

BUNDESARBEITSGERICHT



1 AZR 473/09
2 Sa 176/08
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
17. Mai 2011

URTEIL

Klapp, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17. Mai 2011 durch die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts

Schmidt, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Linck und Prof. Dr. Koch sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Federlin und Platow für Recht erkannt:

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 18. Juni 2009 - 2 Sa 176/08 - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über den Anspruch einer Gewerkschaft auf Beseitigung der individualrechtlichen Folgen einer tarifwidrigen betrieblichen Arbeitszeit- und Vergütungsregelung. 1

Die Beklagte vertreibt und montiert medizinisch-technische Geräte. Bei ihr bestehen aufgrund einer Betriebsvereinbarung nach § 3 BetrVG ein Betriebsrat für den Außendienst und ein Betriebsrat für den Innendienst. Im Außendienst beschäftigt die Beklagte rund 650 Arbeitnehmer, im Innendienst ca. 320 Arbeitnehmer. Die Beklagte ist nicht tarifgebunden. 2

Rechtsvorgängerin der Beklagten ist die P M S GmbH. Deren Vermögen übernahm die Beklagte im Wege der Verschmelzung durch Aufnahme, die am 6. August 2008 ins Handelsregister eingetragen wurde. 3

Die P M S GmbH war Mitglied von Nordmetall, einem Verband der Metall- und Elektroindustrie. Sie wandte in ihren Betrieben die zwischen Nordmetall und der Klägerin abgeschlossenen Tarifverträge an. Die Klägerin ist in den Betrieben der Beklagten und deren Rechtsvorgängerin vertreten. 4

Nach dem Manteltarifvertrag für die Metall- und Elektroindustrie Hamburg/Schleswig-Holstein (*MTV*) beträgt die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit 35 Stunden. 5

Die Rechtsvorgängerin der Beklagten schloss Ende 2005 mit dem Betriebsrat für den Außendienst die am 1. März 2006 in Kraft getretene Betriebsvereinbarung „Arbeitszeitregelung für den technischen Außendienst“ (*BV technischer Außendienst*). Darin war ua. ab 1. März 2006 eine Erhöhung der Wochenarbeitszeit auf 40 Stunden geregelt. Als Ausgleich hierfür erhielten die Mitarbeiter anstelle etwaiger anderer Vergütungsansprüche einen „leistungs- bzw. erfolgsabhängigen Bonus“.

Mit dem Betriebsrat für den Innendienst vereinbarte die Rechtsvorgängerin der Beklagten am 16. Februar 2007 die ab dem 1. März 2007 geltende Betriebsvereinbarung „Gleitende Arbeitszeit im Innendienst“ (*BV Innendienst*). Danach richtete sich die Dauer der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit nach dem Arbeitsvertrag bzw. dem jeweils gültigen Tarifvertrag. In einer zeitgleich abgeschlossenen und in Kraft getretenen Protokollnotiz Nr. 1 war ergänzend bestimmt, dass alle Arbeitnehmer verpflichtet sind, bei entsprechendem Arbeitsanfall durchschnittlich fünf Stunden pro Woche Mehrarbeit zu leisten. Als Ausgleich hierfür erhielten sie einen Zielerreichungsbonus.

Beide Betriebsvereinbarungen wurden am 4. August 2008 durch die Rechtsvorgängerin der Beklagten und die beiden Betriebsräte mit sofortiger Wirkung aufgehoben. Gleichzeitig vereinbarten sie den Inhalt der Betriebsvereinbarungen erneut als Regelungsabrede.

Die Klägerin hat geltend gemacht, die Betriebsvereinbarungen seien unwirksam, weil sie die Dauer der tariflich geregelten regelmäßigen Arbeitszeit um fünf Stunden erhöhten. Zudem werde die über 35 Wochenstunden hinausgehende Arbeitszeit nicht mit der tariflich geltenden (Mehrarbeits-)Vergütung entlohnt, sondern durch eine Bonuszahlung abgegolten. Das tarifwidrige Verhalten habe sie in ihrer Koalitionsfreiheit beeinträchtigt. Ihr stehe deshalb gegen die Beklagte ein Beseitigungsanspruch zu.

Die Klägerin hat beantragt: 10

1. Die Beklagte wird verurteilt, den Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen, die von der Arbeitszeitregelung für den technischen Außendienst (VM-PW-1004/2005)

erfasst werden, für die in der Zeit vom 1. März 2006 bis 3. August 2008 über 35 Stunden pro Woche hinausgehenden Mehrarbeitsstunden (Ausgleichszeiträume 1. März 2006 bis 31. August 2006, 1. September 2006 bis 28. Februar 2007, 1. März 2007 bis 31. August 2007, 1. September 2007 bis 29. Februar 2008, 1. März 2008 bis 3. August 2008) anzubieten, die Zeitguthaben durch Bezahlung oder in Freizeit abzugelten;

2. die Beklagte wird verurteilt, den von der Arbeitszeitregelung für den technischen Außendienst (VM-PW-1004/2005) betroffenen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen anzubieten, alle gemäß Ziffer 4.1 der BV „Arbeitszeitregelung für den technischen Außendienst (VM-PW-1004/2005)“ bis zum 1. August 2008 verfallenen Zeitguthaben durch Freizeit oder Bezahlung abzugelten;
3. die Beklagte wird verurteilt, den in den Geltungsbereich der Betriebsvereinbarung „Gleitende Arbeitszeit im Innendienst (VM-PW 1001/2007)“ fallenden Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen anzubieten, alle im Zeitraum 1. März 2007 bis 3. August 2008 über durchschnittlich 35 Stunden pro Woche (Ausgleichszeitraum 1. März 2007 bis 31. August 2007, 1. September 2007 bis 29. Februar 2008, 1. März 2008 bis 3. August 2008) hinausgehenden Mehrarbeitsstunden durch Freizeit oder Bezahlung abzugelten;
4. die Beklagte wird verurteilt, den Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen, die in den Geltungsbereich der Betriebsvereinbarung „Gleitende Arbeitszeit im Innendienst (VM-PW 1001/2007)“ fallen, anzubieten, alle gemäß Ziffer 4.1 Absatz 2 dieser BV bis zum 1. August 2008 verfallenen Zeitguthaben durch Bezahlung oder Freizeit abzugelten.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags ausgeführt, die Klage sei bereits unzulässig, weil die Klageanträge mangels namentlicher Nennung der Gewerkschaftsmitglieder nicht hinreichend bestimmt seien. Die Betriebsvereinbarungen verstießen auch nicht gegen den MTV, weil sie die regelmäßige Arbeitszeit nicht dauerhaft erhöhten, sondern lediglich vorübergehende Mehrarbeit anordneten. Bei voller Zielerreichung führe die Bonusregelung nicht zu einer Tarifunterschreitung. Die Klägerin begehre

11

schließlich nicht die Beseitigung tarifwidriger normativer Zustände, sondern die Erfüllung individueller Ansprüche. Hierzu sei sie jedoch nicht befugt.

Die Klägerin hat in einem einheitlichen Beschlussverfahren Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche geltend gemacht. Das Arbeitsgericht hat die in der Revision noch streitgegenständlichen Anträge durch Beschluss vom 9. Januar 2008 abgetrennt und in das Urteilsverfahren verwiesen. Insoweit hat es sodann die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt diese ihr Klagebegehren weiter.

12

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Klägerin ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

13

I. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts war nicht deswegen aufzuheben, weil das Arbeitsgericht den Rechtsstreit in das Urteilsverfahren überführt hat. Für den Anspruch einer Gewerkschaft auf die Beseitigung von Folgen tarifwidriger Betriebsvereinbarungen und Regelungsabreden, die dazu bestimmt sind, die tarifliche Ordnung zu verdrängen, ist wie für deren Unterlassungsbegehren (*hierzu BAG 20. April 1999 - 1 ABR 72/98 - zu B I 2 b der Gründe, BAGE 91, 210*) das Beschlussverfahren die zutreffende Verfahrensart. Nach § 73 Abs. 2 iVm. § 65 ArbGG ist allerdings die Zulässigkeit der Verfahrensart in der Revision nicht mehr zu prüfen. Das Arbeitsgericht hat nach einer Rüge der Arbeitgeberin die zunächst im Beschlussverfahren anhängig gemachten Ansprüche durch rechtskräftigen Beschluss vom 9. Januar 2008 in das Urteilsverfahren verwiesen. Daran war das Landesarbeitsgericht gebunden (§§ 88, 65 ArbGG).

14

II. Die Klage ist zulässig.

15

1. Die Anträge bedürfen allerdings der Auslegung. 16
- a) Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Abgabe von Angeboten an die Beschäftigten, die in die Geltungsbereiche der BV technischer Außendienst und der BV Innendienst fallen. Hierzu hat sie in den Vorinstanzen ausgeführt, sie wolle damit erreichen, dass die Beklagte den einzelnen Arbeitnehmern das Angebot einer Vereinbarung macht, das die Folgen der nach Auffassung der Klägerin tarifwidrigen Vorgehensweise der Beklagten beseitigt. Die Anträge sind damit auf die Vornahme von Handlungen, nämlich die Ausarbeitung und Unterbreitung von Angeboten durch die Beklagte an die in den Anträgen bezeichneten Beschäftigten gerichtet. Es geht der Klägerin nicht unmittelbar um die Abgabe einer bestimmten Willenserklärung, sondern die Ausarbeitung eines auf die einzelnen Arbeitnehmer zugeschnittenen Angebots. Dieses soll sich unter Außerachtlassung tarifvertraglicher Ausschlussfristen auf die in den benannten Zeiträumen entstandenen Vergütungsdifferenzen beziehen, die sich nach Maßgabe der Tarifregelungen unter Zugrundelegung der jeweils tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden aus der hierfür zu zahlenden tariflichen Mehrarbeitsvergütung abzüglich des ausgezahlten Bonus ergeben. 17
- Die Vollstreckung des von der Klägerin erstrebten Titels richtet sich bei diesem Antragsverständnis nach § 888 ZPO. Die Vorschrift des § 894 ZPO ist bei einer solchen Antragsauslegung nicht anwendbar, weil die Klägerin von der Beklagten nicht die Abgabe ausformulierter Angebote begehrt, sondern deren Ausarbeitung. 18
- b) Von den Anträgen werden in zeitlicher Hinsicht alle Arbeitnehmer erfasst, die bis zur Aufhebung der Betriebsvereinbarungen am 4. August 2008 in deren Geltungsbereich fielen. In persönlicher Hinsicht sind hiervon nach dem Vorbringen der Klägerin leitende und AT-Angestellte sowie die Beschäftigten ausgenommen, mit denen zuvor tarifvertragsgemäß (§ 3 Nr. 1.2 MTV) eine individuelle regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden vereinbart war. 19

2. In dieser Auslegung sind die Anträge zulässig, insbesondere hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 20
- a) Danach muss die Klageschrift neben der Angabe des Gegenstands und des Grundes des erhobenen Anspruchs auch einen bestimmten Antrag enthalten. Ein Klageantrag ist grundsätzlich hinreichend bestimmt, wenn er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet. Dadurch werden der Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) abgesteckt und Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO) festgelegt. Zugleich wird vermieden, dass das Risiko eines Unterliegens des Klägers durch eine vermeidbare Ungenauigkeit auf den Beklagten abgewälzt wird oder der Streit in ein sich anschließendes Zwangsvollstreckungsverfahren verlagert wird. Maßgeblich für die Bestimmtheit eines Klageantrags sind die Besonderheiten des anzuwendenden materiellen Rechts und die Umstände des Einzelfalls. Hierbei ist das zu schützende Interesse eines Beklagten, sich gegen die Klage erschöpfend verteidigen zu können, sowie sein Interesse an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit hinsichtlich der Entscheidungswirkungen mit dem ebenfalls schutzwürdigen Interesse des Klägers an einem wirksamen Rechtsschutz abzuwägen (*BGH 28. November 2002 - I ZR 168/00 - zu II 2 b (1) der Gründe, BGHZ 153, 69*). Generalisierende Formulierungen können daher im Einzelfall unvermeidlich sein. Andernfalls würde die Möglichkeit, gerichtlichen Rechtsschutz zu erlangen, durch prozessuale Anforderungen unzumutbar erschwert, wenn nicht gar beseitigt (*BAG 22. Juni 2010 - 1 AZR 179/09 - Rn. 18, AP GG Art. 9 Nr. 142 = EzA GG Art. 9 Nr. 101*). 21
- b) Nach diesen Grundsätzen sind die begehrten Handlungen so konkretisiert, dass die Beklagte erkennen kann, was von ihr verlangt wird. 22
- aa) Der Personenkreis ist bestimmbar bezeichnet. Gleiches gilt für die Anspruchszeiträume. Die Beklagte hat nur auf die einzelnen Arbeitnehmer zugeschnittene Angebote auszuarbeiten. Es bleibt den einzelnen Arbeitnehmern überlassen, die inhaltliche Richtigkeit der jeweiligen Angebote zu überprüfen und sich dann für einen Freizeit- und/oder Abgeltungsanspruch in Geld zu entscheiden. Die von der Klägerin gewählte Antragsformulierung ist 23

hinzunehmen, weil es für sie keinen anderen Weg zur prozessualen Durchsetzung der von ihr behaupteten Ansprüche gibt. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass ihr die zur Formulierung konkreter Angebote erforderlichen tatsächlichen Umstände nicht bekannt sind. Zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes (*Art. 19 Abs. 4, Art. 20 Abs. 3 GG*) muss ihr jedoch die Möglichkeit eröffnet werden, die Frage klären zu lassen, ob sie wegen der von ihr behaupteten Verletzung der Koalitionsfreiheit (*Art. 9 Abs. 3 GG*) aus eigenem Recht von der Beklagten die Beseitigung der hierdurch bewirkten Beeinträchtigungen in Gestalt der den einzelnen Arbeitnehmern entstandenen wirtschaftlichen Nachteile verlangen kann.

bb) Der Bestimmtheit der Anträge steht nicht entgegen, dass den Arbeitnehmern die Wahl eingeräumt werden soll, sich zwischen Auszahlung der Arbeitsvergütung oder Freizeit entscheiden zu können. Hierbei handelt es sich um eine Wahlschuld iSd. § 262 BGB. Eine solche liegt vor, wenn mehrere Leistungen in der Weise geschuldet werden, dass nach späterer Wahl nur eine von ihnen zu erbringen ist. Auch eine Wahlschuld kann eine bestimmte Leistung sein, weil nur ein einheitlicher Anspruch besteht, der jedoch einen alternativen Inhalt hat (*Palandt/Grüneberg BGB 70. Aufl. § 262 Rn. 1*). Besteht im Einzelfall Streit über die inhaltliche Richtigkeit eines Angebots, wäre dieser in einem Individualverfahren zwischen dem jeweiligen Arbeitnehmer und der Beklagten zu klären.

24

cc) Entgegen der Auffassung der Beklagten musste die Klägerin in den Anträgen nicht die Personen namentlich bezeichnen, die bei ihr Mitglied sind. Die Beklagte beruft sich insoweit zu Unrecht auf die Entscheidung des Vierten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 19. März 2003 (- 4 AZR 271/02 - BAGE 105, 275). Diese betrifft einen anderen Sachverhalt. Der Vierte Senat hatte gerade nicht über einen auf alle Arbeitnehmer bezogenen Antrag zu entscheiden, sondern über einen Unterlassungsantrag, der nur die bei der Arbeitgeberin beschäftigten Mitglieder der klagenden Gewerkschaft betraf. Den einschränkungslos auf alle Mitarbeiter gerichteten Hauptantrag hatten die Vorinstanzen bereits rechtskräftig abgewiesen. Im vorliegenden Fall hat die

25

Klägerin ihren Antrag jedoch nicht auf Gewerkschaftsmitglieder beschränkt. Die namentliche Benennung der Gewerkschaftsmitglieder ist für die Bestimmtheit des Antrags jedenfalls dann entbehrlich, wenn der Antrag nicht auf diese eingegrenzt ist (*vgl. K. Schmidt RdA 2004, 152, 157 f.*).

III. Die Klage ist unbegründet. Die BV technischer Außendienst und die BV Innendienst verstoßen zwar gegen den Tarifvorrang aus § 77 Abs. 3 BetrVG und sind deshalb unwirksam. Hierdurch ist die Klägerin in ihrer Koalitionsfreiheit beeinträchtigt worden. Mit dem Wirksamwerden der Verschmelzung der P M S GmbH auf die Beklagte am 6. August 2008 hat dieser Eingriff jedoch geendet, weil die Beklagte selbst nicht tarifgebunden ist. Für ein auf die Nachzahlung von Arbeitsvergütung an die Arbeitnehmer gerichtetes Klagebegehren fehlt es an einer Anspruchsgrundlage. 26

1. Die BV technischer Außendienst und die BV Innendienst haben tariflich geregelte Arbeitsbedingungen zum Gegenstand und verstoßen deshalb gegen § 77 Abs. 3 BetrVG. 27

a) Nach dieser Bestimmung können Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Dies gilt nicht, wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt. Eine solche Öffnungsklausel enthalten die hier maßgebenden Tarifverträge allerdings nicht. Auch bedarf es keiner Entscheidung, ob der Tarifvorrang auch für Regelungsabreden gilt (*dazu BAG 20. April 1999 - 1 ABR 72/98 - zu B II 1 b der Gründe, BAGE 91, 210*). Die in den Klageanträgen bezeichneten Zeiträume reichen nur bis zu der von den Betriebsparteien vereinbarten Aufhebung der beiden Betriebsvereinbarungen. 28

b) Die Betriebsparteien haben in diesen die tarifvertraglich geregelte regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 35 auf 40 Stunden erhöht und hierfür ein eigenständiges Vergütungsregime in Form von Bonuszahlungen errichtet. Diese Arbeitszeitverlängerung ist in Nr. 2.1 der BV technischer Außendienst eindeutig vereinbart, gilt aber auch für die in der Protokollnotiz Nr. 1 zur BV 29

Innendienst getroffenen Regelung. Zwar ist hierin nicht ausdrücklich eine regelmäßige Wochenarbeitszeit von 40 Stunden vorgesehen, sondern nur die Verpflichtung der Mitarbeiter, bei entsprechendem Arbeitsanfall durchschnittlich fünf Stunden pro Woche Mehrarbeit zu leisten. Aus der in Nr. 3.1 BV Innendienst vereinbarten täglichen Sollarbeitszeit von einem Fünftel der jeweils gültigen Wochenarbeitszeit, die in der Regel an fünf Werktagen in der Woche von Montag bis Freitag zu erbringen ist, sowie der Regelung bei Abwesenheit in Nr. 11 der Protokollnotiz Nr. 1, wonach bezahlte Abwesenheit sowie Urlaub und Krankheit bei Vollzeitbeschäftigten mit acht Stunden täglich im Arbeitszeitkonto berücksichtigt werden, ergibt sich jedoch hinreichend deutlich, dass auch im Geltungsbereich der BV Innendienst eine Erhöhung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 35 auf 40 Stunden erfolgt ist.

c) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG nicht entfallen, weil die BV technischer Außendienst und die Protokollnotiz Nr. 1 zur BV Innendienst Arbeitszeitfragen betreffen, für die ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht. Zwar gilt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Sperre des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG dann nicht, wenn es um Angelegenheiten geht, die nach § 87 Abs. 1 BetrVG der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen (*GS 3. Dezember 1991 - GS 2/90 - zu C I 4 der Gründe, BAGE 69, 134; 9. Dezember 2003 - 1 ABR 52/02 - zu B II 1 b der Gründe, EzA BetrVG 2001 § 77 Nr. 6*). Hieran fehlt es vorliegend. Regelungsgegenstand der Betriebsvereinbarungen ist nicht die vorübergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. 30

aa) Vorübergehend ist eine Verlängerung der Arbeitszeit, wenn für einen überschaubaren Zeitraum von deren regulärem Volumen abgewichen wird, um anschließend zum betriebsüblichen Umfang zurückzukehren. Die Verlängerung darf nicht auf Dauer erfolgen. Maßgeblich ist die zum Zeitpunkt der Änderung bestehende Planung des Arbeitgebers. Der vorübergehende Charakter einer Veränderung der Arbeitszeit wird insbesondere dann deutlich, wenn diese Maßnahme bis zu einem bestimmten Zeitpunkt oder bis zur Erreichung eines 31

bestimmten Zwecks befristet wird (*BAG 24. April 2007 - 1 ABR 47/06 - Rn. 17, BAGE 122, 127*).

bb) Für eine nur vorübergehende Verlängerung der regelmäßigen Arbeitszeit gibt es in den Betriebsvereinbarungen und Protokollnotizen keine objektiven Anhaltspunkte. Diese sind weder auf einen bestimmten Zeitpunkt oder bis zur Erreichung eines bestimmten Zwecks befristet. Auch der Gesamtzusammenhang der getroffenen Vereinbarungen weist nicht auf eine mitbestimmungspflichtige Änderung der Arbeitszeit hin. Vielmehr macht die Präambel der BV technischer Außendienst gerade deutlich, dass es den Betriebsparteien um eine dauerhafte Arbeitszeiterhöhung ging, um „steigenden Kunden- und Marktanforderungen“ gerecht zu werden. Die BV Innendienst sollte es nach ihrer Präambel den Arbeitnehmern ermöglichen, durch die darin enthaltene Gleitzeitregelung Beginn und Ende der Arbeitszeit selbst zu bestimmen. Auch dies spricht für eine unbefristete Regelung. 32

2. Durch die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen ist die Klägerin in ihrer Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG verletzt worden. 33

a) Art. 9 Abs. 3 GG schützt nicht nur den Einzelnen in seiner Freiheit, eine Vereinigung zur Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu gründen, ihr beizutreten oder fernzubleiben oder sie zu verlassen. Geschützt ist auch die Koalition selbst in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihren Betätigungen, sofern diese der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen. Der Schutz ist nicht von vornherein auf einen Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigungen beschränkt, die für die Sicherung des Bestands der Koalitionen unerlässlich sind. Er erstreckt sich vielmehr auf alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen. Dazu gehören sämtliche Betätigungen, die dem Zweck der Koalitionen dienen, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu wahren und zu fördern (*BVerfG 6. Februar 2007 - 1 BvR 978/05 - zu II 2 a der Gründe, NZA 2007, 394*). Das betrifft insbesondere den Abschluss von Tarifverträgen, in denen das Arbeitsentgelt und andere materielle Arbeitsbedingungen wie etwa die Arbeitszeit geregelt sind. 34

b) Die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Koalitionsfreiheit wird nicht erst dann beeinträchtigt, wenn eine Koalition daran gehindert wird, Tarifrecht zu schaffen. Eine Einschränkung oder Behinderung dieses Freiheitsrechts liegt nach der Senatsrechtsprechung (20. April 1999 - 1 ABR 72/98 - zu B II 2 b bb der Gründe, BAGE 91, 210) auch in Abreden oder Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, die Wirkung des von Koalitionen geschaffenen Tarifrechts zu vereiteln oder leerlaufen zu lassen. Unschädlich ist, dass entsprechende Abreden nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG nichtig sind, also die tarifliche Ordnung nicht in rechtlich erzwingbarer Weise ersetzen können. Die Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit liegt nämlich in der Eignung solcher Absprachen, aufgrund ihres erklärten Geltungsanspruchs faktisch an die Stelle der tariflichen Regelung zu treten. Darauf zielen tarifwidrige Betriebsvereinbarungen ab. Ihr offenkundiger Zweck ist es, Tarifnormen als kollektive Ordnung zu verdrängen und sie damit ihrer zentralen Funktion zu berauben. 35

c) Nach diesen Grundsätzen ist die Klägerin durch die BV technischer Außendienst und die BV Innendienst in ihrer Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG verletzt worden. Die Betriebsparteien haben hierdurch versucht, ein tarifwidriges Arbeitszeit- und darauf bezogenes Entgeltregime in dem Betrieb zu implementieren und die bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten geltenden Tarifnormen als kollektive Ordnung bezüglich der Regelung der Dauer der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit und der hierfür zu entrichteten Vergütung außer Kraft zu setzen. 36

3. Die Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit der klagenden Gewerkschaft hat aber am 6. August 2008 mit dem Wirksamwerden der Verschmelzung (§ 20 Abs. 1 UmwG) geendet. Mit diesem Zeitpunkt endete die normative Wirkung der maßgeblichen Verbandstarifverträge, weil die Beklagte ihrerseits nicht tarifgebunden ist. Nur im Falle eines Firmentarifvertrags wäre die Beklagte gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG in die vom verschmolzenen Rechtsträger vereinbarten Tarifverträge als Tarifvertragspartei eingetreten (BAG 4. Juli 2007 - 4 AZR 491/06 - BAGE 123, 213). Flächen- und Verbandstarifverträge werden dagegen 37

von der Gesamtrechtsnachfolge nicht erfasst (*BAG 24. Juni 1998 - 4 AZR 208/97 - BAGE 89, 193*).

4. Die Ansprüche der Klägerin, mit denen sie von der Beklagten die Ausarbeitung von Angeboten zum Ausgleich von Vergütungsdifferenzen fordert, die den Beschäftigten durch die Anwendung der tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen entstanden sind, ergeben sich nicht aus dem in § 1004 Abs. 1 Satz 1, § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 9 Abs. 3 GG geregelten Beseitigungsanspruch. Sie sind nicht auf die Beseitigung von Beeinträchtigungen der kollektiven Koalitionsfreiheit gerichtet, die der Klägerin durch die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen entstanden sind. 38

a) Nach § 1004 Abs. 1 BGB kann der Eigentümer vom Störer die Beseitigung und weitere Unterlassung der Beeinträchtigung verlangen, wenn das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt wird. Diese Ansprüche sind nicht auf Eigentumsverletzungen beschränkt, sondern bestehen darüber hinaus zur Abwehr von Eingriffen in alle nach § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechte, Lebensgüter und Interessen (*MünchKommBGB/Baldus 5. Aufl. § 1004 Rn. 9*). Zu den nach § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgütern und Interessen gehört auch das durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Recht einer von Arbeitnehmern gebildeten Koalition auf gewerkschaftliche Betätigung. Aus § 1004 Abs. 1 Satz 2, § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 9 Abs. 3 GG ergibt sich deshalb nach der Senatsrechtsprechung bei tarifwidrigen betrieblichen Regelungen ein Unterlassungsanspruch der Gewerkschaften gegen den Arbeitgeber (*20. April 1999 - 1 ABR 72/98 - zu B II 2 der Gründe, BAGE 91, 210*). 39

b) Zwar kann in diesen Fällen auch ein Beseitigungsanspruch der Gewerkschaft aus § 1004 Abs. 1 Satz 1, § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 9 Abs. 3 GG in Betracht kommen. Doch ist dieser nicht auf die Wiederherstellung eines tarifgemäßen Zustands durch Nachzahlung tariflicher Leistungen an die betroffenen Beschäftigten gerichtet. 40

aa) Die Voraussetzungen eines Beseitigungsanspruchs nach § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB und eines auf Unterlassung gerichteten Anspruchs nach Satz 2 dieser Vorschrift unterscheiden sich darin, dass Letzterer die Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen verlangt, der Beseitigungsanspruch hingegen auf die Aufhebung fortdauernder Beeinträchtigungen gerichtet ist. Das umfasst auch die Beseitigung solcher Beeinträchtigungen, die zwangsläufig durch die primäre Störung entstehen. Beeinträchtigungen, die aber als weitere Folge dieser Störung entstehen, können nur im Wege eines auf Naturalrestitution gerichteten Schadensersatzes nach § 823 Abs. 1 BGB ausgeglichen werden (vgl. *BGH* 4. Februar 2005 - V ZR 142/04 - *NJW* 2005, 1366; 12. Dezember 2003 - V ZR 98/03 - *NJW* 2004, 1035). Dabei ist die Abgrenzung von Beseitigung und Schadensersatz eine Frage des Einzelfalls (vgl. *Bamberger/Roth/Fritzsche BGB* 2. Aufl. § 1004 Rn. 57 ff.; *MünchKommBGB/Baldus* § 1004 Rn. 103 ff.).

bb) Hiernach ergeben sich die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche nicht aus § 1004 Abs. 1 Satz 1, § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 9 Abs. 3 GG. Der darauf gestützte Beseitigungsanspruch umfasst nicht die Wiederherstellung des tarifkonformen Zustands durch Nachzahlung der tariflichen Leistungen an die Arbeitnehmer. Hierdurch wird die bereits beendete Störung der Koalitionsbetätigungsfreiheit der Klägerin nicht beseitigt. Die nachträgliche Erbringung der tariflichen Leistungen zielt vielmehr auf einen individualrechtlichen Ausgleich der den Arbeitnehmern durch die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen entstandenen wirtschaftlichen Nachteile und nicht auf die Beseitigung fortwirkender kollektivrechtlicher Störungen. Die Beeinträchtigung der kollektiven Koalitionsfreiheit liegt nicht in der Nichtzahlung der tariflichen Leistungen für tarifwidrig geleistete Arbeitszeit, sondern in der Vereinbarung einer tarifwidrigen betrieblichen Regelung, welche die tariflichen Vorschriften als kollektive Ordnung im Betrieb zu verdrängen versucht. Diese Beeinträchtigung kann durch die Nichtanwendung der (*ohnehin rechtsunwirksamen*) Betriebsvereinbarung und eine darauf gerichtete, gegenüber den Arbeitnehmern abzugebende ausdrückliche Erklärung des Arbeitgebers beseitigt werden.

5. Der geltend gemachte Anspruch folgt auch nicht aus § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 9 Abs. 3 GG. Die Klägerin hat durch das Verhalten der Rechtsvorgängerin der Beklagten keinen materiellen Schaden erlitten. Das behauptet sie selbst nicht. Sie hat aber auch keinen Nichtvermögensschaden iSd. § 253 BGB erlitten. Durch die Verletzung ihrer Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG ist der Klägerin bei normativer Betrachtung ebenfalls kein immaterieller Schaden der geltend gemachten Art entstanden, dessen Höhe sich nach den Verdiensteinbußen der betroffenen Arbeitnehmer richtet. 43
6. Die Klägerin kann ihre Ansprüche nicht aus § 23 Abs. 3 BetrVG herleiten. Die begehrte Rechtsfolge einer ausschließlich vergangenheitsbezogenen Restitution zurückliegender Verstöße gegen den Tarifvorrang aus § 77 Abs. 3 BetrVG gibt diese Vorschrift nicht her. Das Verfahren nach § 23 Abs. 3 BetrVG zielt vielmehr auf ein künftiges Verhalten des Arbeitgebers. Mit dem Wegfall der Tarifbindung am 6. August 2008 war jedoch die Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit der Klägerin beendet. 44
7. Entgegen der Auffassung der Klägerin besteht auch kein unabweisbares Bedürfnis für eine richterliche Rechtsfortbildung zur Begründung des begehrten Folgenbeseitigungsanspruchs. Die Klägerin ist im Hinblick auf die Beseitigung des tarifwidrigen Zustands verfahrensrechtlich nicht rechtlos gestellt. Sie kann eine solche Beeinträchtigung ihrer kollektiven Koalitionsfreiheit im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durch eine Verfügungsverfügung nach § 940 ZPO verhindern oder zumindest verkürzen. Das genügt dem Gebot effektiver Rechtsschutzgewährung. Dementsprechend hätte sie zu der Zeit, zu der sie Kenntnis von den tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen erhielt, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Unterlassung der Anwendung der Betriebsvereinbarungen und eine Erklärung der Beklagten verlangen können, die 45

auf die Beseitigung des faktischen Geltungsanspruchs der tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen gegenüber der Belegschaft zielt.

Schmidt

Koch

Linck

Federlin

Platow