

Bundesarbeitsgericht
Erster Senat

Beschluss vom 18. März 2014
- 1 ABR 75/12 -

I. Arbeitsgericht Köln

Beschluss vom 4. November 2011
- 5 BV 150/11 -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Beschluss vom 9. Mai 2012
- 8 TaBV 97/11 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Betriebliche Lohngestaltung - Durchführungsanspruch

Bestimmungen:

BetrVG § 87 Abs. 1 Nr. 10, § 77 Abs. 1 Satz 1; BGB § 611 Abs. 1

Leitsatz:

Der Betriebsrat kann vom Arbeitgeber im Wege des betriebsverfassungsrechtlichen Durchführungsanspruchs nicht die Weitergewährung eines mitbestimmungswidrig eingeführten Vergütungsbestandteils verlangen.

BUNDESARBEITSGERICHT



1 ABR 75/12
8 TaBV 97/11
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
18. März 2014

BESCHLUSS

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragsteller und Beschwerdeführer,

2.

Rechtsbeschwerdeführerin,

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 18. März 2014 durch die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Schmidt, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Linck und Prof. Dr. Koch sowie der ehrenamtliche Richter Wisskirchen und die ehrenamtliche Richterin Seyboth für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Köln vom 9. Mai 2012 - 8 TaBV 97/11 - aufgehoben.

Die Beschwerde des Betriebsrats gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Köln vom 4. November 2011 - 5 BV 150/11 - wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

A. Die Beteiligten streiten über das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts bei der Vergütung von Samstagarbeit. 1

Die nicht tarifgebundene Arbeitgeberin ist ein Einzelhandelsunternehmen. In ihrem K Betrieb ist der antragstellende Betriebsrat gebildet. Die Arbeitgeberin veröffentlichte im März 2009 in der Filiale K ein hausinternes Rundschreiben, in dem es hieß: 2

„• ZEITKONTO/SAMSTAGSVERGÜTUNG

Ihr seid super! Für Eure hervorragende Arbeit in den Jahren seit unserer Eröffnung konnte unsere Filiale eine tolle Leistung erzielen. Daher gilt ab sofort folgende Regelung für die Arbeit der Voll- und Teilzeitkräfte am Samstag: 25 % der geleisteten Stundenzahl wird in einem separaten Stundenkonto gesammelt. Die Vergütung dieser Stunden wird noch geregelt. In Kürze erhaltet Ihr weitere Infos.“

Die Arbeitgeberin gewährte in der Folgezeit bei einem Einsatz an Samstagen auf den Arbeitszeitkonten ihrer Beschäftigten eine Gutschrift iHv. 25 % für die erbrachte Arbeitsleistung. Den Betriebsrat beteiligte sie hierbei nicht. Seit September 2010 schließt die Arbeitgeberin mit neu eingestellten Arbeitnehmern arbeitsvertraglich eine Zeitgutschrift für die Arbeit an Samstagen aus. Den am 31. August 2010 beschäftigten Arbeitnehmern gewährt sie diese hingegen unverändert weiter. 3

Der Betriebsrat hat geltend gemacht, die Arbeitgeberin sei zur Gewäh- 4
rung der Zeitgutschrift an alle Arbeitnehmer verpflichtet. Die Änderung des be-
günstigten Personenkreises unterliege seinem Mitbestimmungsrecht aus § 87
Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Ihre Zusage aus dem Frühjahr 2009 könne die Arbeitge-
berin daher nicht ohne seine Zustimmung ändern.

Der Betriebsrat hat - soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren noch 5
von Bedeutung - beantragt,

1. der Arbeitgeberin aufzugeben, es zu unterlassen, die
folgende Regelung: „Für die Arbeit der Voll- und Teil-
zeitkräfte an Samstagen wird 25 % der geleisteten
Stundenzahl in einem separaten Stundenkonto ge-
sammelt.“ einseitig ohne Zustimmung des Betriebs-
rats oder einen die Einigung ersetzenden Spruch ei-
ner Einigungsstelle abzuändern;
2. der Arbeitgeberin für jeden Fall der Zuwiderhandlung
gegen eine Entscheidung entsprechend dem Antrag
zu 1. ein Ordnungsgeld, dessen Höhe in das Ermes-
sen des Gerichts gesetzt wird, anzudrohen.

Die Arbeitgeberin hat beantragt, die Anträge abzuweisen. 6

Das Arbeitsgericht hat die Anträge abgewiesen. Das Landesarbeitsge- 7
richt hat ihnen auf die Beschwerde des Betriebsrats entsprochen. Mit der
Rechtsbeschwerde begehrt die Arbeitgeberin die Wiederherstellung der erstin-
stanzlichen Entscheidung. Während des Rechtsbeschwerdeverfahrens haben
sich die Beteiligten auf die Einrichtung einer Einigungsstelle zur betrieblichen
Lohngestaltung verständigt. In der Anhörung vor dem Senat hat der Betriebsrat
hilfsweise die Feststellung eines Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 10
BetrVG bei der Regelung von Zeitzuschlägen für die Arbeit an Samstagen be-
antragt.

B. Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin ist begründet. Das Landesar- 8
beitsgericht hat der Beschwerde des Betriebsrats zu Unrecht entsprochen. Der
zu 1. erhobene Antrag ist unbegründet, weshalb der Antrag zu 2. dem Senat
ebenso nicht zur Entscheidung anfällt wie der erstmals in der Rechtsbeschwer-
deinstanz angebrachte Feststellungsantrag.

- I. Der Antrag zu 1. ist unbegründet. 9
1. Der Antrag ist in der gebotenen Auslegung zulässig. 10
- a) Nach seinem Wortlaut ist der Antrag auf die Unterlassung der im Antrag beschriebenen „Regelung“ gerichtet. Eine solche Auslegung würde aber nach dem dazu heranzuziehenden Vorbringen des Betriebsrats in den Vorinstanzen seinem Antragsziel nicht gerecht. Der Betriebsrat möchte erreichen, dass die Arbeitgeberin auch den Arbeitnehmern für die an Samstagen geleistete Arbeit eine Zeitgutschrift iHv. 25 % auf ihrem Arbeitszeitkonto gewährt, die ab dem 1. September 2010 in der K Filiale der Arbeitgeberin eingestellt worden sind. Dieses Antragsverständnis hat der Betriebsrat in der Anhörung vor dem Senat ausdrücklich bestätigt. Damit handelt es sich bei dem Antrag zu 1. nicht um einen Unterlassungsantrag, der nach ständiger Senatsrechtsprechung zur Sicherung des sich aus § 87 Abs. 1 BetrVG ergebenden Mitbestimmungsrechts zulässig ist. Mit diesem kann der Betriebsrat nur die Beibehaltung eines gegenwärtigen betriebsverfassungsgemäßen Zustands verlangen und dessen Veränderung verhindern. Vorliegend soll die Arbeitgeberin aber durch den Antrag zu einem bestimmten Verhalten angehalten werden. 11
- b) Nur der so verstandene Antrag ist hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die Arbeitgeberin könnte im Fall einer antragsgemäßen Entscheidung erkennen, was von ihr verlangt wird. Sie müsste auch den nach dem 31. August 2010 eingestellten Arbeitnehmern bei deren Einsatz an einem Samstag eine Zeitgutschrift von 25 % gewähren. 12
2. Der Antrag zu 1. ist unbegründet. Die Arbeitgeberin hat den Betriebsrat zwar bei der Einführung des Zeitzuschlags für Samstagsarbeit im Frühjahr 2009 sowie bei der Änderung von dessen Anspruchsvoraussetzungen zum 1. September 2010 entgegen § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht ordnungsgemäß beteiligt. Dennoch kann der Betriebsrat von der Arbeitgeberin nicht die Gewährung eines Zeitzuschlags für die Arbeit an Samstagen auch an die nach dem 31. August 2010 eingestellten Arbeitnehmer verlangen. Es fehlt an einer Vereinbarung der Betriebsparteien, auf deren Grundlage die Arbeitgeberin gegen-

über dem Betriebsrat verpflichtet ist, den an Samstagen beschäftigten Arbeitnehmern einen Zeitzuschlag zu gewähren.

a) 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 10. Dezember 2013 - 1 ABR 39/12 - Rn. 18*). 14

aa) Die betriebliche Lohngestaltung betrifft die Festlegung abstrakter Kriterien zur Bemessung der (Gegen-)Leistung des Arbeitgebers, die dieser zur Abgeltung der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers oder sonst mit Rücksicht auf das Arbeitsverhältnis insgesamt erbringt. Entlohnungsgrundsätze bestimmen das System, nach dem das Arbeitsentgelt für die Belegschaft oder Teile der Belegschaft ermittelt oder bemessen werden soll. Entlohnungsgrundsätze müssen Arbeitsentgelt iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zum Gegenstand haben und abstrakte Vorgaben für dessen Verteilung auf die Arbeitnehmer enthalten. Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ist dabei nicht beschränkt auf die im Synallagma stehenden Entgeltbestandteile, sondern betrifft alle Formen der Vergütung, die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses nach bestimmten Grundsätzen oder nach einem System gewährt werden. Auch bei deren Ausgestaltung soll das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit sicherstellen (*BAG 8. November 2011 - 1 ABR 37/10 - Rn. 23, BAGE 139, 369*). 15

bb) Der Mitbestimmung aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterliegt die Einführung von Entlohnungsgrundsätzen und deren Änderung. Für das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats kommt es nicht darauf an, auf welcher rechtlichen Grundlage die Anwendung der bisherigen Entlohnungsgrundsätze erfolgt ist. Maßgeblich ist nicht der Geltungsgrund der Entgeltleistung, sondern das Vorliegen eines kollektiven Tatbestands (*BAG 14. Januar 2014 - 1 ABR 57/12 - Rn. 15*). 16

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, weder beschränkt noch 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 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 Tarifsperre 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. Dabei unterliegt nicht nur die Einführung, sondern auch die Änderung der im Betrieb für die Verteilung der Gesamtvergütung aufgestellten Entlohnungsgrundsätze dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats (*BAG 10. Dezember 2013 - 1 ABR 39/12 - Rn. 19*). 17

b) Nach diesen Grundsätzen hatte der Betriebsrat bereits bei der Einführung des Zeitzuschlags für Samstagsarbeit im Frühjahr 2009 nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitzubestimmen. Seither erhalten Arbeitnehmer eine besondere Gutschrift auf ihrem Arbeitszeitkonto als Gegenleistung für die erbrachte Arbeitsleistung an Samstagen. Diese beträgt 25 % für jede Arbeitsstunde. Bei Arbeit an anderen Wochentagen wird die erbrachte Arbeitszeit ohne Zuschlag in das Arbeitskonto der Arbeitnehmer eingestellt. Mit der Gewährung einer solchen Vergütung für Arbeit an Samstagen hat die Arbeitgeberin einen Entlohnungsgrundsatz aufgestellt, durch den das bei ihr bestehende Vergütungssystem geändert worden ist. Diese Maßnahme bedurfte wegen der mit ihr verbundenen Auswirkungen auf die Verteilung der von der Arbeitgeberin gezahlten Gesamtvergütung der Zustimmung des Betriebsrats. 18

aa) Die in Abhängigkeit vom Zeitraum der erbrachten Arbeitsleistung vorgenommene Gutschrift auf einem Arbeitszeitkonto stellt Arbeitsentgelt iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG dar. 19

Ein Arbeitszeitkonto hält fest, in welchem zeitlichen Umfang der Arbeitnehmer seine Hauptleistungspflicht nach § 611 Abs. 1 BGB erbracht hat oder aufgrund eines Entgeltfortzahlungstatbestandes nicht erbringen musste. Ein nicht ausgeglichenes Konto weist bei einer verstetigten Arbeitsvergütung - je nach Stand - Vorleistungen der einen oder der anderen Seite aus (*BAG 15. Mai 2013 - 10 AZR 325/12 - Rn. 38*). Es gibt den Umfang der vom Arbeitnehmer geleisteten Arbeit wieder und drückt damit - in anderer Form - seinen Vergütungsanspruch aus (*BAG 21. März 2012 - 6 AZR 560/10 - Rn. 21*). 20

bb) Die Arbeitgeberin hat mit der Gewährung einer Zeitgutschrift für Samstagsarbeit einen Entlohnungsgrundsatz iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG aufgestellt. 21

Die Gewährung einer Gutschrift iHv. 25 % für die an Samstagen geleistete Arbeitszeit stellt eine abstrakt-generelle Regelung über die Ausgestaltung des von der Arbeitgeberin gewährten Arbeitsentgelts dar. Arbeitnehmer, die ihre Arbeitsleistung an diesem Tag erbringen, erhalten ein nach anderen Grundsätzen bemessenes Arbeitsentgelt gegenüber der Arbeit an anderen Wochenta- 22

gen. Mit der Einführung einer Zeitgutschrift für Samstagsarbeit hat die nicht tarifgebundene Arbeitgeberin das bei ihr bestehende Vergütungssystem um eine Vergütung für die Arbeit zu besonderen Zeiten ergänzt. Dieses umfasste zum Zeitpunkt der Einführung des Zeitzuschlags nur die arbeitsvertraglich vereinbarte Vergütung. Über deren Zusammensetzung haben die Vorinstanzen keine Feststellungen getroffen. Einer darauf gestützten Zurückverweisung zur Sachaufklärung bedarf es indes nicht. Anhaltspunkte dafür, dass die vertraglich vereinbarte Vergütung bereits einen Zeitzuschlag vorgesehen hat, bestehen nach dem Vorbringen der Beteiligten nicht.

cc) Die Einführung einer Zeitgutschrift für Samstagsarbeit unterfiel danach dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. 23

Die Tarifsperrung des § 87 Abs. 1 Eingangshalbs. BetrVG schließt vorliegend das Beteiligungsrecht nicht aus. Die Arbeitgeberin ist nicht tarifgebunden. Die mit der Einführung einer Zeitgutschrift verbundene unterschiedliche Bemessung der Arbeitsvergütung für die Arbeit an Samstagen berührt die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit. Der das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG begründende kollektive Bezug liegt vor. Die Gutschrift wird allen an Samstagen eingesetzten Arbeitnehmern ohne Rücksicht auf die Besonderheiten einzelner Arbeitsverhältnisse gewährt. Ob die begünstigten Arbeitnehmer diese Leistung aufgrund einer von der Arbeitgeberin erteilten Gesamtzusage beanspruchen können, wie das Landesarbeitsgericht angenommen hat, bedarf keiner Entscheidung. Für das Mitbestimmungsrecht ist allein maßgeblich, ob der Arbeitgeber eine geldwerte Leistung tatsächlich erbringt. Auf ihren rechtlichen Geltungsgrund kommt es hingegen nicht an. 24

dd) Die Einordnung der Zeitgutschrift als Entlohnungsgrundsatz iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG steht nicht im Widerspruch zu der von der Rechtsbeschwerde angeführten Senatsentscheidung vom 27. Januar 1998 (- 1 ABR 35/97 -). In dieser hat der Senat das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Gewährung einer Gutschrift auf einem Arbeitszeitkonto für die Zeit eines Betriebsausflugs verneint, weil von einer solchen Maßnahme nicht die betriebliche Lohngestaltung iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG betroffen sei. Ob hieran an- 25

gesichts des Vergütungscharakters von Gutschriften auf Arbeitszeitkonten festzuhalten ist, kann dahinstehen. Gegenstand der genannten Senatsentscheidung war eine Zeitgutschrift, die der Arbeitgeber für Zeiten ohne Arbeitsleistung an alle Arbeitnehmer gewährt hat. Bei der Zeitgutschrift für die Beschäftigung an Samstagen handelt es sich hingegen um eine Gegenleistung für die tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung.

c) Ebenso unterlag die von der Arbeitgeberin seit dem 1. September 2010 vorgenommene Beschränkung des begünstigten Personenkreises, dem ein besonderer Zuschlag für Samstagsarbeit gewährt wird, dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Durch diese Maßnahme hat sie den im Frühjahr 2009 aufgestellten Entlohnungsgrundsatz geändert. 26

aa) Den Zeitzuschlag für die Samstagsarbeit hat die Arbeitgeberin ursprünglich an alle Arbeitnehmer des K Betriebs erbracht. Sie hat diese Leistung nicht eingestellt, aber den Kreis der anspruchsberechtigten Arbeitnehmer beschränkt. Die Arbeitgeberin gewährt Arbeitnehmern, die ab September 2010 in ihrem Betrieb eingestellt worden sind, für die Arbeit an Samstagen keinen Zuschlag von 25 % für jede Arbeitsstunde. Diesen erhalten nur Arbeitnehmer, die bis zum 31. August 2010 eingestellt worden sind. 27

bb) Diese Maßnahme berührt die Verteilung der den Arbeitnehmern gewährten Gesamtvergütung. Selbst wenn zu Gunsten der Arbeitgeberin unterstellt würde, dass die Gewährung des Zeitzuschlags ohne rechtliche Verpflichtung erfolgt, konnte diese mitbestimmungsfrei lediglich den Leistungszweck und die Höhe des Dotierungsrahmens festlegen (*BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 20/09 - Rn. 23, BAGE 135, 382*). Bei der Ausgestaltung des begünstigten Personenkreises hat hingegen der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitzubestimmen. 28

cc) Dass die im Frühjahr 2009 eingeführte Leistung nur auf die bis zu diesem Zeitpunkt eingestellten Arbeitnehmer beschränkt war, wie dies erstmals von der Arbeitgeberin in der Rechtsbeschwerdeinstanz behauptet wird, ist weder aus dem Leistungszweck oder den sonstigen Umständen ersichtlich. Aus 29

der von beiden Beteiligten herangezogenen hausinternen Veröffentlichung ergibt sich eine solche Beschränkung nicht. Ebenfalls hat die Arbeitgeberin in den Tatsacheninstanzen keinen Vortrag dazu gehalten, dass sie die besondere Vergütung der Samstagsarbeit stichtagsbezogen auf den bis zum Frühjahr 2009 eingestellten Personenkreis beschränkt hat.

d) Ein auf die Gewährung einer Zeitgutschrift für Arbeit an Samstagen gerichteter Durchführungsanspruch des Betriebsrats besteht jedoch nicht. Zwar hat die Arbeitgeberin dessen Mitbestimmungsrecht durch die ohne seine Beteiligung erfolgte Aufstellung und Änderung des Entlohnungsgrundsatzes über die Vergütung von Samstagsarbeit verletzt. Der Betriebsrat kann jedoch nur die Durchführung einer mit der Arbeitgeberin getroffenen Vereinbarung verlangen. Für die Durchsetzung von mitbestimmungswidrigem Verhalten der Arbeitgeberin fehlt es hingegen an einer Anspruchsgrundlage. 30

aa) Nach § 77 Abs. 1 Satz 1 BetrVG führt der Arbeitgeber Vereinbarungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber, auch soweit sie auf einem Spruch der Einigungsstelle beruhen, durch. Diese Vorschrift grenzt nicht nur die Kompetenzen der Betriebsparteien zueinander ab, indem sie dem Arbeitgeber die alleinige Führung des Betriebs überlässt und einseitige Eingriffe des Betriebsrats in die Betriebsführung verbietet, sondern sie verpflichtet auch den Arbeitgeber gegenüber dem Betriebsrat, solche Vereinbarungen ihrem Inhalt entsprechend im Betrieb anzuwenden (*BAG 24. Februar 1987 - 1 ABR 18/85 - zu B II 1 a der Gründe, BAGE 54, 191*). Der Betriebsrat kann daher vom Arbeitgeber aus der betreffenden Betriebsvereinbarung iVm. § 77 Abs. 1 Satz 1 BetrVG auch deren Durchführung im Betrieb verlangen (*BAG 18. Mai 2010 - 1 ABR 6/09 - Rn. 16, BAGE 134, 249*). Ob ein Durchführungsanspruch des Betriebsrats auch für Regelungsabreden besteht, hat der Senat bisher offengelassen (*BAG 27. Oktober 1998 - 1 ABR 3/98 - zu B I 3 b der Gründe, BAGE 90, 76*). 31

bb) Eine Betriebsvereinbarung, in der die Betriebsparteien die Voraussetzungen für die Gewährung einer Zeitgutschrift geregelt haben, besteht nicht. 32

cc) Der Senat muss auch nicht entscheiden, ob der Betriebsrat die Durchführung einer mit dem Arbeitgeber abgeschlossenen Regelungsabrede verlangen kann. Zwar können die Betriebsparteien wechselseitige Rechte und Pflichten nicht nur in einer Betriebsvereinbarung, sondern auch durch eine an keine bestimmte Form gebundene Regelungsabrede treffen (*BAG 21. Januar 2003 - 1 ABR 9/02 - zu B II 2 c aa [2] der Gründe*). Eine solche Regelungsabrede über die Gewährung einer Zeitgutschrift für die Arbeit an Samstagen haben die Beteiligten aber nicht abgeschlossen. Es ist zwischen ihnen unstrittig, dass der Betriebsrat seine Zustimmung zu der im Frühjahr 2009 von der Arbeitgeberin eingeführten Leistung nicht erteilt hat. Er hat die Gewährung der Zeitgutschriften lediglich geduldet. Die bloße Hinnahme eines mitbestimmungswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers durch den Betriebsrat ist für den Abschluss einer Regelungsabrede jedoch nicht ausreichend. Diese setzt zumindest eine auf die Zustimmung zu der Maßnahme gerichtete Beschlussfassung des Betriebsrats (*Fitting 27. Aufl. § 77 Rn. 219*) und deren Verlautbarung gegenüber dem Arbeitgeber voraus. Dass beides erfolgt ist, hat der Betriebsrat nicht behauptet. 33

II. Da sich der Antrag zu 1. als unbegründet erweist, fällt dem Senat der demgegenüber nur als Hilfsantrag gestellte Antrag zu 2. nicht zur Entscheidung an. 34

III. Dies gilt gleichermaßen für den in der Rechtsbeschwerdeinstanz gestellten Feststellungsantrag. Dieser steht unter der innerprozessualen Bedingung, dass die in den Vorinstanzen gestellten Anträge unzulässig sind. Diese Bedingung ist nicht eingetreten. Der Antrag zu 1. ist vom Senat als unbegründet abgewiesen worden. Im Übrigen wäre der Feststellungsantrag auch unzulässig, da ihm das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche besondere Feststellungsinteresse fehlt. Für den Antrag besteht kein Interesse an einer alsbaldigen Feststellung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bei der Ausgestaltung der Entlohnung für Samstagsarbeit. Die Beteiligten haben sich während des Rechtsbeschwerdeverfahrens auf die Einrichtung einer Einigungsstelle zur betrieblichen Lohngestaltung verständigt. Zu deren Aufgaben gehören die Ausgestaltung der Entlohnungsgrundsätze für die gesamte von der Arbeitge- 35

rin gewährte Vergütung. Es ist nicht Aufgabe des Rechtsbeschwerdegerichts, hierfür einzelne Rechtsfragen im Wege einer gutachterlichen Stellungnahme vorab zu klären.

Schmidt

Linck

Koch

Wisskirchen

Seyboth