

---

aus: Preis, Arbeitsrecht - Paxis-Lehrbuch zum Kollektivarbeitsrecht □  
ISBN 3-504-42648-9 (nur Buch) / ISBN 3-504-42652-7 (Buch mit CD) □  
Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln / Internet: <http://www.otto-schmidt.de>

## **§ 153 Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten**

### **Übersicht:**

- I. Die Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG  
(siehe unter § 153 I)
  - 1. Mitbestimmung bei formellen wie auch bei materiellen Arbeitsbedingungen (siehe unter § 153 I 1)
  - 2. Individuelle oder kollektive Tatbestände  
(siehe unter § 153 I 2)
  - 3. Vorrang des Gesetzes (siehe unter § 153 I 3)
  - 4. Vorrang des Tarifvertrags (siehe unter § 153 I 4)
    - a) Tarifgebundenheit des Arbeitgebers  
(siehe unter § 153 I 4 a)

- b) Umfang der Bindungswirkung – Öffnungsklauseln (siehe unter § 153 I 4 b)
  - c) Zum Verhältnis von § 87 Abs. 1 Eingangssatz zu § 77 Abs. 3 BetrVG (siehe unter § 153 I 4 c)
- II. Die Mitbestimmung im Einzelnen (siehe unter § 153 II)
  - 1. Unternehmerische Entscheidung (siehe unter § 153 II 1)
  - 2. Eilfälle (siehe unter § 153 II 2)
  - 3. Notfälle (siehe unter § 153 II 3)
  - 4. Initiativrecht (siehe unter § 153 II 4)
  - 5. Ausübung der Mitbestimmung (siehe unter § 153 II 5)
  - 6. Rechtsfolgen mangelnder Beteiligung (siehe unter § 153 II 6)
- III. Die einzelnen Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1 BetrVG (siehe unter § 153 II)
  - 1. Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb (Nr. 1) (siehe unter § 153 III 1)
  - 2. Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit (Nr. 2) (siehe unter § 153 III 2)
  - 3. Überstunden und Kurzarbeit (Nr. 3) (siehe unter § 153 III 3)
  - 4. Auszahlung des Arbeitsentgelts (Nr. 4) (siehe unter § 153 III 4)
  - 5. Urlaub (Nr. 5) (siehe unter § 153 III 5)
  - 6. Kontrolleinrichtungen (Nr. 6) (siehe unter § 153 III 6)
  - 7. Unfallverhütung (Nr. 7) (siehe unter § 153 III 7)
  - 8. Betriebliche Sozialeinrichtungen (Nr. 8) (siehe unter § 153 III 8)
  - 9. Werkmietwohnungen (Nr. 9) (siehe unter § 153 III 9)
  - 10. Betriebliche Lohngestaltung (Nr. 10) (siehe unter § 153 III 10)
  - 11. Akkordlohn (Nr. 11) (siehe unter § 153 III 11)
  - 12. Betriebliches Vorschlagswesen (Nr. 12) (siehe unter § 153 III 12)
  - 13. Aufstellung von Grundsätzen über die Durchführung von Gruppenarbeit (siehe unter § 153 III 13)
- IV. Freiwillige Betriebsvereinbarungen (siehe unter § 153 IV)
- V. Arbeitsschutz und betrieblicher Umweltschutz (siehe unter § 153 V)
- VI. Wiederholungsfragen (siehe unter § 153 VI)
- VII. Klausur (siehe unter § 153 VII)

## I. Die Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG

Die wichtigste Beteiligungsvorschrift im Betriebsverfassungsrecht stellt § 87 BetrVG dar. Diese Vorschrift enthält das zentrale Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Zweck dieser Mitbestimmung

Sinn und Zweck

ist, dass die Arbeitnehmerinteressen bei der Regelung sozialer Angelegenheiten, die in § 87 BetrVG genannt sind, Berücksichtigung finden (BAG 24.2.1987 AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972).

„Die notwendige Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten dient dem Schutz der Arbeitnehmer durch gleichberechtigte Teilhabe an den sie betreffenden Entscheidungen.“ (BAG 24.2.1987 AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972)

Echte Mitbestimmung	Die in § 87 BetrVG enumerativ aufgeführten Angelegenheiten betreffen beispielsweise Fragen der Ordnung des Betriebs, Arbeitszeitregelungen, Urlaubsgrundsätze oder Lohnregelungen, also Angelegenheiten, die die Arbeitnehmer unmittelbar betreffen. Die Beteiligungsrechte in § 87 BetrVG sind als echtes Mitbestimmungsrecht ausgeformt. Die Mitbestimmung ist Wirksamkeitsvoraussetzung ( <b>Theorie der notwendigen Mitbestimmung</b> oder <b>positives Konsensprinzip</b> , siehe unter § 151 I 6).
Einigungsstelle	Kommt zwischen dem Betriebsrat und dem Arbeitgeber keine Einigung zustande, so ist die Einigungsstelle anzurufen (§ 87 Abs. 2 BetrVG). Der Spruch der Einigungsstelle ersetzt die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.

### 1. Mitbestimmung bei formellen wie auch bei materiellen Arbeitsbedingungen

Regelung des BetrVG 1952	Als Grundsatz galt nach der früheren Regelung des § 56 BetrVG 1952, dass regelmäßig Fragen der Ordnung des Betriebs – so genannte formelle Arbeitsbedingungen – der Mitbestimmung unterliegen, während die materiellen Arbeitsbedingungen, welche das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung betreffen, nicht von dem Mitbestimmungsrecht erfasst werden.
Keine abstrakte Kategorisierung	Dieser Grundsatz ist nach der neuen Regelung des § 87 BetrVG obsolet, da beispielsweise die Fälle des § 87 Nr. 3, 10 und 11 BetrVG auch materielle Arbeitsbedingungen erfassen können. Maßgeblich für die Entscheidung der Frage, ob ein Fall der Mitbestimmung vorliegt, sind Wortlaut, Sinn und Zweck des jeweils einschlägigen Mitbestimmungstatbestands des § 87 BetrVG, nicht aber eine abstrakte Kategorisierung in formelle und materielle Arbeitsbedingungen.

#### Beispiel:

Die *Lage* der Arbeitszeit fällt unter § 87 BetrVG, die *Dauer* der Arbeitszeit dagegen nicht (BAG 21.11.1978 AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit).

## 2. Individuelle oder kollektive Tatbestände

Eine früher wichtige Streitfrage galt dem Problem, ob ausschließlich kollektive Tatbestände, also Maßnahmen, die sich auf eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern auswirken können, oder auch Tatbestände, die sich nur auf einzelne Arbeitnehmer auswirken, der Mitbestimmung unterliegen. Diese Frage kann nur nach verständiger Interpretation des jeweils einschlägigen Mitbestimmungstatbestands des § 87 BetrVG entschieden werden. Nach der herrschenden Meinung in der Literatur (hierzu RICHARDI § 87 Rn. 17 m.w.N.) bezieht sich daher die Mitbestimmung des Betriebsrats grundsätzlich nur auf kollektive Tatbestände, es sei denn, das Gesetz billigt dem Betriebsrat auch bei Individualtatbeständen ein Mitbestimmungsrecht zu, wie dies in § 87 Abs. 1 Nr. 5 und 9 BetrVG geschehen ist. Das BAG hat bisher von einer generellen Stellungnahme zu diesem Problem abgesehen, für zentrale Mitbestimmungstatbestände (§ 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 und 10 BetrVG) aber entschieden, dass ein kollektiver Tatbestand vorliegen muss, damit das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ausgelöst wird.

Verständige  
Interpretation des  
jeweiligen  
Mitbestimmungs-  
tatbestands

Ein kollektiver Tatbestand setzt voraus, dass ein **Regelungsproblem unabhängig von der Person und den individuellen Wünschen eines Arbeitnehmers besteht** (vgl. RICHARDI § 87 Rn. 29; zu § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG: BAG 27.6.1989 AP Nr. 35 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; zu § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG: BAG 18.11.1980 1989 AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; zu § 87 Abs. 1 Nr. 10: BAG 3.12.1991 AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung). Es geht dabei um eine qualitative Bewertung der Regelungsfrage, nicht in erster Linie um die quantitative Bedeutung für eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern.

Definition

Besonders deutlich wird die Problematik bei der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, wo die Rechtsprechung sehr weitgehend vom Vorliegen kollektiver Tatbestände ausgeht, auch wenn der Arbeitgeber in unterschiedlicher Höhe Zulagen oder Sondervergütungen gewährt (BAG 14.6.1994 AP Nr. 69 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung).

Strukturformen  
des Entgelts

„Das Mitbestimmungsrecht erstreckt sich allerdings nur auf die Entscheidung kollektiver Regelungsfragen. Dagegen unterliegt die individuelle Lohngestaltung, die mit Rücksicht auf besondere Umstände des einzelnen Arbeitsverhältnisses getroffen wird und bei der kein innerer Zusammenhang zur Entlohnung anderer Arbeitnehmer besteht, nicht der Mitbestimmung. Dabei richtet sich die Abgrenzung zwischen den das Mitbestimmungsrecht auslösenden kollektiven Tatbeständen und Einzelfallgestaltungen danach, ob es um Strukturformen des Entgelts einschließlich ihrer näheren Vollzugsformen geht. Hierfür ist die Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer nicht

allein maßgeblich. Sie kann aber ein Indiz dafür sein, ob ein kollektiver Tatbestand vorliegt oder nicht. Es widerspräche nämlich dem Zweck des Mitbestimmungsrechts, wenn es dadurch ausgeschlossen werden könnte, dass der Arbeitgeber mit einer Vielzahl von Arbeitnehmern jeweils ‚individuelle‘ Vereinbarungen über eine bestimmte Vergütung trifft, ohne sich zu allgemeinen Regeln bekennen zu wollen.“ (BAG 14.6.1994 AP Nr. 69 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung)

### 3. Vorrang des Gesetzes

Gesetze im materiellen Sinne

Nach § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG besteht das Mitbestimmungsrecht nicht, soweit eine gesetzliche Regelung existiert. Gemeint sind damit sämtliche zwingenden Rechtsnormen, also neben Gesetzen im formellen Sinne auch Rechtsverordnungen, Satzungen autonomer Körperschaften etc. Voraussetzung des Nichteingreifens des Mitbestimmungsrechts ist allerdings, dass der jeweilige Sachgegenstand **inhaltlich und abschließend** geregelt ist (BAG 6.11.1990 AP Nr. 8 zu § 3 AZO Kr). In diesem Fall kann der Arbeitgeber nichts bestimmen, so dass auch kein Raum für eine „Mit“-bestimmung ist. Der Zweck des Mitbestimmungsrechts kann also nicht erreicht werden, wenn der Arbeitgeber schon durch die gesetzliche oder tarifliche Regelung gebunden ist (RICHARDI § 87 Rn. 143). Darüber hinaus sind die Arbeitnehmer in diesen Fällen bereits hinreichend durch die gesetzliche Regelung geschützt, so dass sie keines weiteren Schutzes durch ein Mitbestimmungsrecht bedürfen. Wenn zwar eine gesetzliche Regelung besteht, diese allerdings noch einen Gestaltungsspielraum offen lässt, welchen der Arbeitgeber durch sein Direktionsrecht ausfüllen könnte, so bleibt in diesem Umfang auch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats erhalten.

„Der Inhalt von § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG lässt sich zutreffend nur aus dem Normzweck des § 87 BetrVG erschließen. Die notwendige Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten dient dem Schutz der Arbeitnehmer durch gleichberechtigte Teilhabe des Betriebsrats an den sie betreffenden Entscheidungen. [...] Für die gleichberechtigte Teilhabe an der Entscheidung fehlt das Bedürfnis, wenn der Arbeitgeber selber auch nichts bestimmen kann, weil die betreffende Angelegenheit in einem Tarifvertrag oder Gesetz inhaltlich und abschließend geregelt ist, der Arbeitgeber ohne Entscheidungsspielraum Gesetz oder Tarifvertrag anwenden muss. Dem trägt § 87 Abs. 1 BetrVG Rechnung, der das Mitbestimmungsrecht ausschließt, wenn die an und für sich mitbestimmungspflichtige Angelegenheit inhaltlich und abschließend durch Gesetz oder Tarifvertrag geregelt ist.“ (BAG 6.11.1990 AP Nr. 8 zu § 3 AZO Kr)

Bestandskräftige Verwaltungsakte

Darüber hinaus hat das BAG (9.7.1991 AP Nr. 19 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebs) mit Zustimmung des BVerfG (22.8.1994 AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Gesetzesvorbehalt)

auch **Verwaltungsakten**, die dem Arbeitgeber gegenüber bindend (bestandskräftig) geworden sind, eine das Mitbestimmungsrecht ausschließende Wirkung zuerkannt, soweit diese selbst eine abschließende, keinen Regelungsspielraum mehr lassende Anordnung treffen.

**Fall** (nach BAG 9.7.1991 AP Nr. 19 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebs):

Die K-GmbH ist Betreiberin einer Kernforschungsanlage und beschäftigt fast 5000 Mitarbeiter. Die Genehmigungsbehörde machte der K zur Auflage, regelmäßig Sicherheitsüberprüfungen des Personals vorzunehmen. Es ist vorgesehen, diese Überprüfungen anhand von Personal- und Fragebögen über das Innenministerium, über die Polizei und den Verfassungsschutz vornehmen zu lassen. Der Betriebsrat fragt nach seinen Mitbestimmungsrechten.

Ein Mitbestimmungsrecht könnte sich aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG – Fragen der Ordnung des Betriebs – ergeben. Dieses Mitbestimmungsrecht besteht nach dem Eingangssatz des § 87 Abs. 1 BetrVG jedoch nur, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht. Die hier vorliegende Auflage der Genehmigungsbehörde erfolgte in Form eines Verwaltungsakts. Zunächst ist festzuhalten, dass ein Verwaltungsakt keine Gesetzesqualität hat. In der Lit. wird jedoch überwiegend angenommen, dass Verwaltungsakte in ihrer Wirkung den Gesetzen im Sinne des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG gleichstehen. Das BAG hat diese Feststellung bisher nicht getroffen. Mit der Begründung, dass ein Verwaltungsakt, der aufgrund eines Gesetzes erlassen wird, den Gestaltungsspielraum des Arbeitgebers und damit auch des Betriebsrats einschränkt, kommt das BAG aber zu einem ähnlichen Ergebnis. Voraussetzung dafür, dass ein Verwaltungsakt die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats ausschließen kann, ist zunächst, dass der Verwaltungsakt bestandskräftig ist und eine abgeschlossene, aus sich heraus handhabbare Regelung der an sich mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit enthält (BAG 26.5.1988 AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebs; BAG 9.7.1991 AP Nr. 19 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebs). Im vorliegenden Fall ist die Vorgehensweise festgelegt, so dass für den Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht mehr übrig bleibt.

Anders liegt es dagegen bei Verwaltungsakten, die die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit als solche nicht regeln (BAG 26.5.1988 AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebs):

„Dieses Verständnis einer gesetzlichen oder tariflichen Regelung im Eingangssatz des § 87 Abs. 1 BetrVG schließt nicht aus, dass gesetzliche und tarifliche Vorschriften, obwohl sie selbst die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit als solche nicht regeln, bei der Ausübung des Mitbestimmungsrechts und der Ausgestaltung der mitbestimmten Regelung zu beachten sind. [...] Eine solche bei der Ausübung des Mitbestimmungsrechts zu beachtende Vorgabe kann auch ein den Arbeitgeber bindender Verwaltungsakt sein. Zweck der in § 87 BetrVG normierten Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats ist es – je nach dem Mitbestimmungstatbestand –, die Ausübung des Direktionsrechts an die Beteiligung des Betriebsrats zu binden. Ist der Arbeitgeber bei der Ausübung seines Direktionsrechts schon unabhängig von einer Beteiligung des Betriebsrats nicht mehr frei, eine bestimmte Regelung zu treffen, können auch Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu keiner von dieser Bindung abweichenden Regelung führen. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht stets nur insoweit, als auch der Arbeitgeber selbst noch etwas bestimmen kann.“ (BAG 26.5.1988 AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebs)

**Subventionen** Erhält der Arbeitgeber Subventionen der öffentlichen Hand und ist die Subventionsvergabe an Auflagen geknüpft, so schließt nicht schon die Notwendigkeit, den Auflagen nicht zuwiderzuhandeln, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus. Die daraus resultierenden Zwänge sind nicht rechtlicher, sondern nur faktischer Art, weil der Arbeitgeber bei einem Verstoß die Subventionen u.U. zurückzuzahlen hätte. Derartige faktische Zwänge finden aber bei der Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte ihren Niederschlag insoweit, als der Betriebsrat dabei auch die **Belange des Betriebs** zu berücksichtigen hat (BAG 24.11.1987 AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Auszahlung).

#### 4. Vorrang des Tarifvertrags

**Literatur:** EHMANNSCHMIDT, Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge, NZA 1995, 193; v. HOYNINGEN-HUENE, Die Bezugnahme auf einen Firmentarifvertrag durch Betriebsvereinbarung, DB 1994, 2026.

Von großer Bedeutung ist weiterhin der zu beachtende **Tarifvorrang**. Hier ergeben sich weitreichende Möglichkeiten der Einschränkung des Mitbestimmungsrechts.

##### a) Tarifgebundenheit des Arbeitgebers

Umfang der  
Tarifbindung

Das Mitbestimmungsrecht besteht auch dann nicht, soweit eine tarifliche Regelung existiert (§ 87 Abs. 1 BetrVG). In diesem Fall besteht nämlich bereits hinreichender Schutz der Arbeitnehmer

durch das Eingreifen der tariflichen Regelung. Allerdings kann nur eine **unmittelbar und zwingend geltende** tarifliche Regelung das Mitbestimmungsrecht ausschließen, ebenso wie dies bei gesetzlichen Regelungen der Fall ist. Bei Tarifverträgen ist zu differenzieren. Für die unmittelbare und zwingende Geltung der Regelungen über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen genügt die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers, §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 2 TVG. Sollen dagegen Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen unmittelbar und zwingend gelten, ist zusätzlich die Tarifgebundenheit des Arbeitnehmers erforderlich, § 4 Abs. 1 S. 1 TVG.

Einigkeit besteht darüber, dass ein bloß nachwirkender Tarifvertrag die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nicht ausschließen kann. Im Übrigen ist umstritten, ob neben dem Arbeitgeber auch der Arbeitnehmer tarifgebunden sein muss. Nach einem Teil der Literatur (GK-BetrVG/WIESE § 87 Rn. 68) muss die tarifliche Regelung für den ganzen Betrieb gelten, die Tarifbindung des Arbeitgebers genügt dieser Auffassung nach somit nur bei betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen (§ 3 Abs. 2 TVG). Bei materiellen Arbeitsbedingungen stehe dem Betriebsrat hinsichtlich der nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 BetrVG zu, das freilich wegen der Sperre des § 77 Abs. 3 BetrVG nicht in Form einer Betriebsvereinbarung ausgeübt werden könne. Folgt man dieser Ansicht, kann es hinsichtlich der materiellen Arbeitsbedingungen zu einem mit zahlreichen praktischen Schwierigkeiten verbundenen Nebeneinander von tariflicher Regelung – nämlich für die tarifgebundenen Arbeitnehmer – und einer mitbestimmten Regelung – nämlich für die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer – kommen. Nach zutreffender Ansicht des BAG (24.2.1987 AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972) und der h.L. (vgl. RICHARDI § 87 Rn. 157) genügt daher stets die **Tarifbindung des Arbeitgebers**:

„Diese Vorschrift [§ 87 Abs. 1 BetrVG] geht davon aus, dass eine bestehende tarifliche oder gesetzliche Regelung dem Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer ausreichend Rechnung trägt und daher Mitbestimmungsrechte entbehrlich macht. Dabei versteht sich von selbst, dass die gesetzliche Regelung für alle Arbeitsverhältnisse des Betriebs bindend ist und damit den unabdingbaren Schutz gewährleistet, den § 87 Abs. 1 BetrVG Eingangssatz für erforderlich hält. Fehlt es an einer gesetzlichen Regelung und überlässt der Gesetzgeber die Regelung der Angelegenheit den Tarifvertragsparteien, so bringt er damit gleichzeitig zum Ausdruck, dass die Arbeitnehmer eines Schutzes nur in dem Maße bedürftig sind, den tarifliche Regelungen bieten können. Tarifliche Regelungen bieten aber nur demjenigen unabdingbaren Schutz, der tarifgebunden ist, d.h. der mit seinem Beitritt zur Tarifvertragspartei sich dieses



Schutzes bedienen will. Daher genügt es für den Ausschluss von Mitbestimmungsrechten, wenn der Arbeitgeber hinsichtlich der bestehenden tariflichen Regelung tarifgebunden ist. Der Arbeitnehmer kann durch den Beitritt zur tarifvertragsschließenden Gewerkschaft den unabdingbaren Schutz der tariflichen Regelung jederzeit erlangen.“ (BAG 24.2.1987 AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972)

### b) Umfang der Bindungswirkung – Öffnungsklauseln

Regelungs-  
intensität des  
Tarifvertrags

Wie bei gesetzlichen Regelungen ist auch bei tariflichen Regelungen das Mitbestimmungsrecht **lediglich insoweit ausgeschlossen**, als der einschlägige Tarifvertrag selbst **bindende Festsetzungen** enthält, also keine weitere Regelungsmöglichkeit mehr besteht. Damit hängt das Mitbestimmungsrecht von der Regelungsintensität des Tarifvertrags ab. Sieht dieser beispielsweise Zuschläge für Nachtarbeit in bestimmter Höhe vor, ohne die als Nachtstunden geltende Arbeitszeit selbst zu definieren, steht den Betriebspartnern insoweit die Regelungsbefugnis und dem Betriebsrat das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zu.

Rahmen-  
bestimmungen

Dasselbe gilt auch für **Öffnungsklauseln**, mit denen die Tarifvertragsparteien ausdrücklich abweichende Betriebsvereinbarungen zulassen. Insoweit ist umstritten, ob der Tarifvertrag sich in diesen Fällen einer Regelung vollständig enthalten muss oder ob er einen Rahmen vorgeben darf, innerhalb dessen das Mitbestimmungsrecht auszuüben ist. In der Literatur wurde mit guten Gründen geltend gemacht, eine derartige Regelung überschreite die Grenzen der Tarifmacht (Art. 9 Abs. 3 GG), weil die Tarifvertragspartner mit Hilfe der zwingenden Wirkung der Betriebsvereinbarung den Inhalt ihrer tariflichen Regelungen auf alle Arbeitnehmer, auch die nicht tarifgebundenen, erstrecken könnten. Das BAG (18.8.1987 AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972) sieht dies jedoch anders:

„Der Tarifvertrag verletzt auch nicht die negative Koalitionsfreiheit derjenigen Arbeitnehmer, die keiner tarifvertragsschließenden Gewerkschaft angehören, deren Arbeitszeit dennoch durch Betriebsvereinbarung entsprechend den Vorgaben des Manteltarifvertrags festgesetzt wird. Die Rechtsstellung dieser Arbeitnehmer wird durch den Tarifvertrag nicht verschlechtert. Der Tarifvertrag lässt nur Betriebsvereinbarungen zu. Die Arbeitnehmer werden nicht von den Normen des Tarifvertrags erfasst.“ (BAG 18.8.1987 AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972)

### c) Zum Verhältnis von § 87 Abs. 1 Eingangssatz zu § 77 Abs. 3 BetrVG

Fraglich ist weiterhin, ob auch eine nur tarifübliche Regelung das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 BetrVG ausschließen kann. Dies wäre dann der Fall, wenn im Rahmen des § 87 BetrVG auch die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG Anwendung fände. Das Verhältnis von § 77 Abs. 3 BetrVG und § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG ist heftig umstritten. Beide Normen unterscheiden sich vor allem insofern, als dass § 77 Abs. 3 BetrVG den Abschluss von Betriebsvereinbarungen **bereits dann verbietet**, wenn eine Regelung **nur tarifüblich** ist, während das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 BetrVG nach dessen Eingangssatz erst bei **bestehender tariflicher Regelung entfällt**. **Praktische Auswirkungen** hat diese Frage vor allem im Nachwirkungszeitraum (§ 4 Abs. 5 TVG) und bei nicht tarifgebundenen Arbeitgebern im Geltungsbereich eines Verbandstarifvertrags.

Regelungsverbot bei bloßer Tarifüblichkeit?

Die Rechtsfolgen beider Normen sind nicht deckungsgleich. So schließt § 87 Abs. 1 BetrVG zum einen das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus und zum anderen führt es zur Unwirksamkeit von Betriebsvereinbarungen und sogar von Regelungsabreden. In der Rechtsfolge wird daher diejenige von § 77 Abs. 3 BetrVG mitumfasst.

Die Frage lautet mithin, ob die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG auch in den Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG Anwendung findet („**Zwei-Schranken-Theorie**“) oder ob § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG eine abschließende Regelung enthält („**Vorrangtheorie**“). Die Vertreter der Zwei-Schranken-Theorie (heute vor allem noch FITTING § 77 Rn. 109 ff.) verweisen darauf, dass das BetrVG der Zuständigkeit der Koalitionen bei der Festsetzung der formellen und materiellen Arbeitsbedingungen den unbedingten Vorrang einräumen wollte. Die Gegenstände, auf die sich der Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG bzw. der Tarifvorrang des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG erstrecken, überschneiden sich teilweise, sowohl in ihren Voraussetzungen als auch in ihren Wirkungen. Beide Vorschriften würden daher im Rahmen des § 87 BetrVG nebeneinander gelten.

Die Zwei-Schranken-Theorie

## Vorrangtheorie

Demgegenüber steht die heute zutreffende h.M. im Anschluss an die Beschlüsse des BAG vom 3.12.1991 (AP Nr. 51 und 52 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung) auf dem Standpunkt, dass § 77 Abs. 3 BetrVG einem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 BetrVG den Normzwecken entsprechend nicht entgegensteht und dieses Mitbestimmungsrecht **auch durch Abschluss einer Betriebsvereinbarung wahrgenommen werden kann**. Nur auf diese Weise wird man dem Schutzzweck des § 87 Abs. 1 BetrVG gerecht. Wären die Mitbestimmungsrechte schon ausgeschlossen, wenn die Arbeitsbedingungen üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt würden, liefen die Mitbestimmungsrechte weitgehend leer. Bei lediglich tarifüblicher Regelung ist es unerlässlich, dass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auch durch Betriebsvereinbarung ausgeübt werden kann, da nur ihr eine unmittelbare und zwingende Wirkung zukommt (so auch BAG 3.12.1991 AP Nr. 52 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung).

„Den Vertretern der Zwei-Schranken-Theorie ist zwar zuzugeben, dass eine gewisse „Aushöhlung der Tarifautonomie“ stattfindet, diese beschränkt sich aber praktisch auf den kleinen Bereich des Zeitraums zwischen zwei Tarifverträgen. In Betrieben nicht tarifgebundener Arbeitgeber wird die Tarifautonomie dagegen durch die Möglichkeit des Abschlusses von Betriebsvereinbarungen nicht unterlaufen, den Gewerkschaften steht es uneingeschränkt frei, einen Firmentarifvertrag zu erstreiten. Der Zwei-Schranken-Theorie ist aber vor allem entgegenzuhalten, dass sie nicht zu erklären vermag, wie das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 BetrVG praktisch ausgeübt werden soll, wenn es wegen bloßer Tarifüblichkeit zwar besteht, gemäß § 77 Abs. 3 BetrVG aber nicht in Form einer Betriebsvereinbarung wahrgenommen werden darf. Der Vorrangtheorie ist daher der Vorzug einzuräumen. Der Große Senat schließt sich der Auffassung an, dass § 77 Abs. 3 BetrVG einem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 BetrVG nicht entgegensteht und dieses Mitbestimmungsrecht auch durch Abschluss einer Betriebsvereinbarung wahrgenommen werden kann. [...] Entscheidend ist eine Gewichtung der Normzwecke: Während durch § 77 Abs. 3 BetrVG die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gewährt werden soll, ist der Zweck des Tarifvorrangs nach § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG, das Mitbestimmungsrecht nur dann entfallen zu lassen, wenn bereits die Arbeitnehmerinteressen durch im Betrieb anwendbare tarifliche oder gesetzliche Regelungen ausreichend berücksichtigt sind. Dieser Zweck wäre vereitelt, wenn bei bloßer Tarifüblichkeit oder fehlender Tarifbindung des Arbeitgebers die Mitbestimmung entfallen würde.“ (BAG 3.12.1991 AP Nr. 52 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung)

Nach den Vertretern der Vorrangtheorie ist daher der **Abschluss von Betriebsvereinbarungen** in den Fällen des § 87 BetrVG **stets zulässig, wenn keine tarifliche Regelung besteht**. Dies gilt auch dann, wenn der Tarifvertrag lediglich nachwirkt oder der Arbeitgeber nicht oder nicht mehr tarifgebunden ist.

## II. Die Mitbestimmung im Einzelnen

### 1. Unternehmerische Entscheidung

Zu den Grundfragen aller Mitwirkungsrechte – insbesondere aber der zwingenden Mitbestimmungstatbestände des § 87 BetrVG – gehört, ob durch ihre Ausübung in den **Kernbestand der unternehmerischen Entscheidung** eingegriffen werden darf (siehe unter § 143 IV). Das BetrVG hat selbst durch die Abstufung der Mitwirkungsrechte (siehe unter § 151 I) zu erkennen gegeben, dass die Beteiligungsrechte des Betriebsrats dort schwächer sind, wo die Grundrechte des Arbeitgebers tangiert werden.

Abstufung der Mitbestimmungsrechte durch das BetrVG

#### Beispiele:

- So ist die Beteiligung des Betriebsrats bei der Gestaltung von Arbeitsablauf und Arbeitsumgebung auf Unterrichts- und Beratungsrechte (§ 90 BetrVG) und auf Maßnahmen zur Abwendung, Milderung oder zum Ausgleich der Belastung beschränkt worden (§ 91 BetrVG).
- Im Bereich der wirtschaftlichen Angelegenheiten hat der Wirtschaftsausschuss nur ein Beratungs- und Unterrichtsrecht (§ 106 BetrVG), Entsprechendes gilt für den Betriebsrat bei Betriebsänderungen (§ 111 BetrVG). Erzwingbar ist auch hier nur ein Sozialplan zum Ausgleich oder zur Milderung der durch die Betriebsänderung bedingten wirtschaftlichen Nachteile der Arbeitnehmer (§ 112 Abs. 4 BetrVG), der Interessenausgleich über die Betriebsänderung selbst kann dagegen nicht erzwungen werden (siehe unter § 156 II 3 und 4).

Dieser Befund beantwortet aber noch nicht die Frage, ob das Mitbestimmungsrecht des § 87 BetrVG der **immanenten Schranke „unternehmerische Gestaltungsfreiheit“** unterliegt (näher § 143 V). Die ganz herrschende Literatur bejaht dies, weil sonst der Betriebsrat beispielsweise über § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG (Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit) aus einem Nachtlokal einen Gasthof mit bürgerlichem Mittagstisch machen könnte (Beispiel von RICHARDI § 87 Rn. 314). Das BAG hat dies freilich anders gesehen (BAG 31.8.1982 AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit):

Grundentscheidung des Gesetzgebers

„Begründet wird die Lehre von der Mitbestimmungsfreiheit unternehmerischer Entscheidungen mit der in der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs (Bundsrats-Drucks. 715/70, S. 31) und in der parlamentarischen

Beratung des BetrVG zum Ausdruck gekommenen grundsätzlichen Wertentscheidung des Gesetzgebers, durch die Gewährung von Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechten an den Betriebsrat nicht in „eigentlich unternehmerische Entscheidungen“ einzugreifen und die Beteiligung der Arbeitnehmer an der Unternehmensführung nicht im Rahmen der Betriebsverfassung zu regeln. Diese Grundentscheidung des Gesetzgebers rechtfertigt jedoch nicht die Annahme einer immanenten Schranke für positiv-rechtlich geregelte Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats. Der Gesetzgeber hat gesehen, dass durch die Beteiligung des Betriebsrats an Entscheidungen des Unternehmers dieser in seiner Entscheidungsfreiheit grundsätzlich berührt wird. Er hat daher im BetrVG die Beteiligungsrechte des Betriebsrats an den einzelnen Maßnahmen und Entscheidungen unterschiedlich stark ausgestaltet und damit selbst seiner Grundentscheidung Rechnung getragen [...] Diese Entscheidung des Gesetzgebers haben die Gerichte zu respektieren.“ (BAG 31.8.1982 AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit)

## 2. Eilfälle

Fehlen von  
Sonder-  
regelungen;  
argumentum e  
contrario

Zu § 56 BetrVG 1952 vertrat die herrschende Literatur (Rechtsprechung des BAG lag nicht vor) die Auffassung, dass der Arbeitgeber in sog. Eilfällen einseitige Anordnungen treffen könne und lediglich später unverzüglich den Betriebsrat beteiligen müsse. Diese Meinung ist vereinzelt auch nach In-Kraft-Treten des BetrVG 1972 aufrecht erhalten worden, das BAG hat sie jedoch zurückgewiesen (BAG 2.3.1982 AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit).

„Die Eilbedürftigkeit der zu treffenden Maßnahme lässt ein an sich gegebenes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 BetrVG jedoch nicht entfallen. Der Gesetzgeber hat die Fälle, in denen im Mitbestimmungsbereich des BetrVG wegen der Dringlichkeit der Angelegenheit einseitige Maßnahmen des Arbeitgebers zulässig sein sollen, ausdrücklich geregelt (§§ 100, 115 Abs. 7 Nr. 4 BetrVG). Für die mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten des § 87 BetrVG ist für Dringlichkeitsfälle keine Sonderregelung getroffen worden, obwohl gerade die vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG kurzfristig erfolgen muss. Das Fehlen einer Sonderregelung für Eilfälle in § 87 BetrVG zeigt, dass der Gesetzgeber in diesem Bereich die Mitbestimmung des Betriebsrats in solchen Fällen nicht einschränken wollte.“ (BAG 2.3.1982 AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit)

## 3. Notfälle

Extremsituationen

Anders kann nur in Notfällen entschieden werden. Ein Notfall ist gegeben, wenn eine **plötzliche, nicht vorhersehbare Situation** eintritt, die bei Unterbleiben der unaufschiebbaren Maßnahmen **zu nicht wiedergutzumachenden Schäden** führt. Nur in solchen Extremsituationen muss das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zurückstehen; der Arbeitgeber hat die Beteiligung des Betriebsrats aber unverzüglich nachzuholen.

**Beispiele:**

Überschwemmungen, Brandfälle, Explosionsgefahren

Zu beachten sind die strengen Voraussetzungen, die das BAG (19.2.1991 AP Nr. 42 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit) selbst bei solchen Extremfällen an die Zulässigkeit vorläufiger Maßnahmen stellt:

Vertrauensvolle Zusammenarbeit

„Diskutiert wird das Recht des Arbeitgebers für einseitige Anordnungen nur in so genannten Notfällen, in denen sofort gehandelt werden muss, um von dem Betrieb oder den Arbeitnehmern Schaden abzuwenden und in denen entweder der Betriebsrat nicht erreichbar ist oder keinen ordnungsgemäßen Beschluss fassen kann. Schon dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) kann entnommen werden, dass in solchen extremen Notsituationen der Arbeitgeber das Recht hat, vorläufig zur Abwendung akuter Gefahren oder Schäden eine Maßnahme durchzuführen, wenn er unverzüglich die Beteiligung des Betriebsrats nachholt.“ (BAG 19.2.1991 AP Nr. 42 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit)

**4. Initiativrecht**

Aus dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats folgt zugleich ein Initiativrecht (siehe unter § 151 I 7). Dies ergibt sich aus dem Charakter des Mitbestimmungsrechts, der gleiche Rechte für beide Betriebspartner voraussetzt. Das Mitbestimmungsrecht soll sicherstellen, dass die **Interessen der Arbeitnehmer bei allen Entscheidungen berücksichtigt** werden. Auch der Arbeitgeber hat also auf Initiative des Betriebsrats die Verhandlungen aufzunehmen. Der Betriebsrat kann erforderlichenfalls auch die Einigungsstelle anrufen und mit ihrer Hilfe eine Regelung durchsetzen (§§ 87 Abs. 2, 76 Abs. 5 BetrVG).

Gleichheit der Rechte

Schwierigkeiten können sich bei der Grenzziehung des mitbestimmungspflichtigen Bereichs, in dem ein Initiativrecht besteht, ergeben. Der Bereich wird durch die Reichweite des Inhalts und dem Sinn und Zweck des einzelnen Mitbestimmungsrechts sowie durch gesetzliche Schranken festgelegt (BAG 8.8.1989 AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Initiativrecht).

Reichweite der Rechte

„Der Betriebsrat kann von seinem Initiativrecht in einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit auch dann Gebrauch machen, wenn er lediglich die bisherige betriebliche Praxis zum Inhalt einer Betriebsvereinbarung machen will.“ (BAG 8.8.1989 AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Initiativrecht)

**5. Ausübung der Mitbestimmung**

Ziel der Mitbestimmungsregeln ist es, die tatsächliche Beteiligung des Betriebsrats sicherzustellen. Mitbestimmung bedeutet

daher, dass der Arbeitgeber grundsätzlich nur mit Zustimmung des Betriebsrats eine Maßnahme durchführen kann.

**Verfahren** Das Verfahren kommt entweder auf die **Initiative des Arbeitgebers** oder des **Betriebsrats** in Gang, woraufhin Verhandlungen aufgenommen werden. Im Einzelnen ist ein spezielles Verfahren nicht vorgesehen. Diese Verhandlungen haben jedoch den allgemeinen Grundsatz des § 74 Abs. 1 S. 2 BetrVG zu beachten. Dieser besagt, dass über strittige Fragen mit dem ernststen Willen zur Einigung zu verhandeln ist und Vorschläge für die Beseitigung von Meinungsverschiedenheiten zu machen sind. Oberstes Ziel ist also, zu einer Einigung zu gelangen.

**Betriebsvereinbarung** Kann eine Einigung erzielt werden, ist eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben. Im Normalfall wird die Einigung jedoch in Form einer Betriebsvereinbarung gem. § 77 BetrVG festgehalten. Eine nach § 77 Abs. 2 BetrVG schriftlich niederzulegende Betriebsvereinbarung, die **normative Wirkung** entfaltet, bietet den Vorteil der **Rechtssicherheit** und der Vermeidung von Streitigkeiten und ist insbesondere angebracht, wenn Einigungen getroffen werden, die langfristig Bestand haben sollen.

**Regelungsabrede** Es ist jedoch auch eine formlose Übereinkunft möglich (siehe unter § 152 II). Für eine solche Übereinkunft werden die Begriffe betriebliche Einigung, Regelungsabrede oder Betriebsabsprache verwandt. Im Folgenden wird der Begriff Regelungsabrede gebraucht. Ein solches Vorgehen kann bei Eilfällen oder für die Regelung von Einzelfällen praktikabel sein. Zu beachten ist, dass die Regelungsabrede nicht wie eine Betriebsvereinbarung normativ wirkt und nicht automatisch zu einer Änderung der Individualarbeitsverträge führt (BAG 14.2.1991 AP Nr. 4 zu § 615 BGB Kurzarbeit). Auch bei der Regelungsabrede muss eine **eindeutige Erklärung** und ein **ordnungsgemäßer Beschluss** des Betriebsrats vorliegen. Ein bloßes Stillschweigen kann nicht als Ausübung des Mitbestimmungsrechts des § 87 BetrVG gewertet werden (BAG 10.11.1992 AP Nr. 58 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung). Soll nach dem BetrVG ein Schweigen als Zustimmung gelten, ist dies ausdrücklich geregelt, vgl. §§ 99 Abs. 3 und 102 Abs. 2 BetrVG.

„In allen anderen Fällen gilt Schweigen nicht als Zustimmung; das Schweigen ist insbesondere dann nicht als Zustimmung zu interpretieren, wenn der Betriebsratsvorsitzende als Mitglied einer Einigungsstelle zu einer bestimmten Erklärung des Arbeitgebers nicht sofort Stellung nimmt und ein entsprechender Beschluss des Betriebsrats gar nicht vorliegt.“ (BAG 10.11.1992 AP Nr. 58 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung)

## 6. Rechtsfolgen mangelnder Beteiligung

**Literatur:** DOBBERAHN, Unterlassungsanspruch des Betriebsrats, NJW 1995, 1333; KONZEN, Rechtsfragen bei der Sicherung der betrieblichen Mitbestimmung, NZA 1995, 865; PRÜTTING, Unterlassungsanspruch und einstweilige Verfügung in der Betriebsverfassung, RdA 1995, 257; RICHARDI, Kehrtwende des BAG zum betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats, NZA 1995, 8; WALKER, Zum Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei mitbestimmungswidrigen Maßnahmen des Arbeitgebers, DB 1995, 1961.

Welche Rechtsfolgen eintreten, wenn das Mitbestimmungsrecht missachtet wird und der Arbeitgeber einseitige Maßnahmen trifft, hat **keine ausdrückliche Regelung** in § 87 BetrVG gefunden. Die Vorschrift dient dem Schutz des Arbeitnehmers vor einseitigen Maßnahmen des Arbeitgebers. Eine Verletzung dieses Mitbestimmungsrechts hat daher zur Folge, dass die einseitig getroffenen Anordnungen des Arbeitgebers gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer unwirksam sind; einseitige Regelungen verstoßen gegen das BetrVG und sind damit gegenüber dem Betriebsrat rechtswidrig. Diese **Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung** ist grundsätzlich anerkannt (BAG 20.8.1991 AP Nr. 50 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung).

Theorie der  
Wirksamkeits-  
voraussetzung

„Die tatsächlich durchgeführte Mitbestimmung ist Wirksamkeitsvoraussetzung für Maßnahmen zum Nachteil der Arbeitnehmer. Die Maßnahmen können ohne Zustimmung des Betriebsrats nicht verbindlich durchgeführt werden.“ (BAG 20.8.1991 AP Nr. 50 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung)

Teilweise wird sie jedoch für den Fall abgelehnt, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ohne Beteiligung des Betriebsrats eine günstigere Rechtsposition einräumt, da § 87 BetrVG den Arbeitnehmer schützen soll (LIEB, Arbeitsrecht, Rn. 758; a.A. GK-BetrVG/WIESE § 87 BetrVG Rn. 117). Dieses würde jedoch das Mitbestimmungsrecht in weiten Bereichen aushebeln. Ein Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer vor Maßnahmen des Arbeitgebers entfällt nicht schon dadurch, dass die Maßnahme den Arbeitnehmern nur vorteilhafte Regelungen einräumt.

Der Betriebsrat kann das Bestehen seines Mitbestimmungsrechts gerichtlich feststellen lassen. Ob dem Betriebsrat darüber hinaus ein eigenständiger Unterlassungsanspruch bei Verletzung des Mitbestimmungsrechts zusteht, ist umstritten. Eine ausdrückliche Regelung eines Unterlassungsanspruchs findet sich in § 23 Abs. 3 BetrVG. Ein weiterer im BetrVG normierter **Unterlassungsanspruch** für den Fall der Verletzung der Mitbestimmungsrechte aus § 87 BetrVG existiert nicht, so dass man § 23 Abs. 3 BetrVG als abschließende Regelung betrachten könnte, wie es auch das BAG zunächst tat. Da der Unterlassungsanspruch nach § 23 Abs. 3 BetrVG an enge Voraussetzun-

Unterlassungs-  
anspruch



gen wie einen groben Pflichtverstoß geknüpft ist (siehe unter § 151 II 2), wird diese Situation jedoch als unbillig empfunden. Das BAG leitet nunmehr einen **allgemeinen Unterlassungsanspruch** bei mitbestimmungswidrigen Maßnahmen des Arbeitgebers aus dem **Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit** (§ 2 Abs. 1 BetrVG) her (BAG 3.5.1994 AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972; vgl. auch BAG 29.2.2000 AP Nr. 105 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung).

„Ob [...] ein Unterlassungsanspruch als selbstständiger Nebenleistungsanspruch unmittelbar aus § 87 BetrVG abzuleiten ist, mag fraglich erscheinen; der Anspruch ergibt sich jedoch bei sozialen Angelegenheiten im Sinne von § 87 BetrVG aus der besonderen Rechtsbeziehung, die zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat besteht. Das durch die Bildung des Betriebsrats kraft Gesetzes zustande kommende ‚Betriebsverhältnis‘ ist einem gesetzlichen Dauerschuldverhältnis ähnlich. Es wird bestimmt durch die Rechte und Pflichten, die in den einzelnen Mitwirkungstatbeständen normiert sind, sowie durch wechselseitige Rücksichtspflichten, die sich aus § 2 BetrVG ergeben. § 2 BetrVG enthält eine dem Grundsatz von Treu und Glauben im Sinne von § 242 BGB vergleichbare Konkretisierung des Gebots partnerschaftlicher Zusammenarbeit. Zwar lassen sich aus der Vorschrift keine Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte ableiten, die im Gesetz nicht vorgesehen sind. § 2 BetrVG ist aber bei der Auslegung der einzelnen Tatbestände des BetrVG zu berücksichtigen. [...] Bei der Bewertung der im Gesetz vorgesehenen Rechte kann daher aus dem allgemeinen Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit als Nebenpflicht grundsätzlich auch das Gebot abgeleitet werden, alles zu unterlassen, was der Wahrnehmung des konkreten Mitbestimmungsrechts entgegensteht. Insoweit ist eine dem vertraglich begründeten Schuldverhältnis vergleichbare Lage gegeben.“ (BAG 3.5.1994 AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972)

**Begrenzung** Der Unterlassungsanspruch ist begrenzt auf die Sicherung des konkreten Mitbestimmungsrechts. In mehreren Entscheidungen ist der Antrag des Betriebsrats als Globalantrag, der viele denkbare Fallgestaltungen umfasst, für die nicht in jeder Fallvariante die Unterlassung verlangt werden kann, zurückgewiesen worden.

### III. Die einzelnen Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1 BetrVG

Es ist bereits mehrfach betont worden, dass immer der konkrete einzelne Mitbestimmungstatbestand in seiner gesetzlichen Ausgestaltung betrachtet werden muss und dass die Mitbestimmung nach § 87 BetrVG im Grundsatz formelle und kollektive Tatbestände erfasst, in einzelnen Mitbestimmungstatbeständen jedoch auch materielle und individuelle Arbeitsbedingungen.