

tung nur aus sachlichem Grund möglich¹⁰². Dafür kommt etwa die Erprobung eines neuen Bonussystems oder der Wechsel des Mitarbeiters auf eine neue Stelle in Betracht. Bei jährlich wiederkehrenden Befristungen der gesamten Bonusregelung können sich Ansprüche aus betrieblicher Übung ergeben. Zudem werden gesteigerte Anforderungen an den sachlichen Grund gestellt. In diesem Fall mag ein Widerrufsvorbehalt sinnvoller sein¹⁰³.

3. Widerrufsvorbehalt

Anders als beim Freiwilligkeitsvorbehalt hindert der Widerrufsvorbehalt nicht das Entstehen eines Anspruchs des Arbeitnehmers, der Arbeitgeber kann den Anspruch aber durch Ausübung des Gestaltungsrechts mit Wirkung für die Zukunft wieder beseitigen. Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer nicht nachträglich die Gegenleistung für bereits erbrachte Leistungen entziehen. Außerdem ist der Widerrufsvorbehalt nach dem Zweck des Kündigungsschutzes nur zulässig, wenn nicht durch den Widerruf in den Kernbereich des Arbeitsverhältnisses eingegriffen und so der Kündigungsschutz umgangen wird. Das ist dann nicht der Fall, wenn die Parteien mit dem Widerruf zu dem früher vereinbarten oder einem marktüblichen Festlohn zurückkehren. Anders wäre es zu beurteilen, wenn der Arbeitgeber durch den Widerruf nur die Einkommenschancen des flexiblen Lohnanteils nehmen und die Vergütung auf den Fixanteil reduzieren wollte.

Die Wirksamkeit eines vorformulierten Widerrufsvorbehalts hängt nach § 308 Nr. 4 BGB davon ab, ob die mit dem Widerruf verbundene Änderung dem Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der Interessen des Arbeitgebers zumutbar ist¹⁰⁴. Formal müssen Anlass und Ausmaß der Änderung bereits aus dem Widerrufsvorbehalt erkennbar sein. Inhaltlich darf der Widerruf nicht dazu führen, dass das Äquivalenzverhältnis erheblich gestört wird. Dabei sind zum einen Chancen und Risiken der Zielvergütung zu berücksichtigen, zum anderen die Widerrufsansätze. Jedenfalls aus dringenden betrieblichen Erfordernissen i. S. von § 1 II KSchG, die sogar die Kündigung rechtfertigen würden, ist auch ein Widerruf zulässig.

In der Ausübung muss der Widerruf billigem Ermessen entsprechen (§ 315 III BGB)¹⁰⁵. Für die Beurteilung sind die beiderseitigen Interessen abzuwägen. Für den Widerruf muss ein sachlicher, mit dem Zweck der Leistung in Zusammenhang stehender Grund vorliegen¹⁰⁶, der z. B. darin liegen kann, dass die wirtschaftliche Lage die Zahlung eines Bonus nicht mehr hergibt oder der Mitarbeiter in eine Tätigkeit wechselt, in der das System nicht mehr sinnvoll ist¹⁰⁷.

4. Kombination von Leistungs- und Erfolgszielen

Für den Arbeitgeber geht es bei der Beendigung von Zielvereinbarungen darum, den damit verbundenen Kostenaufwand der wirtschaftlichen Lage anzupassen. Dieses Interesse lässt sich auch durch eine Kombination von leistungs- und unternehmererfolgsabhängigen Zielboni befriedigen. Dabei kann auch der leistungsabhängige Bonus an die zusätzliche Bedingung eines bestimmten Unternehmenserfolgs geknüpft werden.

102) Vgl. BAG (15. 4. 1999), NZA 1999, 1115 = BB 2000, 1682.

103) Lindemann/Simon, BB 2002, 1807 (1812); vgl. BAG (7. 10. 1982), DB 1983, 1368; BAG (15. 11. 1995), NZA 1996, 603 = DB 1996, 1680.

104) BAG (12. 1. 2005), NZA 2005, 465 (467 ff.).

105) Das lässt sich auch durch die Vereinbarung eines Widerrufs nach „freiem Ermessen“ nicht vermeiden; BAG (13. 5. 1987), NZA 1988, 95.

106) Vgl. Bauer/Diller/Lingenmann/Haßmann (o. Fußn. 57), S. 247.

107) Lindemann/Simon, BB 2002, 1807 (1811).

Zielvereinbarungen als Mitbestimmungsproblem

Von Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Der Beitrag geht im Anschluss an eine neuere Entscheidung des BAG der Frage nach, unter welchen Voraussetzungen der Betriebsrat in den Zielvereinbarungsprozess einzuschalten ist. Dabei werden auch Gestaltungsprobleme sowie die Frage angesprochen, was bei Übergehung des Betriebsrats geschieht.

I. Einleitung

Zielvereinbarungen gewinnen in der betrieblichen Praxis immer mehr an Bedeutung¹. Ihre inhaltliche Grundstruktur ist im Kern relativ einfach: Zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wird eine Abrede getroffen, wonach innerhalb eines bestimmten Zeitraums einzelne näher umschriebene Ziele erreicht werden sollen. Von einer „einfachen Zielvereinbarung“ soll im Folgenden dann die Rede sein, wenn keine Verknüpfung mit dem Entgelt erfolgt. Die Funktion einer solchen Abmachung liegt darin, dem Einzelnen seinen Beitrag zur „unternehmerischen Gesamtleistung“ deutlich zu machen und zugleich eine Beurteilungsgrundlage für den Arbeitgeber zu schaffen². Sehr viel verbreiteter sind demgegenüber Abmachungen, die einen Zusammenhang zwischen Zielerreichung und Vergütung herstellen. Sie sollen hier als „qualifizierte Zielvereinbarungen“ bezeichnet werden³.

Das Erreichen der Ziele hängt in beiden Fällen typischerweise vom Verhalten des einzelnen Beschäftigten oder einer Arbeitsgruppe ab⁴. Bei den Zielen kann es sich um quantitative Größen („Steigerung der Anzahl der verwalteten Wertpapierdepots um 5 %“), aber auch um qualitative Parameter handeln („Erhöhung der Kundenzufriedenheit“). Denkbar ist daneben, eine Zusatzvergütung von „Gesamtzielen“ wie der Umsatz- und Gewinnsteigerung des Unternehmens abhängig zu machen, die vom Einzelnen nicht unmittelbar zu beeinflussen sind⁵. Vorstellbar sind schließlich auch einzelne arbeitnehmerorientierte Ziele wie die Schaffung eines erhöhten Freiraums am Arbeitsplatz⁶. Der qualifizierten Zielvereinbarung wird die Funktion zugeschrieben, die Motivation der Beschäftigten zu steigern und überdies die Vergütungshöhe in gewissem Umfang von der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens abhängig zu machen⁷.

Das BAG hat in seinem Beschluss vom 21. 10. 2003⁸ erstmals zu der Frage Stellung genommen, inwieweit der

1) Breisig, Entgelt nach Leistung und Erfolg, 2003, S. 207, rechnet sie zu den „wichtigsten Führungs- und Managementinstrumenten unserer Zeit“.

2) Deich, AuA 2004, 8; Rieble/Gistel, BB 2004, 2462; Tondorf, AiB 1998, 322.

3) Dazu etwa Schang, Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei neuen Formen der Leistungsvergütung, 2002, S. 120 ff.

4) Etwas missverständlich Brors, RdA 2004, 273.

5) Däubler, ZIP 2004, 2209.

6) Tondorf, AiB 1998, 322. Dem Vernehmen nach soll ein Unternehmen der IT-Branche mit seinen Beschäftigten vereinbart haben, jeden Monat zusammen mit dem Partner mindestens zwei kulturelle Veranstaltungen zu besuchen, um so eine „Totallokkupation“ durch die Arbeit zu vermeiden.

7) Schaub/Linck, ArbeitsR-Hdb., 11. Aufl. (2005), § 69 Rdnr. 28 b.

8) NZA 2004, 936.

Betriebsrat nach § 80 II 1 BetrVG verlangen kann, Kenntnis vom Inhalt einzelner Zielvereinbarungen zu erhalten. Als Begründung wurde dabei nicht nur die Überwachungsfunktion nach § 80 I Nr. 1 BetrVG herangezogen; vielmehr könne sich der Betriebsrat auch auf ein mögliches Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nrn. 10 und 11 BetrVG berufen. Insbesondere der Rückgriff auf § 87 I Nr. 11 BetrVG würde den Aushandlungsprozess zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch die kollektive Ebene entscheidend ergänzen. Vorüberlegungen, wie weit die Mitbestimmung des Betriebsrats in diesem Bereich reicht, haben bislang allerdings eher kursorischen Charakter, so dass sich eine nähere Betrachtung anbietet. Dabei soll zwischen einfacher und qualifizierter Zielvereinbarung unterschieden werden.

II. Zielvereinbarungen ohne Auswirkungen auf das Entgelt

1. § 87 I Nr. 1 BetrVG

Dem Abschluss von Zielvereinbarungen gehen üblicherweise formalisierte Gespräche zwischen dem Arbeitnehmer und seinem Vorgesetzten oder einer Führungskraft voraus⁹. Ob damit Fragen der „Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb“ angesprochen sind, ist zunächst für die Parallelvorschrift des § 79 I Nr. 12 BadWürttPersVG erörtert und von den Verwaltungsgerichten in positivem Sinne entschieden worden¹⁰. Das BAG hatte sich bisher nur mit formalisierten „Krankenrückkehrgesprächen“ zu befassen und insoweit § 87 I Nr. 1 BetrVG angewandt¹¹. Dabei hat es zunächst betont, die durch bestimmte Fehlzeiten ausgelöste Pflicht, ein derartiges Gespräch zu führen, betreffe nicht das (mitbestimmungsfreie) Verhalten bei der Arbeitsleistung selbst, sondern gehöre zum (mitbestimmungspflichtigen) Ordnungsverhalten des Arbeitnehmers. Auch liege ein kollektiver Tatbestand vor, da die Auswahl der zum Gespräch Gebeten wie dessen Ablauf nach abstrakten Kriterien bestimmt würden. Schließlich ergebe sich das Beteiligungsrecht des Betriebsrats auch aus dem Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers, der sich bei der Frage nach den Ursachen seiner Erkrankungen einer schwierigen Situation ausgesetzt sehe. Eine Übertragung dieser Grundsätze auf Zielvereinbarungsgespräche liegt nahe, soweit diese – wie in der Regel – mit bestimmten Gruppen von Arbeitnehmern („Führungskräfte“, „Außendienstmitarbeiter“) geführt werden. Konsequenterweise wird deshalb auch in der Literatur die Anwendbarkeit des § 87 I Nr. 1 BetrVG bejaht¹². Dabei kommt es nicht primär darauf an, wie eng der Bezug des Gesprächsinhalts zur Arbeitsleistung ist; im Rahmen des § 87 I Nr. 1 BetrVG entscheidet allein, dass eine zusätzliche Verhaltenspflicht des Arbeitnehmers geschaffen wird, die sich nicht automatisch aus der Arbeitsaufgabe ergibt. Dies ist ersichtlich der Fall. Dass es bei Krankenrückkehrgesprächen wie bei der Fixierung von Zielvereinbarungen um Gegenstände geht, die für den Arbeitnehmer besonders heikel sind¹³, hat dabei als Argument nur unterstützende Bedeutung.

Das Mitbestimmungsrecht erstreckt sich auf den erfassten Personenkreis wie auf die Verfahrensregeln, die bei solchen Gesprächen zu beachten sind¹⁴. Ähnlich formulierte das VG Karlsruhe, die Mitbestimmung beziehe sich darauf, „wer wann wie mit wem zu reden habe“¹⁵. Dabei kann z. B. über den Zeitpunkt und die Häufigkeit der Gespräche¹⁶ und die beteiligten Personen mitbestimmt werden. Auch wäre eine Regel des Inhalts denkbar, dass dem Arbeitnehmer eine bestimmte Überlegungsfrist eingeräumt werden muss. Nicht von der Mitbestimmung nach § 87 I

Nr. 1 BetrVG umfasst ist der Inhalt der Verhandlungen, insbesondere die Frage, welche Ziele von der Arbeitgeberseite vorgeschlagen und von den Beteiligten gegebenenfalls vereinbart werden dürfen¹⁷.

2. § 87 I Nr. 6 BetrVG

Wird die Zielvereinbarung elektronisch gespeichert und geschieht dasselbe mit den erreichten Arbeitsergebnissen, so wird Technik als Mittel eingesetzt, um Verhalten und Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Die Literatur ist sich deshalb im Wesentlichen einig darüber, dass § 87 I Nr. 6 BetrVG in diesen Fällen eingreift¹⁸. Der Mitbestimmung unterliegt dabei nicht nur die (eher unproblematische) Frage des „Ob“, sondern auch das Problem der weiteren Verwendung: Kann man beispielsweise die vereinbarten Ziele den übrigen Teammitgliedern zugänglich machen oder gar ins Intranet stellen¹⁹? Gegen Letzteres dürften allerdings ähnlich wie bei so genannten Rennlisten²⁰ datenschutzrechtliche Bedenken sprechen, da sich auch eine beschränkte innerbetriebliche Publizität arbeitsvertraglicher Daten nicht mit dem Zweck des Arbeitsverhältnisses vereinbaren lässt. Selbst wenn die Erreichung oder Nichterreichung der Ziele nicht bekannt gemacht wird, kann sich der Einzelne unangenehmen Nachfragen durch Arbeitskollegen und andere aussetzen, wenn Anhaltspunkte für ein „Untersoll“ erkennbar werden.

3. Personalfragebogen nach § 94 I BetrVG

Im Regelfall werden bei Zielvereinbarungsgesprächen auch auf die Person des Arbeitnehmers bezogene Angaben verlangt. So kann es beispielsweise sinnvoll sein, nach einer Über- oder Unterforderung im bisherigen Tätigkeitsbereich zu fragen oder sich danach zu erkundigen, wie der Einzelne seine persönlichen Stärken und Schwächen sowie seine spezifischen Interessen sieht. Damit sind die Voraussetzungen für einen „Personalfragebogen“ i. S. des § 94 I BetrVG erfüllt, der nach allgemeiner Auffassung jedes standardisierte Mittel zur Erhebung von Arbeitnehmerdaten erfasst²¹. Dasselbe gilt dann, wenn ein Katalog von Kontrollfragen Verwendung findet, mit dessen Hilfe die (volle oder teilweise) Zielerreichung überprüft werden soll. Für beide Bereiche wird auch in der Literatur die Mitbestimmung nach § 94 I BetrVG bejaht²². Die Tatsache, ob der Vorgesetzte die Resultate der Befragung an andere Stellen

9) Bauer/Diller/Göpfert, BB 2002, 886; Breisig (o. Fußn. 1), S. 317 ff., 593 ff.; Geffken, NZA 2000, 1037.

10) VG Karlsruhe, PersR 1997, 407 = RDV 1998, 31; VGH Mannheim, RDV 2000, 225 = AP § 79 LPVG Baden-Württemberg Nr. 10.

11) BAG, NZA 1995, 857; zust. Löwisch/Kaiser, BetrVG, 5. Aufl. (2002), § 87 Rdnr. 45; krit. Richardi, BetrVG, 9. Aufl. (2004), § 87 Rdnr. 192.

12) Bauer/Diller/Göpfert, BB 2002, 886; Benwanger, BB 2003, 1502; Klebe, in: Däubler/Kittner/Klebe (DKK), BetrVG, 9. Aufl. (2004), § 87 Rdnr. 52.

13) Vgl. Benwanger, BB 2004, 552: „Es darf als empirisch gesichert bezeichnet werden, dass Ziele in der heutigen Praxis in vielen Fällen tatsächlich weitgehend vorgegeben und nicht vereinbart werden.“

14) Ebenso BAG, NZA 1995, 858 für Krankenrückkehrgespräche.

15) VG Karlsruhe, PersR 1997, 407 = RDV 1998, 31.

16) Deich, AuA 2004, 8 befürwortet ein „Zwischengespräch“ zwischen den jährlich stattfindenden Verhandlungen.

17) VG Karlsruhe, PersR 1997, 407 = RDV 1998, 31.

18) Benwanger, BB 2003, 1502; Breisig, Entlohnung und Führen mit Zielvereinbarungen, 2000, S. 82; Geffken, NZA 2000, 1037; Rieble/Gistel, BB 2004, 2463; Tondorf, AiB 1998, 324.

19) Dafür Benwanger, BB 2003, 1502 Fußn. 45.

20) Dazu Däubler, Gläserne Belegschaften? Datenschutz in Betrieb und Dienststelle, 4. Aufl. (2002), Rdnr. 483.

21) S. statt aller ErfK/Kania, 5. Aufl. (2005), § 94 Rdnr. 2; Fitting, BetrVG, 22. Aufl. (2004), § 94 Rdnr. 8 m. w. Nachw.

22) Klebe, in: DKK (o. Fußn. 12), § 94 Rdnrn. 9 und 36 (für Zielvereinbarungsgespräche); Rieble/Gistel, BB 2004, 2463 (für Kontrollfragenkatalog).

im Betrieb weitergibt, ist dabei ohne Bedeutung, da er für den Arbeitgeber tätig wird²³. Nur wenn es sich um eine rein private Abmachung handeln würde, wäre möglicherweise der Einwirkungsbereich des Betriebsrats verlassen.

Die Mitbestimmung nach § 94 I BetrVG greift nur dann ein, wenn und solange der Arbeitgeber einen „Personalfragebogen“ verwenden will.

4. Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze nach § 94 II BetrVG

Treffen die Arbeitsvertragsparteien eine Zielvereinbarung, wird das Verhalten des Arbeitnehmers während der vorgesehenen Periode an dieser gemessen. Die Feststellung, das Ziel sei erreicht, nicht erreicht oder gar übertroffen worden, stellt eine Beurteilung dar, die einen wesentlichen Aspekt des Arbeitnehmerverhaltens zum Gegenstand hat. Die einzelne Zielvereinbarung ist als solche zwar kein „allgemeiner Beurteilungsgrundsatz“, wohl aber besteht dieser darin, dass überhaupt von diesem Instrument Gebrauch gemacht wird²⁴. Die Mitsprache des Betriebsrats bezieht sich dabei auf die Beurteilungsmerkmale²⁵. Diese bestehen im vorliegenden Kontext in der abstrakten Fixierung bestimmter Ziele, die für den Arbeitnehmer maßgebend sind. Einbezogen ist weiter auch das Verfahren, in dem die Zielerreichung festgestellt wird²⁶; so kann man beispielsweise bestimmen, dass bei Meinungsverschiedenheiten über die Zielerreichung ein Ausschuss entscheiden soll, in den der Betriebsrat wie der Arbeitgeber jeweils zwei Vertreter entsendet.

Das Mitbestimmungsrecht besteht nur, soweit und solange der Arbeitgeber überhaupt Beurteilungsgrundsätze anwendet, doch verliert eine einfache Zielvereinbarung weithin ihren Sinn, wenn man jede Beurteilung ausschließen wollte.

III. Zielvereinbarungen mit Auswirkungen auf das Entgelt

1. § 87 I Nr. 10 BetrVG

Will der Arbeitgeber ein (qualifiziertes) Zielvereinbarungssystem einführen, kann der Betriebsrat außerdem nach § 87 I Nr. 10 BetrVG mitbestimmen, da es sich um eine Frage der betrieblichen Lohngestaltung handelt. Dasselbe gilt für eine Veränderung der Regeln sowie für die Abschaffung als *actus contrarius*²⁷. Inhaltlich liegt keine freiwillige Sozialleistung vor, bei der die Entscheidung über das „Ob“ allein dem Arbeitgeber obliegen würde²⁸. Vielmehr geht es um einen variablen Lohnbestandteil, auf den der Arbeitnehmer bei Erfüllung der Voraussetzungen einen Anspruch hat. Ein etwaiger Freiwilligkeitsvorbehalt wäre unwirksam²⁹. Die Anwendung der mitbestimmten Grundsätze auf den Einzelfall ist demgegenüber nach ganz herrschender Auffassung mitbestimmungsfrei³⁰.

Werden generalisierungsfähige Zielgrößen zu Grunde gelegt, spielt es keine entscheidende Rolle, wie groß die Zahl der betroffenen Personen ist³¹. Ein „kollektiver Tatbestand“, der das Mitbestimmungsrecht auslöst, liegt immer dann vor, wenn eine Übertragung auf andere Beschäftigte in Betracht kommt. Dies ist nach der Rechtsprechung des BAG³² bei der Verwendung von Leistungsgesichtspunkten, aber auch dann der Fall, wenn z. B. auf das Kriterium „alleinerziehend“ oder „teilzeitbeschäftigt“ abgestellt wird. Lediglich dann, wenn eine Abmachung ausschließlich im Hinblick auf die konkreten Umstände des Einzelfalls getroffen wird, muss § 87 I Nr. 10 BetrVG ausscheiden. Dies ist etwa dann anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer ernsthaft mit „Abwanderung“ droht oder wenn die Art der Vergütung seinen spezifischen steuerlichen Interessen ent-

gegenkommt³³. Sobald auch nur mit ein oder zwei Beschäftigten ein Bonus für den Fall der (durch Arbeitseinsatz zu beeinflussenden) Zielerreichung vereinbart wird, greift § 87 I Nr. 10 BetrVG daher ein.

Für eine mitbestimmte Regelung kommen sehr vielfältige Gestaltungen in Betracht. So wäre es möglich, beispielsweise nur quantitative Ziele zuzulassen und diese zahlenmäßig („nicht mehr als drei“) oder inhaltlich zu beschränken („volle Zielerreichung ist bei 5 % Umsatzsteigerung immer gegeben“). Was dann im Einzelfall innerhalb des so bestimmten Rahmens vereinbart wird, entscheiden allein die Arbeitsvertragsparteien. Auch erstreckt sich die Mitbestimmung nicht auf die Höhe des Betrags, der bei Zielerreichung zu bezahlen ist.

Wenig angesprochen ist die Frage, inwieweit die Anwendung eines Zielvereinbarungssystems im Einzelfall eine Eingruppierung i. S. des § 99 I BetrVG darstellt³⁴. Dass § 99 BetrVG auch bei anderen als tariflichen Entgeltschemata eingreift, ist außer Streit, doch meint der Begriff „Eingruppierung“ eine Entscheidung des Arbeitgebers, keine Konkretisierung allgemeiner Grundsätze durch vertragliche Abmachung. Würde sich die Zielvereinbarung allerdings auf bloßen Nachvollzug von Vorgaben der Arbeitgeberseite beschränken, könnte von einem funktionalen Äquivalent zur Eingruppierung die Rede sein.

Werden Vereinbarungen ohne Einschaltung des Betriebsrats getroffen, so findet an sich die Theorie der Wirksamkeitsbedingung Anwendung: Die Abmachung ist jedenfalls insoweit unwirksam, als sie den Arbeitnehmer gegenüber einer vorher für ihn bestehenden Regelung schlechter stellt³⁵. Wird der Arbeitnehmer jedoch durch die getroffene Absprache im Ergebnis begünstigt, behält er seine Rechte; der Arbeitgeber würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wollte er aus seinem Verstoß gegen betriebsverfassungsrechtliche Pflichten rechtliche Vorteile ziehen³⁶. Insoweit gilt nichts anderes als bei der Leistung von Überstunden, denen der Betriebsrat nicht zugestimmt hatte³⁷. Der Arbeitnehmer hat zumindest innerhalb der einzelnen Zielvereinbarungsperiode bereits eine Teilleistung erbracht, was ein schutzwürdiges Vertrauen in den Bestand der getroffenen Abrede schafft. Dem Arbeitgeber steht es frei, vor Ablauf der vereinbarten Frist (in der Regel ein Jahr) Verhandlungen mit dem Betriebsrat aufzunehmen und dabei zu neuen, rechtlich einwandfreien Regeln zu kommen.

Ob der Abschluss einer Zielvereinbarung für den Arbeitnehmer gegenüber einem vorher bestehenden zeitabhängi-

23) Anders *VG Karlsruhe*, PersR 1997, 407 = RDV 1998, 31.

24) *Tondorf*, AiB 1998, 324; ähnlich *Fitting* (o. Fußn. 21), § 94 Rdnr. 28; *Geffken*, NZA 2000, 1037; Bedenken bei *Rieble/Gistel*, BB 2004, 2463.

25) *Klebe*, in: DKK (o. Fußn. 12), § 94 Rdnr. 29; *Richardi/Thüsing* (o. Fußn. 11), § 94 Rdnr. 65.

26) *Klebe*, in: DKK (o. Fußn. 12), § 94 Rdnr. 29; *Richardi/Thüsing* (o. Fußn. 11), § 94 Rdnr. 65; ebenso *Tondorf*, AiB 1998, 324.

27) *Benninger*, BB 2003, 1502; *Erk/Kania* (o. Fußn. 21), § 87 BetrVG Rdnr. 100; *Rieble/Gistel*, BB 2004, 2463; *Tondorf*, AiB 1998, 324; *Schang* (o. Fußn. 3), S. 38.

28) So aber *Fitting* (o. Fußn. 21), § 87 Rdnr. 423.

29) *Däubler*, ZIP 2004, 2214 m. w. Nachw.

30) *BAG*, DB 1992, 687; *Klebe*, in: DKK (o. Fußn. 12), § 87 Rdnr. 242 m. w. Nachw.

31) *BAGE* 77, 86 = NZA 1995, 543.

32) *BAGE* 77, 86 = NZA 1995, 543 (544).

33) *Schang* (o. Fußn. 3), S. 39.

34) Auf die Problematik verweist jedoch *Klebe*, in: DKK (o. Fußn. 12), § 87 Rdnr. 242.

35) *BAG*, GS AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung Bl. 15; *BAG*, AP Nr. 52 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung Bl. 14.

36) *Wiese*, GK-BetrVG, 7. Aufl. (2002), § 87 Rdnr. 4; *Klebe*, in: DKK (o. Fußn. 12), § 87 Rdnr. 126, jeweils m. w. Nachw.

37) Dazu *BAG*, AP Nr. 10 zu § 12 AZO.

gen Entgelt günstiger oder belastender ist, wird man nur durch einen Vergleich der im Ergebnis erzielten Vergütungen feststellen können. Zusatzbelastungen bei der Arbeit, die daher rühren können, dass der Betroffene wegen der Zielvereinbarung eine rigide Zeitökonomie praktizieren muss, lassen sich ebenso wenig exakt erfassen wie eine erhöhte Dispositionsfreiheit³⁸.

2. § 87 I Nr. 11 BetrVG

Bei bestimmten Formen des leistungsbezogenen Entgelts bezieht sich die Mitbestimmung auf sämtliche Bezugsgrößen, nach denen sich die Vergütungspflicht des Arbeitgebers bestimmt. Ausdrücklich im Gesetz genannt sind die so genannten Geldfaktoren, also die Beträge, die für einzelne Leistungseinheiten bezahlt werden. Soweit § 87 I Nr. 11 BetrVG eingreift, unterliegen auch sie – vorbehaltlich einer vorgehenden tariflichen Regelung – der Mitbestimmung.

Seinem Wortlaut nach erfasst § 87 I Nr. 11 BetrVG die (hier nicht interessierenden) Akkord- und Prämiensätze sowie „vergleichbare leistungsbezogene Entgelte“. Dieser Begriff wird von der Rechtsprechung relativ eng gehandhabt³⁹:

- Der einzelne Arbeitnehmer muss wie bei Akkord und Prämie durch seine Leistung die Höhe der Vergütung beeinflussen können.
- Es muss ein Bezug zu einer „Normleistung“ oder einer anderen „Sollgröße“ hergestellt werden; die Höhe der Vergütung wird durch das Verhältnis zu dieser beeinflusst.
- Die Höhe des Entgelts muss sich automatisch aus der in dieser Weise betrachteten Arbeit ergeben. Ist eine „Bewertung“ durch den Arbeitgeber dazwischen geschaltet, greift die Mitbestimmung nach Nr. 11 nicht ein.
- Die unmittelbare Verknüpfung zwischen Leistung und Vergütung fehlt auch dann, wenn das in einem bestimmten Zeitraum von z. B. drei Monaten gezeigte Verhalten für die Höhe des Entgelts in einem künftigen Zeitraum (von z. B. einem Jahr) maßgebend ist⁴⁰.

Die Mitbestimmung des Betriebsrats soll nach der Rechtsprechung dazu beitragen, dass es nicht zu einer Überforderung des Arbeitnehmers auf der Grundlage übertriebener Anreize kommt und dass der zusätzliche Einsatz sachgerecht bewertet wird⁴¹. Dies würde es allerdings rechtfertigen, auf das Erfordernis einer „Bezugsleistung“ zu verzichten, da ein vergleichbares Schutzbedürfnis auch ohne diese Größe vorliegen wird. Außerdem ist nicht erkennbar, weshalb bei einer zusätzlichen Stufe „Bewertung durch den Arbeitgeber“ und bei einem zeitlichen Auseinanderfallen von Leistung und Vergütung die genannten Gefahren geringer sein sollten. Hintergrund der Rechtsprechung ist daher neben der durch den Wortlaut nahe gelegten Parallele zu Akkord und Prämie vermutlich eher die Erwägung, eine eigenständige betriebliche Lohnpolitik zurückzudrängen, die sich bei weiter Auslegung der Vorschrift an zahlreichen Stellen etablieren könnte.

Überprüft man, ob Zielvereinbarungen von dem im Sinne der Rechtsprechung ausgelegten § 87 I Nr. 11 BetrVG erfasst sind, so wird man differenzieren müssen.

Besteht das Ziel in einem bestimmten Betriebsergebnis oder einer sonstigen Größe, die der Arbeitnehmer durch sein individuelles Verhalten nicht nachweisbar beeinflussen kann, so scheidet eine Mitbestimmung nach Nr. 11 ersichtlich aus. Insoweit besteht auch in der Literatur Konsens⁴².

Besteht das Ziel in einer quantitativen Größe, geht es etwa um 3 % Umsatzsteigerung oder um die Reduzierung von Kundenbeschwerden um 10 %, so sind die Voraussetzungen von § 87 I Nr. 11 BetrVG ersichtlich erfüllt. Die gewünschte Leistung wird hier zum Status quo in Bezie-

hung gesetzt; auch führt die Zielerreichung automatisch zu der vorgesehenen Zusatzvergütung⁴³. Dabei spielt es keine Rolle, ob lediglich für den Fall der Zielerreichung eine bestimmte Zusatzvergütung versprochen wird oder ob sich deren Höhe nach dem Ausmaß bestimmt, in dem man sich dem Ziel angenähert oder dieses gar übertroffen hat.

Sind qualitative Ziele wie „Erhöhung der Kundenzufriedenheit“ vorgesehen, so taucht als erstes die Frage auf, inwieweit dem Transparenzprinzip Rechnung getragen ist und damit überhaupt eine wirksame Abrede vorliegt⁴⁴. Bestehen insoweit keine Bedenken, mag im Einzelfall immer noch ein gewisser Beurteilungsspielraum des Arbeitgebers bleiben, doch ändert dieser nichts an der Automatik zwischen Leistung und Vergütung: Die Beteiligten gehen davon aus, dass es nur eine richtige Entscheidung gibt. Dafür, dass ein eigenständiger Bewertungsakt durch den Arbeitgeber „zwischen geschaltet“ wäre, bestehen keine ausreichenden Anhaltspunkte⁴⁵. Anders wäre es nur, würde von den Arbeitsvertragsparteien festgelegt, dass der Arbeitgeber nach festgestellter Zielerreichung eine Zusatzvergütung nach seinem Ermessen gewähren „könnte“⁴⁶.

Auch das Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 11 BetrVG kann nur innerhalb des durch Tarifverträge gezogenen Rahmens ausgeübt werden. Soweit es Platz greift, umfasst es ein Initiativrecht, das gegebenenfalls zu einer Erhöhung der bei Zielerreichung vorgesehenen Vergütung führen kann⁴⁷.

3. Verhältnis zu anderen Mitbestimmungsrechten

Die im Zusammenhang mit Zielvereinbarungen ohne Entgeltrelevanz behandelten Beteiligungsrechte aus § 87 I Nrn. 1 und 6 BetrVG sowie aus § 94 I BetrVG bestehen neben den Mitbestimmungsrechten nach § 87 I Nrn. 10 bzw. 11 BetrVG. Gegenüber den Beurteilungsgrundsätzen des § 94 II BetrVG stellen § 87 I Nrn. 10 und 11 jedoch eine Spezialregelung dar⁴⁸.

IV. Informationsrechte des Betriebsrats

Soweit der Betriebsrat von seinen Mitbestimmungsrechten noch keinen Gebrauch gemacht hat, kann er vom Arbeitgeber Angaben darüber verlangen, wie er sich eine künftige Regelung vorstellt und welche konkreten Erfah-

38) Zu Letzterer *Däubler*, ZIP 2004, 2211.

39) BAG, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Provision; BAG, NZA 2001, 1154 = AP Nr. 17 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie.

40) So BAG, NZA 2001, 1154 = AP Nr. 17 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie.

41) So BAG, NZA 2001, 1154 = AP Nr. 17 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie Bl. 2R.

42) Ebenso *Klebe*, in: DKK (o. Fußn. 12), § 87 Rdnr. 282; *ErfK/Kania* (o. Fußn. 21), § 87 BetrVG Rdnr. 126; *Fitting* (o. Fußn. 21), § 87 Rdnr. 532; *Löwisch/Kaiser* (o. Fußn. 11), § 87 Rdnr. 198; *Richardi* (o. Fußn. 11), § 87 Rdnr. 893; *Rieble/Gistel*, BB 2004, 2463; *Wiese* (o. Fußn. 36), § 87 Rdnr. 969.

43) In diese Richtung BAG (21. 10. 2003), NZA 2004, 936 = BB 2004, 2467 (2470); ebenso *Tondorf*, AiB 1998, 324 sowie i. Erg. (wenn auch ohne ausdrückliche Nennung von Zielvereinbarungen) *Fitting* (o. Fußn. 21), § 87 Rdnr. 530; für „denkbar“ halten einen Rückgriff auf Nr. 11 *Bauer/Diller/Göpfert*, BB 2002, 886 und *Breisig* (o. Fußn. 18), S. 83. I. Erg. auch *Rieble/Gistel*, BB 2004, 2463, die Bedenken lediglich dann äußern, „wenn Ziele nicht rein quantitativ formuliert sind“.

44) *Däubler*, ZIP 2004, 2212; für die Berücksichtigung des Transparenzprinzips plädiert im vorliegenden Zusammenhang auch ausdrücklich *Rieble*, Sonderbeil. zu NZA H. 3/2000, S. 41.

45) Anders *Rieble/Gistel*, BB 2004, 2463.

46) S. auch *Brons*, RdA 2004, 273 (280).

47) Zum Gleichklang von Mitbestimmungs- und Initiativrecht s. *Fitting* (o. Fußn. 21), § 87 Rdnr. 583 ff. m. w. Nachw.

48) *Richardi* (o. Fußn. 11), § 94 Rdnr. 58; ebenso i. Erg. *ErfK/Kania* (o. Fußn. 21), § 94 Rdnr. 3.

rungen im Betrieb gegebenenfalls bereits gemacht wurden. Letzteres ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn ein erstmals gewählter Betriebsrat von den hier skizzierten Möglichkeiten Gebrauch machen möchte.

Sehr viel kontroverser wird die Möglichkeit des Betriebsrats beurteilt, Kenntnis von konkreten Zielvereinbarungen zu erhalten, die auf der Grundlage eines Tarifvertrags⁴⁹ oder einer betrieblichen „Rahmenordnung“ abgeschlossen wurden. Letztere kann die Form einer Betriebsvereinbarung, aber auch die allgemeiner Vertragsbedingungen haben, die mit dem Betriebsrat abgestimmt sind. Speziell in diesem Fall könnte man einen Anspruch unter Hinweis auf die BAG-Entscheidung zu Formulararbeitsverträgen⁵⁰ für den Regelfall verneinen, da für eine weiter gehende Kontrolle kein Anlass bestehe. Dies wäre allerdings etwas zu kurz gedacht.

Der Auskunftsanspruch nach § 80 II 1 BetrVG setzt voraus, dass der Betriebsrat die fraglichen Informationen benötigt, um eine in Betracht kommende Aufgabe zu erfüllen. Diese kann in der Ausübung eines Mitbestimmungsrechts liegen, was im vorliegenden Zusammenhang jedoch weniger interessiert, da sich dieses nicht auf den Inhalt der Einzelabsprachen bezieht. Der Betriebsrat hat jedoch weiter nach § 80 I Nr. 1 BetrVG darüber zu wachen, dass die zu Gunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze, Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen und Betriebsabsprachen effektiv beachtet werden⁵¹. Soweit die Umsetzung Spielräume lässt, wird es außerdem um die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach § 75 I BetrVG gehen. Gerade dies liegt bei der einvernehmlichen Festlegung von Zielen typischerweise vor, weshalb das BAG dem Betriebsrat die Befugnis eingeräumt hat, von den konkreten Abmachungen Kenntnis zu erhalten⁵². Bei Formulararbeitsverträgen kann man im Allgemeinen davon ausgehen, dass sie eins zu eins umgesetzt werden, weshalb der Betriebsrat konkrete Anhaltspunkte benennen muss, dass in concreto anders verfahren wurde⁵³. Bei Zielvereinbarungen geht es dagegen um einen bisweilen höchst komplexen Prozess der Umsetzung und Anwendung auf den Einzelfall, so dass grundsätzlich immer Anlass zu einer inhaltlichen Überprüfung besteht.

Zielvereinbarungen können im Einzelfall Rückschlüsse auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zulassen. Der Arbeitgeber wird insoweit den Betriebsrat ausdrücklich darauf hinweisen, dass er nach § 79 I Satz 1 BetrVG zur Geheimhaltung verpflichtet ist. Eine Verweigerung der Auskunft lässt sich dagegen nicht rechtfertigen⁵⁴. Soweit ersichtlich, haben sich daraus in der Praxis keine Unzuträglichkeiten ergeben, zumal die Geheimhaltungsverpflichtung von Betriebsratsmitgliedern noch zusätzlich über die Strafdrohung des § 120 BetrVG abgesichert ist. Auf anderen Sachgebieten wird man sinnvollerweise nur Ziele fixieren, die das Licht der betrieblichen Öffentlichkeit nicht zu scheuen brauchen: Auch eine Führungskraft aus der Personalabteilung sollte nicht deshalb mehr verdienen können, weil sie in besonders effizienter und kostengünstiger Art und Weise den Personalabbau vorangetrieben hat. Wer sich auch insoweit vom Kooperationsgrundsatz des § 2 I BetrVG leiten lässt, geht kein Risiko ein.

Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung von Leiharbeitnehmern nach den Änderungen des AÜG

Von wiss. Mitarbeiterin am Forschungsinstitut für Deutsches und Europäisches Sozialrecht Wiebke Brose, Maître en droit (Paris I), Köln

Dem betriebsverfassungsrechtlichen Zählwert der Leiharbeiter im Entleiherbetrieb schien mit den neuen Entscheidungen des BAG vom 16. 4. 2003 und 22. 10. 2003 (BAG [16. 4. 2003], NZA 2003, 1345 = AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 7; BAG [22. 10. 2003], NZA 2004, 1052 = AP BetrVG 1972 § 38 Nr. 28) nach dem Betriebsverfassungsreformgesetz BetrVerf-ReformG von 2001 (BGBl I, 1852) zumindest seitens der Rechtsprechung endgültig eine Absage erteilt worden zu sein. Die Änderungen des AÜG (eingeführt durch das „Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“, [BGBl I, 4607 [4617 ff.]], die zum 1. 1. 2004 in Kraft getreten sind, machen jedoch eine Neuüberprüfung der Frage erforderlich. Ob sie auch zu einem „Neuergebnis“ führen, wird im folgenden Beitrag untersucht.

I. Die Problemstellung

Die zentrale Frage der betriebsverfassungsrechtlichen Stellung des Leiharbeitnehmers im Entleiherbetrieb bezieht sich auf seine Betriebszugehörigkeit zum Entleiherbetrieb und die davon abhängige Folgefrage seiner Berücksichtigung im Rahmen der Schwellenwerte der Betriebsverfassung. Denn nur betriebszugehörige Arbeitnehmer sind bei der Ermittlung des Erreichens der Schwellenwerte der Betriebsverfassung mitzuzählen¹. Da der Begriff der Betriebszugehörigkeit nicht gesetzlich geregelt ist, hat die Bestimmung seines Inhalts immer wieder Fragen aufgeworfen². Zusätzlich erschwert wird die Problematik durch das Dreiecksverhältnis zwischen Leiharbeiter, Verleiher und Entleiher sowie die Aufspaltung der Arbeitgeberstellung³.

Der Zählwert von Leiharbeitnehmern hat einen hohen praktischen Stellenwert. Für den Arbeitgeber, weil er eine höhere finanzielle Belastung zu erwarten hat, je größer der Betriebsrat ist; für den Betriebsrat, weil von der Anzahl der mitgezählten Arbeitnehmer seine Mitgliederzahl abhängt und damit auch Freistellungsansprüche gem. § 38 BetrVG verbunden sind; für die Leiharbeiter zumindest mittelbar, weil der Arbeitgeber bei Bejahung ihres Zählwerts möglicherweise auf Grund der erhöhten Kosten nicht mehr oder zumindest weniger Leiharbeiter einstellt.

II. Keine Änderung der Stellung von Leiharbeitnehmern nach dem BetrVerf-ReformG

1. Die Ausgangslage vor dem BetrVerf-ReformG

Bis zu der Reform des Betriebsverfassungsgesetzes von 2001 war zumindest nach der h. M. anerkannt, dass Voraussetzung für die Betriebszugehörigkeit sowohl die tatsäch-

49) So der Fall BAG, NZA 2004, 936.

50) BAG, AP Nr. 58 zu § 80 BetrVG 1972.

51) Für Gleichstellung der Betriebsabsprachen Buschmann, in: DKK (o. Fußn. 12), § 80 Rdnr. 12; Fitting (o. Fußn. 21), § 80 Rdnr. 12.

52) BAG, NZA 2004, 936 ff.

53) So BAG, AP Nr. 58 zu § 80 BetrVG 1972.

54) BAG, AP Nr. 10 zu § 106 BetrVG 1972; BAG, AP Nr. 89 zu § 613 a BGB; Fitting (o. Fußn. 21), § 80 Rdnr. 60; Kraft, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 36), § 80 Rdnr. 76.

1) BAG (18. 1. 1989 – 7 ABR 21/88), AP Nr. 1 zu § 9 BetrVG 1972; BAG (16. 4. 2003), NZA 2003, 1345 = AP Nr. 7 zu § 9 BetrVG 1972; Kreuzt, in: GK-BetrVG, 7. Aufl., § 5 Rdnr. 6; Fitting, BetrVG, 22. Aufl. (2004), § 9 Rdnr. 14; Erk/Eisemann, 5. Aufl. (2005), § 9 Rdnr. 2; a. A. Däubler/Kittner/Klebe (im Folgenden: DKK)/Schneider, 9. Aufl., § 9 Rdnr. 10 f.

2) Brors, NZA 2003, 1380 (1381); Hamann, NZA 2003, 526; Däubler, AuR 2004, 81 (82).

3) Zu Einzelheiten bzgl. dieses Dreiecksverhältnisses s. z. B. ausf. Schüren/Hamann, AÜG, 2. Aufl. (2003), § 1 Rdnr. 64 ff.