

## Arbeitspapier 4: Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten I

### I. Allgemeines

1. Begriff der sozialen Angelegenheiten  
= Grds. sämtliche arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer  
– Abgrenzung zu personellen Angelegenheiten (vor allem Einzelmaßnahmen) und wirtschaftlichen Angelegenheiten (betrifft Arbeitgeber als Unternehmer)
2. Mitbestimmungspflichtige Tatbestände (§ 87 I BetrVG)

§ 87 BetrVG ist die Zentralnorm der betrieblichen Mitbestimmung („Magna Charta“).

Grundzweck ist der Schutz der Arbeitnehmer im Sinne einer Einschränkung der einseitigen Bestimmungsmacht des Arbeitgebers (durch Direktionsrecht oder durch das Aufstellen von Allgemein-arbeitsbedingungen) und Ersetzung durch einvernehmliche Regelungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat als Interessenvertreter der Arbeitnehmer.

- a) Grundsatz: Abschließender Katalog (keine Erweiterung durch §§ 2, 74, 75 BetrVG)

Dies ist unstrittig.

Konsequenz: Die E-Stelle muss für jeden einzelnen Regelungsgegenstand prüfen, ob er mitbestimmungspflichtig ist, weil sie andernfalls nicht zuständig ist, sofern sich die Betriebsparteien nicht mit ihrem Tätigwerden einverstanden erklären (§ 76 VI BetrVG).

- b) Einschränkung, Konkretisierung und Erweiterung der Mitbestimmung
  - aa) Keine Einschränkung der Mitbestimmung durch TV oder BV möglich

Dies ist unstrittig. BetrVG ist jedenfalls insoweit zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht.

- bb) Erweiterung der Mitbestimmung durch TV oder freiwillige BV?

BAG, NZA 1988, 699:

1. Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach dem Betriebsverfassungsgesetz können durch Tarifvertrag erweitert und verstärkt werden.

2. Auch eine tarifliche Regelung, die dem Betriebsrat ein echtes Mitbestimmungsrecht bei der Frage zubilligt, welcher Bewerber einzustellen ist, begegnet keinen rechtlichen Bedenken, wenn im Streitfalle die Einigungsstelle nach den Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes entscheiden soll.

(Aber sehr umstritten; Gegenargumente: beidseitig zwingender Charakter des BetrVG, Grundrechte der Arbeitgeberseite)

BAG, NZA 2002, 342:

Die Betriebsparteien können das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats durch Regelungsabrede erweitern.

b) Unterscheidung: Formelle und materielle Arbeitsbedingungen

Früher (BetrVG 1952) wichtig, heute keine Relevanz mehr

Formelle Arbeitsbedingungen = betriebliche Ordnung

Materielle Arbeitsbedingungen = Verhältnis von Leistung und Gegenleistung

c) Unterscheidung zwischen kollektiven und individuellen Maßnahmen

Früher (BetrVG 1952) wichtig, heute nur noch relevant bei einzelnen MB-Tatbeständen

> BAG vom 10.06.1986, E 52, 160 = AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 18 = NZA 1986, 840:

1. Der Betriebsrat hat nach § 87 I Nr. 3 BetrVG mitzubestimmen, wenn der Arbeitgeber

Überstunden anordnet, die notwendig werden, weil die im Betrieb oder in einzelnen Abteilungen anfallende Arbeit nicht mit den vorhandenen Arbeitskräften erledigt werden kann.

2. Dieses Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht auch dann, wenn der Arbeitgeber nur für einen Arbeitnehmer Überstunden anordnen will.

3. Das Mitbestimmungsrecht entfällt nicht deshalb, weil ein Arbeitnehmer auf Wunsch des Arbeitgebers freiwillig Überstunden leistet.

d) Dauerregelung und Einzelfall (Unterscheidung spielt keine Rolle)

e) Eilfälle (s. dazu auch §§ 100, 115 VII Nr. 4 BetrVG) und Notfälle

> BAG vom 17.11.1998, E 90, 194 = AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 79 = NZA 1999, 662:

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Anordnung von Überstunden (§ 87 I Nr. 3 BetrVG) besteht auch dann, wenn die Maßnahme eilbedürftig ist (ständige Rechtsprechung).

### 3. Initiativrecht des Betriebsrats

a) Grundsatz: Umfassendes Initiativrecht des Betriebsrats

> BAG vom 04.03.1986, E 51, 187 = AP BetrVG 1972 § 87 Kurzarbeit Nr. 3 = NZA 1986, 432 (Kurzarbeit):

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 3 BetrVG bei der Einführung von Kurzarbeit hat auch zum Inhalt, dass der Betriebsrat die Einführung von Kurzarbeit verlangen und gegebenenfalls über einen Spruch der Einigungsstelle erzwingen kann.

b) Einschränkungen nach Sinn und Zweck der Mitbestimmungsrechte

> BAG vom 28.11.1989, E 63, 283 = AP BetrVG 1972 § 87 Initiativrecht Nr. 4 = NZA 1990, 406 (technische Kontrolleinrichtung)

Das Initiativrecht des Betriebsrats hinsichtlich des Mitbestimmungsstatbestandes nach § 87 I Nr. 6 BetrVG hat nicht zum Inhalt, daß der Betriebsrat auch die Einführung einer technischen Kontrolleinrichtung verlangen kann. Die Abschaffung einer solchen technischen Kontrolleinrichtung bedarf daher auch nicht der Zustimmung des Betriebsrats.

c) Unternehmerische Entscheidungsfreiheit als Grenze?

> BAG vom 31.08.1982, E 40, 107 = AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 8

1. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates stehen nicht unter dem allgemeinen Vorbehalt, daß durch sie nicht in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingegriffen werden dürfe.

2. In einem Kaufhaus wird vom Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates auch eine Arbeitszeitregelung gedeckt, die die Ausschöpfung der gesetzlichen Ladenschlusszeiten unmöglich macht.

Hinweis. Die eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde vom Dreier-Ausschuss durch Beschluss vom 18.12.1985 nicht zur Entscheidung angenommen, weil sie teils unzulässig ist und teils keine Aussicht auf Erfolg hat.

4. Ausschluss der Mitbestimmung

a) Gesetz, Verordnung, Verwaltungsakt

d) Tarifvertrag

aa) Erfassung des Betriebs durch zwingenden TV

> **BAG vom 24.02.1987, E 54, 191 = AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 21 = NZA 1987, 639**

Der Senat hält daran fest, daß ein lediglich nachwirkender Tarifvertrag

Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 I BetrVG nicht ausschließt.

bb) Tarifgebundenheit des Arbeitgebers oder Allgemeinverbindlichkeit des TV

cc) Mindestrepräsentativität der tarifvertragschließenden Gewerkschaft im Betrieb?

(nach h. M. nicht erforderlich)

> **BAG vom 24.02.1987, E 54, 191 = AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 21 = NZA 1987, 639**

Eine Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach dem Eingangssatz von § 87 I BetrVG ausschließende tarifliche Regelung liegt dann vor, wenn der Arbeitgeber tarifgebunden ist und bei Tarifbindung auch des Arbeitnehmers die tarifliche Regelung in diesem Arbeitsverhältnis unmittelbar und zwingend gelten würde. Darauf, ob und wieviel Arbeitnehmer des Betriebes tatsächlich tarifgebunden sind, kommt es nicht an.

dd) Abschließende Regelung in TV selbst

> **BAG vom 17.11.1998, E 90, 194 = AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 79 = NZA 1999, 662:**

Dieses Mitbestimmungsrecht kann nach § 87 I Einleitungssatz BetrVG durch eine tarifliche Regelung verdrängt werden, wenn die Regelungsfrage von den Tarifvertragsparteien in einer Weise beantwortet wird, die auch die Betriebspartner als abschließende Regelung ansehen dürften.

In Betracht kommt sogar die vorläufige und kurzfristige Ermächtigung des Arbeitgebers zur einseitigen Anordnung von Überstunden, wenn es sich dabei nur um den Teil einer

Verfahrensregelung für außergewöhnliche Fälle handelt. Hingegen sind weder die Betriebspartner noch die Tarifvertragsparteien in der Lage, den Arbeitgeber pauschal zur Anordnung von Überstunden zu ermächtigen.

Folge: AN müssen in Gewerkschaft eintreten, wenn sie zwingenden Schutz erlangen wollen (etwas anders offenbar jetzt BAG, NZA 2012, 392)

**II. Das Verhältnis von § 87 I Einl. BetrVG zu § 77 III BetrVG**

1. Sperrwirkung des § 77 III BetrVG bei abschließender, im Betrieb zwingend geltender tariflichen Regelung (unstrittig)

2. Strittig: Keine abschließende zwingende tarifliche Regelung vorhanden, aber üblich:

a) BAG (seit 1987): Vorrangtheorie

>BAG vom 24.02.1987, E 54, 191 = AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 21 = NZA 1987, 639  
(Verhältnis von § 87 I Einl. BetrVG zu § 77 III BetrVG – Vorrangtheorie)

1. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 I BetrVG sind nicht dadurch ausgeschlossen, daß die entsprechende mitbestimmungspflichtige Angelegenheit üblicherweise durch Tarifvertrag i. S. von § 77 III BetrVG geregelt ist.

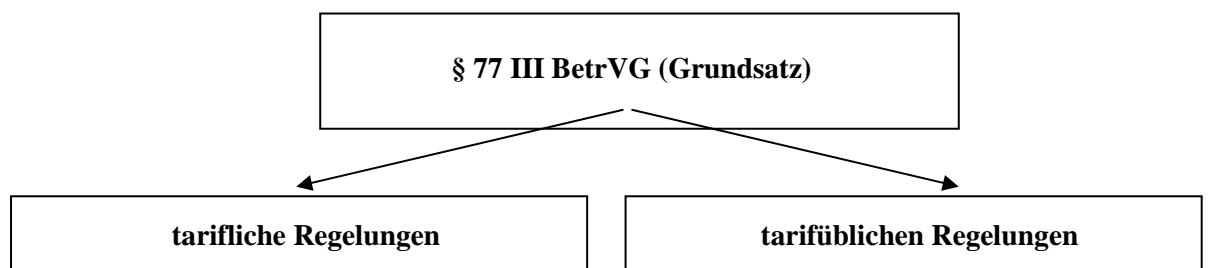
2. In Ausübung dieses Mitbestimmungsrechts kann die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit auch durch Betriebsvereinbarung geregelt werden.

Arg.: Vermeidung von Schutzlücken, die sich ergeben würden, wenn auch eine lediglich tarifliche Regelung zum Wegfall von Mitbestimmungsrechten führen würde. In der Sache damit Stärkung der Betriebsautonomie zulasten der Tarifautonomie.

b) Teile der Lit.: Zwei-Schranken-Theorie

= § 87 Eingangssatz BetrVG schränkt (nur ) die Mitbestimmung ein

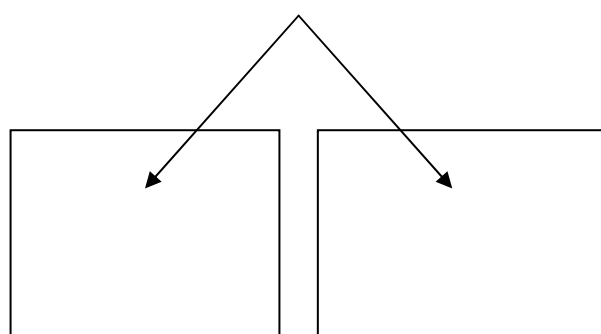
= § 77 III BetrVG schließt Betriebsvereinbarungen aus



Keine Abgrenzungsschwierigkeiten zu § 87 I BetrVG:

Betriebsvereinbarung ist ausgeschlossen, wenn eine abschließende und zwingende tarifliche Regelung besteht

Abgrenzung § 77 III BetrVG - § 87 I BetrVG erforderlich



**Vorrangtheorie  
des BAG:**

**Zwei-Schranken-  
Theorie:**

§ 87 I BetrVG ist  
lex specialis zu  
§ 77 III BetrVG

§ 77 III BetrVG und  
§ 87 I BetrVG gelten  
nebeneinander

**Übersicht zum Verhältnis von § 87 I BetrVG nach der Vorrangtheorie des BAG**

Regelungs- gegenstand einer BV	abschließender Tarifvertrag vorhanden		kein (abschließender) Tarifvertrag vorhanden	
	Geltung des TV im Betrieb	keine Geltung des TV im Betrieb mangels Tarifbindung	Tarifvertrag üblich (evt. nachwirkend)	Tarifvertrag unüblich
Lage der Arbeitszeit, § 87 I Nr. 2 (formelle Arbeitsbe- dingung)	<ul style="list-style-type: none"> <li>Keine erzwingbare BV, § 87 I</li> <li>keine freiwillige (günstigere) BV, § 77 III</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>BV zulässig, § 87 I</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>BV zulässig, § 87 I</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>BV zulässig</li> </ul>
Dauer der Arbeitszeit, § 88 (materielle Arbeitsbe- dingung)	<ul style="list-style-type: none"> <li>BV unzulässig, § 77 III</li> <li>(§ 87 I nicht einschlägig)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>BV unzulässig, § 77 III</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>BV unzulässig, § 77 III</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>BV zulässig</li> </ul>
Ausschlussfrist, § 88 (formelle Arbeitsbe- dingung)	<ul style="list-style-type: none"> <li>BV unzulässig, § 77 III</li> <li>(§ 87 I nicht einschlägig)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>BV unzulässig, § 77 III</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>BV unzulässig, § 77 III</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>BV zulässig</li> </ul>
Einführung eines Provisions- systems, § 87 I Nr. 10 und Höhe der einzelnen Provisionen, § 88 (Misch- tatbestand)	<ul style="list-style-type: none"> <li>BV unzulässig, § 87 I, § 77 III</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Vermutlich BV insgesamt zulässig</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Vermutlich BV insgesamt zulässig</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>BV zulässig</li> </ul>



### III. Rechtsfolgen unterbliebener Beteiligung

#### 1. Im Verhältnis zum Betriebsrat

Maßnahme ist betriebsverfassungswidrig. Insbesondere Problem des allgemeinen Unterlassungsanspruchs des Betriebsrats (vgl. Arbeitspapier 4)

#### 2. Im Verhältnis zu den Arbeitnehmern

- a) Theorie der erzwingbaren Mitbestimmung (bloßer Regelungsanspruch des Betriebsrats)
- b) Theorie der notwendigen Mitbestimmung/Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung (hM)  
Maßnahmen relativ unwirksam, uU aber Vertrauensschutz zugunsten der AN

BAG (GS), NZA 1992, 749

Wiederholung:

1. Der Tarifvorbehalt des § 77 III BetrVG steht einem Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 10 BetrVG bei der Festlegung von Kriterien für über-/außertarifliche Zulagen nicht entgegen. Dieses Mitbestimmungsrecht kann sowohl durch formlose Regelungsabrede als auch durch Abschluss einer Betriebsvereinbarung ausgeübt werden.

2. Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 I wird durch den Tarifvorrang des § 87 I Eingangss. BetrVG nur dann ausgeschlossen, wenn eine inhaltliche und abschließende tarifliche Regelung über den Mitbestimmungsgegenstand besteht. Das ist nicht der Fall, wenn das Mindestentgelt im Tarifvertrag geregelt ist, der Arbeitgeber aber darüber hinaus eine betriebliche über-/außertarifliche Zulage gewährt.

Verletzt der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht (nach § 87 I Nr. 10 BetrVG), sind Anrechnungen bzw. Widerruf gegenüber den einzelnen Arbeitnehmern rechtsunwirksam.