1. ver.di zu verpflichten, ihren Arbeitnehmern Altersteilzeit nach Maßgabe der Gesamtbetriebsvereinbarung zur Regelung der Altersteilzeit in ver.di in der aktualisierten Fassung vom November 2006 zu gewähren, solange diese nachwirkt;
2. festzustellen, dass die Gesamtbetriebsvereinbarung zur Regelung der Altersteilzeit in ver.di in der aktualisierten Fassung vom November 2006 nachwirkt;
3. festzustellen, dass der Gesamtbetriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach § 8 GBV EM bezüglich einer tarifersetzenden Regelung der Altersteilzeit hat.

ver.di hat die Abweisung der Anträge beantragt. 7

Das Arbeitsgericht hat den Anträgen im Wesentlichen entsprochen und nur bezüglich des Antrags zu 3. ein Mitwirkungs- statt eines Mitbestimmungsrechts festgestellt. Das Landesarbeitsgericht hat die Anträge auf die Beschwerde von ver.di abgewiesen. Mit der Rechtsbeschwerde begehrt der Gesamtbetriebsrat die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. 8

B. Die Rechtsbeschwerde des Gesamtbetriebsrats ist nur in Bezug auf den Antrag zu 3. erfolgreich. Hingegen hat das Landesarbeitsgericht die Anträge zu 1. und zu 2. zu Recht abgewiesen. 9

I. Die Anträge zu 1. und zu 2. sind unbegründet. 10

1. Beide Anträge sind zulässig. 11

a) Der Antrag zu 1. ist ein Leistungsantrag. Er ist dahingehend auszulegen, dass der Gesamtbetriebsrat die Durchführung der gekündigten GBV ATZ über den 31. Dezember 2010 hinaus verlangt. Nach seiner Auffassung ist ver.di 12

nach Ablauf der Kündigungsfrist aufgrund Nachwirkung zu deren Anwendung verpflichtet. Mit dem zu 2. erhobenen Antrag möchte der Gesamtbetriebsrat die Feststellung erreichen, dass die Regelungen der GBV ATZ zwischen den Beteiligten auch nach dem 31. Dezember 2010 weiter gelten und ihre betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsbeziehungen gestalten. Damit verfolgt der Gesamtbetriebsrat mit beiden Anträgen nicht die Individualinteressen einzelner Arbeitnehmer. Für die so verstandenen Anträge zu 1. und zu 2. verfügt der Gesamtbetriebsrat über die erforderliche Antragsbefugnis. Ob der von ihm reklamierte Durchführungsanspruch aufgrund einer nachwirkenden Gesamtbetriebsvereinbarung besteht, ist eine Frage der Begründetheit (*BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 20/09 - Rn. 14, BAGE 135, 382*).

b) In der vorgenannten Auslegung ist der Antrag zu 1. hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. ver.di kann im Fall seiner Verurteilung erkennen, was Gegenstand des gerichtlichen Entscheidungsausspruchs ist. 13

c) Für den Antrag zu 2. besteht auch das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche besondere Feststellungsinteresse. Der Antrag betrifft den Inhalt des betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsverhältnisses der Beteiligten, über den nach der Kündigung der GBV ATZ ein Streit besteht, der durch die begehrte Feststellung beigelegt werden kann. 14

2. Der mit dem Antrag zu 1. geltend gemachte Durchführungsanspruch besteht nicht. Die GBV ATZ hat aufgrund der Kündigung des Bundesvorstands zum 31. Dezember 2010 geendet. Für eine Nachwirkung der GBV ATZ fehlt es an einer Rechtsgrundlage. 15

a) Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Nachwirkung der GBV ATZ liegen nicht vor. 16

aa) Gemäß § 77 Abs. 6 BetrVG gelten nach Ablauf einer Betriebsvereinbarung deren Regelungen in Angelegenheiten, in denen ein Spruch der Einigungsstelle die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzen kann, weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Dies betrifft die 17

Angelegenheiten der zwingenden Mitbestimmung, zu denen auch das Mitbestimmungsrecht bei der betrieblichen Lohngestaltung (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG) gehört. Betriebsvereinbarungen über nicht der zwingenden Mitbestimmung unterliegende Gegenstände entfalten kraft Gesetzes keine Nachwirkung. Betriebsvereinbarungen mit teils erzwingbaren, teils freiwilligen Regelungen wirken grundsätzlich nur hinsichtlich der Gegenstände nach, die der zwingenden Mitbestimmung unterfallen (BAG 26. August 2008 - 1 AZR 354/07 - Rn. 14, BAGE 127, 297). Dies setzt allerdings voraus, dass sich die Betriebsvereinbarung sinnvoll in einen nachwirkenden und einen nachwirkungslosen Teil aufspalten lässt. Anderenfalls entfaltet zur Sicherung der Mitbestimmung die gesamte Betriebsvereinbarung Nachwirkung (BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 20/09 - Rn. 18, BAGE 135, 382).

bb) Nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hat der Betriebsrat in Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere bei der Aufstellung und Änderung von Entlohnungsgrundsätzen und der Einführung und Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung, mitzubestimmen. Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich auf die Grundsätze, nach denen sich die Entgeltfindung im Betrieb vollzieht. Es soll die Arbeitnehmer vor einer einseitig an den Interessen des Arbeitgebers orientierten Lohngestaltung schützen. Zugleich soll die Einbeziehung des Betriebsrats zur Wahrung der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit sowie zur Sicherung der Angemessenheit und Durchsichtigkeit des Lohngefüges beitragen (BAG 8. November 2011 - 1 ABR 37/10 - Rn. 27, BAGE 139, 369).

18

cc) Das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG wird bei einem nicht tarifgebundenen Arbeitgeber durch die Tarifsperre des § 87 Abs. 1 Eingangshalbs. BetrVG, wonach der Betriebsrat nur mitbestimmen kann, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, nicht beschränkt oder ausgeschlossen. Der tarifungebundene Arbeitgeber kann daher kollektivrechtlich das gesamte Volumen der von ihm für die Vergütung der Arbeitnehmer bereitgestellten Mittel mitbestimmungsfrei festlegen. Mangels Tarifbindung leistet er in diesem Fall sämtliche Vergütungsbestandteile „freiwillig“, dh. ohne hierzu

19

normativ verpflichtet zu sein (*BAG 26. August 2008 - 1 AZR 354/07 - Rn. 21, BAGE 127, 297*). Bei der Entscheidung über die Verteilung der Gesamtvergütung hat der nicht tarifgebundene Arbeitgeber wegen der fehlenden Tarifsperrung des Eingangshalbsatzes einen Gestaltungsspielraum, bei dessen Ausgestaltung der Betriebsrat aber mitzubestimmen hat (*BAG 22. Juni 2010 - 1 AZR 853/08 - Rn. 32, BAGE 135, 13*). Die Betriebsparteien haben für die gesamten Vergütungsbestandteile Entlohnungsgrundsätze iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG aufzustellen, durch die eine am Normzweck des Mitbestimmungsrechts ausgerichtete Verteilung erfolgt. Aus diesem Grund unterliegt nicht nur die Einführung, sondern auch die Änderung der im Betrieb für die Verteilung der Gesamtvergütung aufgestellten Entlohnungsgrundsätze dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Dazu zählt auch die Einstellung einer Leistung, die nach den vereinbarten Entlohnungsgrundsätzen Teil der vom nicht tarifgebundenen Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Gesamtvergütung ist (*Kreft FS Beppler S. 317, 323*).

dd) Haben die Betriebsparteien Entlohnungsgrundsätze zur Verteilung der Gesamtvergütung geregelt und entschließt sich der nicht tarifgebundene Arbeitgeber zu einem späteren Zeitpunkt weitere finanzielle Mittel für einen Zweck aufzubringen, der durch die bisherigen Entlohnungsgrundsätze nicht abgedeckt ist, können die zuständigen Betriebsparteien hierzu eine gesonderte Betriebsvereinbarung treffen, in der für die Verteilung dieser finanziellen Mittel Entlohnungsgrundsätze aufgestellt werden. In einem solchen Fall kann der nicht tarifgebundene Arbeitgeber nicht nur über die Höhe, sondern auch über den Zweck dieser neben die Gesamtvergütung tretenden und von ihr unabhängigen finanziellen Leistung mitbestimmungsfrei entscheiden (*Fitting 26. Aufl. § 87 Rn. 453a*). Die systemische Einbindung der betrieblichen Entlohnungsgrundsätze in das System der betrieblichen Lohngestaltung unterliegt der Dispositionsmöglichkeit der Betriebsparteien. Aufgrund der gesonderten Regelung in einer Betriebsvereinbarung ist regelmäßig anzunehmen, dass der sich aus dieser Leistung ergebende Entlohnungsgrundsatz nicht untrennbarer Teil eines umfassenden betrieblichen Vergütungssystems wird und die bisher für die Verteilung der Gesamtvergütung geltenden Entlohnungsgrundsätze unberührt bleiben

20

sollen. Entschließt sich der nicht tarifgebundene Arbeitgeber dazu, eine in einer gesonderten Betriebsvereinbarung ausgebrachte Leistung mit Ablauf ihrer Kündigungsfrist vollumfänglich einzustellen, stehen für den von ihm einseitig vorgegebenen Zweck keine Mittel mehr zur Verfügung, über deren Verteilung der Betriebsrat mitbestimmen könnte. Ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bei der Beendigung des gesondert ausgestalteten Entlohnungsgrundsatzes besteht in diesem Fall nicht, weshalb die Betriebsvereinbarung keine Nachwirkung entfaltet (*BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 20/09 - Rn. 20, 23 ff., BAGE 135, 382; aA Kreuz GK/BetrVG 10. Aufl. § 77 Rn. 445*).

ee) ver.di ist nicht zur Durchführung der GBV ATZ verpflichtet, weil diese nicht über den 31. Dezember 2010 weiter gilt. 21

(1) Die GBV ATZ ist durch das Schreiben des Bundesvorstands vom 14. September 2010 zum Jahresende 2010 wirksam gekündigt worden. Dies steht zwischen den Beteiligten außer Streit. 22

(2) Die Voraussetzungen für eine Nachwirkung der GBV ATZ nach § 77 Abs. 6 BetrVG liegen nicht vor. 23

(a) Bei der Einführung von Altersteilzeit hat der Betriebsrat kein erzwingbares Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 BetrVG. Die Betriebsparteien können zwar aufgrund ihrer umfassenden Regelungskompetenz die Voraussetzungen festlegen, unter denen ein Anspruch auf Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrags in Betracht kommt. Der Arbeitgeber ist jedoch in seiner Entscheidung frei, ob er Altersteilzeit einführen will (*BAG 5. Juni 2007 - 9 AZR 498/06 - Rn. 23*). Ein gesetzlicher Anspruch des Arbeitnehmers auf Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrags, mit dem der bestehende Arbeitsvertrag geändert werden soll, besteht nicht (*BAG 12. Dezember 2000 - 9 AZR 706/99 - zu B II 1 a der Gründe, BAGE 96, 363*). Entschließt sich der Arbeitgeber allerdings zur Einführung von Altersteilzeit und stellt er für die Aufstockungsleistungen (§ 3 Abs. 1 AltTZG) finanzielle Mittel zur Verfügung, unterliegt deren Verteilung als betrieblicher Entlohnungsgrundsatz dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. 24

- (b) Bei der GBV ATZ handelte es sich danach um eine teilmitbestimmte Gesamtbetriebsvereinbarung. Diese enthält mitbestimmungsfreie Regelungen über die Begründung von Altersteilzeitarbeitsverträgen, deren Abschluss die Arbeitnehmer auch nach ihren arbeitsvertraglichen Vereinbarungen nicht beanspruchen konnten. Lediglich bei der Verteilung der für die Aufstockungsleistungen bereitgestellten Mittel bestand ein Mitbestimmungsrecht des Gesamtbetriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Der Bundesvorstand von ver.di hat entschieden, nach Ablauf der Kündigungsfrist für den Abschluss von Altersteilzeitvereinbarungen keine finanziellen Mittel mehr zur Verfügung zu stellen. Diese Absicht kommt mit der gebotenen Eindeutigkeit im Kündigungsschreiben vom 14. September 2010 zum Ausdruck. Gegenteiliges hat auch der Gesamtbetriebsrat nicht behauptet. Die vollständige Einstellung der finanziellen Leistungen für den mit der GBV ATZ verfolgten Leistungszweck hatte die Beendigung des in ihr enthaltenen Entlohnungsgrundsatzes zur Folge. Damit entfaltet die GBV ATZ nach Ablauf der Kündigungsfrist keine Nachwirkung. 25
- b) Die Beteiligten haben eine Nachwirkung der GBV ATZ nicht ausdrücklich vereinbart. Eine solche folgt auch nicht in entsprechender Anwendung von § 77 Abs. 6 BetrVG aus der Regelung in §§ 4, 5 (1) Satz 1 GBV EM. 26
- aa) Nach § 4 (1) Satz 1 GBV EM hat der Betriebsrat, soweit in den nachfolgenden Absätzen keine Ausnahmen geregelt sind, in allen personellen und sozialen Angelegenheiten über das Betriebsverfassungsgesetz hinaus erweitert mitzubestimmen. Kommt eine Einigung über eine Angelegenheit nach § 4 (1) GBV EM nicht zustande, entscheidet nach § 5 (1) Satz 1 GBV EM die Einigungsstelle. Deren Spruch ersetzt die Einigung zwischen ver.di und dem Betriebsrat. Eine solche Rechtsfolge haben die Beteiligten zwar nicht ausdrücklich in die GBV EM aufgenommen. Sie folgt aber aus § 4 (4) GBV EM, wonach der Betriebsrat nach Maßgabe des gültigen Betriebsverfassungsgesetzes mitzubestimmen hat. Diese Bezugnahme umfasst auch die in § 87 Abs. 2 BetrVG vorgesehene Konfliktlösung durch den Spruch einer Einigungsstelle. 27
- bb) Mit den Regelungen in §§ 4, 5 (1) Satz 1 GBV EM haben ver.di und der Gesamtbetriebsrat dessen Beteiligungsrechte und die der örtlichen Betriebsräte 28

über das Betriebsverfassungsgesetz hinaus erweitert. Danach tritt in entsprechender Anwendung des § 77 Abs. 6 BetrVG die Nachwirkung einer im Geltungsbereich der GBV EM abgeschlossenen Betriebsvereinbarung auch dann ein, wenn sie einen Gegenstand betrifft, der durch § 4 GBV EM erweiterten Mitbestimmung unterliegt. Eine solche Vereinbarung unterliegt jedenfalls für den hier betroffenen Bereich der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten keinen rechtlichen Bedenken, wenn wie vorliegend durch § 4 (4), § 5 (1) Satz 1 GBV EM sichergestellt ist, dass im Konfliktfall eine Einigungsstelle entscheidet (*BAG GS 7. November 1989 - GS 3/85 - zu C I 2 der Gründe, BAGE 63, 211; 14. August 2001 - 1 AZR 744/00 - zu III 1 der Gründe*). Eine unzulässige Änderung der insoweit zwingenden gesetzlichen Zuständigkeitsregelung in § 50 BetrVG ist mit der Ausweitung der Beteiligungsrechte in § 4 (1) Satz 1 GBV EM nicht verbunden.

cc) Das durch § 4 (1) Satz 1 GBV EM erweiterte Mitbestimmungsrecht wird nach § 4 (4) GBV EM nur durch eine gesetzliche oder gültige tarifersetzende Regelung ausgeschlossen. Mit dieser Bestimmung haben der Gesamtbetriebsrat und ver.di den für die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten bestehenden Gesetzes- und Tarifvorbehalt des § 87 Abs. 1 Eingangshalbs. BetrVG in die GBV EM sinngemäß übernommen und die von § 4 (1) Satz 1 GBV EM erfassten Beteiligungsrechte entsprechend eingeschränkt. Danach entfällt das Mitbestimmungsrecht nach dieser Vorschrift, soweit eine gesetzliche Regelung oder eine solche nach § 8 (1) GBV EM existiert, die das Beteiligungsrecht der zuständigen Arbeitnehmervertretung verdrängt. Dies erfordert allerdings, dass entweder das Gesetz oder die tarifersetzende Bestimmung selbst über die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit eine zwingende und abschließende inhaltliche Regelung getroffen und damit dem Schutzzweck des verdrängten Mitbestimmungsrechts Genüge getan haben (*zu § 87 Abs. 1 Eingangshalbs. BetrVG BAG GS 3. Dezember 1991 - GS 2/90 - zu C II 1 a, b der Gründe, BAGE 69, 134*). Daneben muss es sich nach der Hervorhebung in § 4 (4) GBV EM um eine „gültige“ tarifersetzende Regelung handeln, also um eine solche, die zum Zeitpunkt der in Betracht kommenden beteiligungspflichtigen Maßnahme noch nicht durch Kündigung, Zeitablauf oder auf andere Weise ge-

29

endet hat. Wie der Tarifvorbehalt in § 87 Abs. 1 Eingangshalbs. BetrVG (*dazu BAG 13. März 2012 - 1 AZR 659/10 - Rn. 21*) setzt auch § 4 (4) GBV EM voraus, dass eine zwingende tarifersetzende Regelung besteht, an die ver.di gebunden ist. Eine lediglich nachwirkende Vereinbarung nach § 8 (1) GBV EM verdrängt das Beteiligungsrecht aus § 4 (1) Satz 1 GBV EM daher nicht.

dd) Die durch § 4 GBV EM normierten Mitbestimmungsrechte für den Abschluss von Altersteilzeitarbeitsverträgen gehen nicht über die gesetzlichen Beteiligungsrechte hinaus. Das durch § 4 (1) Satz 1 GBV EM erweiterte Mitbestimmungsrecht in sozialen Angelegenheiten wird durch § 4 (3) Buchst. b 1. Spiegelstrich GBV EM beschränkt. 30

(1) Bei der Ausgestaltung der Bedingungen, unter denen ein Arbeitnehmer den Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrags verlangen kann, handelt es sich jedenfalls um eine soziale Angelegenheit iSd. § 4 (1) Satz 1 GBV EM. 31

(2) Das nach § 4 (1) Satz 1 GBV EM bestehende Beteiligungsrecht über die Ausgestaltung von Altersteilzeit wird jedoch durch § 4 (3) Buchst. b 1. Spiegelstrich GBV EM beschränkt. Nach dieser Vorschrift gilt die Erweiterung der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten nicht bei der Entscheidung über die Gewährung freiwilliger sozialer Leistungen. Bei den Aufstockungsbeiträgen in der GBV ATZ handelt es sich um Sozialleistungen, die ver.di ohne vertragliche oder gesetzliche Verpflichtung als Ausgleich für die mit der Reduzierung der individuellen Arbeitszeit verbundenen finanziellen Einbußen der Arbeitnehmer in Altersteilzeit gezahlt hat. Die Entscheidung über die Gewährung solcher Leistungen unterliegt nicht der erweiterten Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 4 (1) Satz 1 GBV EM. Hiervon erfasst ist auch die Entscheidung der Arbeitgeberin über die Einstellung dieser Leistungen. 32

c) Die GBV ATZ wirkt auch nicht in entsprechender Anwendung von § 4 Abs. 5 TVG nach. 33

aa) Für das mit den Anträgen zu 1. und zu 2. verfolgte Antragsziel des Gesamtbetriebsrats kann zu dessen Gunsten unterstellt werden, dass es sich bei 34

der gekündigten GBV ATZ um eine tarifersetzende Regelung iSd. § 8 (1) Satz 1 GBV EM handelt.

bb) Tarifersetzende Regelungen entfalten ohne besondere Vereinbarung über den Zeitpunkt ihrer Beendigung hinaus keine Nachwirkung. Die für Tarifverträge geltende Vorschrift des § 4 Abs. 5 TVG ist auf tarifersetzende Regelungen nach § 8 GBV EM nicht analog anzuwenden. Diese sind als Gesamtbetriebsvereinbarungen zwischen dem Gesamtbetriebsrat und dem Bundesvorstand zu vereinbaren (§ 8 [1] Satz 1 GBV EM). Es fehlt an der für eine Analogie erforderlichen Regelungslücke. ver.di und der Gesamtbetriebsrat haben in § 9 (1) GBV EM ausdrücklich die Geltung des Betriebsverfassungsgesetzes vereinbart, soweit in der GBV EM keine gesonderte Regelung getroffen worden ist. Damit bestimmt sich die Nachwirkung von tarifersetzenden Regelungen nach den für Betriebsvereinbarungen geltenden Grundsätzen. Dies schließt eine entsprechende Anwendung von § 4 Abs. 5 TVG aus. 35

3. Da die GBV ATZ über den 31. Dezember 2010 hinaus keine Nachwirkung entfaltet, erweist sich auch der auf diese Feststellung gerichtete Antrag zu 2. als unbegründet. Der Senat musste daher nicht entscheiden, ob der Betriebsrat überhaupt die Durchführung lediglich nachwirkender Bestimmungen verlangen kann (*ebenso BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 20/09 - Rn. 31, BAGE 135, 382*). 36

II. Der zu 3. erhobene Feststellungsantrag ist begründet. 37

1. Der Antrag ist zulässig. 38

Er ist auf die Feststellung einer auf § 8 (5) GBV EM gestützten Einlassungspflicht für den Regelungsgegenstand „Abschluss einer Betriebsvereinbarung zur Altersteilzeit“ und damit auf ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis gerichtet. Die Verhandlungen zwischen den Beteiligten über den Abschluss einer Regelung zur Altersteilzeit sind gescheitert. Für eine Klärung der Frage, ob sich ver.di auf ein Vermittlungsverfahren iSd. § 8 (2) GBV EM einlassen muss, besteht auch das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse. 39

2. ver.di ist verpflichtet, in einem Vermittlungsverfahren mit dem Gesamtbetriebsrat über den Abschluss einer tarifersetzenden Regelung zur Altersteilzeitarbeit zu verhandeln. 40
- a) Nach § 8 (1) Satz 1 GBV EM sind aufgrund der fehlenden tarifrechtlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten für die bei ver.di Beschäftigten solche Regelungen, die üblicherweise unter den Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG fallen und durch entsprechende Tarifverträge geregelt werden, als Gesamtbetriebsvereinbarungen zwischen dem Gesamtbetriebsrat und dem Bundesvorstand zu vereinbaren. Können sich die Betriebsparteien über tarifersetzende Regelungen iSd. § 8 (1) GBV EM nicht verständigen, kann jede Betriebspartei ein Vermittlungsverfahren (§ 8 [2] GBV EM) und im Fall einer Nichteinigung ein Schlichtungsverfahren (§ 8 [3] GBV EM) einleiten. Nach § 8 (5) Satz 1 GBV EM besteht in beiden Verfahren für die Betriebsparteien Einlassungszwang. Anders als im Einigungsstellenverfahren nach § 5 GBV EM kann allerdings der Gewerkschaftsrat von ver.di das Inkrafttreten der im Vermittlungs- und Schlichtungsverfahren zustande gekommenen Einigungen der Betriebsparteien und Beschlüsse durch sein Veto verhindern (§ 8 [4] Buchst. c GBV EM). 41
- b) Die in § 8 (1) Satz 1 GBV EM getroffene Festlegung über tarifersetzende Regelungen bedarf allerdings der Auslegung. Entgegen ihrem Wortlaut ist der Gesamtbetriebsrat nach dieser Vorschrift für tarifersetzende Regelungen zuständig, wenn deren Gegenstand entweder tarifüblich ist oder in Referenztarifverträgen geregelt wird. 42
- aa) Die genannte Vorschrift ist im Wortlaut an § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG angelehnt. Danach können Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Der Betriebsrat ist für den Abschluss von Betriebsvereinbarungen, deren Gegenstand tarifüblich oder bereits in Tarifverträgen geregelt ist, nicht zuständig (BAG 22. März 2005 - 1 ABR 64/03 - zu B II 2 c ee [1] der Gründe, BAGE 114, 162). Die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG soll unabhängig von der Tarifbindung des Arbeitgebers die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG gewähr- 43

leisten. Dazu räumt sie den Tarifvertragsparteien den Vorrang bei der Regelung von Arbeitsbedingungen ein. Zum Schutz der ausgeübten und aktualisierten Tarifautonomie ist jede Normsetzung durch die Betriebsparteien ausgeschlossen, die inhaltlich zu derjenigen der Tarifvertragsparteien in Konkurrenz treten würde. Arbeitgeber und Betriebsrat sollen keine abweichenden oder ergänzenden Betriebsvereinbarungen mit normativer Wirkung abschließen können (*BAG 13. März 2012 - 1 AZR 659/10 - Rn. 20*).

bb) Anders als durch § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG wird die Regelungskompetenz des Gesamtbetriebsrats durch § 8 (1) Satz 1 GBV EM nicht beschränkt. Die Norm begründet vielmehr dessen Zuständigkeit für tarifersetzende Regelungen und gestaltet sie inhaltlich aus. Sie trägt der Besonderheit Rechnung, dass ver.di wegen ihrer Doppelstellung als Arbeitgeber und Gewerkschaft keine Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen ihrer Beschäftigten schließen kann. Wegen dieser besonderen Situation der Gewerkschaften als Arbeitgeber (*vgl. BAG 17. Februar 1998 - 1 AZR 364/97 - zu II 1 d der Gründe, BAGE 88, 38*) hat der Senat eine Regelungsbefugnis des bei einer Gewerkschaft gebildeten Gesamtbetriebsrats für unternehmenseinheitlich geltende materielle Arbeitsbedingungen durch Gesamtbetriebsvereinbarung anerkannt (*BAG 14. Dezember 1999 - 1 ABR 27/98 - zu B II 2 b der Gründe, BAGE 93, 75; 18. Januar 1994 - 1 ABR 44/93 - zu II B I 1 b der Gründe; 28. April 1992 - 1 ABR 68/91 - zu B II 1 a bb der Gründe*).

44

cc) Bei einem am Wortlaut von § 8 (1) Satz 1 GBV EM haftenden Verständnis wäre der Gesamtbetriebsrat nur für Vereinbarungen zuständig, deren Regelungsgegenstände üblicherweise unter den Tarifvorrang des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG fallen und durch entsprechende Tarifverträge geregelt werden. Im Normtext von § 8 (1) Satz 1 GBV EM sind die Tarifüblichkeit und die Regelung durch Tarifverträge mit der Konjunktion „und“ verknüpft. Werden Begriffe so miteinander verbunden, handelt es sich regelmäßig um eine Aufzählung gleichwertig nebeneinander stehender Ausdrücke. Danach müssten beide Voraussetzungen kumulativ vorliegen, um die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats für tarifersetzende Regelungen zu begründen. Eine solche Auslegung wür-

45

de der Norm keinen Anwendungsbereich eröffnen. Tarifüblich ist eine Regelung, wenn der Regelungsgegenstand in der Vergangenheit in einem einschlägigen Tarifvertrag enthalten war und die Tarifvertragsparteien über ihn Verhandlungen führen, also seinen Neuabschluss beabsichtigen (*BAG 26. August 2008 - 1 AZR 354/07 - Rn. 11, BAGE 127, 297*). Die Tarifüblichkeit iSd. § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG soll verhindern, dass die Betriebsparteien in dem Zeitraum zwischen der Beendigung eines Tarifvertrags und seinem Neuabschluss normative Regelungen treffen, die in Konkurrenz zu dem bevorstehenden Tarifvertrag treten. Arbeitsbedingungen sind durch Tarifvertrag geregelt, wenn über sie ein Tarifvertrag abgeschlossen worden ist und der Betrieb in den räumlichen, betrieblichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags fällt (*BAG 22. März 2005 - 1 ABR 64/03 - zu B II 2 c ee [1] der Gründe, BAGE 114, 162*). Bei einem wörtlichen Verständnis der in § 8 (1) Satz 1 GBV EM normierten Voraussetzungen wäre der Gesamtbetriebsrat nur für tarifersetzende Regelungen zuständig, wenn diese tarifüblich und gleichzeitig durch Tarifvertrag geregelt sind. Tarifüblichkeit und Regelung durch Tarifvertrag schließen einander jedoch aus. Aus diesem Grund ist ein Verständnis der Vorschrift geboten, wonach die beiden Voraussetzungen in einem Alternativverhältnis zueinander stehen. Die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats besteht nach § 8 (1) Satz 1 GBV EM daher für solche Regelungsgegenstände, die entweder in Tarifverträgen geregelt werden oder bei Fehlen von Tarifverträgen jedenfalls tarifüblich sind.

dd) Die Betriebsparteien haben in § 8 (1) Satz 1 GBV EM keine Regelung getroffen, nach welchen Kriterien sich die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats für tarifersetzende Regelungen bestimmt. Es fehlt an der Festlegung eines Referenzbereichs, der für die Ermittlung einer tariflichen Regelung oder deren Tarifüblichkeit heranzuziehen ist. Dieser ist daher durch Auslegung zu ermitteln. 46

(1) Ein Rückgriff auf die bei der Anwendung von § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG verwandte Begriffsbestimmung, die bei der tariflichen Regelung auf den Geltungsbereich von einschlägigen Tarifverträgen abstellt, ist unergiebig. Die Arbeitsbedingungen der bei den Gewerkschaften beschäftigten Arbeitnehmer sind 47

tariflich nicht geregelt, Tarifnormen sind auch nicht üblich (so bereits BAG 18. Januar 1994 - 1 ABR 44/93 - zu B I 1 b der Gründe).

(2) Ebenso wenig tauglich zur näheren Bestimmung von § 8 (1) Satz 1 GBV EM sind die Systematik der GBV EM und ihre Entstehungsgeschichte. 48

(3) Die Ermittlung der Voraussetzungen, unter denen sich eine Betriebspartei auf Verhandlungen über eine tarifersetzende Regelung einlassen muss, sind daher anhand des Normzwecks von § 8 (1) Satz 1 GBV EM zu bestimmen. Die dort begründete Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats und das in der GBV EM geregelte Vermittlungs- und Schlichtungsverfahren sollen sicherstellen, dass außerhalb des Bereichs der durch die GBV EM erweiterten Mitbestimmung unternehmenseinheitliche materielle Arbeitsbedingungen für die Beschäftigten von ver.di festgelegt werden können. Die Bestimmung des Referenztarifgebiets wird dabei durch den Organisationsbereich von ver.di beschränkt. Die Beschäftigten von ver.di können so über das Vermittlungs- und Schlichtungsverfahren normative Regelungen erreichen, die ver.di auch für ihre Mitglieder erzielt hat. 49

(4) Für die Bestimmung des Referenzbereichs ist allerdings nicht der gesamte Organisationsbereich von ver.di heranzuziehen. Bei einer solchen Auslegung von § 8 (1) Satz 1 GBV EM bliebe unberücksichtigt, dass die Beurteilung einer bestehenden oder üblichen Tarifregelung iSd. § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG, auf die in beiden Vorschriften abgestellt wird, stets nach dem für den Arbeitgeber einschlägigen tariflichen Geltungsbereich erfolgt. Der Arbeitgeber muss einem Wirtschaftszweig angehören, der vom fachlich-betrieblichen Geltungsbereich des Tarifvertrags erfasst wird. Hierfür sind regelmäßig die überwiegend im Betrieb ausgeübten Tätigkeiten maßgeblich. Damit scheiden Organisationsbereiche von ver.di als Maßstab für eine tarifliche oder tarifübliche Regelung iSd. § 8 (1) Satz 1 GBV EM aus, deren Arbeitnehmer überwiegend andere Tätigkeiten ausüben als die Beschäftigten von ver.di. 50

(5) Die bei ver.di tätigen Arbeitnehmer führen überwiegend allgemeine Verwaltungstätigkeiten zur Erreichung der in § 5 ver.di-Satzung idF des Be- 51

schluss des Gewerkschaftsrats vom 14. März 2012 genannten Aufgaben und Ziele aus. Nach § 73 Nr. 1 ver.di-Satzung wird die Arbeitgeberfunktion für alle Beschäftigten von ver.di vom Bundesvorstand ausgeübt. Innerhalb des maßgeblichen Organisationsbereichs von ver.di sind diese Tätigkeiten mit denen vergleichbar, die von den Arbeitnehmern ausgeübt werden, die im allgemeinen Verwaltungsdienst von der Bundesrepublik Deutschland beschäftigt werden. Deren Tarifsituation ist zur Beurteilung der bestehenden Tarifverträge und der Tarifüblichkeit iSd. § 8 (1) Satz 1 GBV EM heranzuziehen.

c) Danach kann der Gesamtbetriebsrat die Durchführung eines Vermittlungsverfahrens nach § 8 (2) GBV EM über den Abschluss einer Gesamtbetriebsvereinbarung zur Altersteilzeit verlangen. Nach dem für das maßgebliche Referenztarifgebiet geltenden Tarifvertrag zur Regelung flexibler Arbeitsbedingungen für ältere Beschäftigte vom 27. Februar 2010 (*TV Flex*) bestehen für die Beschäftigten des Bundes, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags für den Öffentlichen Dienst fallen, Möglichkeiten zur Inanspruchnahme von Altersteilzeit (§ 2 ff. *TV Flex*).

52

Schmidt

Linck

Koch

Schäferkord

H. Schwitzer