

10 TaBV 58/16
13 BV 395/15
(ArbG München)

Verkündet am: 12.10.2016

Birkhold
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

BESCHLUSS

In dem Beschlussverfahren

mit den Beteiligten

1. A.

A-Straße, A-Stadt

- Antragsteller, Beteiligter zu 1 und Beschwerdeführer -

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte B.
B-Straße, B-Stadt

2. Firma C.

A-Straße, C-Stadt

- Beteiligte zu 2 -

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte D.
D-Straße, B-Stadt

- 2 -

hat die 10. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Anhörung vom 12. Oktober 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Dick und die ehrenamtlichen Richter Tauber und Ernle

für Recht erkannt:

- 1. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts München vom 26.04.2016, 13 BV 395/15, wird zurückgewiesen.**
- 2. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.**

Gründe:

A.

Die Beteiligten streiten über die Rechtswirksamkeit einer Betriebsvereinbarung aus dem Jahr 2006.

Der Beteiligte zu 1 ist als Betriebsrat zuständig für den gemeinsamen Betrieb, den die Beteiligte zu 2 mit der E., der F. und der G. seit dem Jahr 2001 führt. Die Beteiligte zu 2 war und ist nicht Mitglied eines tarifvertragsschließenden Arbeitgeberverbandes und nicht tarifgebunden.

Die C. schloss mit dem Betriebsrat unter dem 28.03.2006 eine „Betriebsvereinbarung Urlaub und Freistellung von der Arbeit“, die auszugsweise wie folgt lautet:

„2. Geltungsbereich

Diese Betriebsvereinbarung gilt für alle Arbeitnehmerinnen des Unternehmens.

3. Urlaubsbestimmungen

3.1. *Der Arbeitnehmer hat jährlich einen unabdingbaren Anspruch auf bezahlten Urlaub. Der Urlaub dient der Erholung. Krankheitstage sowie Freistellungen aus beruflichen und persönlichen Gründen und zur beruflichen Fortbildung dürfen auf den Urlaub nicht angerechnet werden.*

3.2. *Urlaubsjahr ist das Kalenderjahr. Für die Urlaubsberechnung wird die 5-Tage-Woche zugrunde gelegt. Feiertage, die auf die Tage Montag bis Freitag fallen, zählen nicht als Urlaubstage.*

3.3. *Der volle Urlaubsanspruch wird erstmals nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses erworben (Wartezeit), bei Jugendlichen bis zum 18. Lebensjahr nach drei Monaten.*

3.4. *Anspruch auf ein Zwölftel des Jahresurlaubs für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer*

a) für Zeiten eines Kalenderjahres, für die er wegen Nichterfüllung der Wartezeit in diesem Kalenderjahr keinen vollen Urlaubsanspruch erwirbt;

b) wenn er vor erfüllter Wartezeit aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet;

c) wenn er nach erfüllter Wartezeit in der ersten Hälfte eines Kalenderjahres aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet.

Bruchteile von Urlaubstagen, die mindestens einen halben Tag ergeben, sind auf volle Urlaubstage aufzurunden. Hat der Arbeitnehmer im Falle des Absatzes c) bereits Urlaub über den ihm zustehenden Umfang hinaus erhalten, so kann das dafür gezahlte Urlaubsentgelt nicht zurückgefordert werden.

Der Anspruch auf Urlaub besteht nicht, soweit dem Arbeitnehmer für das laufende Kalenderjahr bereits von einem früheren Arbeitgeber Urlaub gewährt worden ist. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer eine Bescheinigung über den im laufenden Kalenderjahr gewährten oder abgegoltenen Urlaub auszuhändigen.

3.5. *Bei Ableistung des Grundwehrdienstes, Zivildienstes oder Entwicklungsdienstes sind die besonderen Bestimmungen des Arbeitsplatzschutzgesetzes über Urlaubsgewährung zu beachten. Der Arbeitgeber kann den Jahresurlaub für jeden vollen Kalendermonat, den der Arbeitnehmer Grundwehrdienst, Zivildienst oder Entwicklungsdienst leistet, um ein Zwölftel kürzen. Dem Arbeitnehmer ist der ihm zustehende Urlaub auf Verlangen vor Beginn des Grundwehrdienstes, Zivildienstes oder Entwicklungsdienstes zu gewähren.*

3.6. *Wird dem Arbeitnehmer von einem Träger der Sozialversicherung oder einer Verwaltungsbehörde der Kriegsopferversorgung ein Kur- oder Heilverfahren gewährt, so darf die hierfür verwendete Zeit einschließlich der ärztlich angeordneten Schonzeit auf den Urlaub nicht angerechnet werden. Dies gilt nicht für Kuren gem. § 84 Angestelltenversicherungsgesetz, die in der für einen Erholungsurlaub üblichen Weise gestattet werden können.*

3.7. *Durch ärztliche Bescheinigung in deutscher Sprache bzw. in Übersetzung nachgewiesene Krankheitstage während des Urlaubs gelten nicht als Urlaubstage. Die durch die Krankheit verlorenen Urlaubstage können in Übereinstimmung mit dem Arbeitgeber an den Urlaub angehängt werden. Kommt eine Übereinstimmung nicht zustande, ist die Arbeit am vorher vereinbarten Termin anzutreten. Die Gewährung des Resturlaubs wird nach Nr. 8 und 9 festgelegt.*

3.8. *Der Urlaub soll im laufenden Kalenderjahr möglichst zusammenhängend gewährt und genommen werden. Ein Urlaubsplan ist unter Berücksichtigung der Wünsche des Arbeitnehmers unter Mitbestimmung des Betriebsrates frühzeitig aufzustellen. Bei der Urlaubsgewährung sind betriebliche Belange zu berücksichtigen. Der Urlaubsplan gilt erst nach der Genehmigung durch die Geschäftsleitung.*

3.9. Der Urlaub kann auch noch in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres gewährt und angetreten werden. Auf Verlangen des Arbeitnehmers ist ein nach Nr. 4 entstehender Teilurlaub auf das folgende Kalenderjahr zu übertragen. Das gilt auch in den Fällen, in denen Teile des Urlaubs bzw. der gesamte Urlaub wegen lang anhaltender Krankheit nicht genommen werden konnte.

Wird der übertragene Urlaub nicht in den ersten drei Monaten genommen, erlischt der Anspruch, es sei denn, dass er rechtzeitig aber erfolglos geltend gemacht worden ist.

3.10. Das Urlaubsentgelt bemisst sich nach dem durchschnittlichen Arbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer in den letzten 13 Wochen vor Beginn des Urlaubs erhalten hat mit Ausnahme des zusätzlich für Überstunden gezahlten Arbeitsverdienstes. Bei Verdiensterhöhungen nicht nur vorübergehender Natur, die während des Berechnungszeitraums oder des Urlaubs eintreten, ist von dem erhöhten Verdienst auszugehen.

Verdienstkürzungen, die im Berechnungszeitraum infolge von Kurzarbeit, Arbeitsausfällen oder unverschuldeter Arbeitsversäumnis eintreten, bleiben für die Berechnung des Urlaubsentgelts außer Betracht.

3.11. Der Urlaubsanspruch für Arbeitnehmer mit befristeten Verträgen und zur Aushilfe beträgt für jeden vollen Monat der Beschäftigung ein Zwölftel des nach Ziffer 4 zu berechnenden Jahresurlaubs.

3.12. Betriebsurlaub kann nur durch Betriebsvereinbarung festgelegt werden.

3.13. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Bundesurlaubsgesetzes, für Jugendliche die des Jugendarbeitsschutzgesetzes.

4. Urlaubsdauer

4.1. Für alle Arbeitnehmer, einschließlich der in Ausbildung befindlichen Personen, beträgt der Urlaub 30 Arbeitstage. Im Übrigen gilt das Bundesurlaubsgesetz. Für alle Arbeitnehmer die bei Inkrafttreten bereits einen höheren Urlaubsanspruch erworben haben, bleibt dieser erhalten.

4.2. Für Arbeitnehmer, die dem Unternehmen zum 1.1.2003 mindestens 10 Jahre angehören und die mindestens 35 Jahre alt sind, gilt eine Bestandsgarantie hinsichtlich der bisherigen Urlaubsregelung. Für diese Mitarbeiter erhöht sich der Urlaub bei Alter 40 auf 31 und bei Erreichen von Alter 50 auf 32 Tage.

Sollte der im Unternehmen geltende Urlaubsanspruch künftig mehr als 30 Arbeitstage betragen, so ist das Unternehmen berechtigt, die zusätzlichen Urlaubstage, 31. Und 32. Tag, anzurechnen.

4.3. Die Bestimmungen über gesetzlichen Zusatzurlaub, z.B. für Schwerbehinderte, sind zu beachten.

4.4. Das Unternehmen kann bis zu 5 Tagen Betriebsurlaub pro Jahr anordnen. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 5 BetrVG bleibt unberührt.

5. Freistellung von der Arbeit aus persönlichen Gründen

Der Arbeitnehmer hat in nachstehenden Fällen nach einer Betriebszugehörigkeit von 6 Monaten Anspruch auf Freizeit ohne Kürzung der Vergütung

a) bei Eheschließung des Arbeitnehmers	2 Tage
b) bei Geburt eines eigenen Kindes	2 Tage
c) bei Todesfall von Verwandten 1. Grades (Kinder, Eltern), Ehegatten, Schwiegereltern und Geschwistern	2 Tage
d) bei Teilnahme an Beisetzungen von Schwiegerkindern sowie sonstigen Verwandten, sofern letztere mit in häuslicher Gemeinschaft lebten	1 Tag
e) Umzug	
- bis zu einer Entfernung von 100 km vom bisherigen Wohnort	1 Tag
- über 100 km vom bisherigen Wohnort	2 Tage

- | | |
|---|---------------------------------|
| <i>f) bei eigenem silbernen Ehejubiläum</i> | <i>1 Tag</i> |
| <i>g) am Tag der Hochzeit der Kinder,</i> | <i>1 Tag</i> |
| <i>h) am Tag der goldenen Hochzeit der Eltern,</i> | <i>1 Tag</i> |
| <i>i) bei Vorladung von Gerichten oder Behörden, bei Behördengängen
(z.B. Meldestelle, Finanzamt, Standesamt, Schule, Kindergarten),
die nachweislich persönlich vorgenommen werden müssen,</i> | <i>für die notwendige Zeit</i> |
| <i>j) bei ärztlicher oder zahnärztlicher Behandlung sowie Anpassung, Erneuerung oder Wiederherstellung künstlicher Glieder, soweit dies in der arbeitsfreien Zeit nicht möglich ist,</i> | <i>für die notwendige Zeit</i> |
| <i>k) bei Wahrnehmung öffentlicher Ehrenämter, zur Teilnahme an Tarifverhandlungen, bei polizeilichen und gerichtlichen Terminen, sofern der Grund nicht in der Person selbst liegt und soweit nicht von anderer Stelle Ausfallentschädigung gezahlt wird</i> | <i>für die notwendige Zeit.</i> |

Der Eheschließung gleichgestellt ist die Eintragung von Lebenspartnerschaften bei den Ziffern 1a), c) und f).

Im Übrigen besteht ein Anspruch auf Freistellung von der Arbeit unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts dann nicht, wenn die Ereignisse in einen Zeitraum fallen, für den Urlaub beantragt bzw. gewährt wurde oder in dem der Arbeitnehmer krank ist. Für Freistellungen gemäß Punkt c) gilt dies jedoch nur im Krankheitsfall.

Freistellung von der Arbeit unter Fortzahlung des Arbeitsentgeltes erfolgt mit Ausnahme von k) höchstens für 5 Tage im Kalenderjahr; freie Tage für Umzüge werden maximal einmal im Jahr gewährt.

...“

Wegen des weiteren Wortlauts der Betriebsvereinbarung wird auf Bl. 11 ff. d. A. verwiesen.

Es existiert ein „Einheitlicher Manteltarifvertrag“ für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den technischen Betrieben für Film und Fernsehen e.V. (VTFF) abgeschlossen zwischen dem Verband Technischer Betriebe für Film und Fernsehen e.V. (VTFF), Berlin und Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di e.V., Bundesvorstand - Fachbereich Medien, Kunst und Industrie -, Berlin gültig ab dem 01.01.2003, in dessen Anwendungsbereich der gegenständliche Betrieb grundsätzlich fällt, auch wenn die Beteiligte zu 2 nicht tarifgebunden ist. Dieser sieht in der bei Abschluss der Betriebsvereinbarung gültigen Fassung folgende Regelungen vor:

„§ 1 Geltungsbereich

Der Tarifvertrag gilt:

1. Räumlich: für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland.
2. Persönlich:

für alle kaufmännischen und technischen Arbeitnehmer sowie Auszubildenden. Werden Arbeitnehmer beschäftigt, die nicht unter diesen persönlichen Geltungsbereich fallen, sind sie nicht schlechter zu stellen, als die unter den Geltungsbereich fallenden Arbeitnehmer und Auszubildenden. Ausgenommen sind Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer, Prokuristen, Generalbevollmächtigte und leitende Angestellte im Sinne des § 5 Abs. 3 des BetrVerfG, Arbeitnehmer, die von Produktion zu Produktion beschäftigt werden, können ausgenommen werden, soweit andere Tarifverträge diese Beschäftigung regeln.

3. Fachlich:

für die technischen Betriebe für Film und Fernsehen, das heißt Betriebe, die technische Dienstleistungen für Bewegtbildproduktionen erbringen (insbesondere Film- und Fernseh-Atelierbetriebe, Synchronisations-, Musik- und Tonstudios sowie Film- und Videokopierwerke, Postproduktionsbetriebe und Bildplattenvervielfältigungsbetriebe; Internet- und Intranet-Fernsehen). Hierzu zählen auch Betriebe, deren Aufgaben nicht nur in der reinen technischen Dienstleistung bestehen, sondern die neben dem Zurverfügungstellen der technischen Plattform oder dem Erbringen der technischen Dienstleistung auch inhaltliche Beiträge leisten.

...

Urlaub, Freistellung, Verhinderung**§ 20 Urlaubsbestimmungen**

1. *Der Arbeitnehmer hat jährlich einen unabdingbaren Anspruch auf bezahlten Urlaub. Der Urlaub dient der Erholung. Krankheitstage sowie Freistellungen aus beruflichen und persönlichen Gründen und zur beruflichen Fortbildung dürfen auf den Urlaub nicht angerechnet werden.*
2. *Urlaubsjahr ist das Kalenderjahr. Für die Urlaubsberechnung wird die 5-Tage-Woche zugrundegelegt. Feiertage, die auf die Tage Montag bis Freitag fallen, zählen nicht als Urlaubstage. Dies gilt auch für Mitarbeiter, die im Rahmen der produktionsabhängigen Arbeitszeit an anderen Tagen eingesetzt sind.*
3. *Der volle Urlaubsanspruch wird erstmals nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses erworben (Wartezeit), bei Jugendlichen bis zum 18. Lebensjahr nach drei Monaten.*
4. *Anspruch auf ein Zwölftel des Jahresurlaubs für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer*
 - a) *für Zeiten eines Kalenderjahres, für die er wegen Nichterfüllung der Wartezeit in diesem Kalenderjahr keinen vollen Urlaubsanspruch erwirbt;*
 - b) *wenn er vor erfüllter Wartezeit aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet;*
 - c) *wenn er nach erfüllter Wartezeit in der ersten Hälfte eines Kalenderjahres aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet.*

Bruchteile von Urlaubstagen, die mindestens einen halben Tag ergeben, sind auf volle Urlaubstage aufzurunden. Hat der Arbeitnehmer im Falle des Absatzes c) bereits Urlaub über den ihm zustehenden Umfang hinaus erhalten, so kann das dafür gezahlte Urlaubsentgelt nicht zurückgefordert werden.

Der Anspruch auf Urlaub besteht nicht, soweit dem Arbeitnehmer für das laufende Kalenderjahr bereits von einem früheren Arbeitgeber Urlaub gewährt worden ist. Der Arbeitgeber ist verpflichtet,

bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer eine Bescheinigung über den im laufenden Kalenderjahr gewährten oder abgegoltenen Urlaub auszuhändigen.

5. Bei Ableistung des Grundwehrdienstes, Zivildienstes oder Entwicklungsdienstes sind die besonderen Bestimmungen des Arbeitsplatzschutzgesetzes über Urlaubsgewährung zu beachten. Der Arbeitgeber kann den Jahresurlaub für jeden vollen Kalendermonat, den der Arbeitnehmer Grundwehrdienst, Zivildienst oder Entwicklungsdienst leistet, um ein Zwölftel kürzen. Dem Arbeitnehmer ist der ihm zustehende Urlaub auf Verlangen vor Beginn des Grundwehrdienstes, Zivildienstes oder Entwicklungsdienstes zu gewähren.

6. Wird dem Arbeitnehmer von einem Träger der Sozialversicherung oder einer Verwaltungsbehörde der Kriegsopferversorgung ein Kur- oder Heilverfahren gewährt, so darf die hierfür verwendete Zeit einschließlich der ärztlich angeordneten Schonzeit auf den Urlaub nicht angerechnet werden. Dies gilt nicht für Kuren gem. § 84 Angestelltenversicherungsgesetz, die in der für einen Erholungsurlaub üblichen Weise gestattet werden können.

7. Durch ärztliche Bescheinigung in deutscher Sprache bzw. in Übersetzung nachgewiesene Krankheitstage während des Urlaubs gelten nicht als Urlaubstage. Die durch die Krankheit verlorenen Urlaubstage können in Übereinstimmung mit dem Arbeitgeber an den Urlaub angehängt werden. Kommt eine Übereinstimmung nicht zustande, ist die Arbeit am vorher vereinbarten Termin anzutreten. Die Gewährung des Resturlaubs wird nach Nr. 8 und 9 festgelegt.

8. Der Urlaub soll im laufenden Kalenderjahr möglichst zusammenhängend gewährt und genommen werden. Ein Urlaubsplan ist unter Berücksichtigung der Wünsche des Arbeitnehmers unter Mitbestimmung des Betriebsrates frühzeitig aufzustellen. Bei der Urlaubsgewährung sind betriebliche Belange zu berücksichtigen. Der Urlaubsplan gilt erst nach der Genehmigung durch die Geschäftsleitung.

9. Der Urlaub kann auch noch in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres gewährt und angetreten werden. Auf Verlangen des Arbeitnehmers ist ein nach Nr. 4 entstehender Teilurlaub auf das folgende Kalenderjahr zu übertragen. Das gilt auch in den Fällen, in denen Teile des Urlaubs bzw. der gesamte Urlaub wegen lang anhaltender Krankheit nicht genommen werden konnte.

Wird der übertragene Urlaub nicht in den ersten drei Monaten genommen, erlischt der Anspruch, es sei denn, dass er rechtzeitig aber erfolglos geltend gemacht worden ist.

10. Das Urlaubsentgelt bemisst sich nach dem durchschnittlichen Arbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer in den letzten 13 Wochen vor Beginn des Urlaubs erhalten hat mit Ausnahme des zusätzlich für Überstunden gezahlten Arbeitsverdienstes. Bei Verdiensterhöhungen nicht nur vorübergehender Natur, die während des Berechnungszeitraums oder des Urlaubs eintreten, ist von dem erhöhten Verdienst auszugehen.

Verdienstkürzungen, die im Berechnungszeitraum infolge von Kurzarbeit, Arbeitsausfällen oder unverschuldeter Arbeitsversäumnis eintreten, bleiben für die Berechnung des Urlaubsentgelts außer Betracht.

11. Der Urlaubsanspruch für Arbeitnehmer mit befristeten Verträgen (§ 8 eMTV) und zur Aushilfe (§ 9 eMTV) beträgt für jeden vollen Monat der Beschäftigung ein Zwölftel des nach § 21 eMTV zu berechnenden Jahresurlaubs.

12. Betriebsurlaub kann nur durch Betriebsvereinbarung festgelegt werden.

13. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Bundesurlaubsgesetzes, für Jugendliche die des Jugendarbeitsschutzgesetzes.

§ 21 Urlaubsdauer

1. Für alle Arbeitnehmer, einschließlich der in Ausbildung befindlichen Personen, beträgt der Urlaub 30 Arbeitstage. Im Übrigen gilt das Bundesurlaubsgesetz. Für alle Arbeitnehmer die bei Inkrafttreten bereits einen höheren Urlaubsanspruch erworben haben, bleibt dieser erhalten.
2. Für Arbeitnehmer, die dem Betrieb im Jahr des Inkrafttretens dieses Manteltarifvertrags mindestens 10 Jahre angehören und die mindestens 35 Jahre alt sind, gilt eine Bestandsgarantie hinsichtlich der bisherigen Urlaubsregelung. Für diese Mitarbeiter erhöht sich der Urlaub bei Alter 40 auf 31 und bei Erreichen von Alter 50 auf 32 Tage.
Sollte der tarifliche Urlaubsanspruch künftig mehr als 30 Arbeitstage betragen, so ist der Arbeitgeber berechtigt, die zusätzlichen Urlaubstage anzurechnen.
3. Die Bestimmungen über gesetzlichen Zusatzurlaub, z.B. für Schwerbehinderte, sind zu beachten.
4. Der Arbeitgeber kann bis zu 5 Tagen Betriebsurlaub pro Jahr anordnen. Die Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes sind zu beachten.

§ 22 Freistellung von der Arbeit aus persönlichen Gründen

Der Arbeitnehmer hat in nachstehenden Fällen nach einer Betriebszugehörigkeit von 6 Monaten Anspruch auf Freizeit ohne Kürzung der Vergütung

- | | |
|---|--------------------------|
| a) bei Eheschließung des Arbeitnehmers | 2 Tage |
| b) bei Geburt eines eigenen Kindes | 2 Tage |
| c) bei Todesfall von Verwandten 1. Grades (Kinder, Eltern), Ehegatten, Schwiegereltern und Geschwistern | 2 Tage |
| d) bei Teilnahme an Beisetzungen von Schwiegerkindern sowie sonstigen Verwandten, sofern letztere mit in häuslicher Gemeinschaft lebten | 1 Tag |
| e) Umzug | |
| - bis zu einer Entfernung von 100 km vom bisherigen Wohnort | 1 Tag |
| - über 100 km vom bisherigen Wohnort | 2 Tage |
| f) bei eigenem silbernen Ehejubiläum | 1 Tag |
| g) am Tag der Hochzeit der Kinder, | 1 Tag |
| h) am Tag der goldenen Hochzeit der Eltern, | 1 Tag |
| i) bei Vorladung von Gerichten oder Behörden, bei Behördengängen (z. B. Meldestelle, Finanzamt, Standesamt, Schule, Kindergarten), die nachweislich persönlich vorgenommen werden müssen, für die notwendige Zeit) bei ärztlicher oder zahnärztlicher Behandlung sowie Anpassung, Erneuerung oder Wiederherstellung künstlicher Glieder, soweit dies in der arbeitsfreien Zeit nicht möglich ist, | für die notwendige Zeit |
| k) bei Wahrnehmung öffentlicher Ehrenämter, zur Teilnahme an Tarifverhandlungen, bei polizeilichen und gerichtlichen Terminen, sofern der Grund nicht in der Person selbst liegt und soweit nicht von anderer Stelle Ausfallentschädigung gezahlt wird | für die notwendige Zeit. |

Der Eheschließung gleichgestellt ist die Eintragung von Lebenspartnerschaften bei den Ziffern 1a), c) und f).

Im Übrigen besteht ein Anspruch auf Freistellung von der Arbeit unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts dann nicht, wenn die Ereignisse in einen Zeitraum fallen, für den Urlaub beantragt bzw. gewährt wurde oder in dem der Arbeitnehmer krank ist. Für Freistellungen gemäß Punkt c) gilt dies jedoch nur im Krankheitsfall.

Freistellung von der Arbeit unter Fortzahlung des Arbeitsentgeltes erfolgt mit Ausnahme von k) höchstens für 5 Tage im Kalenderjahr; freie Tage für Umzüge werden maximal einmal im Jahr gewährt.

...“

Wegen des weiteren Wortlauts des Tarifvertrags wird auf Bl. 174 ff. d. A. verwiesen. Der Manteltarifvertrag enthält keine Öffnungsklausel, die den Betriebsparteien den Abschluss abweichender oder gleichlautender Betriebsvereinbarungen gestatten würde. Der Manteltarifvertrag wurde von beiden Tarifvertragsparteien zum 31.12.2011 gekündigt.

Die VTFF und ver.di schlossen am 12.08.2010 weiterhin einen Entgelttarifvertrag mit Wirkung zum 01.01.2010. Dieser Tarifvertrag enthält in § 1 eine Regelung zum Geltungsbereich und in § 5 eine Öffnungsklausel mit folgendem Wortlaut:

„§ 1 Geltungsbereich

1. Räumlich: *für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland.*

2. Persönlich:

für alle kaufmännischen und technischen Arbeitnehmer sowie Auszubildenden. Werden Arbeitnehmer beschäftigt, die nicht unter diesen persönlichen Geltungsbereich fallen, sind sie nicht schlechter zu stellen, als die unter den Geltungsbereich fallenden Arbeitnehmer und Auszubildenden. Ausgenommen sind Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer, Prokuristen, Generalbevollmächtigte und leitende Angestellte im Sinne des § 5 Abs. 3 des BetrVerfG, Arbeitnehmer, die von Produktion zu Produktion beschäftigt werden, können ausgenommen werden, soweit andere Tarifverträge diese Beschäftigung regeln.

3. Fachlich:

für die technischen Betriebe für Film und Fernsehen, das heißt Betriebe, die technische Dienstleistungen für Bewegtbildproduktionen erbringen (insbesondere Film- und Fernseh-Atelierbetriebe, Synchronisations-, Musik- und Tonstudios sowie Film- und Videokopierwerke, Postproduktionsbetriebe und Bildplattenvervielfältigungsbetriebe; Internet- und Intranet-Fernsehen). Hierzu zählen auch Betriebe, deren Aufgaben nicht nur in der reinen technischen Dienstleistung bestehen, sondern die neben dem Zurverfügungstellen der technischen Plattform oder dem Erbringen der technischen Dienstleistung auch inhaltliche Beiträge leisten.

...

§ 5 Öffnungsklausel

Arbeitgeber und Betriebsrat können unter Wahrung der tariflichen Mindestbestimmungen ergänzend zu diesem Tarifvertrag für Arbeitnehmer günstigere Betriebsvereinbarungen unter Beachtung des § 77 Abs. 3 BetrVG abschließen. Bis zum Inkrafttreten dieses Tarifvertrags abgeschlossene ergänzende für Arbeitnehmer günstigere Betriebsvereinbarungen, die sich auf andere (alte) Ta-

rifregelungen beziehen, gelten unabhängig von dieser Öffnungsklausel weiter und können unter Beachtung von § 77 Ziff. 3 BetrVG geändert werden. Die Tarifparteien sind seitens des Arbeitgebers über die Aufnahme von Verhandlungen und dem Abschluss einer Betriebsvereinbarung gemäß dieser Öffnungsklausel zu informieren.

...“

Wegen des weiteren Wortlauts des Tarifvertrages wird auf Bl. 54 ff. d. A. verwiesen.

In einer Pressemitteilung vom 28.11.2012 teilte der VTFF mit, eine neue Satzung beschlossen zu haben sowie die Aufgabe seiner Tariffähigkeit „bis auf Weiteres“. In der Neufassung der Satzung des VTFF vom 01.01.2013 heißt es unter § 2 Aufgaben und Ziele:

„Der Verband verfolgt keine eigenwirtschaftlichen und politischen Zwecke. Er ist derzeit nicht tariffähig.“

Wegen des weiteren Wortlauts wird auf Bl. 66 ff. d. A. verwiesen.

Die Beteiligte zu 2 schließt mit ab dem 01.03.2013 eingestellten Arbeitnehmern Arbeitsverträge ab, die lediglich 28 Urlaubstage gewähren. Nur auf die namentlich im gegenständlichen Antrag benannten Arbeitnehmer wendet die Beteiligte zu 2 die streitgegenständliche Betriebsvereinbarung derzeit noch an.

Der Beteiligte zu 1 vertrat erstinstanzlich die Auffassung, die Betriebsvereinbarung aus dem Jahr 2006 sei wirksam und damit für alle Arbeitnehmer im Betrieb anwendbar. Die tarifliche Öffnungsklausel in § 5 des Entgelttarifvertrages vom 12.10.2010 enthalte eine die Sperre des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG beseitigende rückwirkende Öffnungsklausel. Bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Entgelttarifvertrages sei die Betriebsvereinbarung keinesfalls nichtig, sondern lediglich schwebend unwirksam gewesen. Die Tarifvertragsparteien hätten deshalb auch zu einem späteren Zeitpunkt eine Öffnungsklausel vereinbaren können. Der Geltungsbereich des Entgelttarifvertrages sei nicht auf eine Entgeltregelung beschränkt, so dass über die Öffnungsklausel auch Regelungen zur Urlaubsdauer durch Betriebsvereinbarung hätte getroffen werden können. Da eine tarifvertragliche Regelung nicht mehr vorliege, greife auch nicht die Tarifsperrung gem. § 77 Abs. 3 Satz 1 1. Alt. BetrVG. Auch liege keine Tarifüblichkeit (mehr) vor, da der Arbeitgeberver-

band aufgrund gewillkürter Tarifunfähigkeit keine Tarifverträge mehr abschließen könne und daher von einer Tarifüblichkeit der Urlaubsregelungen nicht auszugehen sei. Die Tatsache, dass die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 Satz 1 2. Alt. BetrVG erst nach Inkrafttreten der streitgegenständlichen Betriebsvereinbarung im Jahr 2006 entfallen sei, ändere an dem Ergebnis nichts, da die Betriebsvereinbarung nicht nichtig gewesen sei.

Der nach Kündigung lediglich nachwirkende Manteltarifvertrag könne gem. § 4 Abs. 5 TVG durch eine andere Abmachung abgelöst werden. Eine solche andere Abmachung könne auch eine Betriebsvereinbarung sein. Da die Beteiligte zu 2 zu keinem Zeitpunkt an den einheitlichen Manteltarifvertrag gebunden gewesen sei und ausweislich der Betriebsvereinbarung durch diese bestehende unterschiedliche Urlaubsregelung vereinheitlicht hätten werden sollen, sei zu folgern, dass die Betriebsvereinbarung gerade für den Fall der Nachwirkung gelten soll.

Der Beteiligte zu 1 beantragte erstinstanzlich:

Es wird festgestellt, dass die Betriebsvereinbarung „Urlaub und Freistellung von der Arbeit“, die zwischen dem Beteiligten zu 1 und der Beteiligten zu 2 am 28.03.2006 abgeschlossen worden ist, unabhängig von einem bestimmten Eintrittsstichtag für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Beteiligten zu 2 zur Anwendung kommt und nicht auf folgende Arbeitnehmer / Arbeitnehmerinnen:

- **AN1**
- **AN2**
- **AN3**
- **AN4**
- **AN5**
- **AN6**
- **AN7**
- **AN8**
- **AN9**

beschränkt ist

sowie hilfsweise

den Antrag 1 mit der Maßgabe, dass die Feststellung für Eintritte seit dem 01.01.2013 begehrt wird.

Die Beteiligte zu 2 beantragte erstinstanzlich die

Zurückweisung der Anträge.

Zur Begründung führte sie aus, die streitgegenständliche Betriebsvereinbarung sei wegen Verstoßes gegen § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG rechtsunwirksam. Die Sperrwirkung von § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG sei nicht von der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers abhängig. Die streitgegenständlichen Regelungen betreffen nicht den Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung, sondern unterfielen der freiwilligen Mitbestimmung. Infolgedessen sei die streitgegenständliche Betriebsvereinbarung schlichtweg rechtsunwirksam. In der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 29.10.2002 (1 AZR 573/01) werde die Frage der Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die Regelungssperre offengelassen. In dieser Entscheidung werde keinesfalls die Aussage getroffen, dass die wortwörtliche Zitierung von Teilen eines (Mantel)-Tarifvertrages lediglich zur schwebenden Unwirksamkeit führen solle. Richtigerweise sei aus rechtssystematischen Gründen von einer endgültigen Rechtsunwirksamkeit auszugehen.

Die Sperrwirkung werde auch nicht durch den Entgelttarifvertrag vom 12.10.2010 beseitigt. Der Wortlaut der Öffnungsklausel in § 5 des Entgelttarifvertrages beziehe sich ausdrücklich auf „diesen Tarifvertrag“ und nicht auf den einheitlichen Manteltarifvertrag. Rechtssystematisch erstrecke sich die Öffnungsklausel daher ausschließlich auf die Regelungsgegenstände des Entgelttarifvertrages. Die Regelungssperre ergreife auch in Bezug auf die Tarifüblichkeit der Regelungsgegenstände die streitgegenständlichen Betriebsvereinbarung. Zur Tarifüblichkeit sei festzustellen, dass die Gewerkschaft ver.di zu keinem Zeitpunkt erklärt habe, nicht tariffähig zu sein und keine Tarifverträge schließen zu wollen. Die Tarifüblichkeit entfalle auch nicht dadurch, dass sich der Arbeitgeberverband für tarifunfähig erklärt habe. Die Gewerkschaft könne nach wie vor auch mit einzelnen

Unternehmen Firmentarifverträge schließen. Tarifüblichkeit entfalle in einem solchen Fall erst, wenn die Gewerkschaft erkläre, sie strebe auch keinen Firmentarifvertrag mehr an.

Wegen des weiteren erstinstanzlichen Vorbringens wird auf die Schriftsätze der Beteiligten vom 03.11.2015, 23.12.2015, 05.02.2016, 08.04.2016, 14.04.2016, 18.04.2016, 19.04.2016 sowie auf die Niederschrift über die Anhörung vom 21.04.2016 verwiesen.

Das Arbeitsgericht München hat mit seinem dem Beteiligten zu 1 am 06.05.2016 zugestellten Beschluss vom 26.04.2016 die Anträge zurückgewiesen. Zum Zeitpunkt des Abschlusses habe die Betriebsvereinbarung gegen § 77 Abs. 3 BetrVG verstoßen. Der Verstoß gegen diese Regelungssperre werde nicht durch die Tariföffnungsklausel in § 5 des Entgelttarifvertrages vom 12.08.2010 rückwirkend geheilt. Dies wäre zwar grds. möglich, der Entgelttarifvertrag enthalte aber keine Öffnungsklausel zur Regelung von Urlaubsbestimmungen. Das würde sich bereits aus dem Wortlaut der tariflichen Regelung ergeben. Hätten die Tarifvertragsparteien eine Öffnungsklausel für Regelungsgegenstände des Manteltarifvertrages gewünscht, hätten sie ohne weiteres den Manteltarifvertrag entsprechend ergänzen können. Die Betriebsvereinbarung habe auch nicht zum 01.01.2013 Wirksamkeit dadurch erlangt, dass ab diesem Zeitpunkt möglicherweise aufgrund einer gewillkürten Tarifunfähigkeit des tarifschließenden Arbeitgeberverbandes von einer Tarifüblichkeit der im Manteltarifvertrag getroffenen Regelungen nicht mehr ausgegangen werden könne. Dies könne allerdings nicht dazu führen, dass eine bereits seit Jahren unwirksame Betriebsvereinbarung nunmehr plötzlich Wirksamkeit erlange. Im Falle rückwirkender Tariföffnungsklauseln lasse sich noch vertreten, dass dann die Tarifvertragsparteien den Betriebsparteien ausdrücklich rückwirkend eine Regelungsmacht einräumen wollen. Das lasse sich aber nicht auf einen späteren Wegfall der Tarifüblichkeit übertragen. Es fehle in diesem Fall an einem ausdrücklichen Akt der Tarifvertragsparteien zur Rückübertragung von Regelungskompetenzen.

Hiergegen wendet sich der Beteiligte zu 1 mit seiner am 06.06.2016 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Beschwerde und begründet diese nach am 05.07.2016 eingegangenem Fristverlängerungsantrag und nach mit Beschluss vom 05.07.2016 bis 08.08.2016 verlängerter Begründungsfrist mit am 08.08.2016 eingegangenem Schriftsatz wie folgt:

Der Entgelttarifvertrag sei unter dem gleichen Datum, nämlich dem 12.08.2010 abgeschlossen worden und rückwirkend zum 01.01.2010 in Kraft getreten, wie der einheitliche Manteltarifvertrag in der zuletzt vereinbarten Fassung vom 12.08.2010, deren Geltungsbereiche identisch seien. Der Entgelttarifvertrag und der Manteltarifvertrag würden rechtlich eine Einheit bilden und sich gegenseitig bedingen. Die Öffnungsklausel in § 5 des Entgelttarifvertrages würde deswegen auch den Manteltarifvertrag für betriebliche Regelungen öffnen. Der Manteltarifvertrag befinde sich infolge der Kündigung durch die Tarifvertragsparteien allenfalls in der Nachwirkung. Aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ergebe sich bei einem Verstoß gegen die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG keine Nichtigkeit, sondern allenfalls eine schwebende Unwirksamkeit. Nach Wegfall des Hindernisses, das zur schwebenden Unwirksamkeit führe, würde die Betriebsvereinbarung Wirksamkeit entfalten.

Jedenfalls mit dem Verzicht des Verbandes Technischer Betriebe für Film und Fernsehen auf die Tariffähigkeit sei klar, dass es künftig keine Tarifverträge mit ihm mehr geben wird. Damit entfalle auch die Regelungssperre, die auf der Tarifüblichkeit beruhe. Ein übereinstimmender Wille der Tarifvertragsparteien zur Öffnung der tarifvertraglichen Regelungen für betriebliche Regelungen sei dann nicht erforderlich.

Der Beteiligte zu 1 beantragt in der Beschwerde:

Der Beschluss des Arbeitsgerichts München vom 26.04.2016, Az.: 13 BV 395/15, wird abgeändert und festgestellt, dass die Betriebsvereinbarung „Urlaub und Freistellung von der Arbeit“, die zwischen dem Beteiligten zu 1 und der Beteiligten zu 2 am 28.03.2006 abgeschlossen worden ist, unabhängig von einem bestimmten Eintrittsstichtag für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Beteiligten zu 2 zur Anwendung kommt und nicht auf folgende Arbeitnehmer / Arbeitnehmerinnen:

- AN1
- AN2
- AN3
- AN4
- AN5

- **AN6**
- **AN7**
- **AN8**
- **AN9**

beschränkt ist

sowie hilfsweise

den Antrag 1 mit der Maßgabe, dass die Feststellung für Eintritte seit dem 01.01.2013 begehrt wird.

Die Beteiligte zu 2 beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Auch wenn die Geltungsbereiche des Manteltarifvertrages und des Entgelttarifvertrages identisch formuliert seien, ergäbe sich hierdurch kein einheitlicher Tarifvertrag. Aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ergebe sich, dass Betriebsvereinbarungen, die Regelungen eines für den Betrieb geltenden Tarifvertrages inhaltlich vollständig übernehmen, von vornherein unwirksam seien. Die Tariföffnungsklausel des Entgelttarifvertrages greife nicht, da sie sich ausschließlich auf im Entgelttarifvertrag geregelte Fragen beschränken würde. Die Kündigung des Manteltarifvertrages könne an der Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung nichts ändern. Dies gelte auch für den Verzicht auf die Tariffähigkeit. Die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie würde gestört, wenn nicht tarifgebundene Arbeitgeber kollektivrechtliche Konkurrenzregelungen in Form von Betriebsvereinbarungen treffen könnten. Für das Bedürfnis betriebsnaher Regelungen stünden Firmentarifverträge als kollektivrechtliche Gestaltungsmittel zur Verfügung.

Wegen des weiteren Vorbringens in der Beschwerde wird auf die Schriftsätze der Beteiligten vom 05.08.2016, 08.09.2016 und 09.09.2016 sowie auf die Niederschrift über die Anhörung vom 12.10.2016 verwiesen.

B.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet.

I. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 ist zulässig. Sie ist gemäß § 87 Abs. 1 ArbGG statthaft, form- und fristgemäß eingelegt und begründet worden (§§ 87 Abs. 2, 89 Abs. 1 und Abs. 2 ArbGG).

II. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 ist nicht begründet.

Das Arbeitsgericht hat zutreffend entschieden, dass sowohl der Hauptantrag als auch der Hilfsantrag, der auf eine Rechtswirksamkeit der Betriebsvereinbarung jedenfalls ab dem vom Beteiligten zu 1 behaupteten Wegfall der Tarifüblichkeit gerichtet ist, unbegründet sind, da der Betrieb der Beteiligten zu 2 bei Tarifbindung in den Geltungsbereich des „Einheitlichen Manteltarifvertrages“ fallen würde und deswegen der Betriebsvereinbarung von Beginn an die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG entgegenstand. Eine rückwirkende spätere Beseitigung der Rechtsunwirksamkeit ist nicht gegeben.

1. Der Hauptantrag ist zulässig.

Mit seinem Antrag begehrt der Beteiligte zu 1 die Feststellung, dass die Betriebsvereinbarung „Urlaub und Freistellung von der Arbeit“, unabhängig von einem bestimmten Eintrittsstichtag für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Beteiligten zu 2 zur Anwendung kommt.

Die Geltung einer Betriebsvereinbarung betrifft ein betriebsverfassungsrechtliches Rechtsverhältnis. Der Feststellungsantrag ist darauf gerichtet, die Betriebsvereinbarung mit ihren Regelungen durchzuführen.

Für den so verstandenen Antrag besteht das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse. Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die „Betriebsvereinbarung Urlaub und Freistellung von der Arbeit“ von der Beteiligten zu 2 anzuwenden ist. An der Klärung dieser Frage hat der Beteiligte zu 1 ein rechtliches Interesse.

2. Im Zeitpunkt ihres Abschlusses verstieß die Betriebsvereinbarung gegen § 77 Abs. 3 BetrVG, nachdem Arbeitsentgelt und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein können.

2.1 Die Vorschrift soll die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gewährleisten, indem sie den Tarifvertragsparteien den Vorrang zur Regelung von Arbeitsbedingungen einräumt. Dieses Befugnis soll nicht dadurch ausgehöhlt werden, dass Arbeitgeber und Betriebsrat ergänzende oder abweichende Regelungen vereinbaren. Es geht um die Sicherung der ausgeübten und aktualisierten Tarifautonomie. Ausgehend von diesem Normzweck kann die Sperrwirkung nicht davon abhängen, ob ein Arbeitgeber tarifgebunden ist oder nicht. Es soll vorrangig Aufgabe der Tarifpartner sein, Arbeitsbedingungen kollektivrechtlich zu regeln. Die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie würde auch dann gestört, wenn die nicht tarifgebundenen Arbeitgeber kollektivrechtliche "Konkurrenzregelungen" in der Form von Betriebsvereinbarungen erreichen könnten. Dem Betriebsrat fehlt die Zuständigkeit für Betriebsvereinbarungen, deren Gegenstand tarifüblich oder bereits in Tarifverträgen geregelt ist. Soweit ein Bedürfnis nach betriebsnaher Regelung besteht, stehen Firmentarifverträge als kollektives Gestaltungsmittel zur Verfügung; darüber hinaus können ergänzende Betriebsvereinbarungen durch entsprechende tarifliche Öffnungsklauseln zugelassen werden (BAG v. 20.11.2001, 1 AZR 12/01, BAG v. 13.03.2012, 1 AZR 659/10).

Bei Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich das Folgende:

2.2 Die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG ist vorliegend nicht auf Grund der Schutzfunktion der in § 87 Abs. 1 BetrVG geregelten Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats beseitigt.

2.2.1 Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG greift die Sperre des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG dann nicht ein, wenn es sich um Angelegenheiten handelt, die nach § 87 Abs. 1 BetrVG der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen. Die Regelungssperre wird aber nur soweit beseitigt, wie das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats

nach § 87 Abs. 1 BetrVG reicht. Sie kommt daher zur Anwendung, soweit eine Betriebsvereinbarung einen nicht der Mitbestimmung unterfallenden Tatbestand regelt (so zusammenfassend BAG v. 29.10.2002, 1 AZR 573/01).

2.2.2 Vorliegend unterliegt der durch die Betriebsvereinbarung geregelte Sachverhalt – soweit hier von Interesse - nicht der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats.

2.2.2.1 Nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG hat der Betriebsrat mitzubestimmen bei der Aufstellung allgemeiner Urlaubsgrundsätze und des Urlaubsplans sowie im Konfliktfall bei der Festsetzung der zeitlichen Lage des Urlaubs einzelner Arbeitnehmer.

Dieser Mitbestimmungstatbestand erfasst diejenigen Fälle der bezahlten oder unbezahlten Freistellung von der Arbeit, bei deren Verwirklichung gegensätzliche individuelle oder betriebliche Interessen auszugleichen sind. Es kommt hinzu, dass § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG das Bestehen eines Urlaubsanspruchs voraussetzt und von dessen praktischer Umsetzung handelt. Grund für die Mitbestimmung des Betriebsrats ist das Bedürfnis nach einer kollektiven Regelung zu den auf Freizeit gerichteten Urlaubswünschen der einzelnen Arbeitnehmer untereinander und beim Ausgleich dieser Wünsche mit den betrieblichen Interessen an der Kontinuität des Betriebsablaufs (vgl. BAG v. 10.12.2002, 1 ABR 27/01). Typische Regelungen zu Urlaubsgrundsätzen sind z.B. Regelungen über geteilten oder ungeteilten Urlaub, über die Verteilung des Urlaubs innerhalb des Kalenderjahres, Regelungen über den Ausgleich paralleler Urlaubswünsche, die Aufstellung von Prioritätskriterien, Regelungen über eine Urlaubssperre wegen erhöhten Arbeitsanfalls oder Regelungen der Urlaubsvertretung. Zu den allgemeinen Urlaubsgrundsätzen gehören schließlich auch Regelungen über das bei der Bewilligung von Urlaub einzuhaltende Verfahren (BAG v. 28.05.2002, 1 ABR 37/01).

Hier haben die Betriebsparteien keine Regelungen zu den vorstehend genannten Bereichen getroffen, sondern im Kern Regelungen zum individuellen Urlaubsanspruch der Arbeitnehmer, wie sie im BurlG und im Manteltarifvertrag festgehalten sind und die die Voraussetzung darstellen für den in § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG geregelten Tatbestand. Die Regelungen dieser Voraussetzungen unterliegen deshalb nicht der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats nach dieser Vorschrift.

2.2.2.2 Auch ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG besteht nicht.

Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG betrifft Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere die Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen. Betriebliche Lohngestaltung bedeutet die Aufstellung abstrakt-genereller Grundsätze zur Lohnfindung. Gegenstand der Mitbestimmung ist die Festlegung abstrakter Kriterien zur Bemessung der Leistung des Arbeitgebers, die dieser zur Abgeltung der Arbeitsleistung der Arbeitnehmer oder sonst mit Rücksicht auf das Arbeitsverhältnis erbringt, unbeschadet ihrer Benennung. Das Mitbestimmungsrecht dient dem Zweck, das betriebliche Lohngefüge angemessen und durchsichtig zu gestalten und die betriebliche Lohn- und Verteilungsgerechtigkeit zu wahren, um die Arbeitnehmer vor einer einseitig, nur an den Interessen des Arbeitgebers ausgerichteten oder willkürlichen Lohngestaltung zu schützen (BAG v. 10.12.2002, 1 ABR 27/01).

Die Betriebsvereinbarung betrifft nicht die Festlegung von solchen Kriterien. Es ist zwar zutreffend, dass die Gewährung von Urlaub einen Zusammenhang mit Vergütungszahlung aufweist, indem die damit verbundene Freistellung einen Zahlungsanspruch auslöst (so beim „bezahlten Urlaub“) oder eben nicht (so beim „unbezahlten Urlaub“). Allerdings unterliegt der erzwingbaren Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht die Höhe des Entgelts (BAG v. 30.10.2001, 1 ABR 8/01).

2.3 Die Regelungen der gegenständlichen Betriebsvereinbarung treten als beinahe wortidentische Regelungen in Konkurrenz mit dem „Einheitlichen Manteltarifvertrag“ und verstoßen deshalb gegen die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG.

Im Jahr 2006 bestand für Urlaubsbestimmungen für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland für die technischen Betriebe Film und Fernsehen ein „Einheitlicher Manteltarifvertrag“ unter dessen Geltungsbereich die Beteiligte zu 2 fällt. Diese ist zwar mangels Mitgliedschaft in der tarifschließenden Vereinigung nicht tarifgebunden, hierauf kommt es aber nicht an (s. o.).

Dieser Manteltarifvertrag enthielt in §§ 20-22 Regelungen zu Urlaub und Freistellung von der Arbeit, die – abgesehen davon, dass teilweise der Begriff „Arbeitgeber“ durch „Unternehmen“ sinnerhaltend ersetzt wurde und einzelne entbehrliche Sätze nicht übernommen wurden –, die bis zum Wortlaut identisch sind mit den Regelungen der hier gegenständlichen Betriebsvereinbarung.

Eine Öffnungsklausel enthält dieser Tarifvertrag nicht.

Unter die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG fallen auch Betriebsvereinbarungen, die sich darauf beschränken, eine bestehende tarifvertragliche Regelung unverändert zu übernehmen. Der Grund für die Geltung der Tarifverträge würde auch dann auf der normativen Wirkung der Betriebsvereinbarung beruhen. Der Geltungsbereich von Tarifverträgen soll aber allein auf dem dafür vorgesehenen Weg der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG ausgedehnt werden können. Der Schutz der Tarifautonomie steht deshalb auch der Möglichkeit entgegen, durch Betriebsvereinbarung den Inhalt eines Tarifvertrages unverändert zu übernehmen (BAG v. 20.11.2001, 1 AZR 12/01).

Mit der Übernahme des Manteltarifvertrages als betriebliche Normen verstößt die Betriebsvereinbarung deshalb gegen die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG.

3. Der Verstoß gegen die Regelungssperre in § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG wurde vorliegend nicht durch die Tariföffnungsklausel in § 5 des Entgelttarifvertrages vom 12.08.2010 rückwirkend beseitigt. Durch diese Regelung ist die Betriebsvereinbarung nicht nachträglich wirksam geworden.

3.1 Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist eine gegen die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG verstoßende Betriebsvereinbarung – schwebend oder endgültig – unwirksam, wenn auch nicht nichtig. Im Geltungsbereich tariflicher Bestimmungen sollen betriebliche Regelungen grundsätzlich ausscheiden. Sie sind aber dann zulässig, wenn die Tarifvertragsparteien ihre Regelungsbefugnis ausdrücklich zurücknehmen (§ 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG). Die Entscheidung darüber, ob sie eine solche Öffnung gegenüber ihren eigenen Regelungen zulassen wollen, kann daher von den Parteien des jeweiligen Tarifvertrages getroffen werden. Dieser Schutzzweck schließt auch

die nachträgliche Belegung einer tariflichen Vereinbarung nicht aus (BAG v. 20.04.1999, 1 AZR 631/98).

3.2 Der vorliegende Entgelttarifvertrag enthält keine Öffnungsklausel zur Regelung der gegenständlichen Urlaubsbestimmungen. Das ergibt eine Auslegung dieses Tarifvertrages.

3.2.1 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts folgt die Auslegung des normativen Teils eines Tarifvertrags den für die Auslegung von Gesetzen geltenden Regeln. Danach ist zunächst vom Tarifwortlaut auszugehen, wobei der maßgebliche Sinn der Erklärung zu erforschen ist, ohne am Buchstaben zu haften. Bei nicht eindeutigen Tarifwortlaut ist der wirkliche Wille der Tarifvertragsparteien mit zu berücksichtigen, soweit er in den tariflichen Normen seinen Niederschlag gefunden hat. Abzustellen ist stets auf den tariflichen Gesamtzusammenhang, weil dieser Anhaltspunkte für den wirklichen Willen der Tarifvertragsparteien liefert und nur so Sinn und Zweck der Tarifnorm zutreffend ermittelt werden können. Lässt dies zweifelsfreie Auslegungsergebnisse nicht zu, dann können die Gerichte für Arbeitssachen ohne Bindung an eine Rechtsreihenfolge weitere Kriterien wie die Entstehungsgeschichte des Tarifvertrags ggf. auch die praktische Tarifübung ergänzend hinzuziehen. Auch die Praktikabilität denkbarer Auslegungsergebnisse ist zu berücksichtigen. Im Zweifel gebührt derjenigen Tarifauslegung der Vorzug, die zu einer vernünftigen, sachgerechten, zweckorientierten und praktischen brauchbaren Regelung führt (zusammenfassend BAG vom 22.04.2010, 6 AZR 962/08).

3.2.2 Das Arbeitsgericht weist zutreffend darauf hin, dass sich der Wortlaut der Öffnungsklausel in § 5 Satz 1 Entgelttarifvertrag ausdrücklich auf „diesen Tarifvertrag“ bezieht und nicht auf den einheitlichen Manteltarifvertrag.

3.2.3 Der Entgelttarifvertrag enthält keine Regelungen zur Urlaubsgewährung oder zur sonstigen Freistellung von der Arbeit.

Der Entgelttarifvertrag soll ausweislich § 2 Ziff. 1 Grundlage sein für die Entgeltfestsetzung und enthält dazu Vorschriften zur Eingruppierung einschließlich Überleitung insoweit (§§ 2, 4) zur Entgeltberechnung/Entgeltauszahlung (§ 3), zur Beauftragung bestimmter

Zeitarbeitsfirmen (§ 6) und zur Entgeltanpassung für Neumitglieder (§ 7). In der Anlage zum Entgelttarifvertrag findet sich eine Entgelttabelle.

Der Tarifvertrag lässt nicht erkennen, dass er über die ausdrücklich geregelten Bereiche hinausreichen möchte. Er erwähnt zwar in § 5 Satz 2 „andere (alte) Tarifregelungen“, die unabhängig von dieser Öffnungsklausel weiter gelten sollen und unter Beachtung von „§ 77 Ziff. 3 BetrVG“ geändert werden können, diese Regelung ist aber im Zusammenhang mit der Regelung in § 5 S. 1 zu sehen, die nach dem Wortlaut auch ein Verständnis zulässt, dass sie den Entgelttarifvertrag „allein“ für die Zukunft öffnet. Mit § 5 Satz 2 machen die Tarifvertragsparteien deutlich, dass sie die Öffnung für die Betriebsparteien nicht auf künftige Betriebsvereinbarungen begrenzen wollen und sichern damit die Kontinuität bereits abgeschlossener für Arbeitnehmer günstigerer Regelungen. Das entspricht dem in § 2 Ziff. 1 Satz 2 enthaltenen Grundsatz, dass der Tarifvertrag Mindestbestimmungen enthält, die nicht unterschritten werden dürfen. Eine zeitliche Beschränkung auf künftige Betriebsvereinbarungen, wie sie zumindest der Wortlaut der Regelung in § 5 Satz 1 zulässt, stünde damit in Konflikt. Anhaltspunkte dafür, dass mit der Regelung in § 5 Satz 2 losgelöst von diesem Zusammenhang sämtliche Tarifverträge der Tarifvertragsparteien für betriebliche Regelungen geöffnet werden sollen, sind nicht ersichtlich.

3.2.4 Auch der Gesamtzusammenhang spricht nicht dafür, dass der Entgelttarifvertrag den Manteltarifvertrag in allen seinen unterschiedlichen Regelungsbereichen für abweichende oder ergänzende betriebliche Regelungen öffnen möchte.

Manteltarifvertrag und Entgelttarifvertrag regeln unterschiedliche Fragen, was auch in § 16 des Manteltarifvertrages zum Ausdruck kommt, wonach die Mindestmonatsentgelte und die Ausbildungsvergütungen in einem gesonderten Tarifvertrag festgelegt werden sollen. Beide Regelungsbereiche werden damit von den Tarifvertragsparteien ausdrücklich getrennt und gesonderten Tarifverträgen vorbehalten, auch wenn es selbstverständlich Berührungspunkte (v. a. die in § 16 des Manteltarifvertrages geregelten) gibt. Es spricht nichts dafür, dass die von den Tarifvertragsparteien gewollte und ausdrücklich geregelte Trennung im Hinblick auf eine Öffnung für betriebliche Regelungen aufgehoben werden soll. Schon gar nichts spricht dafür, dass dies auch für den Manteltarifvertrag durch eine Regelung im Entgelttarifvertrag geschehen soll.

3.2.5 Eine Öffnungsklausel zu Gunsten von Urlaubsregelungen lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass Urlaubsregelungen im weitesten Sinne auch Entgeltfragen betreffen. Das trifft letztlich für alle im Synallagma stehenden Leistungen zu. Die vorstehend von den Tarifvertragsparteien gewollte Trennung wird dadurch nicht überspielt.

3.2.6 Schließlich lässt sich auch nichts aus dem identisch formulierten Geltungsbereich in Entgelttarifvertrag und Manteltarifvertrag und aus dem gleichen Abschlussdatum und dem gleichen Datum des Inkrafttretens der letzten Novellierung ableiten. Ein räumlich, persönlich und fachlich identischer Geltungsbereich spricht nur für denselben Anwendungsbereich, nicht für übertragbare Inhalte. Das gemeinsame Abschlussdatum legt nur nahe, dass sie parallel verhandelt worden sind, und dass die Verhandlungen am gleichen Tag erfolgreich abgeschlossen werden konnten. Rückschlüsse auf Inhalte ergeben sich daraus nicht.

3.2.7 Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass der mit § 77 Abs. 3 BetrVG bezweckte Schutz der Tarifautonomie dazu führt, dass die Ausnahmeregelung in § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG eng und die Sperrwirkung weit auszulegen ist. Danach sind ergänzende Betriebsvereinbarungen nur dann zulässig sind, wenn der in Frage kommende Tarifvertrag eine eindeutig positive Bestimmung enthält, nach der der Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen für zulässig erklärt wird (BAG v. 21.02.1967, 1 ABR 9/66).

3.2.8 Der Entgelttarifvertrag ist daher nicht so zu verstehen, dass die darin enthaltene Öffnungsklausel auch die Regelungen des Manteltarifvertrages erfassen soll.

4. Die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG wurde nicht dadurch rückwirkend beseitigt, dass der Manteltarifvertrag von beiden Tarifvertragsparteien gekündigt wurde und sich seine Wirkung damit „nur noch“ aus § 4 Abs. 5 TVG ergibt.

4.1 Allerdings ist im Ansatz zutreffend, dass die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 Satz 1 1. Alt. BetrVG nur greift, solange ein Tarifvertrag nach § 4 Abs. 1 TVG Wirkung entfaltet. Eine Weitergeltung nach § 4 Abs. 5 TVG bewirkt keine Regelungssperre nach dieser Vorschrift, weil die Nachwirkung einer tariflichen Vorschrift „lediglich“ eine Ord-

nungsfunktion erfüllt, und nicht dem Schutz der ausgeübten Tarifautonomie dient. In einem solchen Fall kommt aber häufig die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 Satz 1 2. Alt. BetrVG zu tragen, wenn trotz Kündigung des Tarifvertrages z. B. wegen schwebender Verhandlungen noch von einer Tarifüblichkeit auszugehen ist (vgl. BAG v. 06.11.2007, 1 AZR 862/06).

Ob dieser zuletzt genannte Fall zum Zeitpunkt der Kündigung gegeben war lässt die Kammer dahingestellt, weil auch dann, wenn mit dem Kündigungszeitpunkt die Sperrwirkung nach beiden Alternativen des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG entfiel, dies nicht zur Folge hätte, dass die Betriebsvereinbarung damit wirksam wird.

4.2 Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 2 ergibt sich diese Rechtsfolge aber nicht bereits aus der Entscheidung des BAG v. 20.11.2001 (1 AZR 12/01).

Darin stellt das BAG zwar fest, dass eine gegen § 77 Abs. 3 BetrVG verstoßende Betriebsvereinbarung unwirksam ist, der dort zu entscheidende Sachverhalt bot aber weder Anlass zwischen schwebend und endgültig unwirksam zu unterscheiden, weil eine Öffnungsklausel nicht im Raum stand, noch bot sie Anlass zu Ausführungen dahingehend was sich ergeben soll, wenn die Sperrwirkung ohne Vereinbarung einer ausdrücklichen Öffnungsklausel endet.

4.3 Vorliegend führt der Wegfall des „Wirksamkeitshindernisses Regelungssperre nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG durch Beendigung der normativen Wirkung des Tarifvertrags infolge von Kündigung“ nicht dazu, dass die vorliegende Betriebsvereinbarung Wirksamkeit erlangt. Das ergibt sich aus einer Auslegung der genannten Vorschrift.

4.3.1 Die Rechtsprechung (nicht nur die arbeitsrechtliche) geht in einer Vielzahl von Fallgestaltungen von einer schwebenden Unwirksamkeit aus und knüpft sehr unterschiedliche Rechtsfolgen an den Wegfall des Wirksamkeitshindernisses.

So wird ein Rechtsgeschäft eines beschränkt Geschäftsfähigen, das unter die Beschränkung fällt, nicht bereits dann wirksam, wenn der beschränkt Geschäftsfähige volljährig wird. Der Schwebezustand dauert in diesem Fall solange an, bis der jetzt Volljährige das

Rechtsgeschäft ausdrücklich oder konkludent genehmigt. Auf der anderen Seite wird nach der Rechtsprechung des BGH ein wegen fehlender bzw. noch ausstehender öffentlich-rechtlicher Genehmigung schwebend unwirksames Geschäft grundsätzlich nicht nur dann rechtswirksam, wenn die erforderliche Genehmigung erteilt wird, sondern auch dann, wenn die Genehmigungspflicht nach neuen gesetzlichen Vorschriften entfällt (vgl. BGH v. 09.11.1994, VIII ZR 41/94).

Aus dem Befund, einer schwebend unwirksamen Vereinbarung lässt sich daher nicht ableiten, was sich ergeben soll, wenn das Wirksamkeitshindernis entfällt. Es existiert insoweit kein einheitliches Rechtsfolgenkonzept, auf das zurückgegriffen werden kann.

4.3.2 Nach der Überzeugung der Kammer muss sich die die Rechtsfolge des Wegfalls des Wirksamkeitshindernisses aus der Auslegung der Norm, insbesondere aus dem Zweck der Norm ergeben, die das Wirksamkeitshindernis postuliert (vgl. BGH v. 15.06.1960, V ZR 191/58), hier aus dem unter 2.1 dargestellten Zweck.

4.3.2.1 Nach dem Wortlaut des § 77 Abs. 2 BetrVG greift die Regelungssperre des Satz 1 nur dann nicht, wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt. Das ist hier nicht gegeben. Die Tarifvertragsparteien haben vorliegend keine Öffnungsklausel o.ä. vereinbart.

Dem steht es nicht gleich, dass die Sperrwirkung bei Kündigung des Tarifvertrages und bei einem Ende der Tarifüblichkeit endet. Das hat nur zur Folge, dass ab diesem Zeitpunkt die Betriebsparteien freiwillige Betriebsvereinbarungen ohne Verstoß gegen § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG abschließen können, eine Genehmigung einer Betriebsvereinbarung durch Konsens beider Tarifvertragsparteien kann die Kammer darin nicht erblicken.

4.3.2.2 Auch der Zweck der Regelung, die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie wäre nicht ausreichend gewährleistet, wenn man konkurrierende betriebliche Normsetzung zuließe, die unabhängig vom übereinstimmenden Willen der Tarifvertragsparteien Wirksamkeit erlangen können. Bereits der Wortlaut des § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG bringt das zum Ausdruck, der auf eine ausdrückliche Zustimmung abstellt.

Zum Schutz der ausgeübten und aktualisierten Tarifautonomie ist jede Normsetzung durch die Betriebsparteien ausgeschlossen, die inhaltlich zu derjenigen der Tarifvertragsparteien in Konkurrenz treten würde und vom Willen der Tarifvertragsparteien nicht getragen wird. Arbeitgeber und Betriebsrat sollen keine abweichenden oder ergänzenden Betriebsvereinbarungen mit normativer Wirkung abschließen können (BAG v. 13.03.2012, 1 AZR 659/10). Deshalb ist § 77 Abs. 3 BetrVG letztlich keine Norm, die lediglich eine Konkurrenz zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung regelt sondern eine Norm, die die Regelungskompetenz der Betriebsparteien festlegt. Dem Betriebsrat fehlt deshalb die Zuständigkeit für Betriebsvereinbarungen, deren Gegenstand tarifüblich oder bereits in Tarifverträgen geregelt ist (so ausdrücklich BAG v. 13.03.2012, 1 AZR 659/10). Damit wäre es nicht zu vereinbaren, dass die Regelungskompetenz ohne Zustimmung der Tarifvertragsparteien rückwirkend begründet wird, wenn die Tarifsperre lediglich entfällt.

4.3.2.3 Dem steht auch nicht gleich, dass vorliegend beide Tarifvertragsparteien den Manteltarifvertrag gekündigt haben.

Daraus lässt sich nur ableiten, dass beide Tarifvertragsparteien für die Zukunft an diesen Regelungen nicht mehr festhalten wollen. Ein Konsens dahingehend, dass die Tarifvertragsparteien damit den bisher tariflich geregelten Bereich ohne weiteres für betriebliche Regelungen öffnen wollen, lässt sich daraus angesichts der Regelungssperre der Tarifüblichkeit in § 77 Abs. 3 Satz 1 2. Alt. BetrVG nicht ableiten, schon gar nicht dahingehend, dass dies rückwirkend erfolgen soll.

4.4 Das vorstehende Ergebnis steht nicht in Widerspruch zur Rechtsfolge der Regelungssperre des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG ist eine gegen die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG verstoßende Betriebsvereinbarung - schwebend oder endgültig - unwirksam, wenn auch nicht nichtig (BAG v. 29.10.2002, 1 AZR 573/01). Demgegenüber wird eine tarifwidrige Betriebsvereinbarung im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung lediglich verdrängt (vgl. BAG v. 13.03.2012, 1 AZR 659/10).

Diesen unterschiedlichen Rechtsfolgen liegen zwei unterschiedliche Konzeptionen zugrunde, die an dem jeweiligen Schutzzweck der Normen anknüpfen. § 77 Abs. 3 BetrVG soll die ausgeübte Tarifautonomie schützen (BAG v. 13.03.2012, 1 AZR 659/10), während die Regelungssperre des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG auf der Erwägung beruht, dass der Mitbestimmungszweck - die Berücksichtigung der Interessen der Arbeitnehmer - objektiv bereits erreicht ist, wenn insoweit eine den Arbeitgeber bindende Regelung durch Gesetz oder Tarifvertrag vorliegt. In diesem Fall kann davon ausgegangen werden, dass mit der gesetzlichen oder tariflichen Regelung den berechtigten Interessen und dem Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer Rechnung getragen worden ist. Für einen weiteren Schutz durch Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats besteht dann kein Bedürfnis (BAG v. 03.05.2006, 1 ABR 14/05).

Aus diesem unterschiedlichen Schutzzweck leitet sich auch die unterschiedliche Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die jeweilige Regelungssperre ab. Mit Beendigung der unmittelbaren und zwingenden Wirkung eines Tarifvertrages kann nicht mehr davon gesprochen werden, dass ein weitergehender Schutz der Arbeitnehmer durch betriebliche Mitbestimmungsrechte nicht erforderlich ist. Gerade der mit dieser Norm bezweckte Schutz der Arbeitnehmer verlangt es sogar, dass die Sperrwirkung nach § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG auf ein Verdrängen der betrieblichen Norm während der unmittelbaren und zwingenden Wirkung eines Tarifvertrages beschränkt bleibt. Weder eine Nachwirkung noch Tarifüblichkeit einer Regelung können dann einer betrieblichen Regelung entgegenstehen.

Demgegenüber bezweckt § 77 Abs. 3 BetrVG den Schutz der Tarifautonomie (s.o.), der nur dann entbehrlich ist, wenn sämtliche Tarifvertragsparteien einvernehmlich auf diesen durch Öffnung der tariflichen Regelungen verzichten. Mit der Kündigung eines Tarifvertrages wird aber der Schutz der Tarifautonomie nicht „rückwirkend“ entbehrlich sondern nur (bei Nichteingreifen der „Tarifüblichkeit“) für die Zukunft. Künftig können die Betriebsparteien dann handeln, bereits erfolgtes kollidierendes Handeln wird dadurch nicht vom Konsens der Tarifvertragsparteien getragen.

4.5 Vorliegend ist nicht darüber zu entscheiden, ob dann etwas anderes gelten könnte, wenn die Betriebsparteien die Betriebsvereinbarung vor Abschluss eines konkurrierenden

Tarifvertrages und damit bei bestehender Regelungskompetenz vereinbart hätten, da dieser Fall nicht gegeben ist, auch wenn es – die vorstehenden Ausführungen zu Ende gedacht – konsequent erschiene, eine mit Regelungskompetenz geschlossene betriebliche Vereinbarung, die durch nachfolgende tarifliche Regelungen in eine Konkurrenzverhältnis tritt, im Ergebnis für Zeiträume nach Wegfall der Regelungssperre anders zu beurteilen.

5. Die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG wurde auch nicht dadurch rückwirkend beseitigt, dass der Verband Technischer Betriebe für Film und Fernsehen e. V. (VTFF) seine Tariffähigkeit mittlerweile eingebüßt hat. Die Rechtsfolgen dieses Vorgangs ergeben sich im vorliegenden Fall zwanglos aus den vorstehenden Überlegungen.

Der nicht nur vorübergehende Verlust der Tariffähigkeit führt jedenfalls dazu, dass künftig die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG nicht eingreift. Daraus ergibt sich aber noch kein Konsens der bis dahin tarifschließenden Parteien, die bis dahin tariflich geregelten Bereiche für die Vergangenheit für betriebliche Regelungen zu öffnen.

Auch der Zweck der Norm, die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie, gebietet es, ohne ausdrückliche Zustimmung der Tarifvertragsparteien eine rückwirkende Regelungskompetenz anzunehmen. Die Erklärung des Verbands Technischer Betriebe für Film und Fernsehen e. V. erfolgte zudem einseitig.

Der Verlust der Tariffähigkeit führt hier allenfalls dazu, dass es künftig ausgeschlossen ist, dass die bis dahin tarifschließenden Parteien eine Öffnungsklausel vereinbaren, mit der Folge, dass dann nicht mehr von einer schwebend unwirksamen sondern endgültig unwirksamen Betriebsvereinbarung gesprochen werden muss (vgl. BGH v. 09.11.1994, VIII ZR 41/94). Darauf kommt es aber nicht an, da der Antrag auch dann unbegründet ist, wenn die Betriebsvereinbarung (noch) schwebend unwirksam ist.

6. Auch der Hilfsantrag des Beteiligten zu 1 ist – wie das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt hat – unbegründet.

6.1 Der Hilfsantrag bedarf zunächst der Auslegung, da er nicht ausformuliert ist. Aus dem Verweis auf den Antrag 1 und in Verbindung mit der genannten Maßgabe zum Ein-

trittsdatum von Mitarbeitern sowie aus der Begründung des Antrags ergibt sich folgender Wortlaut:

Es wird festgestellt, dass die Betriebsvereinbarung „Urlaub und Freistellung von der Arbeit“, die zwischen dem Beteiligten zu 1 und der Beteiligten zu 2 am 28.03.2006 abgeschlossen worden ist, für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Beteiligten zu 2 eingetreten seit dem 01.01.2013 zur Anwendung kommt und nicht auf folgende Arbeitnehmer / Arbeitnehmerinnen:

- **AN1**
- **AN2**
- **AN3**
- **AN4**
- **AN5**
- **AN6**
- **AN7**
- **AN8**
- **AN9**

beschränkt ist.

So verstanden ist auch der Hilfsantrag zulässig (s.o.).

6.2 Der Hilfsantrag ist unbegründet, weil die Betriebsparteien bei Abschluss der Betriebsvereinbarung hierfür keine Regelungskompetenz hatten und sie auch später nicht rückwirkend erwarben. Das Eintrittsdatum von Mitarbeitern hat keinen Einfluss auf die nicht vorhandene Regelungskompetenz der Betriebsparteien. Auch durch den Verzicht auf die Tariffähigkeit wurde die Betriebsvereinbarung nicht wirksam (s. o.).

7. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 war deshalb insgesamt zurückzuweisen.

III.

Die Rechtsbeschwerde war zuzulassen, da die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür (§§ 92 Abs. 1, 72 Abs. 2 ArbGG) vorliegen. Es ist zwar geklärt, dass eine gegen § 77 Abs. 3 BetrVG verstoßende Betriebsvereinbarung schwebend unwirksam ist, und dass dieser Schwebezustand durch übereinstimmende Regelung der Tarifvertragsparteien auch rückwirkend durch eine Öffnungsklausel beseitigt werden kann, es ist allerdings bisher nicht geklärt, welche Rechtsfolgen sich ergeben, wenn die Regelungssperre entfällt.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss kann der Beteiligte zu 1 Rechtsbeschwerde einlegen.

Für die Beteiligte zu 2 ist gegen diesen Beschluss kein Rechtsmittel gegeben.

Die Rechtsbeschwerde muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Beschlusses.

Die Rechtsbeschwerde muss beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

Postanschrift:
Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Rechtsbeschwerdeschrift und die Rechtsbeschwerdebegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Rechtsbeschwerdeeinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de>