



**Internationale Göttinger Reihe**

Herausgeber: J.-P. Cuvillier

## **RECHTSWISSENSCHAFTEN**

Benedikt Inhester

### **Die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten des Arbeitgebers innerhalb des § 87 Abs. 1 BetrVG**

Zur Substanz der Mitbestimmungsrechte  
in den sozialen Angelegenheiten der  
Betriebsverfassung

**Band 40**



**Cuvillier Verlag Göttingen**  
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag



Internationale Göttinger Reihe  
Rechtswissenschaften  
Band 40





# **Die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten des Arbeitgebers innerhalb des § 87 Abs. 1 BetrVG**

-

**Zur Substanz der Mitbestimmungsrechte in den sozialen  
Angelegenheiten der Betriebsverfassung**



## **Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2012

Zugl.: Augsburg, Univ., Diss., 2012

978-3-95404-219-7

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2012

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

[www.cuvillier.de](http://www.cuvillier.de)

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2012

Gedruckt auf säurefreiem Papier

978-3-95404-219-7



## *Meinen Eltern*





## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2011/2012 von der juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Februar 2012 berücksichtigt.

Frau Prof. Dr. *Martina Benecke* danke ich für die Betreuung der Arbeit und für meine exzellente Förderung in den Jahren der Tätigkeit an Ihrem Lehrstuhl. Herrn Prof. Dr. *Michael Kort* danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ebenso danke ich Herrn *Peter Gseller*, Herrn Dr. *Nikolaus Huber*, Herrn *Robert Lepiarczyk* und ganz besonders Frau *Katerina Fountoglou* für ihre tatkräftige Unterstützung.

Der liebevolle Beistand meiner Eltern und ihre uneingeschränkte Förderung meiner Ausbildung haben die Anfertigung dieses Werkes allerdings überhaupt erst ermöglicht. Ihnen ist diese Arbeit daher gewidmet.

Düsseldorf, im September 2012

*Benedikt Inhester*





## Inhaltsverzeichnis

<b>INHALTSVERZEICHNIS .....</b>	<b>I</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS .....</b>	<b>IX</b>
<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....</b>	<b>XIX</b>
<b>§ 1 EINFÜHRUNG .....</b>	<b>1</b>
A. EINLEITUNG .....	1
B. GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG.....	3
I. Paritätische Mitbestimmung des § 87 Abs. 1 BetrVG.....	4
II. Eingrenzung der sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG .....	5
1. Befugnisse zum Abschluss abstrakt-genereller Regelungen.....	6
2. Befugnisse zur Mitbestimmung in Einzelfällen .....	6
3. Allgemein gewährte Mitbestimmungsrechte.....	7
a) Einzelfall und Einzelfall.....	8
b) Zwischenergebnis .....	10
III. Die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten .....	10
1. Konflikt mit der Mitgestaltungsfunktion.....	11
2. Konflikt mit der Mitbeurteilungsfunktion .....	12
IV. Inhalt der Alleinentscheidungsrechte .....	14
C. RELEVANZ DER UNTERSUCHUNG .....	14
D. FRAGESTELLUNG UND ABGRENZUNG .....	15
E. ZIELSETZUNG .....	16
F. GANG DER UNTERSUCHUNG .....	19
<b>§ 2 RECHTSNATUR DER ALLEINENTSCHEIDUNGSRECHTE.....</b>	<b>20</b>
A. ALLEINENTSCHEIDUNGSRECHTE ALS (TEIL-) VERZICHT .....	21
I. Der Verzicht.....	22
II. Abgrenzung von ähnlichen Rechtsinstituten .....	23
1. Abgrenzung zur Nichtausübung.....	23
2. Abgrenzung zum <i>pactum de non petendo</i> .....	24
III. Alleinentscheidungsrechte als (Teil-) Verzicht .....	24
IV. Stellungnahme .....	25
1. Rechtsfolge als Bezugspunkt.....	26
2. Vorliegen eines Verzichtswillens.....	26



a)	Auslegung von Rahmenregelungen.....	26
b)	Interessenlage der Betriebspartner .....	27
3.	Mitbestimmungsrechte in Eilfällen .....	30
4.	Kompromisscharakter der innerbetrieblichen Einigung.....	31
B.	ALLEINENTSCHEIDUNGSRECHTE ALS DELEGATION .....	31
I.	Die Delegation .....	32
II.	Alleinentscheidungsrechte als Delegation.....	33
III.	Stellungnahme .....	33
1.	Arbeitgeber als Delegatar .....	34
2.	Rechtsfolge einer hypothetischen Delegation .....	35
C.	ALLEINENTSCHEIDUNGSRECHTE ALS AUSÜBUNG DER MITBESTIMMUNGS-.....	
	RECHTE.....	36
I.	Die Ausübung von Rechten .....	37
II.	Alleinentscheidungsrechte als abschließende Ausübung .....	38
1.	Entwicklung der Rechtsprechung.....	38
a)	Ausübung durch die Betriebspartner .....	38
b)	Ermessenskonforme Gestaltung durch Einigungsstellenspruch.....	41
2.	Ansätze in der Literatur .....	42
a)	Konkretisierung der Mitbestimmungsrechte .....	43
b)	Betriebsautonomie .....	44
c)	Pragmatischer Ansatz .....	45
d)	Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit.....	45
III.	Kritik.....	45
1.	Erfordernis der Mitbestimmung im Einzelfall?.....	46
2.	Grenzenlose Betriebsautonomie? .....	46
3.	Zustimmung oder Blindzustimmung? .....	47
IV.	Eigener Ansatz.....	48
1.	Rahmen gesetzmäßiger Ausübung .....	49
2.	Gesetzeskonformität von Alleinentscheidungsrechten .....	51
a)	Gesetzes- und Tarifvorrang des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG .....	52
b)	Mitbeurteilung gem. § 77 Abs. 1 BetrVG .....	53
aa)	Verwirklichung des positiven Konsensprinzips .....	54
bb)	Information des Betriebsrats .....	55



cc)	Grenzen der Mitbeurteilung gem. § 77 Abs. 1 BetrVG .....	55
dd)	Fazit .....	56
c)	Abschließende Ausübung trotz materieller Alleingestaltung .....	56
aa)	Ausgleich der Interessen auf Arbeitnehmerseite .....	57
bb)	Kompromisscharakter der innerbetrieblichen Einigung .....	58
cc)	Alleingestaltungsrecht als obsiegende Regelungsvariante .....	59
d)	Rückschluss aus Eilfallkonstellationen .....	59
3.	Grenzbereich zur Nichtausübung .....	60
4.	Rechtsqualität einseitiger Anordnungen .....	60
D.	ERGEBNIS .....	62
<b>§ 3</b>	<b>RECHTMÄßIGKEIT DER ALLEINENTSCHEIDUNGSRECHTE .....</b>	<b>64</b>
A.	GENERELLE ABLEHNUNG VON ALLEINENTSCHEIDUNGSRECHTEN .....	65
I.	Pflichtbelegtes Monopol des Betriebsrats zur Ausübung der Mitbestimmungsrechte .....	65
II.	Unverzichtbarkeit pflichtgebundener Rechte .....	66
III.	Antizipierte Regelbarkeit der sozialen Angelegenheiten .....	66
B.	VORRANG DER VEREINBARUNG VON ALLEINENTSCHEIDUNGSRECHTEN .....	66
C.	ZULÄSSIGKEIT VON ALLEINENTSCHEIDUNGSRECHTEN BEI SUBSTANZ- WAHRUNG .....	68
I.	Prämisse der Substanzthese .....	69
II.	Die Substanz der Mitbestimmungsrechte .....	72
1.	Ansatz der Rechtsprechung .....	73
a)	Umfang materieller Gestaltung .....	73
b)	Nichtberücksichtigung von geschützten Arbeitnehmerinteressen .....	74
c)	Beispiele zur Handhabung der Substanzformel in der Rechtsprechung .....	74
aa)	Substanzwahrende Rahmenregelung zur Anordnung von Mehrarbeit .....	74
bb)	Substanzwahrende Rahmenregelung zur technischen Über- wachung .....	75
cc)	Substanzbeeinträchtigung bei gänzlicher Alleingestaltung von Leistungsprämien .....	76
2.	Ansätze in der Literatur .....	77
a)	Nahezu mitbestimmungsfreier Zustand .....	77



b)	Regelung der wesentlichen Fragen.....	78
c)	Unbeachtlichkeit des materiellen Inhalts .....	79
D.	WEITERGEHENDE SPEZIFISCHE RECHTMÄßIGKEITSVORAUSSETZUNGEN.....	79
I.	Weitergehende Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Rechtsprechung.....	79
1.	Einstweilige Anordnungsbefugnis .....	79
2.	Anforderungen an die Klarheit der Abrede .....	81
II.	Weitergehende Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen in der Literatur .....	83
1.	Sachlicher Grund.....	84
2.	Vereinbarung von generalklauselartigen Rahmenregelungen.....	85
3.	Vereinbarung eines Ausgleichsanspruchs .....	86
4.	Vereinbarung von Informationsrechten und prozeduralen Bindungen .....	86
E.	EIGENSTÄNDIGE LÖSUNGSANSÄTZE IN DER LITERATUR.....	86
I.	Formelle Betrachtung der Alleinentscheidungsrechte.....	87
1.	Vorzug gegenüber der Substanzformel .....	87
2.	Freiwillige Vereinbarungen.....	88
3.	Adressat der Übertragung und Gewichtung der Indizien.....	88
II.	Analogie zu Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG .....	89
1.	Primärer Regelungsbereich und seine Ausgestaltung .....	90
a)	Tatbestandliche Bindung gem. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG.....	90
b)	Vereinbarung von unbestimmten Rechtsbegriffen.....	91
2.	Sekundärer Regelungsbereich .....	91
3.	Prozedurale Bindungen .....	92
4.	Fazit .....	92
III.	Dynamische Abwägung.....	93
1.	Bewegliche Abwägungsdirektiven.....	93
2.	Vereinbarung von Informationsrechten.....	94
IV.	Bildung von Fallgruppen .....	94
1.	Fallgruppe der antizipierten Mitbestimmung .....	95
2.	Fallgruppe der begrenzten Alleinentscheidung .....	95
3.	Fallgruppe der einstweiligen Alleinentscheidungsrechte.....	96
4.	Klarheit der Absprache.....	96
F.	BESCHLUSS VON ALLEINENTSCHEIDUNGSRECHTEN DURCH DIE EINIGUNGS- STELLE.....	96



I.	Ansätze der Rechtsprechung.....	97
1.	Gestaltungsspielraum nach Ansicht 1. Senats des BAG .....	97
a)	Gestaltungsrahmen des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG.....	97
b)	Prüfungsmaßstab .....	99
aa)	Ermessenskonformität eines Alleinentscheidungsrechts.....	99
bb)	Ermessenskonformität offener Rahmenregelungen .....	100
c)	Konsequenzen .....	100
d)	Beispiele zur Anwendung des Maßstabes in der Rechtsprechung .....	101
aa)	Ermessenskonformität von „dürftigen Vorgaben“ und „weiten Alleinentscheidungsbefugnissen“ .....	102
bb)	Ermessenskonformität von „Grenzfällen“.....	103
cc)	Ermessensüberschreitung bei Alleingestaltung des „wesentlichen Kerns“ einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit.....	104
2.	Gestaltungsspielraum nach Ansicht des 5. Senats des BAG.....	106
II.	Ansätze der Literatur .....	107
1.	Eingeschränkter Gestaltungsrahmen .....	107
a)	Differenzierter Rechtsschutz .....	107
b)	„Oktroyierte Vernichtung“ der Mitbestimmungsrechte .....	108
2.	Keine Erzwingbarkeit von Alleinentscheidungsrechten .....	109
a)	Diktierter Verzicht.....	109
b)	Gebot der billigen Kollektivrechtsordnung .....	110
3.	Kongruenter Entscheidungsrahmen .....	111
a)	Sinn und Zweck des BetrVG.....	111
b)	Identischer Rechtsschutz .....	112
4.	Erzwingbarkeit zur Vorsorge für Eilfälle .....	113
G.	FAZIT.....	113
<b>§ 4</b>	<b>BEFUND UND EIGENER ANSATZ ZUR FRAGE DER RECHTMÄßIGKEIT DER ALLEINENTSCHEIDUNGSRECHTE .....</b>	<b>115</b>
A.	GENERELLE ZULÄSSIGKEIT VON ALLEINENTSCHEIDUNGSRECHTEN .....	115
I.	Alleinentscheidungsrechte als Ausübung der Mitbestimmungsrechte .....	116
II.	Antizipierte Regelbarkeit.....	118
III.	Zulässigkeit materieller Alleingestaltungsbefugnisse .....	119



B. REGELUNGSGRENZE DER BETRIEBSPARTNER .....	119
I. Bewertung der gegenwärtigen Ansätze .....	120
1. Formeller Ansatz .....	120
a) Methode.....	121
b) Ergebnis.....	122
2. Vorbehaltlose Alleinentscheidung als Substanzverstoß.....	123
a) Relativität der Substanz der Mitbestimmungsrechte .....	123
b) Gegenprobe .....	125
3. Grenze des „nahezu mitbestimmungsfreien Zustands“.....	125
4. Anleihen bei Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG .....	127
a) Gegenprobe .....	127
b) Methode.....	128
c) Fazit.....	129
5. Fallgruppenmethode.....	130
6. Bewegliche Abwägungsdirektiven.....	131
7. Zwischenergebnis .....	132
II. Amtspflichtorientierter Ansatz .....	132
1. Ursache des Verzichtverbots .....	133
a) Zwingender Charakter des BetrVG .....	133
b) Fremdnützigkeit der Befugnisse.....	134
c) Pflichtenrechtscharakter der Mitbestimmungsrechte .....	134
2. Rückschluss auf die Substanz der Mitbestimmungsrechte.....	135
3. Substanzwahrung.....	136
a) Keine gesetzliche Regelung der Ermessensgrenzen .....	137
b) Anwendung des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG .....	138
aa) Wortlaut des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG .....	138
bb) Sinn und Zweck des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG .....	139
cc) Fazit.....	141
c) Anwendung des Rechtsgedankens von § 23 Abs. 1 BetrVG .....	141
aa) Charakter der Ausübungspflicht.....	142
bb) Rückgriff auf die Wertung des § 23 Abs. 1 BetrVG .....	143
cc) Zwischenergebnis .....	144
dd) Relevanz grundrechtlicher geschützter Belegschaftsbelange.....	145



III. Ergebnis .....	147
IV. Prozessuale Kontrolle .....	147
C. GESTALTUNGSRAHMEN DER EINIGUNGSSTELLE .....	148
I. Erzwingbarkeit von Alleinentscheidungsrechten .....	148
1. Regelungsvariante in Folge eines Zwangskompromisses .....	149
2. Indizierte Unzulässigkeit von erzwungenen Rahmenregelungen .....	149
II. Gestaltungsrahmen der Einigungsstelle .....	150
1. Absolute Regelungsgrenzen .....	151
2. Einschränkung des Gestaltungsermessens gem. § 76 Abs. 5 .....	
Satz 3 BetrVG .....	151
3. Gegenargumente .....	152
a) Anerkennung eines Ermessensrahmens .....	152
b) Rückschluss aus prozessualen Kontrollmöglichkeiten .....	153
III. Prozessuale Kontrolle .....	154
1. Rechtsschutzsystem der Betriebsverfassung .....	154
2. Differenzierung nach der Art der Ermessensüberschreitung .....	154
3. Formeller Ansatz .....	155
4. Ansatz des BAG .....	156
IV. Ergebnis .....	157
D. WEITERGEHENDE SPEZIFISCHE RECHTMÄßIGKEITSVORAUSSETZUNGEN .....	158
I. Deutlichkeitserfordernis .....	158
II. Vereinbarung von Generalklauseln .....	160
1. Begriffsbestimmung .....	160
2. Interpretation von zivilrechtlichen Generalklauseln .....	161
3. Interpretation betriebsverfassungsrechtlicher Generalklauseln .....	162
4. Fazit .....	164
III. Vereinbarung von Informationspflichten .....	164
IV. Vereinbarung einstweiliger Alleinentscheidungsrechte .....	165
1. Pflicht zur Vereinbarung einstweiliger Alleinentscheidungsrechte .....	166
2. Legitimationswirkung einstweiliger Alleinentscheidungsrechte .....	166
V. Vereinbarung von Ausgleichsansprüchen .....	167
VI. Erfordernis besonderer sachlicher Gründe .....	168
<b>§ 5 ZUSAMMENFASSUNG .....</b>	<b>170</b>



---

A.	PHÄNOTYP DER ALLEINENTSCHEIDUNGSRECHTE .....	170
B.	RECHTSNATUR DER ALLEINENTSCHEIDUNGSRECHTE .....	171
I.	Ausübung der Mitbestimmungsrechte .....	171
II.	Konsequenzen .....	172
III.	Grenzbereich zur Nichtausübung .....	173
C.	RECHTMÄßIGKEIT DER ALLEINENTSCHEIDUNGSRECHTE .....	173
I.	Einvernehmlich vereinbarte Alleinentscheidungsrechte .....	174
1.	Umfang .....	174
2.	Prozessuale Kontrolle .....	175
II.	Erzwungene Alleinentscheidungsrechte .....	175
1.	Umfang .....	175
2.	Prozessuale Kontrolle .....	176
III.	Weitergehende spezifische Rechtmäßigkeits-voraussetzungen .....	177
1.	Klarheit der Abrede .....	177
2.	Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe .....	177
3.	Vereinbarung von Informationspflichten des Arbeitgebers .....	178



## Literaturverzeichnis

*Baumann*, Thomas: Die Delegation tariflicher Rechtsetzungsbefugnisse, Diss. Köln 1992, Berlin 1992. (zitiert: *Baumann*, Delegation)

*Belling*, Detlev W.: Die Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen, Tübingen 1990. (zitiert: *Belling*, Haftung)

*Benecke*, Martina: Beteiligungsrechte und Mitbestimmung im Personalvertretungsrecht - Eine vergleichende Untersuchung der Regelungen und Reformbemühungen in Bund und Ländern unter Einbeziehung des Betriebsverfassungsgesetzes, Diss. Göttingen 1996, Baden-Baden 1996. (zitiert: *Benecke*, Beteiligungsrechte und Mitbestimmung im Personalvertretungsrecht)

*Bertzbach*, Martin: Anm. zu BAG v. 1.7.2003 – 1 ABR 22/02, in *jurisPR-ArbR* 18/2003, Anm. 1.

*Blomeyer*, Wolfgang: Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, in *SAE* 1987, 279 f.

*Ders.*: Die Finanzierung der Mitbestimmung durch den Arbeitgeber, in *Steinmann*, Horst; *Gäfigen*, Gérard; *Blomeyer*, Wolfgang: Die Kosten der Mitbestimmung, Mannheim, Wien, Zürich 1981, S. 69 ff. (zitiert: *Blomeyer*, Die Finanzierung der Mitbestimmung durch den Arbeitgeber)

*Brossette*, Josef: Der Zweck als Grenze der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats – Ein Beitrag zur Reichweite der Mitbestimmung bei Überstunden und Kurzarbeit, in *ZfA* 1992, 379 ff.

*Buchner*, Herbert: Die persönliche Verantwortlichkeit der Betriebsratsmitglieder für rechtswidrige Betriebsratsbeschlüsse, in: *Mayer-Maly*, Theo et al. [Hrsg.]: Arbeitsleben und Rechtspflege - Festschrift für Gerhard Müller, Berlin 1981, S. 93 ff. (zitiert: *Buchner*, FS Müller)

*Däubler*, Wolfgang: Gläserne Belegschaften? Das Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 5. Aufl., Frankfurt am Main 2010. (zitiert: *Däubler*, Gläserne Belegschaften)

*Ders.*; *Kittner*, Michael; *Klebe*, Thomas; *Wedde*, Peter [Hrsg.]: BetrVG, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung und EBR-Gesetz, 12. Aufl., Frankfurt/Main 2010. (zitiert: *Bearbeiter/DKKW-BetrVG*)



- Derleder*, Peter: Betriebliche Mitbestimmung ohne vorbeugenden Rechtsschutz?, in *ArbuR* 1983, 289 ff.
- Dieterich*, Thomas; *Hanau*, Peter; *Schaub*, Günter [Begr.]: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl., München 2011. (zitiert: *Bearbeiter/ErfKo*)
- Dietz*, Rolf: § 49 BetrVG und seine Bedeutung für die Zusammenarbeit im Betrieb – vor allem in bezug auf die Beteiligungsrechte, in *RdA* 1969, 1 ff.
- Ders.*: Der Anspruch auf Abschluß einer Betriebsvereinbarung nach § 56 BetrVG, in: *Dietz*, Rolf; *Hueck*, Alfred; *Reinhardt*, Rudolf [Hrsg.]: Festschrift für Hans Carl Nipperdey – zum 60. Geburtstag, München, Berlin 1955. (zitiert: *Dietz*, FS Nipperdey)
- Ders.*: Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar, 2. Aufl., München, Berlin 1955. (zitiert: *Dietz*, BetrVG, 2. Aufl.)
- Dornbusch*, Gregor; *Fischermeier*, Ernst; *Löwisch*, Manfred [Hrsg.]: Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht, Kompaktkommentar zum Arbeitsrecht, 4. Aufl., Köln 2011. (zitiert: *Bearbeiter/KFA-ArbR*)
- Dütz*, Wilhelm: Einstweiliger Rechts- und Interessenschutz in der Betriebsverfassung, in *ZfA* 1972, 247 ff.
- Düwell*, Franz Josef [Hrsg.]: Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2010. (zitiert: *Bearbeiter/HaKo-BetrVG*)
- Engisch*, Karl; *Würtenberger*, Thomas [Hrsg.]: Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl., Stuttgart 2010. (zitiert: *Engisch*, Juristisches Denken).
- Fiebig*, Andreas: Der Ermessensspielraum der Einigungsstelle, Diss. Göttingen 1990, Berlin 1992. (zitiert: *Fiebig*, Ermessensspielraum)
- Fikentscher*, Wolfgang: Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung – Band 4 – Dogmatischer Teil, Tübingen 1977. (zitiert: *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. 4)
- Fitting*, Karl; *Engels*, Gerd; *E. Schmidt*, Ingrid; *Trebinger*, Ivonne; *Linsenmaier*, Wolfgang: Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Handkommentar, 25. Aufl., München 2010. (zitiert: *Fitting*, BetrVG)
- Franzen*, Martin: Zwingende Wirkung der Betriebsverfassung, in *NZA* 2008, 250 ff.



- Frey, Helmut; Pulte Peter*: Betriebsvereinbarungen für die Praxis – Eine Sammlung der wichtigsten Betriebsvereinbarungen mit praxisbezogenen Hinweisen, 3. Aufl., München 2005. (zitiert: *Frey/Pulte*, Betriebsvereinbarungen für die Praxis)
- Galperin, Hans [Begr.]; Löwisch, Manfred et al.*: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Band 1: Organisation der Betriebsverfassung (§§ 1-73 und Wahlordnung), Band 2: Regelung der Mitbestimmung (§§ 74-132), 6. Aufl., Heidelberg 1982. (zitiert: *Galperin/Löwisch*, BetrVG)
- Gamillscheg, Franz*: Kollektives Arbeitsrecht – Ein Lehrbuch, Band II: Betriebsverfassung, München 2008. (zitiert: *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Bd.2)
- Gaul, Dieter*: Anm. zu BAG v. 17.10.1989, in AP Nr. 39 zu § 76 BetrVG 1972.
- Gentz, Manfred*: Schutz gegen den Missbrauch (?) von Mitbestimmungsrechten, in NZA 2004, 1011 ff.
- Hanau, Peter*: Die Entwicklung der Betriebsverfassung, in NZA 1993, 817 ff.
- Haußmann, Katrin*: Kurzkomentar zu BAG 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, in EWiR § 77 BetrVG 1/04, 631 f.
- Heinze, Meinhard*: Inhalt und Grenzen betriebsverfassungsrechtlicher Rechte, in ZfA 1988, S. 53 ff.
- Henssler, Martin*: Der mitbestimmte Betrieb als „Insel der Beschaulichkeit“ – Zum Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG in Eilfällen, in: *Isenhardt, Udo [Hrsg.]*: Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft - Festschrift für Peter Hanau, Köln 1999, S. 413 ff. (zitiert: *Henssler*, FS Hanau)
- Herschel, Wilhelm*: Anm. zu BAG v. 14.2.1967 – 1 ABR 6/66, in ArbuR 1967, 287 f.
- Ders.*: Anm. zu BAG v. 23.3.1962 – 1 ABR 13/60, in ArbuR 1962, 349 ff.
- Ders.*: Arbeitsrechtliche Konsequenzen aus den unterschiedlichen Genauigkeitsgraden bei der Datenerfassung in Arbeits- und Zeitstudien, in ArbuR 1967, 65 ff.
- Hess, Harald; Schlochauer, Ursula; Worzalla, Michael; Glock, Dirk; Nicolai, Andrea; Rose, Franz Josef*: BetrVG – Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 8. Aufl., Köln 2011. (zitiert: *Bearbeiter/HSWGNER*)



- Hilger*, Marie Luise: Zum Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Verwaltung von Wohlfahrtseinrichtungen, in: *Paulssen*, Hans Constantin et al. [Hrsg.]: Sozialpolitik, Arbeits- und Sozialrecht – Festschrift für Friedrich Sitzler zu seinem 75. Geburtstag, Stuttgart 1956, S. 153 ff. (zitiert: *Hilger*, FS Sitzler)
- Hormadka*, Wolfgang; *Maschmann*, Frank: Arbeitsrecht, Band 1 Individualarbeitsrecht und Band 2 Kollektivarbeitsrecht und Arbeitsstreitigkeiten, 5. Aufl., Berlin/Heidelberg 2011 bzw. 2010. (zitiert: *Hormadka/Maschmann*)
- Hoyningen-Huene*, Gerrick von: Betriebsverfassungsrecht, 6 Aufl., München 2007. (zitiert: v. *Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht)
- Ders.*: Das Betriebsverhältnis – Eine Skizze zum betriebsverfassungsrechtlichen Kooperationsverhältnis, in NZA 1989, 121 ff.
- Ders.*: Die fehlerhafte Beteiligung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten – Rechtsfolgen und Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats, in DB 1987, 1426 ff.
- Ders.*: Grundfragen der Betriebsverfassung: Mitbestimmung – Betriebsrat – Betrieb – Betriebszugehörigkeit, in: *Farthmann*, Friedhelm et al. [Hrsg.]: Arbeitsgesetzgebung und Arbeitsrechtsprechung – Festschrift zum 70. Geburtstag von Eugen Stahlhacke, Neuwied 1995, S. 173 ff. (zitiert: v. *Hoyningen-Huene*, FS Stahlhacke)
- Ders.*: Mit dem Betriebsrat in die 90er Jahre, in NZA 1991, 7 ff.
- Ders.*: Streitschlichtung im Betrieb, in NZA 1987, 577 ff.
- Hueck*, Alfred; *Nipperdey*, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 2, Halbband 2, 7. Aufl., Berlin, Frankfurt a. M. 1970. (zitiert: *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, 7. Aufl., Band 2, Halbband 2)
- Ipsen*, Jörn: Richterrecht und Verfassung, Schriften zur Rechtstheorie, Bd. 40, Berlin 1975. (zitiert: *Ipsen*, Richterrecht)
- Isensee*, Josef; *Kirchhof*, Paul [Hrsg.]: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band III, Das Handeln des Staates, 2. Aufl., Heidelberg 1996. (zitiert: *Bearbeiter*, in *Isensee/Kirchhof*, HdB des Staatsrechts Bd. 3)



*Jaeger, Georg; Röder, Gerhard; Heckelmann, Günther* [Hrsg.]: Praxishandbuch Betriebsverfassungsrecht, München 2003. (zitiert: *Bearbeiter/Praxishandbuch BetrVR*)

*Joussen, Jacob*: Anm. zu BAG v. 1.7.2003 – 1 ABR 22/02, in SAE 2004, 109 ff.

*Ders.*: Der Verzicht des Betriebsrats auf seine Mitbestimmungsrechte, in RdA 2005, 31 ff.

*Ders.*: Die Schlichtung als Beilegung von Regelungsstreitigkeiten im Zivil-, Arbeits- und Sozialrecht, in: *Witt, Carl Heinz et al.* [Hrsg.]: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2002 – Die Privatisierung des Privatrechts – rechtliche Gestaltung ohne staatlichen Zwang, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 2002, S. 154 ff. (zitiert: *Joussen, Schlichtung*)

*Kamanabrou, Sudabeh*: Die Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln, in AcP 202 (2002), S. 662 ff.

*Klose, Oliver*: Anm. zu BAG v. 26.04.2005 – 1 AZR 76/04, in jurisPR-ArbR 35/2005 Anm. 4

*Konzen, Horst*: Betriebsverfassungsrechtliche Leistungspflichten des Arbeitgebers - System der Handlungs-, Duldungs- und Unterlassungsansprüche im BetrVG, Köln, München 1984. (zitiert: *Konzen, Leistungspflichten*)

*Ders.*: Privatrechtssystem und Betriebsverfassung, in ZfA 1985, 469 ff.

*Kort, Michael*: Verhaltensstandartisierung durch Corporate Compliance, in NZG 2008, 81 ff.

*Kraft, Alfons; Raab, Thomas*: Anm. zu BAG v. 18.4.1989– 1 ABR 2/88, in AP Nr. 34 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

*Kreutz, Peter*: Grenzen der Betriebsautonomie, München 1979. (zitiert: *Kreutz, Betriebsautonomie*)

*Kübler, Friedrich; Schmidt, Walter; Simitis, Spiros*: Mitbestimmung als gesetzpolitische Aufgabe – Zur Verfassungsmäßigkeit des Mitbestimmungsgesetzes 1976, Baden-Baden 1978. (zitiert: *Kübler/Schmidt/Simitis, Mitbestimmung als gesetzpolitische Aufgabe*)



- Larenz*, Karl [Begr.]; *Wolf* Manfred: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. München 2004. (zitiert: *Larenz/Wolf*, BGB AT)
- Ders.*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, in: *von Liszt*, Franz et al. [Begr.]: Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, 6. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo 1991. (zitiert: *Larenz*, Methodenlehre)
- Lehmpuhl*, Horst: Die Nichtausübung von Mitbestimmungsrechten, Diss. München 1973, München 1973.(zitiert: *Lehmpuhl*, Nichtausübung)
- Looschelders*, Dirk; *Roth*, Wolfgang: Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung - Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1996. (zitiert: *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik Rechtsanwendung)
- Löwisch*, Manfred: Betriebsverfassungsgesetz, Taschenkommentar des Betriebsberaters, 4. Aufl., Heidelberg 1996. (zitiert: *Löwisch*, BetrVG, 4. Aufl.)
- Ders.*: Der „vorsorgliche Sozialplan“ – eine zweifelhafte Rechtsfigur, in *Hanau*, Peter [Hrsg.]: Richterliches Arbeitsrecht, Festschrift für Thomas Dieterich zum 65. Geburtstag, München 1999, S. 345 ff. (zitiert: *Löwisch*, FS Dietrich)
- Ders.*: Möglichkeiten und Grenzen der Betriebsvereinbarung, in *ArbuR* 1978, 97 ff.
- Ders.*; *Kaiser*, Dagmar et al.: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 6. Aufl., Frankfurt a. M. 2010. (zitiert: *Löwisch/Kaiser/BetrVG*)
- Mengel*, Anja; *Hagemeister*, Volker: Compliance und Arbeitsrecht, in *BB* 2006, 2466 ff.
- Meyer*, Cord: Sozialplangestaltung bei nachträglichem Betriebsübergang, in *NZA* 2002, S. 297 ff.
- Ders.*: Anm. zu BAG v. 19.1.1999 – 1 AZR 342/98, AP Nr. 37 zu § 113 BetrVG 1972.
- Misera*, Karlheinz: Anm. zu BAG v. 27.6.1989 – 1 ABR 33/88, in AP Nr. 35 zu § 87 BetrVG 192 Arbeitszeit.
- Otto*, Hansjörg: Anm. zu BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, in *EzA* Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn, 11 ff.



- Palandt*, Otto [Begr.]: Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 70. Aufl., München 2011. (zitiert: *Bearbeiter/Palandt*)
- Pflüger*, Norbert: Das betriebliche Repräsentativsystem, Diss. Bremen 1995, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien 1996. (zitiert: *Pflüger*, Repräsentativsystem)
- Rath-Glawatz*, Michael: Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, in AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG Arbeitszeit.
- Richardi*, Reinhard [Hrsg.]: Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung – Kommentar, 13. Aufl., München 2012. (zitiert: *Bearbeiter/Richardi*, BetrVG)
- Ders.*: Die Betriebsvereinbarung als Rechtsquelle des Arbeitsrechts – Zur Reichweite eines betriebsverfassungsrechtlichen Gestaltungsrechts in einer rechtsgeschäftlichen Ordnung des Arbeitslebens, in ZfA 1992, 307 ff.
- Ders.*: Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968. (zitiert: *Richardi*, Kollektivgewalt)
- Ders.*; *Wlotzke*, Otfried; *Wißmann*, Hellmut; *Oetker*, Hartmut [Hrsg.]: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl., München 2009. (zitiert: *Bearbeiter/MünchArbR*)
- Rieble*, Volker: Anm. zu BAG v. 17.10.1989 – 1 ABR 31/87, SAE 1990, 175 ff.
- Ders.*: Die Kontrolle des Ermessens der betriebsverfassungsrechtlichen Einigungsstelle: entwickelt aus einem Vergleich der Kontrolle behördlichen, gerichtlichen und privaten Ermessens, Diss. Freiburg 1989, Heidelberg 1990. (zitiert: *Rieble*, Kontrolle)
- Ders.*; *Klumpp*, Steffen; *Gistel*, Cornelia: Rechtsmissbrauch in der Betriebsverfassung, München 2006.
- Ders.*: Anm. zu BAG v. 18.4.1989 – 1 ABR 100/87, in AP Nr. 18 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang.
- Röckl*, Johannes: Eine generelle Maßnahme als Voraussetzung für die Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten, Diss. Augsburg 1995, Regensburg 1995. (zitiert: *Röckl*, Eine generelle Maßnahme)



- Röller, Jürgen; Eisemann, Hans; Küttner, Wolfdieter* [Hrsg.]: Personalbuch 2011 - Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht, 18. Aufl., München 2010. (zitiert: *Bearbeiter*, Personalbuch 2011, *Stichwort*)
- Rotter, Stephan*: Anm. zu BAG v. 18.4.1989– 1 ABR 2/88, in EzA Nr. 48 zu § 76 BetrVG 1972, 19 ff.
- Rüthers, Bernd; Fischer, Christian; Birk, Axel*: Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 6. Aufl., München 2011. (zitiert: *Rüthers/Fischer*, Rechtstheorie)
- Ders.*: Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 6., um ein Nachwort erweiterte Aufl., Tübingen 2005. (zitiert: *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung)
- Säcker, Franz-Jürgen*: Die Regelung sozialer Angelegenheiten im Spannungsfeld zwischen tariflicher und betriebsvereinbarungsrechtlicher Normsetzungsbefugnis, ZfA 1972 – Sonderheft – Zur Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen und sozialen Angelegenheiten, S. 41 ff.
- Säcker, Franz-Jürgen, Oetker, Hartmut*: Alleinentscheidungsbefugnisse des Arbeitgebers in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten aufgrund kollektivrechtlicher Dauerregelungen, in RdA 1992, 16 ff.
- Schmidl, Michael*: Recht der IT-Sicherheit, in, *Hauschka, Christoph* (Hrsg.): Corporate Compliance – Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, 2. Aufl., München 2010. (zitiert: *Schmidl*, Corporate Compliance)
- Schmidt, Esther*: Der Verzicht auf betriebsverfassungsrechtliche Befugnisse, Diss. Mannheim 1994, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien 1995. (zitiert: *E. Schmidt*, Verzicht)
- Sibben, Ralf*: Anm. zu BAG v. 26.7.1988 1 AZR 54/87, in AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Provision.
- Söllner, Alfred* [Begr.]; *Waltermann, Raimund*: Arbeitsrecht, 15. Aufl., München 2009. (zitiert: *Söllner/Waltermann*, Arbeitsrecht)
- Ders.*: „Schlichten ist kein Richten“ – Gedanken zur Schlichtung im Tarifvertragswesen und zur Tätigkeit betriebsverfassungsrechtlicher und personalvertretungsrechtlicher Einigungsstellen, in ZfA 1982, 1 ff.



*Ders.*: Mitbestimmung als Mitgestaltung und Mitbeurteilung, in: *Gamillscheg*, Franz [Hrsg.]: 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 1979, S. 605 ff. (zitiert: *Söllner*, FS 25 Jahre BAG)

*Thomas*, Heinz; *Putzo*, Hans [Begr.]: Zivilprozessordnung – Kommentar, 33. Aufl., München 2012. (zitiert: *Thomas/Putzo*, ZPO)

*Triepel*, Heinrich: Delegation und Mandat im Öffentlichen Recht – Eine kritische Studie, Darmstadt 1974 (Nachdruck der Ausgabe Stuttgart und Berlin 1942). (zitiert: *Triepel*, Delegation)

*Trümmer*, Ralf: Der „stumme“ Verzicht auf Mitbestimmungsrechte des Betriebsrat bei Einführung und Durchführung abspracheorientierter Arbeitszeitregelungen in teilautonomen Gruppenarbeitsmodellen, in: *Schmidt*, Klaus [Hrsg.]: Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit: Bilanz und Perspektiven an der Schwelle zum Jahr 2000, Festschrift zum 50 jährigen Bestehen der Arbeitsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz, Neuwied, Kriftel 1999, S. 395 ff. (zitiert: *Trümmer*, FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz)

*Veit*, Barbara: Anm. zu BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, in RdA 1999, 346 ff.

*Wank*, Rolf: Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung - Schriften zur Rechtstheorie, Bd. 74, Berlin 1978. (zitiert: *Wank*, Rechtsfortbildung)

*Walsmann*, Hans: Der Verzicht - Allgemeine Grundlagen einer Verzichtslehre und Verzicht im Privatrecht, Leipzig 1912. (zitiert: *Walsmann*, Verzicht)

*Weber*, Hansjörg: Anm. zu BAG v. 2.3.1982 – 1 ABR 74/79, in SAE 1982, 307 ff.

*Weber*, Ralph Lothar: Die vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat gem. § 2 Abs. 1 BetrVG, Diss. Heidelberg 1988, Heidelberg 1989. (zitiert: *Weber*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit)

*Weber*, Ulrich; *Ehrich*, Christian; *Hörchens*, Angela et al.: Handbuch zum Betriebsverfassungsrecht, 2. Aufl., Köln 2003. (zitiert: HB/BetrVR)

*Weyand*, Joachim: Die normativen Rahmenbedingungen der betrieblichen Lohngestaltung nach der Entscheidung des Großen Senats vom 3.12.1991, in ArbuR 1993, S. 1 ff.



- Wiese, Günther*: Anm. zu BAG v. 14.2.1967 – 1 AZR 6/66, in SAE 1968, 137 ff.
- Ders.*: Buchbesprechung Hurlebaus, Fehlende Mitbestimmung bei § 87 BetrVG, in ZfA 1989, 645 ff.
- Ders.*: Schutz und Teilhabe als Zwecke notwendiger Mitbestimmung in sozialen An gelegenheiten und deren Rangverhältnis, in ZfA 2000, 117ff.
- Ders.*: Zum Verzicht auf die Befugnisse nach dem Betriebsverfassungsgesetz, in RdA 1968, 455 ff.
- Ders.*: *Kreutz, Peter; Oetker, Hartmut; Raab, Thomas; Weber, Christoph; Franzen, Martin*: Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz in 2 Bän den, 9. Aufl., München, Neuwied 2010. (zitiert: *Bearbeiter/GK-BetrVG*)
- Wittke, Manfred*: Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats im sozialen Bereich – Mit wirkung und Mitbestimmung in der betrieblichen Praxis, Berlin 1981. (zitiert: *Wittke, Beteiligungsrechte*)
- Wolff, Andreas*: Die Gestaltungsformen des Sozialplans – Einzel-, Rahmen-, Dauer-, vorsorglicher und Transfersozialplan und ihr Verhältnis zueinander, Diss. Augsburg 2002, Berlin 2003. (zitiert: *Wolff, Gestaltungsformen*)
- Worzalla, Michael*: Anm. zu BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, in SAE 2000, 153 ff.
- Zippelius, Reinhold*: Juristische Methodenlehre, 10. Aufl., München 2006. (zitiert: *Zippelius, Juristische Methodenlehre*)
- Zöllner, Wolfgang; Lörütz, Karl-Georg; Hergenröder, Curt Wolfgang*: Arbeitsrecht – ein Studienbuch, 6. Aufl., München 2008. (zitiert: *Zöllner/Lörütz/ Hergenröder, Arbeitsrecht*)



## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	Andere/Anderer Auffassung
a.F.	alte/alter Fassung
Abs.	Absatz
AG	Arbeitsgericht
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb (Zeitschrift)
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Zeitschrift)
ArbuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
AT	Allgemeiner Teil/Außertariflich
Aufl.	Aufl.
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
Begr.	Begründer
BRG 1920	Betriebsrätegesetz 1920
Bspw.	Beispielsweise
BV	Betriebsvereinbarung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Zeitschrift)
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)



---

ders.	derselbe
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht (Zeitschrift)
f.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das Gesamte Familienrecht
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne der/des
i.S.e.	im Sinne einer
i.R.d.	im Rahmen der/des
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
LAG	Landesarbeitsgericht
Lit.	Litera
LG	Landgericht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MontanMitbestG	Montanmitbestimmungsgesetz



---

Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungsreport
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite bzw. Satz
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
sog.	sogenannte/sogenannten
u.U.	unter Umständen
v.	vom/von
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung





## § 1 Einführung

### A. Einleitung

Im betrieblichen Alltag kommt es häufig vor, dass die Betriebsräte die ihnen eingeräumten Mitbestimmungsrechte nicht voll ausschöpfen, d.h. nicht beharrlich darauf bestehen, sämtliche mitbestimmungspflichtigen Details durch eine Vereinbarung mit dem Arbeitgeber zu regeln oder zu jeder Angelegenheit gefragt zu werden. Das liegt zum einen an der Fülle der Einzelheiten, die bei der Regelung der sozialen Angelegenheiten im Tagesgeschäft auftreten. Zum anderen besteht teilweise schlicht kein Bedürfnis, jede einzelne Regelungsfrage zu fixieren<sup>1</sup>. Denkbar ist auch, dass die Betriebspartner eine Absprache einfach vergessen oder in Unkenntnis vom Mitbestimmungsrecht bzw. dessen exakten Umfang handeln.

Aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht sind alle diese Varianten aber mindestens bedenklich: Maßnahmen des Arbeitgebers, die in den sozialen Angelegenheiten der notwendigen Mitbestimmung des Betriebsrats entbehren, sind rechtswidrig. Nach der herrschenden Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung resultiert aus der Rechtswidrigkeit der Arbeitgebermaßnahmen, dass rechtsgeschäftliche Maßnahmen gegenüber den Arbeitnehmern individualrechtlich unwirksam sind<sup>2</sup>, d.h. die Arbeitnehmer brauchen diese Anordnungen des Arbeitgebers nicht befolgen. Dem liegt die Vorstellung zu Grunde, dass die Mitbestimmung des Betriebsrats ein notwendiges Element der Maßnahmen des Arbeitgebers in den sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG ist. Individualrechtliche Anordnungen des Arbeitgebers müssen sich daher von vornherein als zweiseitige Maßnahmen darstellen. Lediglich begünstigende Maßnahmen des Arbeitgebers bleiben trotz des Verstoßes gegen das BetrVG

---

<sup>1</sup> So die zutreffende Annahme von *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279).

<sup>2</sup> BAG v. 3.12.1991 – GS 2/90, BB 1992, 1418; *Hormadka/Maschmann*, § 16 Rn. 436; *Wiese/GK-BetrVG*, § 87 Rn. 98 ff.; ders. *ZfA* 1989, 645 (645). Nach a. A. ist eine solche Anordnung individualrechtlich wirksam und endet erst, wenn der Betriebsrat über die Einigungsstelle eine andere Regelung erzwungen hat, so etwa *Richardi/Richardi*, *BetrVG*, § 87 Rn. 104 ff. Differenzierend auch *Löwisch/Kaiser/BetrVG*, § 87 Rn. 29 ff. Umfassend zum Streitstand v. *Hoyningen-Huene*, DB 1987, 1426 (1426 ff.).



wirksam, da die Befürwortung der Unwirksamkeit in dieser Konstellation normzweckwidrig ist und gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens verstößt<sup>3</sup>.

Darüber hinaus kann der Betriebsrat und insbesondere auch eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft gem. § 23 Abs. 3 BetrVG vom Arbeitgeber verlangen, rechtswidrige Maßnahmen zu unterlassen<sup>4</sup>. Über die strengen Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 BetrVG hinaus, steht dem Betriebsrat nach ganz überwiegender Auffassung daneben ein – aus § 2 Abs. 1 BetrVG bzw. § 87 Abs. 1 BetrVG hergeleiteter – allgemeiner Unterlassungsanspruch gegen mitbestimmungswidrige Maßnahmen des Arbeitgebers zu<sup>5</sup>. Dieser wird flankiert von einem Anspruch auf Beseitigung der Folgen früheren mitbestimmungswidrigen Verhaltens<sup>6</sup>, der insbesondere bei rechtswidrigen tatsächlichen Maßnahmen des Arbeitgebers, etwa der mitbestimmungswidrigen Montage einer technischen Überwachungseinrichtung, relevant wird.

Genau dieses Arsenal kann der Betriebsrat andererseits auch einsetzen und vom Arbeitgeber verlangen, jede noch so untergeordnete Frage, die einer Mitbestimmungspflicht unterliegt, gemeinsam zu regeln. Auftretende – ggf. provozierte – Regelungsstreitigkeiten kann der Betriebsrat durch langwierige und für den Arbeitgeber kostenintensive Einigungersetzungsverfahren ziehen. Es ist nicht unüblich, dass der daraus resultierende Zeit- und Kostendruck dann dazu ausgenutzt wird, den Arbeitgeber zu Zugeständnissen zu bewegen, die er ohne diese Drucksituation nicht machen würde. Die Zulässigkeit dieser sog. Kopplungsforderungen wird darum zu Recht in Frage gestellt<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> So die h.M. im Schrifttum, vgl. etwa *Kania/ErfKo*, § 87 BetrVG Rn. 136. Differenzierend die Rspr., vgl. BAG v. 13.2.2002 – 5 AZR 713/00, AP Nr. 184 zu § 242 BGB Gleichbehandlung: Ansprüche nur bei Vertrauensstatbeständen.

<sup>4</sup> *Kania/ErfKo*, § 87 BetrVG Rn. 138.

<sup>5</sup> Grundlegend BAG v. 3.5.1994, 1 ABR 24/93, AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972; *Löwisch/Kaiser/BetrVG*, § 87 Rn. 26 m.w.N.; a.A. v. *Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, § 4 Rn. 90 f.

<sup>6</sup> BAG v. 16. 6. 1998 – 1 ABR 68/97, AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz; *Löwisch/Kaiser/BetrVG*, § 87 Rn. 26; insoweit zustimmend auch v. *Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, § 12 Rn. 32.

<sup>7</sup> Aus der abschließenden Aufzählung der Kompetenztitel in den Ziffern 1 bis 13 des § 87 Abs. 1 BetrVG folgt, dass der Betriebsrat nur auf die Berücksichtigung solcher Interessen beharren und diese ggf. erzwingen kann, die im Sachzusammenhang mit einem der dort genannten Mitbestimmungstatbestände stehen, vgl. *Brossette*, ZfA 1992, 379 (400 f.); *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 87 Rn. 10. Liberaler bei den sog. Koppelungsgeschäften sind etwa *Rieble*, Kontrolle,



Den Gegenstand der vorliegenden Arbeit bildet ein betriebliches Gestaltungsinstrument, das in der Lage ist, dieses Spannungsfeld zu beherrschen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung und eine breite Meinung in der Literatur akzeptieren nämlich, dass die Betriebspartner die Mitbestimmungsrechte durch eine inhaltliche Konkretisierung derart modifizieren. Dem Arbeitgeber soll durch eine vorweggenommene Ausübung der Mitbestimmungsrechte das Recht eingeräumt werden können, einzelne – an sich mitbestimmungspflichtige – Maßnahmen ohne weitere aktive Beteiligung des Betriebsrats zu treffen. Sie erkennen also an, dass die Betriebspartner Alleinentscheidungsrechte des Arbeitgebers innerhalb des § 87 Abs. 1 BetrVG vereinbaren können. Sofern es um die Kooperation von Arbeitgeber und Betriebsrat schlecht bestellt ist und der Betriebsrat sich auf eine solche Vereinbarung nicht einlässt, soll der Arbeitgeber derartige Alleinentscheidungsrechte sogar gegen den Willen des Betriebsrats vor der Einigungsstelle erzwingen können<sup>8</sup>.

Da die gleichberechtigte Beteiligung des Betriebsrats aber kein Selbstzweck ist, sondern den Schutz und die Teilhabe der Arbeitnehmer im betrieblichen Rechtsraum sicherstellen muss, liegt es auf der Hand, dass die Möglichkeit zur Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten ihrerseits gehemmt werden muss. Die Rechtsprechung und die h.M. ziehen die Grenze der Vereinbarungsbefugnis an der Substanz der Mitbestimmungsrechte. Die Substanz der Mitbestimmungsrechte dürfe durch eine Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten des Arbeitgebers nicht verletzt werden: Ein Kriterium, das unbestimmter nicht sein könnte und dessen Phänotyp darum im Zentrum dieser Untersuchung steht.

## **B. Gegenstand der Untersuchung**

Die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten wird maßgeblich durch die gesetzliche Regelungsmaterie bedingt, in der solche Abreden getroffen werden. Bevor man sich der rechtlichen Konstruktion der Alleinentscheidungsrechte widmet, ist es daher zunächst erforderlich, die Mitbestimmungsrechte des BetrVG

---

S. 182.; v. *Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, § 11 Rn. 17; ders. NZA 1991, 7 (10 f.): Grenze erst bei Sittenwidrigkeit bzw. Nötigung.

<sup>8</sup> So BAG v. 2.3.1982 – 1 ABR 74/79, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit, vgl. unter § 3 E. I. 1. b).



und deren Funktionsprinzip darzustellen und diejenige Regelungsmaterie herauszuarbeiten, in der solche Vereinbarungen getroffen werden.

### I. Paritätische Mitbestimmung des § 87 Abs. 1 BetrVG

Die Beteiligungsrechte der Betriebsverfassung haben in Bezug auf ihren Einfluss bei der betrieblichen Entscheidungsfindung eine unterschiedliche Intensität. Unter dem Sammelbegriff der Mitwirkungsrechte lassen sich Beteiligungsformen zusammenfassen, die als Informations-, Anhörungs-, Beratungs-, Widerspruchs- oder Zustimmungsrechte ausgestaltet sind<sup>9</sup>. Die vorliegende Untersuchung fokussiert sich jedoch allein auf die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten innerhalb der gleichberechtigten Mitbestimmung des § 87 Abs. 1 BetrVG; der sog. echten bzw. paritätischen Mitbestimmung nach dem positiven Konsensprinzip<sup>10</sup>. Diese ist die stärkste Form der Mitbestimmung<sup>11</sup>. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass der Betriebsrat bei einem Regelungsvorschlag des Arbeitgebers nicht an bestimmte rechtliche Verweigerungsgründe gebunden ist, sondern nach pflichtgemäßem Ermessen den Vorstellungen des Arbeitgebers gerade auch Zweckmäßigkeitserwägungen entgegenhalten kann. Elementar ist zudem die Kompetenzzuweisung des § 87 Abs. 1 BetrVG an den Betriebsrat, von sich aus mit Regelungsvorschlägen initiativ auf den Arbeitgeber zuzugehen. Der Betriebsrat hat zudem das Recht, etwaige Regelungskonflikte durch die betriebliche Einigungsstelle verbindlich auflösen zu lassen und das auch gegen den Willen des Arbeitgebers<sup>12</sup>.

Nur im Rahmen der sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG sind derartige Vereinbarungen von Alleinentscheidungsrechten auch relevant, weil der Arbeitgeber einerseits bei den dort anzutreffenden Regelungsfragen oft zu raschen und flexiblen Maßnahmen gezwungen ist<sup>13</sup>. Andererseits erfordern gerade die

---

<sup>9</sup> v. *Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, § 11 Rn. 1 ff.

<sup>10</sup> Zum vorstehenden *Benecke*, Beteiligungsrechte und Mitbestimmung im Personalvertretungsrecht, S. 84; v. *Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, § 12 Rn. 1. Der Begriff der paritätischen Mitbestimmung in diesem Sinn ist damit von der paritätischen Mitbestimmung auf Unternehmensebene nach den DrittelbG, MitbestG, und dem MontanMitbestG zu unterscheiden.

<sup>11</sup> v. *Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, § 11 Rn. 8.

<sup>12</sup> *Benecke*, Beteiligungsrechte und Mitbestimmung im Personalvertretungsrecht, S. 84; *Söllner*, FS 25 Jahre BAG, 605 (605).

<sup>13</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (33); *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (17).



Tatbestände des § 87 Abs. 1 BetrVG permanent Absprachen zwischen den Betriebspartnern. Das verdeutlichen die Beispiele der Anordnung von Überstunden i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG und die Mitbestimmung bei der Aufstellung von Dienstplänen nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG.

Die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten innerhalb der paritätischen Mitbestimmung des § 87 Abs. 1 BetrVG unterscheidet sich insbesondere auch von der Vereinbarung sog. vorsorglicher Sozialpläne, die im Rahmen der ebenfalls gleichberechtigten Mitbestimmung gem. § 112 Abs. 1 Satz 3 BetrVG möglich sind. Vorsorgliche Sozialpläne sollen Fallkonstellationen Rechnung tragen, in denen die Notwendigkeit einer Betriebsänderung feststeht, aber noch offen ist, auf welchem Weg die konkrete Betriebsänderung erfolgen soll<sup>14</sup>. Sie sind eine Kreation des BAG<sup>15</sup> und beruhen im Gegensatz zur Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten auf einer freiwilligen Betriebsvereinbarung, die zu einem Zeitpunkt abgeschlossen wird, zu dem das Mitbestimmungsrecht des § 112 Abs. 1 Satz 3 BetrVG noch gar nicht entstanden ist – ein Sozialplan also auch nicht erzwingbar wäre<sup>16</sup>. Insbesondere ergibt sich aus den vorsorglichen Sozialplänen aber keine Alleinentscheidungsbefugnis des Arbeitgebers: Sie enthalten endgültige und abschließende Regelungen, die allenfalls über die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage abgepasst werden können<sup>17</sup>.

## **II. Eingrenzung der sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG**

Für eine präzise Verortung der Alleinentscheidungsrechte muss auch innerhalb des § 87 Abs. 1 BetrVG weiter danach differenziert werden, worauf sich der zwingende positive Konsens der Betriebspartner beziehen muss, um die Mitbestimmungsrechte umfassend wahrzunehmen. Es lassen sich Befugnisse ausmachen, die bereits von sich aus nur auf den Abschluss einer abstrakt generellen Regelung abzielen (1.). Weiterhin existieren Rechte, welche die Mitbestimmung ausschließlich im

---

<sup>14</sup> *Löwisch*, FS Dietrich, S. 345.

<sup>15</sup> BAG v. 26.8.1997 – 1 ABR 12/97, AP Nr. 117 zu § 112 BetrVG 1972; BAG v. 19.1.1999 - 1 AZR 342/98, AP Nr. 37 zu § 113 BetrVG 1972.

<sup>16</sup> *Fitting*, BetrVG, § 112, 112a Rn. 99; *Wolff*, Gestaltungsformen, S. 63.

<sup>17</sup> *Wolff*, Gestaltungsformen, S. 52; a. A. Meyer, Anm. zu BAG v. 19.1.1999, AP Nr. 37 zu § 113 BetrVG 1972, Bl. 31; ders., NZA 2000, 297 (304).



individuellen oder kollektiven Einzelfall vorsehen (2.). Letztlich findet sich eine dritte Kategorie von Befugnissen innerhalb des § 87 Abs. 1 BetrVG, die im Folgenden als allgemein gewährte Mitbestimmungsrechte bezeichnet werden (3.). An deren Struktur setzt die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten an.

### **1. Befugnisse zum Abschluss abstrakt-genereller Regelungen**

Einige Mitbestimmungstatbestände erschöpfen sich von vornherein in der Berechtigung des Betriebsrats, eine abstrakt-generellen Regelung mit dem Arbeitgeber abzuschließen. Das gilt für § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG (Regelungen zum Unfallschutz und des Gesundheitsschutzes), § 87 Abs. 1 Nr. 9 Var. 3 BetrVG (allgemeine Festlegung von Nutzungsbedingungen von Werkmietwohnungen), § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG (Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und Entlohnungsmethoden), § 87 Abs. 1 Nr. 12 BetrVG (Grundsätze für ein betriebliches Vorschlagswesen) und § 87 Abs. 1 Nr. 13 BetrVG (Grundsätze über die Durchführung von Gruppenarbeit). Die Anwendung der gemeinsamen getroffenen Regelungen zum Unfall- und Gesundheitsschutz durch den Arbeitgeber z. B. erfolgt gem. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG bereits *de lege lata* ohne weitere Mitbestimmung des Betriebsrats im Einzelfall<sup>18</sup>. Für die Vereinbarung eines dahingehenden Alleinentscheidungsrechts besteht daher in diesen Fällen gar kein Bedürfnis.

### **2. Befugnisse zur Mitbestimmung in Einzelfällen**

§ 87 Abs. 1 BetrVG enthält weiterhin Mitbestimmungstatbestände, die lediglich auf eine gleichberechtigte Teilhabe bei der Bewältigung eines individuellen oder kollektiven Einzelfalls gerichtet sind. Das sind etwa die Tatbestände des § 87 Abs. 1 Nr. 5 Var. 3 BetrVG (Festsetzung des Urlaubs einzelner Arbeitnehmer), § 87 Abs. 1 Nr. 6 Var. 1 BetrVG (Einführung einer technischen Überwachungseinrichtung), § 87 Abs. 1 Nr. 8 Var. 1 BetrVG (Mitbestimmung über die Form einer Sozialeinrichtung), § 87 Abs. 1 Nr. 9 Var. 1 und Var. 2 BetrVG (Zuweisung und Kündigung einer Werkmietwohnung).

---

<sup>18</sup> Richardi/Richardi, BetrVG, § 87 Rn. 31.



Der gesetzliche Umfang der gleichberechtigten Teilhabe des Betriebsrats beläuft sich in diesen Angelegenheiten darauf, nur für den konkreten Einzelfall eine Einigung mit dem Arbeitgeber herbeizuführen. Eine Vereinbarung, die darauf gerichtet ist, es dem Arbeitgeber zu ermöglichen, auch diese Einzelfälle allein zu entscheiden, ist zwar denkbar. In der Praxis finden sich solche Absprachen aber nicht. Der starke Einzelfallbezug der konkreten Regelungsfragen macht es den Betriebspartnern bzw. der Einigungsstelle unmöglich, ausreichende abstrahierende Regelungen zu treffen, an denen sich der Arbeitgeber bei seiner Einzelfallentscheidung orientieren könnte. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich darum auf die praxisrelevante Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten innerhalb der dritten Kategorie der Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1 BetrVG.

### 3. Allgemein gewährte Mitbestimmungsrechte

Die dritte Kategorie von Mitbestimmungsrechten bilden die Befugnisse aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (Ordnungs- und Verhaltensfragen), § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG (Lage der Arbeitszeit), § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG (Umfang der Arbeitszeit), § 87 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG (Lohnauszahlungsmodalitäten), § 87 Abs. 1 Nr. 6 Var. 2 BetrVG (Anwendung einer technischen Überwachungseinrichtung), § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG (Ausgestaltung und Verwaltung einer Sozialeinrichtung), § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG (Festsetzungen der Akkordsätze).

Der Umfang dieser allgemein gewährten Mitbestimmungsrechte wurde nicht immer einheitlich beurteilt. Angesichts der Tatsache, dass die Regelungen der sozialen Angelegenheiten in § 56 BetrVG 1952 und die Regelungen die nach dem Betriebsrätegesetz 1920 durch Betriebssatzung zu regeln waren, nahezu identisch sind, entwickelte *Dietz* die sog. Theorie der erzwingbaren Mitbestimmung. Danach beschränkten sich die Mitbestimmungsrechte der sozialen Angelegenheiten des BetrVG 1952 auf einen Anspruch des Betriebsrats, eine Betriebsvereinbarung zu erzwingen, die auf Dauer und für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen abgeschlossen wird. Die Berechtigung, auch beim Vollzug dieser Betriebs-



vereinbarungen im Einzelfall mitzubestimmen, sollte dem Betriebsrat hingegen nicht zustehen<sup>19</sup>.

Durchgesetzt hat sich dagegen die Meinung, dass diese allgemein gewährten Mitbestimmungsrechte nicht lediglich auf den Anspruch zur Herbeiführung einer allgemeinen Regelung begrenzt sind, sondern daneben gerade auch die paritätische Beteiligung des Betriebsrats im konkreten Einzelfall ermöglichen<sup>20</sup>. Die Gegenauffassung verkennt nämlich die Bedeutung und Tragweite der gesetzlichen Mitbestimmung des Betriebsrats. Der Sinn und Zweck der Mitbestimmung in den sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG ist es, die individualrechtlichen Möglichkeiten des strukturell überlegenden Arbeitgebers durch die Mitbestimmungsrechte einzuengen. Abstrakt-generelle Regelungen können wegen ihrer Abstraktion konkrete Konflikte aber nicht abschließend lösen, weil eine sachgerechte Regelung von Einzelfällen gerade von den Einzelumständen abhängig ist. Sehr anschaulich formuliert *Herschel*: „Es liegt im Wesen des Abstrakten, dass ihm das Konkrete fehlt; es ist ja eben von ihm abstrahiert. Deshalb bleiben grundsätzlich bei jeder abstrakten Regelung konkrete Entscheidungselemente und damit die endgültige Entscheidung offen. Mindestens ist hier (...) für eine Mitbestimmung des Betriebsrats Raum“<sup>21</sup>. Mitbestimmungswürdig ist in diesen Angelegenheiten deshalb gerade auch die konkrete Umsetzung einer generellen Regelung durch den Arbeitgeber. Die Beschränkung der Mitbestimmung auf den Abschluss nur genereller Regelungen würde diesem Sinn und Zweck der Mitbestimmungsrechte daher nicht gerecht<sup>22</sup>.

### a) Einzelfall und Einzelfall

Die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten setzt an der Mitbestimmungspflichtigkeit der konkreten Einzelfälle im vorgenannten Sinne an. Diese

---

<sup>19</sup> *Dietz*, BetrVG, 2. Aufl., § 56 Rn. 1 ff. und 15; ders., FS Nipperdey, 147 (151 ff.). Vgl. dazu den Überblick bei *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 87 Rn. 7 ff. und insbesondere Rn. 15 ff.

<sup>20</sup> Das ist heute allgemeine Meinung. Grundlegend BAG v. 7.9.1956 – 1 AZR 646/54, AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG 1952. Siehe auch *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, 7. Aufl., Band 2, Halbband 2, S. 1389 ff.; *Klebe/DKKW-BetrVG*, § 87 Rn. 39; *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, § 49 III. 3.

<sup>21</sup> *Herschel*, Anm. zu BAG v. 23.3.1962 – 1 ABR 13/60, ArbuR 1962, 350 (351).

<sup>22</sup> BAG v. 7.9.1956 – 1 AZR 646/54, AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG 1952; *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, 7. Aufl., Band 2, Halbband 2, S. 1392.



Mitbestimmungspflichtigkeit im Einzelfall muss daher strikt von der Frage unterschieden werden, wann das Erfordernis der Mitbestimmung bezüglich des Adressatenkreises einer Maßnahme ausgelöst wird.

Dabei geht es um die Frage, ob kollektive Belange oder Individualinteressen – häufig auch als „Einzelfälle“ bezeichnet – betroffen sein müssen. Die diesbezüglich zum BetrVG 1952 entwickelte Auffassung, dass der Betriebsrat im Rahmen der sozialen Angelegenheiten ausschließlich zu einer Vertretung von kollektiven Interessen ermächtigt ist, lässt sich nach der Neufassung der Mitbestimmungstatbestände des § 87 Abs. 1 BetrVG nämlich nicht mehr aufrechterhalten. In § 87 Abs. 1 Nr. 5 (Urlaub für einzelne Arbeitnehmer) und Nr. 9 BetrVG (Zuweisung und Kündigung von Wohnräumen) ist nun klargestellt, dass auch Individualmaßnahmen dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unterliegen<sup>23</sup>. Für jeden Kompetenztitel des § 87 Abs. 1 BetrVG muss deshalb anhand des Gegenstands des Mitbestimmungsrechts gesondert festgestellt werden, ob ein kollektiver Bezug der zu regelnden Angelegenheit bestehen muss oder, ob sich das Mitbestimmungsrecht auch auf Maßnahmen beziehen kann, deren Adressat ein individueller Arbeitnehmer ist<sup>24</sup>. Nach wohl h.M. stellen die Individualmaßnahmen betreffenden Tatbestände im Ergebnis allerdings eine Ausnahme dar, sodass regelmäßig von dem Erfordernis eines kollektiven Tatbestandes abgegangen werden muss<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> *Worzalla/HSWGNR*, § 87 Rn. 19; a.A. *Wiese*, *ZfA* 2000, 117 (125), der auch hier kollektive Tatbestände annimmt.

<sup>24</sup> *Richardi/Richardi*, *BetrVG*, § 87 Rn. 21 ff.

<sup>25</sup> *Röckl*, Eine generelle Maßnahme, S. 76; *Söllner/Waltermann*, *Arbeitsrecht*, Rn. 821; *Wittke*, *Beteiligungsrechte*, S. 33. Eine individuelle und somit mitbestimmungsfreie Maßnahme ist andererseits nur anzunehmen, wenn die Anordnung ausschließlich die Besonderheiten der Umstände im Blick hat, die ausschließlich einen einzelnen Arbeitnehmer persönlich betreffen – wenn die Person des betroffenen Arbeitnehmers nicht ausgetauscht werden könnte, ohne dass sich das Regelungsbedürfnis oder der Regelungsinhalt ändern würde, *Klebe/DKKW-BetrVG*, § 87 Rn. 16; *Wiese/GK-BetrVG*, vor § 87 Rn. 33. Die Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer ist lediglich ein Indiz für das Vorliegen einer kollektiven Maßnahme. Eine kollektive Maßnahme kann darum den gesamten Betrieb, eine Gruppe von Arbeitnehmer aber eben auch einen bestimmten Arbeitsplatz betreffen, vgl. BAG v. 3.12.1991 – GS 1/90, AP Nr. 52 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; *Fitting*, *BetrVG* § 87 Rn 16; *Wiese/GK-BetrVG*, § 87 Rn. 29.



## b) Zwischenergebnis

Die konkrete Zuordnung der einzelnen Mitbestimmungstatbestände zu den hier gewählten Kategorien erfolgt nicht einheitlich. *Wiese* und *Löwisch* sehen das Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der *Anwendung* einer technischen Überwachungseinrichtung i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 6 Alt. 2 BetrVG bspw. auf den Abschluss einer abstrakt-generellen Regelung beschränkt<sup>26</sup>. *Däubler* versteht den alleinigen Abschluss einer solchen Rahmenvereinbarung dagegen bereits als unzulässigen Verzicht auf das Mitbestimmungsrecht und will auch die konkreten Einzelmaßnahmen der vorherigen Zustimmung des Betriebsrats unterwerfen<sup>27</sup>. Eine Entscheidung dieser Streitfragen für die einzelnen Tatbestände kann hier aber dahinstehen. Für das Verständnis einer Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten i.R.d. § 87 Abs. 1 BetrVG ist es allein erforderlich, die differenzierte Struktur der Mitbestimmungsrechte in den sozialen Angelegenheiten zu erkennen, weil eben von dieser Struktur die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten abhängt<sup>28</sup>.

## III. Die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten

Eine Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten setzt stets an dem Funktionsprinzip der allgemein gewährten Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1 BetrVG an. Bei diesen Mitbestimmungsrechten ist die paritätische Beteiligung des Betriebsrats nicht von vorn herein auf die Vereinbarung einer generellen Regelung beschränkt, sondern ermöglicht zugleich die paritätische Beteiligung des Betriebsrats auch beim Vollzug einer solchen Vereinbarung im konkreten Einzelfall.

Bei der Vereinbarung eines Alleinentscheidungsrechts treffen nun die Betriebspartner bzw. im Konfliktfall die Einigungsstelle über eine allgemein mitbestimmungspflichtige soziale Angelegenheit eine abstrakt-generelle Dauerregelung – im Folgenden als Rahmenregelung bezeichnet. Deren materielle Vorgaben sollen den Rahmen für die spätere Vollzugsentscheidung des Arbeitgebers

---

<sup>26</sup> *Löwisch/Kaiser/BetrVG*, § 87 Rn. 142; *Wiese/GK-BetrVG*, § 87 Rn. 569.

<sup>27</sup> *Däubler*, Gläserne Belegschaften, Rn. 817.

<sup>28</sup> Die hier vorgenommene Einteilung orientiert sich an *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, § 49 IV. 2. und 3.



vorgeben. Im Rahmen der Mitbestimmung bei Mehrarbeit gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG könnte eine solche Rahmenregelung etwa die Grundsätze zur Anordnung von Überstunden, z. B. Ankündigungsfristen und den maximalen Umfang der Mehrarbeit regeln. Charakteristisch für die Vereinbarung des Alleinentscheidungsrechts ist es dann, dass beim konkreten Vollzug der abstrakt-generellen Regelung durch den Arbeitgeber – im gewählten Beispiel, also der tatsächlichen Anordnung der Überstunden im Einzelfall – keine weitere aktive Zustimmung des Betriebsrats erfolgen soll und das, obwohl Sinn und Zweck der allgemeinen Mitbestimmungsrechte eine solche – wie soeben dargestellt – grundsätzlich erfordern.

Die Vereinbarung dieser arbeitgeberseitigen Alleinentscheidungsmöglichkeiten steht folglich im Konflikt zum Sinn und Zweck der Mitbestimmungsrechte. Spannungen ergeben sich zu der Mitgestaltungs- (1.) und Mitbeurteilungsfunktion der Mitbestimmungsrechte (2.)<sup>29</sup>.

### 1. Konflikt mit der Mitgestaltungsfunktion

Das Mitgestaltungselement der Mitbestimmungsrechte hat das Ziel, das Handlungsermessen bei der betrieblichen Rechtsetzung paritätisch auszuüben. Es muss sichergestellt sein, dass die Interessen der Belegschaft bei den Regelungsfragen berücksichtigt werden und nicht das einseitige Interesse des Arbeitgebers obsiegt<sup>30</sup>. Am Beispiel der einseitigen Anordnung von Überstunden zeigt sich, dass jeder einseitige Vollzug einer bloßen Rahmenregelung durch den Arbeitgeber einen Konflikt mit der Mitgestaltungsfunktion der Mitbestimmungsrechte hervorruft: Selbst eine detaillierte Rahmenregelung zur Anordnung von Überstunden kann vorab nicht abstrakt regeln, welche Arbeitnehmer konkret zur Ableistung von Überstunden herangezogen werden, den genauen Umfang sowie die exakte Lage der Überstunden<sup>31</sup>. Über diesen Umstand hilft auch eine kasuistische Regelungstechnik nicht hinweg, da stets Regelungslücken verbleiben: Je mehr eine kasuistische Regelung versucht, ins Detail zu gehen, desto weniger vollständig wird

---

<sup>29</sup> Zur Mitbestimmung als Mitgestaltung und Mitbeurteilung vgl. *Söllner*, FS 25 Jahre BAG, 605 (605 ff.)

<sup>30</sup> *Söllner*, FS 25 Jahre BAG, 605 (613).

<sup>31</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (22).



sie<sup>32</sup>. Diese Regulationsfragen hängen damit stets vom konkreten Einzelfall ab und sind nach dem Sinn und Zweck der Mitbestimmungsrechte grundsätzlich durch eine Einigung der Betriebspartner zu beantworten.

Die beschriebenen Spannungen zur Mitgestaltungsfunktion der Mitbestimmungsrechte verschärfen sich, wenn bereits die materiellen Vorgaben der Rahmenregelung nicht auf sämtliche im Vorfeld normierbaren Regulationsfragen eingehen, sondern auch bereits absehbare Regulationsfragen der Alleingestaltung des Arbeitgebers überlassen. Eine derartige Rahmenregelung hatte das BAG z.B. in einem Beschluss vom 28.10.1986 zu beurteilen<sup>33</sup>: Zu einem Einigungsstellenspruch, der die Aufstellung von Dienstplänen i.R.d. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG betraf, stellt das BAG fest, „dass die Regelung der Grundsätze und Kriterien für die Aufstellung der einzelnen Dienstpläne durch den Arbeitgeber ausführlicher hätte sein können und Fragen ungeregelt gelassen hat, an denen die Arbeitnehmer des Betriebs ein Interesse haben“. Im konkreten Fall oblag es der Alleingestaltung des Arbeitgebers, ob innerhalb einer Woche von der Spät- in die Frühschicht gewechselt wurde, sofern Früh- und Spätdienst im Ergebnis im gleichen Umfang geleistet werden. Seiner Disposition kam weiterhin zu, ob die Arbeit vor einem verlängerten Wochenende mit dem Spätdienst endet und nach dem Wochenende mit einem Frühdienst beginnt und ob freie Tage innerhalb einer Woche regelmäßig oder unregelmäßig anfielen. Dem Arbeitgeber verblieb daher angesichts der vorab nicht geregelten Fragen noch ein relativ weiter eigener Entscheidungsspielraum bei der konkreten Erstellung der Dienstpläne<sup>34</sup>.

## 2. Konflikt mit der Mitbeurteilungsfunktion

Genau betrachtet steht eine Alleinentscheidung des Arbeitgebers auch mit der Mitbeurteilungsfunktion der Mitbestimmungsrechte in einem Konflikt. Die gleichberechtigte Mitbeurteilung durch den Betriebsrat hat den Zweck, den „richtigen Normvollzug“ bei einer Rechtsanwendung durch den Arbeitgeber sicher

---

<sup>32</sup> *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 3 Rn. 78.

<sup>33</sup> BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>34</sup> BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit unter B. 4. der Gründe.



zu stellen<sup>35</sup>. Aufgrund der meist divergierenden Interessenlage von Betriebsrat und Arbeitgeber treffen entgegenstehende aber gleichberechtigte Ansichten aufeinander und führen durch den verfahrensimmanenten Ausgleich der Interessen mit einer hohen Wahrscheinlichkeit zu einem „richtigen“ Interpretationsergebnis<sup>36</sup>. Schon der Entschluss des Arbeitgebers zur konkreten Maßnahme, d.h. zum Vollzug der Rahmenregelung, ist nämlich von willensgesteuerten Elementen durchsetzt<sup>37</sup>. Die anschließend notwendige Subsumtion des materiellen Inhalts der Rahmenregelung stellt ebenfalls keinen abstrakt-mathematischen Vorgang dar, sondern ist mit Wertungen verbunden<sup>38</sup>. Der Arbeitgeber – wie jeder andere Rechtsanwender – ist kein „Automat bei der Anwendung von Paragraphen“, der in der Lage ist, „die richtige Lösung als eine wissenschaftlich unanfechtbare Antwort“ zu finden<sup>39</sup>. Er handelt zwingend mit dem subjektiven Element der Überzeugung der richtigen Rechtsanwendung<sup>40</sup> – im besten Fall wohlgerichtet. Diese praktischen Erwägungen und logischen Operationen treten eigenständig zum mitbestimmten Norminhalt der Rahmenregelung hinzu<sup>41</sup>. Bereits der reine Normenvollzug, also die Umsetzung einer Rahmenregelung, lässt daher ebenfalls ein Bedürfnis nach Mitbeurteilung durch den Betriebsrat zurück.

Das Bedürfnis nach Mitbeurteilung entsteht aber auch bei den tatsächlichen Fragen bei der Umsetzung einer Rahmenregelung. Das zeigt das Beispiel der einseitigen Festsetzung einzelner Akkordsätze, mitbestimmungspflichtig gem. § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG. Bei der Ermittlung des Zeitfaktors nach einem arbeitswissenschaftlichen Verfahren muss z. B. die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers beurteilt werden, der beobachtet wird, um die Nominalzeiten für den Akkord zu ermitteln<sup>42</sup>. Kann der Arbeitgeber die Leistungsfähigkeit des

---

<sup>35</sup> Söllner, FS 25 Jahre BAG, 605 (611, 613).

<sup>36</sup> Söllner, FS 25 Jahre BAG, 605 (608). Davon zu unterscheiden ist die Frage, wann das Ergebnis „richtig“ ist: Muss es materiell gerecht sein oder nur Streit über die Rechtsfrage vermeiden? Dazu Söllner, ZfA 1982, 1 (8).

<sup>37</sup> Herschel, Anm. zu BAG v. 14.2.1967 – 1 ABR 6/66, ArbuR 1967, 287 (288).

<sup>38</sup> Vgl. BAG v. 12.10.1955 - 1 ABR 1/54 – AP Nr. 1 zu § 63 BetrVG; Herschel, ArbuR 1967, 65 (70); Söllner, FS 25 Jahre BAG, 605 (608).

<sup>39</sup> Diese zutreffende Umschreibung findet sich bei Herschel, ArbuR 1967, 65 (67).

<sup>40</sup> Söllner, FS 25 Jahre BAG, 605 (608).

<sup>41</sup> Herschel, Anm. zu BAG v. 14.2.1967 – 1 ABR 6/66, ArbuR 1967, 287 (288).

<sup>42</sup> Richardi/Richardi, BetrVG, § 87 Rn. 918.



Nominalarbeitnehmers allein beurteilen, besteht die Gefahr, dass er einen besonders leistungsfähigen Arbeitnehmer zur Ermittlung der Referenzzeiten einsetzt<sup>43</sup>.

#### IV. Inhalt der Alleinentscheidungsrechte

Die den Rahmenregelungen immanenten Alleinentscheidungsmöglichkeiten des Arbeitgebers enthalten daher zusammengefasst die Befugnis, sämtliche im Vorfeld nicht regelbaren oder bewusst unregulierten Detailfragen beim konkreten Vollzug der Rahmenregelung einseitig zu gestalten. Daneben befähigt das Alleinentscheidungsrecht den Arbeitgeber die materiellen Voraussetzungen der Rahmenregelung und die tatsächlichen Umstände einseitig zu interpretieren und zu beurteilen.

#### C. Relevanz der Untersuchung

Die Rechtsprechung und die wohl h.M. in der Literatur halten die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten gleichwohl grundsätzlich für zulässig. Zugleich findet sich der Hinweis, dass diese Möglichkeit der Ausübung der Mitbestimmungsrechte beschränkt ist und dass Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Frage nach dem rechtmäßigen Umfang der Alleinentscheidungsmöglichkeit bestehen<sup>44</sup>. Den Versuch, diese Abgrenzungsschwierigkeiten zu überwinden, unternehmen allerdings nur wenige Autoren<sup>45</sup>. Eine umfassende Untersuchung des Themas fehlt.

Angesichts der rechtlichen und der praktischen Brisanz dieses Themas verwundert diese Bestandsaufnahme: Die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten steht in nächster Verwandtschaft zur Aufhebung und Einschränkung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats. Beides ist den Betriebspartnern und der Einigungsstelle nach einhelliger und zutreffender Auffassung versagt<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> *Herschel*, Anm. zu BAG v. 23.3.1962 – 1 ABR 13/60, ArbuR 1962, 350 (351 f.).

<sup>44</sup> BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Provision; *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279); *Däubler/DKKW-BetrVG*, Einleitung Rn. 86c; *Otto*, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, EzA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn, 11 (17 f.); *Wiese/GK-BetrVG*, § 87 Rn. 6; ders. RdA 1968, 455 (456).

<sup>45</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279 f.); *Joussen*, RdA 2005, 31 (31 ff.); *Otto*, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, EzA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn, 11 (17 ff.); *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (20 ff.).

<sup>46</sup> BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Provision; BAG v. 31.1.1989 – 1 ABR 67/87, AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG; BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, AP Nr. 79 zu § 87



Die Ermittlung des Verlaufs der Grenze zwischen rechtmäßiger Ausübung der Mitbestimmungsrechte und unzulässiger Einschränkung der Befugnisse sowie die rechtstheoretische Grundlage, aufgrund derer die Betriebspartner ein Alleinentscheidungsrecht vereinbaren können, sind also bereits aus wissenschaftlicher Sicht angezeigt<sup>47</sup>. Das praktische Interesse wiegt nicht geringer: Überschreiten die Betriebspartner bei der Einräumung von Alleinentscheidungsrechten die Grenze des rechtlich Zulässigen, ist die Vereinbarung des Alleinentscheidungsrechts wegen Verstoß gegen § 87 Abs. 1 BetrVG nach § 134 BGB nichtig<sup>48</sup>. Die Anordnungen des Arbeitgebers entbehren der notwendigen Mitbestimmung mit den oben beschriebenen Folgen.

#### D. Fragestellung und Abgrenzung

Angesichts der geschilderten Konflikte der Alleinentscheidungsrechte zum Inhalt der Mitbestimmungsrechte ist zu klären, ob eine Alleinentscheidung des Arbeitgebers mit dem gesetzlich grundsätzlich vorgesehenen Mechanismus der paritätischen Mitbestimmung im Einzelfall in Einklang zu bringen ist bzw. bis zu welchem Umfang ein Alleinentscheidungsrecht rechtmäßiger Weise vereinbart werden darf.

Ob dem Arbeitgeber bei Notfällen<sup>49</sup> oder bei einer missbräuchlichen Zustimmungsverweigerung durch den Betriebsrat<sup>50</sup> Alleinentscheidungsrechte

---

BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, AP Nr. 19 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt; BAG v. 26.4.2005 – 1 AZR 76/04, AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972; BAG v. 14.11.2006 – 1 ABR 4/06, AP Nr. 43 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279); *Däubler/DKKW-BetrVG*, Einleitung Rn. 86b und *Klebe* bei § 87 Rn. 39; *Fitting*, BetrVG, § 87 Rn. 3; *Franzen*, NZA 2008, 250 (253); *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Bd. 2, S. 860; *Hesse/Praxishandbuch BetrVG*, § 9 Rn. 11; *Joussen*, RdA, 2005, 31 (36); *Matthes/MünchArbR*, § 238 Rn. 12 und § 242 Rn. 29; *Richardi/Richardi*, BetrVG, vor § 87 Rn. 13 und § 87 Rn. 75; *Rieble/KFA-ArbR*, § 87 BetrVG Rn. 7 f.; *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (23); *Trümmer*, FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 395 (404); *Wiese*, RdA 1968, 455 (457); *ders./GK-BetrVG*, § 87 Rn. 6; *ders.*, Anm. zu BAG v. 14.2.1967 – 1 AZR 6/66, SAE 1968, 137 (140); umfassend *E. Schmidt*, Verzicht, S. 144 ff.

<sup>47</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (35).

<sup>48</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279); *Lehmpuhl*, Nichtausübung, S. 61 ff.; *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (27); *E. Schmidt*, Verzicht, S. 164; *Weyand*, ArbuR 1993, 1 (9).

<sup>49</sup> *Wiese/GK-BetrVG*, § 87 Rn. 162 ff. m.w.N.



innerhalb der sozialen Angelegenheiten zustehen, wird ebenfalls diskutiert<sup>51</sup>. Die vorliegende Aufgabenstellung ist von diesen Fragen jedoch grundsätzlich zu trennen. Den Untersuchungsgegenstand bilden hier einseitige Entscheidungsbefugnisse des Arbeitgebers, die ihre Legitimation auf eine betriebsverfassungsrechtliche Absprache zurückführen und nicht solche, die sich ggf. aus faktischen Gegebenheiten herleiten.

Der vorliegende Untersuchungsgegenstand muss grundsätzlich auch von der Frage unterschieden werden, ob dem Arbeitgeber in Eilfällen ein Alleinentscheidungsrecht zusteht. Nach überwiegender Auffassung bleiben die Mitbestimmungsrechte auch in Eilfällen in vollem Umfang bestehen<sup>52</sup>. Es wäre sonst ein Leichtes, die Mitbestimmung ins Leere laufen zu lassen, wenn eine (provozierte) Eilbedürftigkeit das Mitbestimmungserfordernis entfallen ließe<sup>53</sup>. Die eintretende Zwangslage wertet man zudem als Ergebnis mangelhafter Organisation des Arbeitgebers, welche durch den frühzeitigen Abschluss von Rahmenregelungen samt ihrer Alleinentscheidungsrechte hätte verhindert werden können<sup>54</sup>. Zwischen der vorliegend betrachteten Vereinbarungen von Alleinentscheidungsrechten und der Frage einer Mitbestimmung in Eilfällen bestehen daher auch Berührungspunkte: Die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten ist eine präventive Möglichkeit, Eilfälle unter Wahrung der Mitbestimmungsrechte zu regeln<sup>55</sup>.

## E. Zielsetzung

*Frey/Pulte* mahnen in ihrer Formularsammlung zu Betriebsvereinbarungen für die Praxis, dass bei der Ausgestaltung solcher Rahmenregelungen darauf zu achten ist, diese als antizipierte Zustimmung und nicht als rechtlich unzulässigen Verzicht auf

---

<sup>50</sup> Dazu *Worzalla*, Anm. zu BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, SAE 2000, 153 (153 ff.) und ders./HSWGNER, § 87 Rn. 32 ff.

<sup>51</sup> *Kania/ErfKo*, § 87 BetrVG Rn. 8.

<sup>52</sup> Ganz h.M., vgl. *Kania/ErfKo*, § 87 BetrVG Rn. 7; *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 87 Rn. 55 ff.; *Wiese/GK-BetrVG*, § 87 Rn. 155 ff; *Worzalla/HSWGNER*, § 87 Rn. 32; a.A. *Hanau*, NZA 1993, 817 (819), der eine Eilkompetenz des Arbeitgebers anerkennt, wenn ein dringendes betriebliches Interesse an der vorläufigen Durchführung einer mitbestimmten Maßnahme besteht. Damit einher soll aber die Verpflichtung des Arbeitgebers gehen, das Mitbestimmungsverfahren unverzüglich einzuleiten.

<sup>53</sup> *Worzalla/HSWGNER*, § 87 Rn. 33.

<sup>54</sup> *Kania/ErfKo*, § 87 BetrVG Rn. 7.

<sup>55</sup> BAG v. 2.3.1982 – 1 ABR 74/79, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; *Henssler*, FS Hanau, 413 (433); *Worzalla*, Anm. zu BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, SAE 2000, 153 (159).



das Mitbestimmungsrecht auszugestalten<sup>56</sup>. Auch an anderer Stelle wird betont, dass es eines Höchstmaßes an Formulierungsgeschick bedarf, um eine zulässige Rahmenreglung zu vereinbaren<sup>57</sup>. Ein ambitioniertes Ziel wäre es darum, für die einzelnen Tatbestände der allgemein gewährten Mitbestimmungsrechte konkrete Regelungs- und Formulierungsvorschläge zu erarbeiten, welche die Balance zwischen einem unzulässigen Verzicht und der rechtmäßigen Ausgestaltung der Mitbestimmungsrechte herstellen.

Derart konkrete Ergebnisse sind im Rahmen einer abstrahierenden Untersuchung jedoch nicht möglich: Die Mitbestimmungsrechte stellen Befugnisse dar, die dem Betriebsrat Kompetenzen für die Wahrnehmung von Arbeitnehmerinteressen verleihen<sup>58</sup>. Wie der Betriebsrat die ihm überantworteten Interessen der Belegschaft mit den betrieblichen Interessen zum Ausgleich bringt und eine konkrete Sachentscheidung herbeiführt, geben die Mitbestimmungsrechte jedoch bewusst nicht vor. Die Mitbestimmungsrechte geben keinen Anspruch auf eine bestimmte Art der Rechtschöpfung<sup>59</sup>. Die Durchsetzung der von den Mitbestimmungsrechten geschützten Interessen kann zudem nur im Rahmen des positiven Konsenses mit dem Arbeitgeber erfolgen. Dazu ist eine vertraglichen Prinzipien entsprechende Einigung zwischen den beiden Betriebspartnern notwendig<sup>60</sup>, die stets eine Abwägung der beiderseitigen, meist gegenläufigen Interessen erfordert<sup>61</sup>. Allein die Vielfalt der beiderseitig geschützten und gegenseitig abzuwägenden Interessen führt dazu, dass im Rahmen einer allgemeinen Untersuchung keine sinnvollen konkreten Regelungsvorschläge unterbreitet werden können<sup>62</sup>. Bei der Verhandlung mit dem Arbeitgeber steht dem Betriebsrat zudem ein derart unabhängiger Beurteilungsspielraum zu, der mit dem

---

<sup>56</sup> *Frey/Pulte*; Betriebsvereinbarungen für die Praxis, S. 150.

<sup>57</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (25).

<sup>58</sup> *Derleder*, ArbuR 1983, 289 (299); *Gaul*, Anm. zu BAG v. 17.10.1989, AP Nr. 39 zu § 76 BetrVG 1972 unter 3; *Heinze*, ZfA 1988, 53 (61 ff.); *Löwisch/Kaiser/BetrVG*, § 87 Rn. 18, sprechen von „Ermächtigungsgrundlagen“. *Worzalla/HSWGNR*, § 87 Rn. 13 hebt dagegen auch die „Kompetenzzuweisung“ an den Arbeitgeber hervor, der mit Hilfe der Mitbestimmungsrechte ebenfalls in die Lage versetzt wird, neue Rechtsgrundlagen für Maßnahmen zu schaffen.

<sup>59</sup> *Dütz*, ZfA 1972, 247 (260); v. *Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, § 12 Rn. 24.

<sup>60</sup> So die ganz herrschende „Vertragstheorie“, vgl. *Kreutz*, Betriebsautonomie S. 14 ff; *ders./GK-BetrVG*, § 77 Rn. 35 f. m.w.N.

<sup>61</sup> *Kania/ErFKo*, § 87 BetrVG Rn. 138.

<sup>62</sup> Vgl. allein zur Summe aller Interessen, die in den Abwägungsposten „Betriebswohl“ eingehen, *Weber*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit, S. 54 ff.



der Bundestagsabgeordneten vergleichbar ist<sup>63</sup>. Das betriebspolitische Mandat des Betriebsrats ist bewusst als freies Mandat ausgestaltet<sup>64</sup>, sodass er bei seiner Willensbildung weder an bestimmte Verweigerungsgründe gebunden ist noch auf die Geltendmachung von Rechtsgründen beschränkt wird<sup>65</sup>. Im Rahmen seines Mitbeurteilungs- und Mitregelungsauftrages in den sozialen Angelegenheiten muss der Betriebsrat sich gerade auch von Gründen der Zweckmäßigkeit leiten lassen<sup>66</sup>. Dass konkrete Regelungs- und Formulierungsvorschläge im Rahmen einer abstrakten Untersuchung undenkbar sind, ergibt sich aber letztlich aus einem anderen Umstand: Das Gewicht, welches das jeweilig von § 87 Abs. 1 BetrVG geschützte Interesse als Abwägungsposten in Relation zum Gegeninteresse des Arbeitgebers entwickelt, erfordert stets die Betrachtung der konkreten betrieblichen Verhandlungssituation zum Zeitpunkt des Abschlusses einer Rahmenregelung<sup>67</sup>.

Die Zielsetzung dieser Untersuchung ist es darum, aus dem Gesetz einen verifizierbaren Wertungsmaßstab zu entwickeln, der die Rechtmäßigkeit konkreter Alleinentscheidungsrechte zu beurteilen vermag. Auch angesichts des enormen Gestaltungsspielraums und den weiten Ermessensgrenzen der Betriebspartner ist die gleichberechtigte Teilhabe nämlich kein Selbstzweck, sondern muss sicherstellen, dass bei den Entscheidungen des Arbeitgebers die rechtlich geschützten Belange der Arbeitnehmer ausreichend berücksichtigt werden. Die Ausübung der Mitbestimmungsrechte bei der Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten ist dem Betriebsrat deshalb gerade nicht ins freie Belieben gestellt, sondern muss pflichtgemäß erfolgen<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> *Belling*, Haftung, S. 190; *Pflüger*, Repräsentativsystem, S. 88 f. und wohl auch *Franzen*, NZA 2008, 250 (253).

<sup>64</sup> v. *Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, § 4 Rn. 33 m.w.N.

<sup>65</sup> Vgl. schon zu § 56 BetrVG 1952: *Dietz*, RdA 1969, 1 (6). Anders etwa bei § 99 BetrVG. Dort handelt es sich um eine Zustimmung nach dem sog. negativen Konsensprinzip, vgl. v. *Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, § 11 Rn. 7 f.

<sup>66</sup> *Söllner*, FS 25 Jahre BAG, 605 (611).

<sup>67</sup> Ausführlich dazu unter § 4 B. I. 2. a).

<sup>68</sup> BAG v. 23.06.1992 – 1 ABR 53/91, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; *Hormadka/Maschmann*, § 16 Rn. 346; *Oetker/GK-BetrVG*, § 23 Rn. 17. Diese Pflicht trifft neben dem Kollegialorgan auch das einzelne Betriebsratsmitglied, vgl. *Belling*, Haftung, S. 227; *Buchner*, FS Müller, 93 (100 f.).



## F. Gang der Untersuchung

Das 2. Kapitel widmet sich der Rechtsnatur der Alleinentscheidungsrechte, um den Untersuchungsgegenstand in Begriffe und Definitionen zu fassen und ihn bestehenden Kategorien der Rechtsordnung zuzuordnen. Die zu dieser Frage bereits existierenden Ansätze werden gesammelt, analysiert und zu einem Ergebnis zusammengefasst.

Im 3. Kapitel werden die bestehenden Ansätze zur Frage der Rechtmäßigkeit von Alleinentscheidungsrechten zusammengetragen und strukturiert. Im Zentrum der Betrachtung steht dabei der Begriff der Substanz der Mitbestimmungsrechte, der als maßgebliches Rechtmäßigkeitskriterium für die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten verstanden wird. Nachdem die Rechtsprechung zu diesem unbestimmten Rechtsbegriff dargestellt worden ist, folgt eine Zusammenfassung der Ansichten in der Literatur zu dieser Frage. Auf die Vorschläge der Autoren, die sich ganz gezielt um eine Interpretation der Substanz der Mitbestimmungsrechte bemühen, wird dabei besonders Gewicht gelegt. Dem schließen sich die Aspekte an, ob ein Alleinentscheidungsrecht über die Wahrung der Substanz der Mitbestimmungsrechte hinaus weiteren Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen genügen muss und letztlich, ob die Einigungsstelle im gleichen Umfang Alleinentscheidungsrechte erzwingen kann, wie es die Betriebspartner durch kooperative Einigung vermögen.

Das 4. Kapitel widmet sich der Konsistenz der bestehenden Ansätze zur Frage der Rechtmäßigkeit von Alleinentscheidungsrechten und überwindet bestehende Diskrepanzen hin zu einem eigenen Vorschlag. Die Ergebnisse werden schließlich im 5. Kapitel zusammengeführt.



## § 2 Rechtsnatur der Alleinentscheidungsrechte

Die vorhandenen Äußerungen zur Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten gehen meist nur beiläufig und unbedacht auf die dogmatische Einordnung dieser Vereinbarungen ein. Eine daraus resultierende Unschärfe in der Diskussion wird weiter dadurch verstärkt, dass teilweise eine einmal getroffene Einordnung nicht widerspruchsfrei beibehalten wird. *Joussen* spricht z. B. von einem Teilverzicht, von einem indirekten Verzicht, von Ausübung der Mitbestimmungsrechte, von Delegation durch Ausübung, von Konkretisierung und auch von vernichtenden Vereinbarungen<sup>69</sup>. *Bertzbach* nimmt sowohl einen Verzicht als auch den Verbrauch der Mitbestimmungsrechte – die Rechtsfolge einer Ausübung – an<sup>70</sup>. Nach *Otto* können ein partieller Verzicht in Folge einer Übertragung und auch eine im Voraus erteilte Zustimmung einschlägig sein<sup>71</sup>. *Herschel* bemüht das Rechtsinstitut der Delegation und das der im Voraus erteilten Zustimmung<sup>72</sup>; *Klose* sieht ebenfalls eine Delegation und einen Verzicht<sup>73</sup>; *Hesse* kommt zu einer Suspendierung der Mitbestimmungsrechte<sup>74</sup>. Auch angesichts der Bandbreite an verschiedenen Begrifflichkeiten geht es bei der Frage der Rechtsnatur von Alleinentscheidungsrechten im Kern aber stets darum, ob durch die Vereinbarung eines Alleinentscheidungsrechts die Mitbestimmungsrechte umfassend wahrgenommen werden oder ob auf die Ausübung der Mitbestimmungsrechte – jedenfalls teilweise – verzichtet wird.

Die rechtsdogmatische Einordnung der Alleinentscheidungsrechte ist jedoch erforderlich, weil sich aus dem Verständnis der Rechtsnatur unmittelbare Folgen für die Prüfung der Rechtmäßigkeit ergeben. Je nach vertretener Ansicht – Ausübung oder Verzicht bzw. Delegation – ergibt sich nämlich ein von vornherein entgegengesetzter Standpunkt: Nach einhelliger Auffassung ist es dem Betriebsrat verwehrt, auf seine Mitbestimmungsrechte zu verzichten<sup>75</sup>. Stellen sich die Rahmen-

---

<sup>69</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (31 ff.).

<sup>70</sup> *Bertzbach*, Anm. 1 zu BAG v. 1.7.2003 – 1 ABR 22/02, jurisPR-ArbR 18/2003.

<sup>71</sup> *Otto*, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, EzA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn, 11 (17 f.).

<sup>72</sup> *Herschel*, ArbuR 1967, 65 (67).

<sup>73</sup> *Klose*, Anm. zu BAG v. 26.04.2005 – 1 AZR 76/04, in jurisPR-ArbR 35/2005 Anm. 4.

<sup>74</sup> *Hesse/Praxishandbuch BetrVR*, § 9 Rn. 12.

<sup>75</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279); *Däubler/DKKW-BetrVG*, Einleitung Rn. 86b; *Fitting*, BetrVG, § 87 Rn. 3; *Franzen*, NZA 2008, 250 (253);



regelungen daher als (Teil-) Verzicht auf die Mitbestimmungsrechte dar, entsteht ein Rechtfertigungszwang und die Begründung für die ausnahmsweise Zulässigkeit des Alleinentscheidungsrechts ist erforderlich.

Die Ausübung der Mitbestimmungsrechte ist dagegen das vornehmste Recht und nicht zuletzt die Pflicht des Betriebsrats, da die Mitbestimmungsrechte sog. Pflichtenrechte darstellen<sup>76</sup>. Erweisen sich Rahmenregelungen daher als eine legitime Form der Ausübung der Mitbestimmungsrechte, ist ihre Vereinbarung grundsätzlich unproblematisch und zu prüfen bleibt allein, ob nicht ausnahmsweise eine unzulässige Vereinbarung anzunehmen ist. Bereits die dogmatische Einordnung der Alleinentscheidungsrechte positioniert daher den Rechtsanwender und bestimmt den Umfang der Rechtmäßigkeitsprüfung.

Im folgenden Kapitel werden die relevanten Rechtsinstitute – Verzicht (A.), Delegation (B.) und Ausübung von Rechten (C.) – daher zunächst abstrakt dargestellt. Dem folgen jeweils die Argumente, warum die Alleinentscheidungsrechte dem jeweiligen Rechtsinstitut zuzuordnen sein. Eine jeweilig anschließende Stellungnahme würdigt diese Auffassungen, überwindet Kritikpunkte und führt zu einem eigenen Ansatz (C. IV.).

### A. Alleinentscheidungsrechte als (Teil-) Verzicht

Im nachfolgenden Abschnitt wird das Rechtsinstitut des Verzichts zunächst abstrakt dargestellt (I.) und von ähnlichen Rechtsinstituten abgegrenzt (II.), um die Argumente der Verzichtsthese (III.) auf ihre Schlüssigkeit zu überprüfen (IV.).

---

*Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Bd. 2, S. 860; *Hesse/Praxishandbuch BetrVR*, § 9 Rn. 11; *Klebe/DKKW-BetrVG*, § 87 Rn. 39; *Matthes/MünchArbR*, § 238 Rn. 12 und § 242 Rn. 29; *Richardi/Richardi*, BetrVG, vor § 87 Rn. 13 und § 87 Rn. 75; *Rieble/KFA-ArbR*, § 87 BetrVG Rn. 7 f.; *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (23); *Trümmer*, FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 395 (402); umfassend *E. Schmidt*, Verzicht, S. 144 ff. Bedenken gegen die Pauschalität dieser Äußerung hat nur *Joussen*, RdA 2005, 31 (31). Er gelangt allerdings ebenfalls zu exakt diesem Ergebnis (36 f.).

<sup>76</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279); *Buchner*, FS Müller, 93 (100 f); *Däubler/DKKW-BetrVG*, Einleitung Rn. 86b und *Klebe* zu § 87 Rn. 38 f; *Düwell/HaKo-BetrVG*, § 23 Rn. 8; *Franzen*, NZA 2008, 250 (253); v. *Hoyningen-Huene*, NZA 1989, 121 (123); *Lehmpuhl*, Nichtausübung, S. 59; *Oetker/GK-BetrVG*, § 23 Rn. 17; *Richardi/Richardi*, BetrVG, Einleitung Rn. 109; *E. Schmidt*, Verzicht, S. 150; *Thüsing/Richardi*, BetrVG, § 23 Rn. 4; *Trümmer*, FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 395 (403); *Wiese*, RdA 1968, 455 (457); ders. Anm. zu BAG v. 14.2.1967 – 1 AZR 6/66, SAE 1968, 137 (140). Ausführlich dazu unter § 2 D. IV. 2.



## I. Der Verzicht

Eine Legaldefinition des Verzichts fehlt<sup>77</sup>. Gleichwohl hat sich zum Rechtsinstitut des Verzichts ein fester Begriffskern entwickelt, welcher sich auf das willentliche Aufgeben von rechtlich gewährten Vorteilen durch den Berechtigten reduzieren lässt<sup>78</sup>. Ein Verzicht im engeren Sinn liegt vor, sobald die Aufgabe eines subjektiven Rechts in Rede steht<sup>79</sup>. Im weiteren Sinn verzichtet der Berechtigte, sobald er rechtliche Vorteile gleich welcher Rechtsnatur aufgibt, z. B. rechtliche Befreiungen oder zugunsten des Verzichtenden wirkende Verfahrensvorschriften<sup>80</sup>. Die strittige Frage zur Rechtsnatur der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechte, ob sie subjektive Rechte<sup>81</sup> oder sog. unvollkommene Verbindlichkeiten darstellen<sup>82</sup>, kann hier also dahinstehen<sup>83</sup>. Ein Verzicht ist sowohl auf dispositives, wie auch auf zwingendes Recht denkbar<sup>84</sup>. Hinsichtlich des Umfangs sind der Generalverzicht und der Teilverzicht zu unterscheiden, welcher sich auf einzelne Rechte eines Komplexes oder auf Teile von Rechten bezieht<sup>85</sup>. Ein Wesensmerkmal des Verzichts ist zudem, dass gerade keine Übertragung der Befugnis auf einen anderen stattfindet<sup>86</sup>. Als Berechtigter kommt der Träger des Rechts oder der zu seiner Disposition Befugte in Betracht<sup>87</sup>. Das so umschriebene Rechtsinstitut findet sich gleichermaßen im Privatrecht und im Öffentlichen Recht, sodass sich die vormals strittige Zuordnung der Betriebsverfassung zum Öffentlichen Recht bzw. Zivilrecht hier nicht auswirkt<sup>88</sup>. Ob der Verzicht als einseitiges Rechtsgeschäft oder als Vertrag ausgestaltet sein muss, ist situationsabhängig zu entscheiden: Nur als Vertrag kommt der Verzicht im Rahmen von Vertragsverhältnissen in Betracht, um sich nicht einseitig über einen etwaigen

---

<sup>77</sup> E. Schmidt, Verzicht, S. 4.

<sup>78</sup> Jousen, RdA 2005, 31 (32); Wiese, RdA 1968, 455 (456); ders. Anm. zu BAG v. 14.2.1967 – 1 AZR 6/66, in SAE 1968, 140.

<sup>79</sup> Jousen, RdA 2005, 31 (32).

<sup>80</sup> Jousen, RdA 2005, 31 (32).

<sup>81</sup> So etwa Richardi/Richardi, BetrVG, Einleitung, Rn. 102 f.

<sup>82</sup> So etwa v. Hoyningen-Huene, FS Stahlhacke, 173 (178); ders. Betriebsverfassungsrecht, § 4 Rn. 20.

<sup>83</sup> Wiese, RdA 1968, 455 (455, Fn. 4).

<sup>84</sup> Wiese, RdA 1968, 455 (457); Lehmpuhl, Nichtausübung, S. 53.

<sup>85</sup> Jousen, RdA 2005, 31 (33); E. Schmidt, Verzicht, S. 21.

<sup>86</sup> Wiese, RdA 1968, 455 (456).

<sup>87</sup> Säcker/Oetker, RdA 1992, 16 (23).

<sup>88</sup> Wiese, RdA 1968, 455 (456).



Erfüllungswillen des Schuldners hinweg setzen zu können<sup>89</sup>. Im außervertraglichen Bereich kann er hingegen auch als einseitiges Rechtsgeschäft ausgestaltet sein<sup>90</sup>.

Der wirksame Verzicht hat zur Folge, dass die Befugnis *ipso iure* aufgehoben wird – sie also niemandem mehr zusteht<sup>91</sup>. Diese Wirkung tritt in der Regel *ex nunc* ein, auch wenn eine Rückwirkung grundsätzlich möglich ist<sup>92</sup>. Ein widerrechtlicher Verzicht ist nach § 134 BGB nichtig und lässt die Existenz der entsprechenden Rechtsposition unberührt<sup>93</sup>.

## II. Abgrenzung von ähnlichen Rechtsinstituten

### 1. Abgrenzung zur Nichtausübung

Die Nichtausübung ist die bloße Untätigkeit hinsichtlich der Ausübung der Befugnisse und sie unterscheidet sich durch einen fehlenden Aufgabewillen vom Verzicht<sup>94</sup>. Die Nichtausübung kann bewusst oder unbewusst geschehen, etwa auf Grund eines Irrtums oder des schlichten Vergessens<sup>95</sup>. Gleichwohl hat sie für in der Vergangenheit abgeschlossene Vorgänge dieselbe Wirkung wie der Verzicht. Die Befugnis kann von niemandem mehr ausgeübt werden<sup>96</sup>. Für die Zukunft besteht dagegen die Möglichkeit, die Passivität jederzeit aufzugeben und die Befugnisse wieder wahrzunehmen<sup>97</sup>. Anders als beim Verzicht bleibt die Befugnis also bestehen<sup>98</sup>. Ihre Geltendmachung kann allenfalls aufgrund der sog. Verwirkung ausgeschlossen sein, wenn der Verpflichtete bei objektiver Beurteilung des Verhaltens des Berechtigten unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben damit rechnen durfte, dass dieser seine Befugnis auch künftig nicht ausübt<sup>99</sup>.

---

<sup>89</sup> Jousen, RdA 2005, 31 (32); E. Schmidt, Verzicht, S. 7.

<sup>90</sup> Jousen, RdA 2005, 31 (32); E. Schmidt, Verzicht, S. 7 m.w.N. 7.

<sup>91</sup> Jousen, RdA 2005, 31 (32).

<sup>92</sup> E. Schmidt, Verzicht, S. 12 m.w.N.

<sup>93</sup> Lehmpuhl, Nichtausübung, S. 61 ff.; Säcker/Oetker, RdA 1992, 16 (27); E. Schmidt, Verzicht, S. 164.

<sup>94</sup> Jousen, RdA 2005, 31 (32); Wiese, RdA 1968, 455 (456).

<sup>95</sup> Lehmpuhl, Nichtausübung, S. 42 f.

<sup>96</sup> Jousen, RdA 2005, 31 (32).

<sup>97</sup> Jousen, RdA 2005, 31 (32); Wiese, RdA 1968, 455 (456).

<sup>98</sup> Jousen, RdA 2005, 31 (32).

<sup>99</sup> E. Schmidt, Verzicht, S. 16; Wiese, RdA 1968, 455 (456).



## 2. Abgrenzung zum *pactum de non petendo*

Durch den *pactum de non petendo* verpflichtet sich der Gläubiger gegenüber dem Schuldner, eine ihm zustehende Befugnis überhaupt nicht oder für eine bestimmte Dauer nicht auszuüben<sup>100</sup>. Die Vereinbarung begründet eine Einrede gegen die Befugnis und unterscheidet sich somit vom Verzicht. Die Befugnis erlischt nicht, sondern ist lediglich nicht durchsetzbar<sup>101</sup>.

### III. Alleinentscheidungsrechte als (Teil-) Verzicht

Eine verbreitete Auffassung in der Literatur sieht in der Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten einen (Teil-) Verzicht des Betriebsrats auf seine Mitbestimmungsrechte<sup>102</sup>. Als Folge dieser dogmatischen Einordnung wird die Zulässigkeit von Alleinentscheidungsrechten dann teilweise generell abgelehnt; jedenfalls geraten die Anhänger dieser Auffassung aber unter Rechtfertigungsdruck, wenn sie ein Alleinentscheidungsrecht ausnahmsweise als zulässig erachten<sup>103</sup>. Die These des (Teil-) Verzichts begründet *E. Schmidt* zunächst damit, dass sie einen Verbrauch der Mitbestimmungsrechte ablehnt. Ein Verbrauch der Mitbestimmungsrechte liege nur vor, soweit die Befugnis tatsächlich vollumfänglich ausgeschöpft wird. Angesichts der Alleinentscheidungsbefugnisse des Arbeitgebers könne diese tatsächliche Ausschöpfung der Mitbestimmungsrechte aber gerade nicht angenommen werden<sup>104</sup>. Weiterhin führt *E. Schmidt* an, die von den Parteien bei der Einräumung von Alleinentscheidungsrechten erstrebte Wirkung, dass der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht zukünftig nicht mehr ausüben kann, sei nur durch einen Verzicht erreichbar<sup>105</sup>. Zwar handele es sich nicht um einen Generalverzicht, da die Rahmenregelungen ja materielle Fragen regeln. Weil ein

<sup>100</sup> *E. Schmidt*, Verzicht, S. 33; *Wiese*, RdA 1968, 455 (457).

<sup>101</sup> *E. Schmidt*, Verzicht, S. 33.

<sup>102</sup> *Bertzbach*, Anm. 1 zu BAG v. 1.7.2003 – 1 ABR 22/02, jurisPR-ArbR 18/2003 unter C; *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279); unklar *Otto*, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, EzA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn, 11 (17 f.) der sowohl von einem partiellen Verzicht (S. 17) als auch von der im Voraus erteilten Zustimmung spricht (S. 18); *Rath-Glawatz*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG Arbeitszeit unter IV. 4.; *E. Schmidt*, Verzicht, S. 21 ff.; *Weyand*, ArbuR 1993, 1 (9).

<sup>103</sup> Vgl. bereits unter § 2.

<sup>104</sup> *E. Schmidt*, Verzicht, S. 21.

<sup>105</sup> *E. Schmidt*, Verzicht, S. 21.



Verzicht aber auch auf einzelne Rechte eines Komplexes oder auf Teile von Rechten möglich ist, müsse insoweit ein Teilverzicht angenommen werden.

Unbeachtlich sei auch, dass die Rahmenregelungen meist nicht explizit von einem Verzicht sprechen<sup>106</sup>. Es genüge ein vorhandener Konsens der Betriebspartner, dass der Betriebsrat für die Dauer der Vereinbarung einzelne Befugnisse willentlich nicht mehr ausübt. Ein Konsens müsse jedoch vorliegen, da – jedenfalls im Bereich mitbestimmungspflichtiger Angelegenheiten – ein einseitiger Verzicht des Betriebsrats nicht in Frage kommt. Der Betriebsrat könne sich nicht einseitig über die gesetzlich vorgesehene zweiseitige Zuständigkeit hinwegsetzen<sup>107</sup>.

#### IV. Stellungnahme

Der Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten liegt nicht zwingend ein (Teil-) Verzicht auf die Mitbestimmungsrechte zu Grunde<sup>108</sup>. Die zur Begründung dieser These herangezogene Wirkung einer Rahmenregelung ist als Bezugspunkt für einen Rückschluss auf die Rechtsnatur untauglich (1.). Gegen diese Ansicht spricht aber insbesondere, dass den Betriebsparteien bei Abschluss einer Rahmenregelung regelmäßig der Verzichtswille fehlt (2.). Ein Blick auf die Mitbestimmung in Eilfällen (3.) und die betriebliche Einigung als Ergebnis jeder Ausübung der

<sup>106</sup> E. Schmidt, Verzicht, S. 22; zustimmend Joussem, RdA 2005, 31 (37).

<sup>107</sup> E. Schmidt, Verzicht, S. 8; zustimmend wohl Otto, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, EzA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn, 11 (17); abweichend Joussem, RdA 2005, 31 (32) und Wiese, RdA 1968, 455 (456).

<sup>108</sup> Im Ergebnis ebenso BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 28.07.1988 – 1 AZR 54/87, EZA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn; BAG v. 31.1.1989 – 1 ABR 67/87, AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang; BAG v. 28.4.1992 – 1 ABR 68/91, AP Nr. 11 zu § 50 BetrVG 1972; BAG v. 28.5.2002 – 1 ABR 40/01, AP Nr. 96 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, AP Nr. 1 zu § 21a BetrVG 1972; BAG v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, AP Nr. 19 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt; BAG v. 1.7.2003 – 1 ABR 22/02, AP Nr. 103 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 29.9.2004 – 5 AZR 559/03, AP Nr. 111 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 26.4.2005 – 1 AZR 76/04, AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972; BAG v. 3.5.2006 – 1 ABR 14/05, AP Nr. 119 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 14.11.2006 – 1 ABR 4/06, AP Nr. 43 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; Franzen, NZA 2008, 250 (253); Haußmann, BAG EWiR § 77 BetrVG 1/04, 631 (632); Henssler, FS Hanau, 413 (432 f.); Hilger, FS Sitzler, 153 (160 f.); Joussem, RdA 2005, 31 (37); Klebe/DKKW-BetrVG, § 87 Rn. 38 f.; Löwisch/Kaiser/BetrVG, § 87 Rn. 17; Matthes/MünchArbR, § 238 Rn. 12; Rieble/KFA-ArbR, § 87 BetrVG Rn. 8; Säcker/Oetker, RdA 1992, 16 (23); Sibben, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 1 AZR 54/87, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Provision; Weber, Anm. zu BAG v. 2.3.1982 – 1 ABR 74/79, SAE 1982, 307 (308); Wiese/GK-BetrVG, § 87 Rn. 6.



Mitbestimmungsrechte (4.) zeigen ebenfalls, dass die These vom (Teil-) Verzicht auf die Mitbestimmungsrechte nicht überzeugt.

### **1. Rechtsfolge als Bezugspunkt**

Zunächst ist es – entgegen der Anhänger der Verzichtsthese – nicht nur durch einen (Teil-) Verzicht des Betriebsrats auf das Mitbestimmungsrecht erreichbar, dass eine erneute Wahrnehmung des Mitbestimmungsrechts durch den Betriebsrat für die Dauer der Vereinbarung ausgeschlossen ist. Die exakt gleiche Rechtsfolge tritt auch durch die Ausübung der Mitbestimmungsrechte ein. Für die Dauer einer Regelungsabrede oder Betriebsvereinbarung kann das Mitbestimmungsrecht ebenfalls nicht erneut ausgeübt werden, da es konsumiert wurde<sup>109</sup>. Durch einen Rückgriff auf die erstrebte Rechtsfolge lassen sich Rahmenregelungen daher nicht zwingend einem (Teil-) Verzicht zuordnen.

### **2. Vorliegen eines Verzichtswillens**

Gegen die Annahme eines Teilverzichts spricht auch die Auslegung entsprechender Vereinbarungen, die zudem ergibt, dass der erforderliche Verzichtswille regelmäßig nicht vorliegt (a). Die Interessenlage der Betriebspartner läuft einem (Teil-) Verzicht sogar diametral entgegen (b).

#### **a) Auslegung von Rahmenregelungen**

Die einem Beschluss des BAG vom 21.1.2003<sup>110</sup> zu Grunde liegende „Betriebsvereinbarung über eine vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG)“ der Deutschen Bahn beispielsweise ermächtigt den Arbeitgeber nach § 1 (Grundsätze), „in Not- und Eil- und außerordentlichen Fällen“ zur Anordnung „[...] vorübergehender Verkürzung oder Verlängerung der Arbeitszeit [...] ausnahmsweise ohne vorherige Zustimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG“. Gem. § 3 Abs. 1 der Verein-

---

<sup>109</sup> *Herschel*, Anm. zu BAG v. 14.2.1967 – 1 ABR 6/66, *ArbuR* 1967, 287 (288); *Joussen*, *RdA* 2005, 31 (32); *E. Schmidt*, *Verzicht*, S. 18; *Wiese*, *RdA* 1968, 455 (456); und ausführlich dazu unter § 2 C. I.

<sup>110</sup> Die entsprechenden Passagen finden sich abgedruckt in den Gründen bei BAG v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, AP Nr. 1 zu § 21a BetrVG 1972.



barung (Wahrung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats) gilt für die nach § 2 näher bezeichneten Konstellationen – „Not-, Eil- und außerordentliche Fälle“, z. B. witterungsbedingte Sondereinsätze, „die Zustimmung des Betriebsrats als im Voraus erteilt“. Die Auslegung der Vereinbarung ergibt daher eindeutig, dass die Parteien nicht von einem Verzicht auf die Mitbestimmungsrechte ausgehen, sondern im Gegenteil eine antizipierte Ausübung des Mitbestimmungsrechts herbeiführen wollen.

Eine entsprechende Willensrichtung der Betriebsratsseite beim Abschluss einer Rahmenregelung lässt sich auch einem Beschluss des BAG vom 2.3.1982<sup>111</sup> entnehmen. In dem zu Grunde liegenden Fall missachtet der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht bei der Anordnung von Überstunden gem. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG in Eilfällen. Der Betriebsrat beharrt jedoch auf dem Vorliegen seiner Mitbestimmungsbefugnis in Eilfällen und auf der Möglichkeit, diese wahrzunehmen. Bei der Wahrnehmung seiner Befugnis will er jedoch dem Umstand Rechnung tragen, dass es sich um Fälle handelt, welche ein schnelles Handeln erfordern und zudem ein Betriebsratsbeschluss so kurzfristig nicht herbeigeführt werden kann. Der Betriebsrat verlangt deshalb nicht, in jedem Einzelfall konsultiert und um Zustimmung gebeten zu werden, sondern will seinen gesetzlichen Auftrag in einer Art und Weise wahrnehmen, die eine Beschlussfassung in jedem einzelnen Eilfall vermeidet. Dazu strebt er eine allgemeine Regelung des Problems an, in der sich die Betriebsparteien einigen, ob und unter welchen Voraussetzungen, in welchem Umfang und auf welche Weise die Arbeitnehmer zu Überstunden herangezogen werden dürfen.

### **b) Interessenlage der Betriebspartner**

Den Interessen der Betriebspartner und gerade den betrieblichen Belangen des Arbeitgebers läuft ein (Teil-) Verzicht auf die Mitbestimmungsrechte auch diametral entgegen. Die Maßnahmen und Anordnungen des Arbeitgebers sind nur wirksam, wenn der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht rechtmäßig ausgeübt hat<sup>112</sup>. Der Arbeitgeber strebt durch den Abschluss einer Rahmenregelung daher

---

<sup>111</sup> BAG v. 2.3.1982 – 1 ABR 74/79, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>112</sup> So die herrschende Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung, vgl. unter § 1 A.



jedenfalls die „Freigabe“ seiner individualrechtlich legitimierten Gestaltungsmöglichkeiten an.

Darüber hinaus ist es häufig der Fall, dass der Arbeitgeber die normative Wirkung einer Betriebsvereinbarung nutzen will. Die Mitbestimmungsrechte halten nämlich gerade auch für den Arbeitgeber eine „Kompetenzzuweisung“ bereit<sup>113</sup>. Bei der Einführung von Kurzarbeit, der Schaffung einer Bußordnung oder der Anordnung von Überstunden sind z. B. über das bloße Direktionsrecht hinausgehende Ermächtigungsgrundlagen erforderlich, wenn arbeits- oder tarifvertragliche Rechtgrundlagen fehlen<sup>114</sup>. Betriebsvereinbarungen kommen aber gerade als solche Ermächtigungsgrundlagen in Betracht<sup>115</sup>. Sie können auch durchaus Regelungen enthalten, welche die Arbeitnehmer belasten. Dem Gesetzeszweck läuft es nämlich nicht entgegen, wenn bei einer Beteiligung des Betriebsrats Rechtsposition des Individuums oder der Belegschaft materiell verschlechtert werden – wenn sich der Raucher bspw. an ein Rauchverbot halten muss oder die Belegschaft durch Monitore überwacht wird. Lediglich ausschließlich belastende Betriebsvereinbarungen, also solche, die sich auch nicht über den Umweg des Betriebswohls zugunsten der Arbeitnehmer auswirken, sind nach h.M. unwirksam<sup>116</sup>. Der Abschluss einer Rahmenregelung dient den Betriebspartnern also ggf. auch dazu, neue Kompetenzen des Arbeitgebers zu begründen. Auch angesichts dieser Kompetenzzuweisung ist abwegig anzunehmen, dass die Betriebspartner den Willen haben, durch einen Verzicht auf die Mitbestimmungsrechte einen rein vorbetriebsverfassungsrechtlichen Zustand wiederherstellen. Der Möglichkeit neue Ermächtigungsgrundlagen für den betrieblichen Rechtsraum zu schaffen, würden sie sich dann nämlich dauerhaft berauben.

Beachtlich ist ebenso, dass der Verzichtswille der Betriebspartner ebenfalls auf das dem Mitbestimmungsrecht immanente Initiativrecht gerichtet sein müsste. Ausdruck der paritätischen Mitbestimmung in den sozialen Angelegenheiten ist nämlich, dass der Betriebsrat, in den Grenzen des § 87 Abs. 1 BetrVG, die Initiative

---

<sup>113</sup> *Worzalla/HSWG NR*, § 87 Rn. 13.

<sup>114</sup> Zur Kurzarbeit vgl. *Kreitner*, Personalbuch 2011, Kurzarbeit Rn. 2, 4; zur Bußordnung und Überstundenanordnung vgl. *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Bd. 2, S. 698.

<sup>115</sup> *Löwisch/Kaiser/BetrVG*, § 87 Rn. 18; *Worzalla/HSWG NR*, § 87 Rn. 13.

<sup>116</sup> BAG v. 1.12.1992 – 1 AZR 260/92, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebs; *Berg/DKK-BetrVG*, § 77 Rn. 40; *Hormadka/Maschmann*, § 16 Rn. 393 ff. m.w.N; *Löwisch*, ArbuR 1978, 97 (100).



zur Herbeiführung einer Regelung ergreifen darf<sup>117</sup>. Da der Verzicht die Aufgabe eines Rechts schlechthin ist<sup>118</sup>, muss er diese Grundbefugnis mit umfassen<sup>119</sup>. Ein unterstellter Teilverzicht müsste das Initiativrecht jedenfalls bezüglich der Regelungsfragen erfassen, die dem Arbeitgeber zur alleinigen Entscheidung überlassen werden sollen. Beiden Betriebspartnern wäre es dann allerdings unmöglich, auf Änderungen der betrieblichen Situation jemals wieder zu reagieren.

Entsprechend fern liegt es bereits, einem an Wiederwahl interessierten Betriebsrat zu unterstellen, er wolle sich mit Bindung für alle Zukunft von seinen betrieblichen Gestaltungsmöglichkeiten – eben auch nur teilweise – lossagen. Auch die Unternehmerseite ist darauf angewiesen, auf Änderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen mit neuen Betriebsvereinbarungen, d.h. neuen betrieblichen Rechtsgrundlagen, zu reagieren. Akzeptiert der Arbeitgeber dagegen den Teilverzicht des Betriebsrats, schneidet er sich ins eigene Fleisch: Sein Betriebspartner hat mit Wirkung für die Zukunft auf die Mitbestimmungsrechte und damit auf die gesetzlichen Rechtsgrundlagen zum Abschluss neuer Betriebsvereinbarungen verzichtet. Eine einvernehmliche Herbeiführung entsprechender Betriebsvereinbarungen ist damit genauso ausgeschlossen, wie die Möglichkeit für den Arbeitgeber, für ihn günstige Regelungen über die Einigungsstelle zu erzwingen, da die Zuständigkeit der Einigungsstelle im erzwingbaren Verfahren ebenfalls von dem Bestehen eines Mitbestimmungsrechts abhängt<sup>120</sup>.

*E. Schmidt* – soweit ersichtlich die einzige, welche die Verzichtsthese überhaupt eingehend begründet – betont letztlich selbst, dass die Betriebspartner nur für die Dauer der Vereinbarung eine erneute Wahrnehmung des Mitbestimmungsrechts ausschließen wollen<sup>121</sup>. Den Willen, für alle Zukunft (Teil-) Befugnisse aufzugeben, wie er für einen (Teil-) Verzicht erforderlich ist, nimmt sie daher selbst nicht an.

---

<sup>117</sup> *Wiese/GK-BetrVG*, § 87 Rn. 135 ff.; *Worzalla/HSWGNR*, § 87 Rn. 56; *Zöllner/Loritz/Hergentröder*, Arbeitsrecht, § 49 III Nr. 1. Die Initiativrechte stehen den Mitbestimmungsrechten gleichwohl nicht spiegelbildlich gegenüber, sondern werden durch den Umstand begrenzt, dass einigen Mitbestimmungstatbeständen eine mitbestimmungsfreie Entscheidung des Arbeitgebers vorgelagert ist. Das gilt z. B. für das „Ob“ der Bereitstellung einer Sozialeinrichtung, vgl. *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 87 Rn. 71 f.

<sup>118</sup> *Walsmann*, Verzicht, S. 1; *Wiese*, RdA 1968, 455 (457).

<sup>119</sup> So wohl auch *Joussen*, RdA 2005, 31 (32), „Der Verzicht treffe auch den Kern eines Rechts“.

<sup>120</sup> *Kreutz/GK-BetrVG*, § 76 Rn. 123 f.

<sup>121</sup> *E. Schmidt*, Verzicht, S. 21 f.



### 3. Mitbestimmungsrechte in Eilfällen

Gegen die Verzichtsthese spricht weiterhin, dass in Eilfällen Rahmenvereinbarungen und die ihnen immanenten Alleinentscheidungsrechte des Arbeitgebers die einzige Möglichkeit für den Betriebsrat ist, sein Mitbestimmungsrecht überhaupt auszuüben. Das erkennt gerade auch *E. Schmidt* an; will die Frage des Vorliegens eines Eilfalles aber nur bei der Frage der Zulässigkeit eines Alleinentscheidungsrechtes berücksichtigen und blendet dies bei der dogmatischen Einordnung aus<sup>122</sup>. Nach ganz überwiegender Auffassung bleiben die Mitbestimmungsrechte auch in Eilfällen vollumfänglich bestehen. Das folgt aus dem Umstand, dass eine Regelung in § 87 BetrVG für vorläufige Maßnahmen fehlt, wie sie etwa in §§ 100, 115 Abs. 7 Nr. 4 BetrVG vorkommt. Eine analoge Anwendung dieser Spezialregelungen lehnt man ebenso ab, weil eine eingetretene Zwangslage als Ergebnis mangelhafter Organisation des Arbeitgebers gewertet wird, welche durch den frühzeitigen Abschluss von Rahmenregelungen hätte verhindert werden können<sup>123</sup>.

Die Konsequenz aus der Annahme, dass die Mitbestimmungsrechte in Eilfällen vollumfänglich bestehen, muss dann aber sein, dass eine gesetzeskonforme Ausübung der Mitbestimmungsrechte eben auch gegeben ist, wenn nicht in jedem Eilfall ein Betriebsratsbeschluss herbeigeführt wird, sondern der Arbeitgeber insoweit ohne weitere aktive Mitbestimmung eine mitbestimmte Rahmenregelung einseitig umsetzt. Der Inhalt der Mitbestimmungsrechte wird offensichtlich fehlinterpretiert, wenn man diese Alleinentscheidungsmöglichkeit des Arbeitgebers als (Teil-) Verzicht auf die Mitbestimmungsrechte versteht<sup>124</sup>. Die – augenscheinlich widersprüchliche – Bedingung wäre nämlich, dass der Inhalt der Mitbestimmungsrechte so ausgestaltet wurde, dass seine vollumfängliche Ausübung in bestimmten (Eil-) Fällen nur durch einen (Teil-) Verzicht möglich ist. Eine „Wahrnehmung durch Teilverzicht“ stößt aber bereits an begriffliche Grenzen.

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass durch ein solches Verständnis vom Inhalt der Mitbestimmungsrechte keineswegs eine verkappte Wiederbelebung der Theorie der erzwingbaren Mitbestimmung erfolgt. Danach

---

<sup>122</sup> *E. Schmidt* Verzicht, S. 22.

<sup>123</sup> Dazu bereits unter § 1 D.

<sup>124</sup> Andeutungsweise auch BAG v. 12.1.1988 – 1 ABR 54/86, AP Nr. 8 zu § 81 ArbGG 1979, unter B. II. 2. b. der Gründe.



waren die die Mitbestimmungsrechte der sozialen Angelegenheiten nämlich von vorneherein auf einen Anspruch des Betriebsrats beschränkt, abstrakt generelle Betriebsvereinbarungen zu erzwingen<sup>125</sup>. Dem hier herausgearbeiteten Inhalt der Mitbestimmungsrechte ist diese Beschränkung dagegen fremd. Anerkannt werden muss jedoch, dass die gesetzlich intendierte Ausübung auch vorliegen kann, wenn der Arbeitgeber grundsätzlich mitbestimmungspflichtige Einzelfälle allein entscheidet.

#### **4. Kompromisscharakter der innerbetrieblichen Einigung**

Die Verzichtsthese übersieht letztlich, dass die vom Inhalt der Mitbestimmungsrechte erfassten Interessen der Belegschaft vom Betriebsrat lediglich im Rahmen einer Einigung mit dem Arbeitgeber durchgesetzt werden können. Weil dazu meist gegenläufige Belange zum Ausgleich gebracht werden müssen, erfordert die Ausübung der Mitbestimmungsrechte regelmäßig einen Kompromiss, um diesen Konsens herbeizuführen<sup>126</sup>. Die Nichtdurchsetzung rechtlich geschützter Interessen ist der gesetzlich vorgesehenen Einigung und damit der Ausübung der Mitbestimmungsrechte also durchaus immanent. Auch dieses Funktionsprinzip der Mitbestimmungsbefugnisse lassen die Vertreter der Verzichtsthese unberücksichtigt: Sie verwechseln das gesetzlich vorgesehene Nachgeben bei der Ausübung der Mitbestimmungsrechte mit dem grundsätzlich unzulässigen Verzicht auf die Mitbestimmungsrechte.

#### **B. Alleinentscheidungsrechte als Delegation**

Weiterhin gibt es die Auffassung, dass den Alleinentscheidungsrechten eine Delegation der Mitbestimmungsrechte an den Arbeitgeber zu Grunde liegt<sup>127</sup>. Bevor

---

<sup>125</sup> Dazu bereits unter § 1 B. II. 3.

<sup>126</sup> *Kania/ErfKo*, § 87 BetrVG Rn. 138; *Kreutz/GK-BetrVG*, § 74 Rn. 26; *Wiese*, ZfA 2000, 117 (123). Siehe auch *Kübler/Schmidt/Simitis*, Mitbestimmung als gesetzspolitische Aufgabe, S. 174.

<sup>127</sup> BAG v. 1.7.2003 – 1 ABR 22/02, AP Nr. 103 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit, spricht von Delegation und Ausübung; BAG v. 26.4.2005 – 1 AZR 76/04, AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972, nimmt eine Delegation von Entscheidungskompetenzen und auch einen unzulässigen Verzicht auf das Mitbestimmungsrecht an. *Herschel*, *ArbuR* 1967, 65 (67), spricht sowohl von einer Delegation, wie von einer im Voraus erteilten Zustimmung; im Ergebnis wohl auch *Joussen*,



die dahingehenden Argumente dargestellt (II.) und gewürdigt werden (III.), muss auch das Rechtsinstitut der Delegation zunächst abstrakt erläutert werden (I.).

## I. Die Delegation

Einer Delegation liegen stets Sachverhalte zu Grunde, in denen ein ursprünglicher Kompetenzinhaber, der Delegant, seine Ermächtigung zur Regelung einer materiellen Frage zugunsten des Delegaten verlagert, sodass dieser die Regelung der Sachmaterie im eigenen Namen vornehmen kann<sup>128</sup>. Eine abschließende Definition des Delegationsbegriffs existiert gleichwohl nicht, da je nachdem, ob auf den Akt der Kompetenzverlagerung, die delegierende Regelung oder auf die Tätigkeit des Delegaten abgestellt wird, eine Delegation ihrem Wesen nach unterschiedlich in Erscheinung tritt<sup>129</sup>. Charakteristisch für eine delegierende Regelung ist jedoch stets, dass diese selbst keine oder zumindest keine abschließende Regelung der Sachmaterie enthält. Sobald der Delegant nämlich selbst materielle Bestimmungen trifft, nimmt er eigene Kompetenzen wahr<sup>130</sup>. Je unbestimmter sich die Ermächtigung also in Bezug auf die Sachfragen darstellt, desto mehr nimmt ihr Charakter als Delegation zu<sup>131</sup>.

Als Rechtsfolge der Delegation tritt eine Kompetenzverlagerung ein, die durch zwei Aspekte gekennzeichnet ist<sup>132</sup>. Erstens wird für den Delegatar die Befugnis begründet, an Stelle des Deleganten insoweit tätig zu werden, dass er Angelegenheiten regeln kann, deren Regelung eigentlich dem Deleganten zugewiesen ist<sup>133</sup>. Zum Zweiten handelt der Delegatar dabei in eigenem Namen und nimmt eine eigene für ihn begründete Befugnis wahr<sup>134</sup>. In Abgrenzung zum

---

RdA 2005, 31 (37) der eine Delegation durch Ausübung des Mitbestimmungsrecht annimmt; *Klose*, Anm. zu BAG v. 26.04.2005 – 1 AZR 76/04, in *jurisPR-ArbR* 35/2005 Anm. 4 der sowohl von Delegation, als auch vom Verzicht spricht; *Trümmer*, FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 395 (404).

<sup>128</sup> *Baumann*, Delegation, S. 24.

<sup>129</sup> *Baumann*, Delegation, S. 24.

<sup>130</sup> *Baumann*, Delegation, S. 26.

<sup>131</sup> *Baumann* nimmt gar an, dass jede Regelung auf Grund ihrer relativen Unbestimmtheit eine mehr oder weniger große Delegation darstellt, S. 26 m.w.N. auch zur Gegenauffassung.

<sup>132</sup> *Baumann*, Delegation, S. 24.

<sup>133</sup> *Baumann*, Delegation, S. 24 f.

<sup>134</sup> *Triepel*, Delegation, S. 42 ff.



Verzicht geht die Befugnis also nicht unter oder erlischt durch Konsumtion, wie bei der Ausübung von Rechten<sup>135</sup>. Es findet lediglich ein Subjektswechsel statt.

## II. Alleinentscheidungsrechte als Delegation

Die Vertreter der Delegationsthese betonen, dass durch den Abschluss einer Rahmenvereinbarung der Betriebsrat seine Mitbestimmungsbefugnisse derart wahrnehme, dass er die ihm zustehende Feinregelungskompetenz für den konkreten Einzelfall durch die Wiedereinräumung des Direktionsrechts auf den Arbeitgeber übertrage<sup>136</sup>. Die Rahmenregelung delegiere also die Zuständigkeit des Betriebsrats auf den Arbeitgeber<sup>137</sup>. Zugleich werde das Mitbestimmungsrecht nach dieser Ansicht durch eine Rahmenregelung aber nicht aufgehoben, sodass es niemandem mehr zusteht. *Joussen* hebt hervor, der Betriebsrat „tue ja de facto“ auch etwas, wenn er eine entsprechende Vereinbarung abschließt. Bereits bei formeller Betrachtung handele es sich daher nicht um einen Verzicht<sup>138</sup>.

Gegen die Annahme einer vorweggenommenen Ausübung der Mitbestimmungsrechte spreche aber, dass Rahmenvereinbarungen nicht so gedeutet werden können, dass der Betriebsrat mit allem einverstanden ist, was aufgrund der Vereinbarung geschieht. Nach *Herschel* handele es sich insoweit deshalb um eine „unbeachtliche Blindgenehmigung“<sup>139</sup>.

## III. Stellungnahme

Die Alleinentscheidungsrechte führen zwar durchaus zu einer Ermächtigungslage auf Seiten des Arbeitgebers, die sich von dem Zustand ohne Rahmenregelung unterscheidet<sup>140</sup>. Diese Ermächtigungswirkung, ob Freigabe des Direktionsrechts oder ggf. die Begründung originärer Kompetenzen durch Rahmenregelungen in Form von Betriebsvereinbarungen, ist allerdings nicht die Folge einer Delegation

---

<sup>135</sup> *E. Schmidt*, Verzicht, S. 28.

<sup>136</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (37); ebenso *Trümmer*, FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 395 (404). Im Ergebnis wohl ebenso *Herschel*, ArbuR 1967, 65 (67).

<sup>137</sup> *Herschel*, ArbuR 1967, 65 (67).

<sup>138</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (37). Im Ergebnis wohl ebenso *Trümmer*, FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 395 (404).

<sup>139</sup> *Herschel*, ArbuR 1967, 65 (67).

<sup>140</sup> Vgl. unter § 1 B. IV.



der Mitbestimmungsrechte. Dem Arbeitgeber fehlt bereits die Gestaltungsmacht, die Mitbestimmungsrechte im eigenen Namen auszuüben (1.). Zudem bewirkt eine – unterstellte – Delegation allenfalls, dass die Mitbestimmungsrechte erlöschen (2.).

### 1. Arbeitgeber als Delegatar

Eine Delegation der Mitbestimmungsrechte an den Arbeitgeber scheidet bereits deshalb aus, weil dieser kein tauglicher Delegatar von Mitbestimmungsrechten ist<sup>141</sup>. Die Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte kann nur durch den Berechtigten erfolgen und unabhängig von der noch ungeklärten Frage, ob der Betriebsrat, die Belegschaft oder der einzelne Arbeitnehmer Träger der Mitbestimmungsrechte sind<sup>142</sup>, geht das Gesetz von einer primären Zuständigkeit des Betriebsrats zur Ausübung der Mitbestimmungsrechte aus<sup>143</sup>, welche nur nach Maßgabe der §§ 50, 58 BetrVG zum Gesamt- oder Konzernbetriebsrat gezogen wird. Grundsätzlich ist daher der Betriebsrat als Gremium bzw. im Kleinbetrieb diejenige zum Betriebsrat gewählte Einzelperson berechtigt und verpflichtet die Mitbestimmungsrechte auszuüben<sup>144</sup>. Im Rahmen der „laufenden Geschäfte“ kann zudem der sog. Betriebsausschuss gem. § 27 Abs. 1 BetrVG Mitbestimmungsrechte ausüben.<sup>145</sup> Sofern die Wahrnehmung von Mitbestimmungsrechten den Abschluss einer Betriebsvereinbarung bedingt, ist dies dem Betriebsausschuss jedoch gem. § 27 Abs. 2 BetrVG ausdrücklich untersagt. Durch einen förmlichen Betriebsratsbeschluss können weiterhin einem Betriebsratsausschuss i.S.d. § 28 Abs. 1 BetrVG Aufgaben zur selbstständigen Erledigung übertragen werden, sodass auch dieser in der Lage ist Mitbestimmungsrechte auszuüben<sup>146</sup>. Gleiches gilt für die gemeinsam von Betriebsrat und Arbeitgeber zu besetzenden Ausschüsse i.S.d. § 28 Abs. 2

---

<sup>141</sup> E. Schmidt, Verzicht, S. 29.

<sup>142</sup> Dazu etwa v. Hoyningen-Huene, FS Stahlhacke, 173 (177); ders., NZA 1989, 121 (123) und Richardi/Richardi, BetrVG, Einleitung Rn. 98 ff. jew. m.w.N.

<sup>143</sup> v. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 6 Rn. 9.

<sup>144</sup> Wiese/GK-BetrVG, § 87 Rn. 83.

<sup>145</sup> Laufende Geschäfte in diesem Sinne liegen bei Einzelmaßnahmen vor, wie etwa der Festsetzung des Urlaubs eines einzelnen Arbeitnehmers gem. § 87 Abs. 1 Nr. 5 Var. 3 BetrVG. Wenn durch einen förmlichen Betriebsratsbeschluss die Entscheidung hinsichtlich der Wahrnehmung der übrigen Mitbestimmungsrechte bereits vorbestimmt ist, kann die Wahrnehmung auch dieser Befugnisse, bspw. die Festsetzung von Akkord- und Prämiensätzen, zu den laufenden Geschäften gehören, vgl. Thüsing/Richardi, BetrVG, § 27 Rn. 60.

<sup>146</sup> Raab/GK-BetrVG, § 28 Rn. 13.



BetrVG. Letztlich dürfen gem. § 28 a BetrVG Arbeitsgruppen in den sozialen Angelegenheiten i.S.d. § 87 Abs. 1 BetrVG mitbestimmen, sofern die Angelegenheiten ihre Arbeitsabläufe betreffen<sup>147</sup>. Im Gegensatz zu den Ausschüssen kann die Arbeitsgruppe nach überwiegender Auffassung auch Betriebsvereinbarungen abschließen<sup>148</sup>.

Aus diesem differenzierten, abschließenden und gesetzlich zwingend ausgestalteten Monopol des Betriebsrats bzw. der übrigen betriebsverfassungsrechtlichen Institutionen, folgt aber der Schluss, dass dem Arbeitgeber von vornherein die Gestaltungsmacht zur Ausübung der Mitbestimmungsrechte fehlt. Das bestätigt auch ein Blick auf den Sinn und Zweck der Mitbestimmungsrechte, denn die Kontrollfunktion dieser Befugnisse wird letztlich auch nur erfüllt, wenn sie gegenüber dem Arbeitgeber ausgeübt werden<sup>149</sup>. Die Ausübung der Mitbestimmungsrechte ist dem Arbeitgeber also nicht etwa grundsätzlich möglich und durch das BetrVG nur untersagt: Dem Arbeitgeber fehlt es vielmehr von vornherein am rechtlichen Können – der Gestaltungsmacht – die Mitbestimmungsrechte im eigenen Namen (gegen sich selbst!) auszuüben<sup>150</sup>.

## 2. Rechtsfolge einer hypothetischen Delegation

Eine hypothetische Delegation würde zudem lediglich dazu führen, dass die Befugnisse erlöschen und könnte deshalb die von den Betriebspartnern erstrebte betriebsverfassungsrechtliche Legitimationswirkung auf der Seite des Arbeitgebers gar nicht entfalten<sup>151</sup>. Das Erlöschen der Mitbestimmungsbefugnisse in Folge einer Delegation wäre nämlich die Konsequenz einer sog. Konfusion von Rechten. Eine Delegation von Mitbestimmungsrechten an den Arbeitgeber würde bewirken, dass „Mitbestimmungsgläubiger und Mitbestimmungsschuldner“ in der Person des Arbeitgebers zusammentreffen. Treffen Forderung und Schuld aber in einer Person zusammen, führt das zum Erlöschen des Schuldverhältnisses<sup>152</sup>. Gleiches gilt für die

---

<sup>147</sup> Raab/GK-BetrVG, § 28 a Rn. 32.

<sup>148</sup> Raab/GK-BetrVG, § 28 a Rn. 43 m.w.N.

<sup>149</sup> Dies betont gerade auch Joussem, RdA 2005, 31 (33).

<sup>150</sup> Zur Frage einer fehlenden Gestaltungsmacht vgl. Heinrichs/Palandt, § 134 Rn. 5.

<sup>151</sup> E. Schmidt, Verzicht, S. 29. Im Ergebnis wohl ebenso BAG v. 26.4.2005 – 1 AZR 76/04, AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972.

<sup>152</sup> Zur Konfusion von Rechten vgl. Grüneberg/Palandt, Überbl v § 362 Rn. 4.



Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, weil sie aus Sicht des Arbeitgebers jedenfalls die Qualität einer unvollkommenen Verbindlichkeit haben<sup>153</sup>, d.h. mit einer Forderung des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitgeber vergleichbar sind.

Andererseits können die Auswirkungen einer unterstellten Delegation entgegen *E. Schmidt* nicht mit der Folge eines Verzichts auf die Mitbestimmungsrechte gleichgestellt werden<sup>154</sup>, d.h. dass die Befugnis *ipso iure* aufgehoben wird – sie damit niemandem mehr zusteht<sup>155</sup>. Zum einen sind widerrufbare Ermächtigungsregelungen denkbar<sup>156</sup>, bei denen es an der für den Verzicht erforderlichen Wirkung für die Zukunft fehlt<sup>157</sup>. Der Betriebsrat kann durch die Aufhebung der Ermächtigungsregelung die Mitbestimmungsbefugnisse also jederzeit wieder an sich ziehen. Zum anderen verbieten die subjektiven Voraussetzungen des Verzichts den Vergleich mit einer Delegation der Mitbestimmungsrechte: Die Analyse der Interessenlage der Betriebspartnern bei Abschluss einer Rahmenregelung ergibt, dass sie einen Verzichtswillen diametral entgegenläuft<sup>158</sup>.

### **C. Alleinentscheidungsrechte als Ausübung der Mitbestimmungsrechte**

Die überwiegende Meinung in der Literatur<sup>159</sup> sowie die überwiegende höchst- und instanzrichterliche Rechtsprechung<sup>160</sup> ordnen Rahmenregelungen, auch angesichts

<sup>153</sup> v. *Hoyningen-Huene*, FS Stahlhacke, 173 (178); ders. Betriebsverfassungsrecht, § 4 Rn. 20. Nach a.A. stellen die Mitbestimmungsrechte subjektive Rechte des Betriebsrats dar, vgl. etwa *Richardi/Richardi*, BetrVG, Einleitung, Rn. 102 f.

<sup>154</sup> *E. Schmidt*, Verzicht, S. 29.

<sup>155</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (32).

<sup>156</sup> *Baumann*, Delegation, S. 33 f.

<sup>157</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (32), vgl. dazu unter § 2 A. I. und II. 1.

<sup>158</sup> Vgl. dazu unter § 2 A. IV. 2. b).

<sup>159</sup> *Bertzbach*, Anm. 1 zu BAG 1.7.2003 – 1 ABR 22/02, jurisPR-ArbR 18/2003; *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (280); *Fitting*, BetrVG, § 87 Rn. 24; *Franzen*, NZA 2008, 250 (253); *Haußmann*, BAG EWiR § 77 BetrVG 1/04, 631 (632); *Henssler*, FS Hanau, 413 (432 ff.); *Hilger*, FS Sitzler, 153 (160 f.); *Klebe/DKKW-BetrVG*, § 87 Rn. 38 f.; *Löwisch/Kaiser/BetrVG*, § 87 Rn. 17; *Matthes/MünchArbR*, § 238 Rn. 12; *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 87 Rn. 75; *Rieble/KFA-ArbR*, § 87 BetrVG Rn. 8; *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (21 f.); *Sibben*, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 1 AZR 54/87, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Provision; *Weber*, Anm. zu BAG v. 2.3.1982 – 1 ABR 74/79, SAE 1982, 307 (308); *Wiese/GK-BetrVG*, § 87 Rn. 6; ders., Anm. zu BAG v. 14.2.1967 – 1 AZR 6/66, SAE 1968, 137 (140); ders. RdA 1968, 455 (456). Ebenso wohl *Otto*, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, EzA Nr. 16 zu §



der ihnen immanenten Alleinentscheidungsrechte, der Ausübung der Mitbestimmungsrechte zu und beurteilen lediglich zu umfassende Alleinentscheidungsrechte als Verzicht auf die Mitbestimmungsrechte<sup>161</sup>. Auch im folgenden Abschnitt wird das Institut der Ausübung von Rechten jedoch zunächst abstrakt vorgestellt (I.) und dann die Argumente für die Ausübungsthese differenziert, nach Rechtsprechung (II. 1.) und Literatur (II. 2.). Einer Kritik an den bisherigen Begründungsansätzen (III.) folgen ein eigener Lösungsvorschlag (IV.) und schließlich ein Fazit (V.).

### I. Die Ausübung von Rechten

Soweit ersichtlich findet sich keine Definition zur Ausübung von Rechten. Vorhandene Hinweise lassen sich auf die Formel reduzieren, dass eine Ausübung von Rechten vorliegt, wenn sie vom Berechtigten umfassend wahrgenommen, inhaltlich also vollumfänglich konsumiert werden<sup>162</sup>. Der Tatbestand der Ausübung steht somit den Tatbeständen aller vorgenannten Rechtsinstitute spiegelbildlich gegenüber<sup>163</sup>. Als Rechtsfolge der Ausübung tritt der Verbrauch des Rechts ein<sup>164</sup>. Die Rechtsfolge tritt insoweit ein, wie die Befugnis auch tatsächlich, d.h. insbesondere abschließend ausgeübt wird. Nimmt der Betriebsrat eine

---

87 BetrVG 1972 Leistungslohn, 11 (17 f.) der sowohl von einem partiellen Verzicht (S. 17) als auch von der im Voraus erteilten Zustimmung spricht (S. 18).

<sup>160</sup> BAG v. 28.07.1988 – 1 AZR 54/87, EZA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn; BAG v. 31.1.1989 – 1 ABR 67/87, AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang; BAG v. 28.4.1992 – 1 ABR 68/91, AP Nr. 11 zu § 50 BetrVG 1972; BAG v. 28.5.2002 – 1 ABR 40/01, AP Nr. 96 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, AP Nr. 19 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt; BAG v. 1.7.2003 – 1 ABR 22/02, AP Nr. 103 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 29.9.2004 – 5 AZR 559/03, AP Nr. 111 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit. Seit dem Beschluss vom 26.4.2005 – 1 AZR 76/04, AP Nr. 12 zu 87 BetrVG 1972 spricht das BAG ausdrücklich von einer ständigen Rechtsprechung, vgl. BAG v. 3.5.2006 – 1 ABR 14/05, AP Nr. 119 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 14.11.2006 – 1 ABR 4/06, AP Nr. 43 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung. Die Instanzgerichte folgen dem BAG, vgl. etwa LAG Hamm 22.8.2008 – 10 TaBVGa 11/08, juris, Rn. 96.

<sup>161</sup> So auch die Bestandsaufnahme bei *E. Schmidt*, Verzicht, S. 22 f. Als Vertreterin der Verzichtsthese, nimmt sie aber eine unzulässige Verknüpfung von Rechtsbegriff und rechtlicher Bewertung an.

<sup>162</sup> *Herschel*, Anm. zu BAG v. 14.2.1967 – 1 ABR 6/66, *ArbuR* 1967, 287 (288); *Joussen*, RdA 2005, 31 (32); *E. Schmidt*, Verzicht, S. 17 f.; *Wiese*, RdA 1968, 455 (456).

<sup>163</sup> *E. Schmidt*, Verzicht, S. 17.

<sup>164</sup> Synonym wird der Begriff Konsumtion verwendet, *Herschel*, Anm. zu BAG v. 14.2.1967 – 1 ABR 6/66, *ArbuR* 1967, 287 (288); *Joussen*, Anm. zu BAG v. 1.7.2003 – 1 ABR 22/02, SAE 2004, 109 (113); *E. Schmidt*, Verzicht S. 18; *Wiese*, RdA 1968, 455 (456).



Mitbestimmungsbefugnis daher nur zum Teil wahr, etwa wenn im Rahmen eines größeren Fragenkomplexes einige Fragen ungeregelt bleiben, ist ein Verbrauch nur bezüglich der geregelten Angelegenheit anzunehmen<sup>165</sup>. Erlischt die Befugnis dagegen durch eine abschließende und wirksame Regelung der sozialen Angelegenheit, kann sie in der konkreten Situation nicht ein zweites Mal ausgeübt werden<sup>166</sup>.

In Abgrenzung zum Verzicht bleibt die Grundbefugnis zur Mitbestimmung aber dauerhaft bestehen, sodass sich die Mitbestimmungsrechte trotz Ausübung wieder aktualisieren können. Endet eine konsumierende Vereinbarung nicht durch Zeitablauf, Bedingungseintritt oder einvernehmlich durch eine aufhebende oder abändernde Vereinbarung, kann der Betriebsrat sie kündigen und die Mitbestimmungsrechte somit erneut, ggf. initiativ, ausüben.

## II. Alleinentscheidungsrechte als abschließende Ausübung

### 1. Entwicklung der Rechtsprechung

#### a) Ausübung durch die Betriebspartner

Die erste Äußerung zur Rechtsnatur von Rahmenregelungen trifft das BAG in einem Urteil vom 28.10.1986<sup>167</sup>. Es geht seitdem davon aus, dass es sich bei der Einräumung von Alleinentscheidungsrechten grundsätzlich um eine vorweggenommene Ausübung der Mitbestimmungsrechte handelt.

Die Rechtsprechung unterscheidet diese Form der Ausübung auch ausdrücklich vom Verzicht auf die Mitbestimmungsrechte<sup>168</sup>, obwohl das BAG anerkennt, dass der Betriebsrat die Letztentscheidungskompetenz auf den Arbeitgeber delegiert<sup>169</sup> und sich seiner vorherigen Kontrollmöglichkeit der Einzelfallanweisungen des Arbeitgebers begibt<sup>170</sup>. Gleichzeitig betont das BAG

<sup>165</sup> *Herschel*, Anm. zu BAG v. 14.2.1967 – 1 ABR 6/66, *ArbuR* 1967, 287 (288); *E. Schmidt*, Verzicht, S. 18; *Wiese*, RdA 1968, 455 (456).

<sup>166</sup> *Herschel*, Anm. zu BAG v. 14.2.1967 – 1 ABR 6/66, *ArbuR* 1967, 287 (288); *Joussen*, RdA 2005, 31 (32); *E. Schmidt*, Verzicht, S. 18; *Wiese*, RdA 1968, 455 (456).

<sup>167</sup> BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>168</sup> BAG v. 26.07.1988 – 1 AZR 54/87, EZA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn; BAG v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, AP Nr. 19 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt.

<sup>169</sup> BAG v. 1.7.2003 – 1 ABR 22/02, AP Nr. 103 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>170</sup> BAG v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, AP Nr. 1 zu § 21a BetrVG 1972.



Abgrenzungsschwierigkeiten<sup>171</sup> und fragt im Rahmen der Rechtmäßigkeit danach, ob durch den Umfang eines Alleinentscheidungsrechts das Mitbestimmungsrecht in seiner Substanz beeinträchtigt ist<sup>172</sup>. Ausdrücklich unterstreicht das BAG jedoch, dass die bloße Möglichkeit einer Alleinentscheidung durch den Arbeitgeber nicht zu einer Substanzverletzung der Mitbestimmungsrechte führe<sup>173</sup>.

Im Rahmen der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG kann nach Ansicht der Rechtsprechung der Betriebsrat bspw. die mitbestimmungspflichtigen Regelungsfragen pauschal und antizipiert dahingehend mitregeln, dass bei erhöhtem Arbeitskräftebedarf durch die Anordnung von Überstunden reagiert werden darf ohne in jedem Einzelfall über mögliche andere Wege zu beraten und die Zustimmung des Betriebsrats einzuholen<sup>174</sup>. Für die Laufzeit solcher Vereinbarungen ist das Mitbestimmungsrecht nach Ansicht des BAG daher abschließend ausgeübt<sup>175</sup> und zwar unabhängig davon, ob die Einigung einvernehmlich oder durch Einigungsstellenspruch zustande kommt<sup>176</sup>. Die Rechte des Betriebsrats belaufen sich nach Abschluss einer Rahmenregelung auf den Anspruch auf eine vereinbarungsgemäße Durchführung gegen den Arbeitgeber nach § 77 Abs. 1 BetrVG<sup>177</sup>. Flankiert werde dieser Anspruch von dem Überwachungsrecht des Betriebsrats gem. § 80 Nr. 1 BetrVG. Diesbezüglich betont das BAG, dass § 80 Nr. 1 BetrVG gerade nicht zum Inhalt hat, dass jede Ausführung einer Betriebsvereinbarung der vorherigen Zustimmung des Betriebsrats bedarf<sup>178</sup>.

Seine These der abschließenden Ausübung der Mitbestimmungsrechte begründet das BAG mit dem Inhalt der Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1

<sup>171</sup> Dazu ausdrücklich BAG v. 26.07.1988 – 1 AZR 54/87, EZA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn.

<sup>172</sup> BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Provision; BAG v. 31.1.1989 – 1 ABR 67/87, AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG; BAG v. 28.4.1992 – 1 ABR 68/91, AP Nr. 11 zu § 50 BetrVG 1972; BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, AP Nr. 79 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, AP Nr. 19 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt; BAG v. 29.9.2004 – 5 AZR 559/03, AP Nr. 111 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 26.4.2005 – 1 AZR 76/04, AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972; BAG v. 3.5.2006 – 1 ABR 14/05, AP Nr. 119 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 14.11.2006 – 1 ABR 4/06, AP Nr. 43 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

<sup>173</sup> BAG v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, AP Nr. 19 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt.

<sup>174</sup> BAG v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, AP Nr. 19 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt.

<sup>175</sup> BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Provision; BAG v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, AP Nr. 19 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt.

<sup>176</sup> BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>177</sup> BAG v. 8.8.1989 – 1 ABR 59/88, AP Nr. 11 zu § 23 BetrVG 1972.

<sup>178</sup> BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.



BetrVG. Es wendet sich bereits in einem Urteil vom 7.9.1956 gegen die Auffassung von *Dietz*, nach der die Mitbestimmungsrechte in sozialen Angelegenheiten dem Betriebsrat lediglich einen Regelungsanspruch zuordnen und ihre Verwirklichung ausschließlich durch generelle, auf Dauer und für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen abgeschlossene Betriebsvereinbarungen möglich ist<sup>179</sup>. Das BAG sieht den Sinn und Zweck der allgemein gewährten Mitbestimmungsrechte dagegen nur verwirklicht, wenn grundsätzlich jede Einzelmaßnahme des Arbeitgebers dem Erfordernis einer vorherigen Einigung mit dem Betriebsrat unterworfen wird und diese notfalls durch die Einigungsstelle ersetzt wird. Im gleichen Zug hebt das Gericht allerdings hervor, dass auch die allgemein gewährten Mitbestimmungsrechte durch eine generelle Vereinbarung gestaltet werden können, sofern die Substanz des Mitbestimmungsrechts unberührt bleibt<sup>180</sup>.

Im Rahmen der Rechtsprechung zum Bestand der Mitbestimmungsrechte in Eilfällen griff das BAG den letztgenannten Gedanken wieder auf<sup>181</sup>. Nach Lesart des Gerichts erfordere das Gesetz nicht zwingend, dass zu jeder einzelnen mitbestimmungspflichtigen Maßnahme auch jeweils die Zustimmung des Betriebsrats eingeholt werden muss<sup>182</sup>. In gleichliegenden, immer wieder auftretenden Eilfällen könne der Betriebsrat seine Zustimmung auch im Voraus erteilen und so dem besonderen Umstand Rechnung tragen, dass ein Beschluss des Betriebsrats in Eilfällen nicht herbeigeführt werden kann. Durch diese antizipierte Ausübung wird den Mitbestimmungsrechten nach diesem Verständnis in einer Weise Geltung verschafft, die eine Beschlussfassung in jedem einzelnen Eilfall vermeidet<sup>183</sup>.

Im nächsten Schritt wandte das BAG dieses Verständnis vom Inhalt der Mitbestimmungsrechte auch in Konstellationen an, denen kein Eilfall zu Grunde lag – denen der Umstand einer tatsächlichen Unmöglichkeit der Einzelfallbeschlussfassung also fehlte – und nahm allgemein die Möglichkeit einer vorweg-

---

<sup>179</sup> *Dietz*, BetrVG, 2. Aufl., § 56 Anm. 1 bis 5, 15; ders. FS Nipperdey, 147 (151 ff.), sog. Theorie der erzwingbaren Mitbestimmung, vgl. unter § 1 B. II. 3.

<sup>180</sup> BAG v. 7.9.1956 – 1 AZR 646/54, AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG 1952.

<sup>181</sup> BAG v. 2.3.1982 – 1 ABR 74/79, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>182</sup> Zuletzt BAG v. 3.5.2006 – 1 ABR 14/05, AP Nr. 119 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>183</sup> BAG v. 2.3.1982 – 1 ABR 74/79, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.



genommenen Ausübung der Mitbestimmungsrechte an<sup>184</sup>. Zur Begründung hob es erneut hervor, dass das Gesetz nicht zwingend fordere, zu jeder einzelnen mitbestimmungspflichtigen Maßnahme jeweils die Zustimmung des Betriebsrats einzuholen.

### **b) Ermessenskonforme Gestaltung durch Einigungsstellenspruch**

Nach Ansicht des BAG kommt auch ein Einigungsstellenspruch, der Alleinentscheidungsbefugnisse des Arbeitgebers begründet, grundsätzlich keinem Verzicht auch auf die Mitbestimmungsrechte gleich, sondern kann sich als ermessenskonforme Regelung darstellen<sup>185</sup>. Andererseits sei die Einigungsstelle jedoch verpflichtet, die ihr angetragene Meinungsverschiedenheit zu Regelungsstreitigkeiten durch eine eigene Regelung selbst und vollständig zu lösen, soweit die Streitfrage dem Regelungsbereich der notwendigen Mitbestimmung unterfällt<sup>186</sup>. Sobald die Einigungsstelle Alleinentscheidungsmöglichkeiten des Arbeitgebers beschließt, entsteht folglich ein Konflikt zur gesetzwidrigen Unterlassung einer eigenen Ermessensentscheidung durch die Einigungsstelle und es fragt sich, ob sich der Einigungsstellenspruch nicht als eine „unbeachtliche Nichtregelung“ darstellt<sup>187</sup>.

In diesem Zusammenhang beschloss der 1. Senat des BAG am 18.4.1989 aber, dass eine abschließende Ausübung des Regelungsermessens auch dann anzunehmen sei, wenn die Einigungsstelle dem Arbeitgeber kein – an bestimmte Voraussetzungen gebundenes – Alleinentscheidungsrecht einräumt, obwohl ein solches unter Umständen sinnvoller gewesen wäre<sup>188</sup>. Voraussetzung für eine abschließende Ausübung des Ermessens sei jedoch, dass der Regelungsstreit durch

---

<sup>184</sup> BAG v. 11.3.1986 – 1 ABR 12/84, AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 31.1.1989 – 1 ABR 67/87, AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang.

<sup>185</sup> BAG v. 11.2.1992 – 1 ABR 51/91, AP Nr. 50 zu § 76 BetrVG 1972, unter B. II. 3. der Gründe; BAG v. 8.6.2004 – 1 ABR 4/03, AP Nr. 20 zu § 76 BetrVG 1972 Einigungsstelle unter B. III. 4. a. der Gründe; BAG v. 26.8.2008 – 1 ABR 16/07, AP Nr. 54 zu § 75 BetrVG 1972, unter B. II. 3. c. aa. der Gründe.

<sup>186</sup> Vgl. BAG v. 26.8.2008 – 1 ABR 16/07, AP Nr. 54 zu § 75 BetrVG 1972; BAG v. 14.12.1993 – 1 ABR 31/93, AP Nr. 65 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

<sup>187</sup> Erst in diesem Spannungsfeld wird die Figur der „unbeachtlichen Nichtregelung“ verständlich, die teilweise für Verwirrung sorgt, vgl. etwa *Kraft*, Anm. zu BAG v. 18.4.1989 – 1 ABR 2/88, AP Nr. 34 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit, unter III.

<sup>188</sup> BAG v. 18.4.1989 – 1 ABR 2/88, AP Nr. 34 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.



den Spruch der Einigungsstelle im Kern gelöst wird. Der zu beurteilende Einigungsstellenspruch zu Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG war nach Auffassung des BAG derart detailliert, dass für den Regelfall die Aufstellung von Dienstplänen unter Beachtung der Mitbestimmungsrechte möglich ist und sachliche Differenzen im konkreten Einzelfall eingegrenzt werden<sup>189</sup>.

In einer Entscheidung vom 26.8.2008 ergänzte das BAG, dass solche Einigungsstellensprüche dem Umstand Rechnung tragen, dass abstrakt-generelle Regelungen wegen ihrer Abstraktion bisweilen konkrete Konflikte nicht abschließend lösen können, deren sachgerechte Regelung von den Einzelfällen abhängig ist. Durch einen Einigungsstellenspruch, dessen Regelungen die gesetzliche Struktur und den rechtlichen Konfliktlösungsmechanismus beibehalten, d.h. eine Einigung der Betriebspartner im Einzelfall verlangen und bei einer Nichteinigung den erneuten Einsatz einer Einigungsstelle erfordern, entziehe sich die angerufene Einigungsstelle daher nicht in unzulässiger Weise ihrem Regelungsauftrag<sup>190</sup>. Eine „unbeachtliche Nichtregelung“ stellen solche Einigungsstellensprüche nach Ansicht der Rechtsprechung demnach nicht dar<sup>191</sup>.

## 2. Ansätze in der Literatur

Auch in der Literatur überwiegt die Annahme, dass Rahmenregelungen eine antizipierte Ausübung der Mitbestimmungsrechte zu Grunde liegt und das ihnen immanente Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers nicht zwingend einen (Teil-) Verzicht auf die Mitbestimmungsrechte darstellt, sondern hinsichtlich des betreffenden Regelungsgegenstands ein abschließender Verbrauch vorliegt<sup>192</sup>. Im

<sup>189</sup> BAG v. 18.4.1989 – 1 ABR 2/88, AP Nr. 34 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit, unter B. II. 3. der Gründe.

<sup>190</sup> BAG v. 26.8.2008 – 1 ABR 16/07, AP Nr. 54 zu § 75 BetrVG 1972.

<sup>191</sup> BAG v. 18.4.1989 – 1 ABR 2/88, AP Nr. 34 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 26.8.2008 – 1 ABR 16/07, AP Nr. 54 zu § 75 BetrVG 1972.

<sup>192</sup> *Bertzbach*, Anm. 1 zu BAG 1.7.2003 – 1 ABR 22/02, jurisPR-ArbR 18/2003; *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (280); *Fitting*, BetrVG, § 87 Rn. 24; *Franzen*, NZA 2008, 250 (253); *Haußmann*, BAG EWiR § 77 BetrVG 1/04, 631 (632); *Hilger*, FS Sitzler, 153 (160 f.); *Henssler*, FS Hanau, 413 (432 ff.); *Klebe/DKKW-BetrVG*, § 87 Rn. 38 f; *Löwisch/Kaiser/BetrVG*, § 87 Rn. 17; *Matthes/MünchArbR*, § 238 Rn. 12; *Rieble/KFA-ArbR*, § 87 BetrVG Rn. 8; *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (23 und insb. 24); *Sibben*, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 1 AZR 54/87, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Provision; *Weber*, Anm. zu BAG v. 2.3.1982 – 1 ABR 74/79, SAE 1982, 307 (308); *Wiese/GK-BetrVG*, § 87 Rn. 6; ders., Anm. zu BAG v. 14.2.1967 – 1 AZR 6/66, SAE 1968, 137 (140); ders. RdA 1968, 455 (456). Wohl auch



Anschluss an die Rechtsprechung wird ein Verzicht erst angenommen, wenn durch den materiellen Umfang des Alleingestaltungsrechts die Substanz des Mitbestimmungsrechts beeinträchtigt ist<sup>193</sup>.

### a) Konkretisierung der Mitbestimmungsrechte

Diese Annahme wird einerseits mit der Unbestimmtheit der Mitbestimmungsrechte begründet<sup>194</sup> und im Gleichklang mit der Rechtsprechung betont, dass das Gesetz nicht erfordere, dass der Arbeitgeber zu jeder mitbestimmungspflichtigen Einzelmaßnahme jeweils die Zustimmung des Betriebsrats einholt<sup>195</sup>. Der Sinn und Zweck der vom Gesetzgeber allgemein gewährten Mitbestimmungsrechte sei es, dass die Betriebspartner für die betriebliche Praxis eine Konkretisierung der Mitbestimmungsrechte durch eine gemeinsame, für die betrieblichen Belange angemessene Regelung, herbeiführen. Deshalb handele es sich um die Verwirklichung der Mitbestimmungsrechte, selbst wenn dem Arbeitgeber das Recht eingeräumt wird, unter bestimmten Voraussetzungen einseitig einzelne Maßnahmen zu treffen<sup>196</sup>.

Bei gleichliegenden, immer wieder eintretenden Konstellationen, kann der kollektiv-generelle Gehalt einer Arbeitgebermaßnahme zudem im Voraus geregelt werden<sup>197</sup> und weil Zustimmungen grundsätzlich im Voraus erteilt werden können, sei dieses Vorgehen auch grundsätzlich unbedenklich<sup>198</sup>. Die administrative Vollzugsentscheidung des Arbeitgebers werde dann durch die paritätisch mitbestimmte Struktur der Rahmenregelung geprägt, sodass auch dieser „mitbestimmungsfreie Raum“ im Hinblick auf den Normzweck des Mitbestimmungsrechts unschädlich sei<sup>199</sup>.

---

*Otto*, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, EzA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn, 11 (18) und *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 87 Rn. 75.

<sup>193</sup> *Henssler*, FS Hanau, 413 (433); *Matthes/MünchArbR*, § 238 Rn. 12 und § 242 Rn. 29; *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (23); *Wiese/GK-BetrVG*, § 87 Rn. 6.

<sup>194</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (22); *Wiese* Anm. zu BAG v. 14.2.1967 – 1 AZR 6/66, SAE 1968, 137 (140); *ders.*, RdA 1968, 455 (456); *ders./GK-BetrVG*, § 87 Rn. 6.

<sup>195</sup> *Weber*, Anm. zu BAG v. 2.3.1982 – 1 ABR 74/79, SAE 1982, 307 (308).

<sup>196</sup> *Wiese/GK-BetrVG*, § 87 Rn. 6.

<sup>197</sup> *Otto*, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, EzA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn, 11 (18 f.).

<sup>198</sup> *Wiese/GK-BetrVG*, § 87 Rn. 6; zustimmend *Henssler*, FS Hanau, 413 (433).

<sup>199</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (24).



Von der vorgenannten Konstellation grenzt *Wiese* aber den Fall ab, wenn im Rahmen eines größeren zu regelnden Fragenkomplexes das Mitbestimmungsrecht nicht voll ausgeschöpft wird. Hier könne eine reine – ggf. pflichtwidrige – Untätigkeit des Betriebsrats vorliegen oder aber, wenn der Betriebsrat den unregulierten Teil dem Arbeitgeber zur alleinigen Entscheidung überlassen wollte, ein – ggf. unzulässiger – Verzicht<sup>200</sup>. Wann der Betriebsrat dem Arbeitgeber die Regelungsbefugnis in so weitem Maße überlassen hat, dass von seiner Mitbestimmung praktisch nichts mehr übrig bleibt und deshalb ein Verzicht angenommen werden müsse, ist auch nach dieser Ansicht nur im Einzelfall und zudem schwierig festzustellen<sup>201</sup>.

### b) Betriebsautonomie

Eine andere Argumentationslinie setzt bei der Autonomie der Betriebspartner an. Nach *Säcker/Oetker* sei es ausschließlich Sache der Betriebspartner, wie sie die ihnen übertragene Schutz- und Ordnungsfunktion erfüllen, d.h. ob und wie sie eine notwendig mitbestimmungspflichtige Angelegenheit inhaltlich ausgestalten und strukturieren<sup>202</sup>. Der Inhalt der Regelungsautonomie enthält nach ihrer Ansicht auch die Freiheit der Betriebspartner, nicht nur eine jeweils punktuelle Einigung herbeizuführen, sondern auch eine abstrakt-generelle, von den jeweiligen Besonderheiten des konkreten mitbestimmungspflichtigen Vorgangs losgelöste, Dauerregelung zu treffen. Für diejenigen Sachverhalte, die situationsbedingt einer dauerhaften ex-ante Regelung nicht zugänglich sind, weil nicht sämtliche regelungsbedürftige und grundsätzlich mitbestimmungspflichtige Einzelfragen vorab normativ erfasst werden können, stehe den Betriebspartnern dann auch die Autonomie zu, neben dem „Wie“ auch über das „Wer“ hinsichtlich des Vollzugs der Dauerregelung zu entscheiden. Ob die Betriebspartner die Vereinbarung eines dahingehenden Alleinentscheidungsrechts des Arbeitgebers für sachgemäß und angemessen halten, obliege damit ihrer autonomen Entscheidung. Die Einräumung

---

<sup>200</sup> *Wiese*, RdA 1968, 455 (456).

<sup>201</sup> *Wiese/GK-BetrVG*, § 87 Rn. 6; ders. RdA 1968, 455 (456).

<sup>202</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (22), unter Verweis auf BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.



eines Alleinentscheidungsrechts stelle sich daher als Folge der Ausübung der Befugnisse dar und sei mit einem Verzicht nicht vergleichbar<sup>203</sup>.

### c) Pragmatischer Ansatz

*Hilger* stützt die These der Ausübung der Mitbestimmungsrechte mit tatsächlichen Erwägungen. Das Mitbestimmungsrecht bei Sozialeinrichtungen gem. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG bspw. sehe zwar *da lege lata* vor, dass jede einzelne Verwaltungsmaßnahme der Mitbestimmung unterliegt. Soll die Verwaltung aber nicht lahm gelegt werden, sei eine mittelbare Form der Beteiligung im Regelfall der einzige gangbare Weg. Deshalb stelle es auch keinen unzulässigen Verzicht dar, wenn sich die Betriebspartner nur auf die Durchführung der Verwaltung einer Sozialeinrichtung einigen und etwa das ausführende Organ paritätisch oder jedenfalls einvernehmlich besetzen<sup>204</sup>.

### d) Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit

Letztlich hebt *Henssler* das Gebot zur vertrauensvollen Zusammenarbeit i.S.d. § 2 Abs. 1 BetrVG hervor, um die Annahme einer Ausübung der Mitbestimmungsrechte zu untermauern. Wenn eine Rahmenregelung für einen störungsfreien und reibungslosen Betriebsablauf notwendig ist, dürfe sich der Betriebsrat der Mitwirkung an einer Rahmenregelung gem. § 2 Abs. 1 BetrVG nicht verschließen<sup>205</sup>. Das gelte auch, wenn damit eine weitgehende Reduzierung des Mitbestimmungsrechts einhergeht<sup>206</sup>.

## III. Kritik

Im Ergebnis überzeugt die Verbrauchsthese, d.h. Rahmenregelungen kommen auch angesichts der ihnen immanenten Alleinentscheidungsrechte des Arbeitgebers als gesetzlich intendierte Form der Ausübung der Mitbestimmungsrechte in Betracht (IV.). Nicht alle Ansätze vermögen das allerdings stichhaltig zu begründen.

---

<sup>203</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (23).

<sup>204</sup> *Hilger*, FS Sitzler, 153 (160 f.).

<sup>205</sup> *Henssler*, FS Hanau, 413 (433); *Kothe/HaKo-BetrVG*, § 87 Rn. 21.

<sup>206</sup> *Henssler*, FS Hanau, 413 (433).



## 1. Erfordernis der Mitbestimmung im Einzelfall?

Die allgemeine Meinung lehnt die Theorie der erzwingbaren Mitbestimmung mit dem Argument ab, dass dem Sinn und Zweck der allgemein gewährten Mitbestimmungsrechte nicht entsprochen wird, wenn man die Mitbestimmung auf den Abschluss genereller Regelungen beschränkt<sup>207</sup>. Im Zusammenhang mit der Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten wird dann allerdings argumentiert, dass eben durch eine generelle Rahmenregelung diese Mitbestimmungsrechte abschließend konsumiert werden können, da das Gesetz nicht zwingend fordere, zu jeder mitbestimmungspflichtigen Einzelmaßnahme jeweils die Zustimmung des Betriebsrats einzuholen. Ohne eingehende Begründung wirkt dieses Argument daher widersprüchlich und nicht erläuternd.

## 2. Grenzenlose Betriebsautonomie?

Diese notwendige Begründung vermag auch der Rückgriff auf die Betriebsautonomie nicht ohne weitere Erläuterungen zu leisten. Woher die Freiheit kommen soll, sich über die vom Gesetz erfasste Einzelfallmitbestimmung hinwegzusetzen und bis zu welchem Grad dies legitim ist, ist ja gerade zu beweisen. Insbesondere die Prämisse dieses Ansatzes, es sei „ausschließlich Sache der Betriebsparteien, ob und wie sie eine Sachmaterie ausgestalten“, reicht zu weit. Bereits der Wortlaut des § 87 Abs. 1 BetrVG sieht ein derart unabhängiges „Ob“ der Regelung nicht vor. Dort heißt es, der Betriebsrat „...hat, ...mitzubestimmen“<sup>208</sup>. Nach allgemeiner Auffassung stellen die Mitbestimmungsrechte zudem sog. Pflichtenrechte dar<sup>209</sup>. Das sind solche Rechte, die von vornherein mit einer besonderen, den gesamten Rechtsinhalt prägenden Pflichtbindung versehen sind und deren Ausübung nicht

---

<sup>207</sup> Grundlegend BAG v. 7.9.1956 – 1 AZR 646/54, AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG 1952; *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 87 Rn. 30; *Wiese/GK-BetrVG*, vor § 87 Rn. 15; *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, § 49 III. 3. Siehe auch *Klebe/DKKW-BetrVG*, § 87 Rn. 39. Ausführlich dazu bereits unter § 1 B. II. 3.

<sup>208</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (36).

<sup>209</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279); *Buchner*, FS Müller, 93 (100 f.); *Däubler/DKKW-BetrVG*, Einleitung Rn. 86b und *Klebe* zu § 87 Rn. 38 f.; *Düwell/HaKo-BetrVG*, § 23 Rn. 8; *Franzen*, NZA 2008, 250 (253); v. *Hoyningen-Huene*, NZA 1989, 121 (123); *Lehmpuhl*, Nichtausübung, S. 59; *Oetker/GK-BetrVG*, § 23 Rn. 17; *Richardi/Richardi*, BetrVG, Einleitung Rn. 109; *E. Schmidt*, Verzicht, S. 149 f.; *Thüsing/Richardi*, BetrVG, § 23 Rn. 4; *Wiese*, RdA 1968, 455 (457); ders. Anm. zu BAG v. 14.2.1967 – 1 AZR 6/66, SAE 1968, 137 (140); im Ergebnis auch *Trümmer*, FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 395 (403).



dem eigenen Interesse, sondern dem Interesse anderer Rechtssubjekte unterstellt ist<sup>210</sup>. Die Mitbestimmungsrechte schaffen damit spiegelbildlich zur Berechtigungslage eine Pflichtenstellung für den Betriebsrat<sup>211</sup>. Der Pflichtbindung entspringt dabei zwar kein einfordersbares Leistungsrecht des Arbeitgebers, der Belegschaft oder einzelner Arbeitnehmer: Die Pflichtbindung muss als sog. unvollkommene Verbindlichkeit des Betriebsrats verstanden werden und kann – auch nur vom Arbeitgeber – lediglich mittelbar vor der Einigungsstelle geltend gemacht werden<sup>212</sup>. Die Mitbestimmungsrechte auszuüben, mithin das „Ob“ der Mitbestimmung ist jedoch eine Rechtspflicht für den Betriebsrat und steht gerade nicht zu seiner Disposition<sup>213</sup>.

### 3. Zustimmung oder Blindzustimmung?

Dass Zustimmungen generell im Voraus erteilt werden können und deshalb eine antizipierte Ausübung der Mitbestimmungsrechte vorliegt, kann leicht mit dem Gegenargument von *Herschel* entkräftet werden, nachdem hinsichtlich des Alleinentscheidungsspielraums eine bloß unbeachtliche und rechtsunwirksame „Blindzustimmung“<sup>214</sup> vorliegt. Selbst eine antizipierte Regelung des kollektiv-generellen Gehalts der Arbeitgebermaßnahmen und der daraus resultierende Umstand, dass der Arbeitgeberentscheidung im Einzelfall ein mitbestimmter Charakter gegeben wird<sup>215</sup>, hilft darüber nicht hinweg. Vielmehr liegt es im Wesen „des Abstrakten, dass ihm das Konkrete fehlt; es ist ja eben von ihm abstrahiert. Deshalb bleiben grundsätzlich bei jeder abstrakten Regelung konkrete Entscheidungselemente und damit die endgültige Entscheidung offen. Mindestens

<sup>210</sup> *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 16 Rn. 6.

<sup>211</sup> Die Pflichtbindung trifft neben dem Kollektiv auch das einzelne Betriebsratsmitglied, vgl. *Buchner*, FS Müller, 93 (100 ff.).

<sup>212</sup> v. *Hoyningen-Huene*, NZA 1989, 121 (123).

<sup>213</sup> ArbG Essen v. 1.7.2003 – 2 BV 2/03, juris, unter B. II. 3. der Gründe; *Brossette*, ZfA 1992, 379 (400); *Däubler/DKKW-BetrVG*, Einleitung Rn. 86b; *Fitting*, BetrVG, § 23 Rn. 36; *Galperin/Löwisch*, BetrVG § 23 Rn. 32; *Joussen*, RdA 2005, 31 (35); *Koch/ErfKo*, § 23 BetrVG Rn. 3; *Maschmann/KFA-ArbR*, § 23 BetrVG Rn. 3; *Oetker/GK-BetrVG*, § 23 Rn. 101; *Schlochauer/HSWG NR*, § 23 Rn. 41 und 46; *Trimmer*, FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 395 (403).

<sup>214</sup> *Herschel*, Anm. zu BAG v. 23.3.1962 – 1 ABR 13/60, ArbuR 1962, 350 (351).

<sup>215</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (24); ähnlich *Otto*, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, EzA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn, 11 (18 f.).



ist hier (...) für eine Mitbestimmung des Betriebsrats Raum<sup>216</sup>. Auch die vorgeprägte Alleinentscheidung des Arbeitgebers enthält daher stets mitbestimmungswürdige Elemente<sup>217</sup>. Das ist die Kernaussage, mit der die Theorie der erzwingbaren Mitbestimmung zu Recht abgelehnt wird<sup>218</sup> und das belegen die Konflikte einer Alleinentscheidung des Arbeitgebers zu der Mitbeurteilungs- und Mitgestaltungsfunktion der Mitbestimmungsrechte<sup>219</sup>. Das BAG betont selbst, dass sich der Betriebsrat der vorherigen Kontrollmöglichkeit der Einzelfallanweisungen des Arbeitgebers zum Teil begibt<sup>220</sup>.

Angesichts dieser Konflikte bleibt insbesondere die Frage offen, warum eine erschöpfende Ausübung der Mitbestimmungsrechte vorliegen soll, wenn schon die Rahmenregelung selbst nicht auf sämtliche im Vorfeld normierbaren Regelungsfragen eingeht, d.h. „Fragen ungeregelt gelassen hat, an denen die Arbeitnehmer des Betriebs ein Interesse haben“<sup>221</sup> und auch solche Regelungsfragen der Alleingestaltung des Arbeitgebers obliegen<sup>222</sup>. Zweifelsfrei beantwortet auch dieser Ansatz deshalb nicht, warum es sich gerade um eine gesetzeskonforme Ausübung der Mitbestimmungsrechte handelt, obwohl die vom Sinn und Zweck grundsätzlich erfasste Mitbestimmung der Einzelfälle ausbleibt.

#### IV. Eigener Ansatz

Ein Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers kommt trotz der dargestellten Konflikte zum Sinn und Zweck der Mitbestimmungsrechte als gesetzeskonforme Ausübung der Mitbestimmungsrechte in Frage (2.). Das wird allerdings nur deutlich, wenn der Charakter der Mitbestimmungsrechte als Kompetenztitel zur Wahrnehmung von Belegschaftsinteressen und der daraus folgende Spielraum einer gesetzmäßigen Ausübung erkannt worden sind (1.).

Allerdings ist nicht jede Rahmenregelung als abschließende Ausübung der Mitbestimmungsrechte zu verstehen: Werden dem Arbeitgeber durch die Betriebs-

<sup>216</sup> *Herschel*, Anm. zu BAG v. 23.3.1962 – 1 ABR 13/60, *ArbuR* 1962, 350 (351).

<sup>217</sup> BAG v. 7.9.1956 – 1 AZR 646/54, AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG 1952; *Klebe/DKKW-BetrVG*, § 87 Rn. 39.

<sup>218</sup> Siehe unter § 1 B. II. 3.

<sup>219</sup> Siehe unter § 1 B. III. 1. und 2.

<sup>220</sup> BAG v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, AP Nr. 1 zu § 21a BetrVG 1972.

<sup>221</sup> So die Rahmenregelung bei BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit, vgl. unter B. 4. der Gründe.

<sup>222</sup> Siehe dazu bereits unter § 1 B. III. 1.



partner oder die Einigungsstelle zu umfangreiche Alleinentscheidungsrechte eingeräumt – eine Frage der Rechtmäßigkeit der Rahmenregelung – liegt dem eine unzulässige Nichtausübung der Mitbestimmungsrechte zu Grunde. Entgegen der teilweise vorherrschenden Ansicht ist es daher unzutreffend, in jeder Alleinentscheidungsmöglichkeit des Arbeitgebers einen rechtfertigungsbedürftigen (Teil-) Verzicht des Betriebsrats auf seine Mitbestimmungsrechte zu sehen (3).

Dieses dogmatische Verständnis der Alleinentscheidungsrechte hat letztlich auch Auswirkungen bei der Frage nach der Rechtsqualität der einseitigen Anordnungen des Arbeitgebers. Die Alleinentscheidungsrechte sind nicht zwingend auf das Verhältnis der Betriebspartner zueinander beschränkt, sondern können durchaus auch gegenüber den Arbeitnehmern normative Wirkung entfalten (4).

### 1. Rahmen gesetzmäßiger Ausübung

Der Ausgangspunkt für die Einordnung der Alleinentscheidungsrechte als abschließende Ausübung der Mitbestimmungsrechte ist die zutreffende Feststellung von *Wiese*, dass die Betriebspartner eine Konkretisierung der allgemein gewährten Mitbestimmungsrechte durch eine gemeinsame, für die betrieblichen Belange angemessene Regelung herbeiführen müssen<sup>223</sup>. Nur diese Prämisse trägt dem Charakter der Mitbestimmungsrechte als Ermächtigungsgrundlagen in ausreichendem Maße Rechnung. Die Mitbestimmungsrechte stellen nämlich Befugnisse dar, die dem Betriebsrat Kompetenzen für die Wahrnehmung von Arbeitnehmerinteressen verleihen<sup>224</sup>. Die Sachentscheidung, wie die Interessen der Belegschaft mit den betrieblichen Interessen zum Ausgleich gebracht werden, geben die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1 BetrVG dagegen bewusst nicht vor. Einen Anspruch auf eine bestimmte Art der Rechtschöpfung gibt es nicht<sup>225</sup>. Die Durchsetzung der geschützten Belegschaftsinteressen erfolgt zudem nur im Rahmen des positiven Konsenses mit dem Arbeitgeber. Die Betriebspartner müssen

---

<sup>223</sup> *Wiese* Anm. zu BAG v. 14.2.1967 – 1 AZR 6/66, SAE 1968, 137 (140); ders., RdA 1968, 455 (456); ders./GK-BetrVG, § 87 Rn. 6.

<sup>224</sup> *Derleder*, ArbuR 1983, 289 (299); *Gaul*, Anm. zu BAG v. 17.10.1989, AP Nr. 39 zu § 76 BetrVG 1972 unter 3; *Heinze*, ZfA 1988, 53 (61 ff.); *Löwisch/Kaiser/BetrVG*, § 87 Rn. 18, sprechen von „Ermächtigungsgrundlagen“.

<sup>225</sup> *Dütz*, ZfA 1972, 247 (260); v. *Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, § 12 Rn. 24.



sich dazu nach vertraglichen Prinzipien einigen<sup>226</sup>, d.h. eine Abwägung der beiderseitigen, meist gegenläufigen Interessen vornehmen<sup>227</sup>. Bei der Verhandlung mit dem Arbeitgeber steht dem Betriebsrat dazu ein Beurteilungsspielraum zu<sup>228</sup>. Das betriebspolitische Mandat ist bewusst als freies Mandat ausgestaltet<sup>229</sup>, sodass er bei seiner Willensbildung weder an bestimmte Verweigerungsgründe gebunden ist, noch auf die Geltendmachung von Rechtsgründen beschränkt wird<sup>230</sup>. Im Rahmen seines Mitbeurteilungs- und Mitregelungsauftrages in den sozialen Angelegenheiten muss sich der Betriebsrat gerade auch von Gründen der Zweckmäßigkeit leiten lassen<sup>231</sup>.

Der Inhalt der allgemein gewährten Mitbestimmungsrechte ermöglicht es dem Betriebsrat daher zunächst, in jedem Einzelfall alle vom Zweck erfassten Belegschaftsinteressen durch Mitgestaltung und Mitbeurteilung der konkreten Situation im Rahmen einer Einigung mit dem Arbeitgeber durchzusetzen. Geschieht dies, ist der Sinn und Zweck der Mitbestimmung erreicht und es liegt zweifelsfrei eine abschließende Ausübung der Mitbestimmungsrechte vor.

Der Rahmen an rechtmäßiger Ausübung des Handlungsermessens des Betriebsrats ist damit allerdings erst zu einer Seite hin abgesteckt und zwar zu der, welche die Interessen der Belegschaft bestmöglich durchsetzt. Angesichts der bestehenden Verpflichtung für den Betriebsrat, gem. § 2 Abs. 1 BetrVG bei der Ausübung seiner Befugnisse auch die betrieblichen Belange zu berücksichtigen, ist es allerdings zwingend, auch eine gegenüberliegende Grenze der rechtmäßigen Ausübung der Mitbestimmungsrechte anzuerkennen. Bewegt sich der Betriebsrat bei der Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte innerhalb dieser Grenzen, übt er seine Befugnisse daher in gesetzeskonformer Weise aus.

Erst jenseits dieser Schranken befindet sich der Betriebsrat in den Kategorien von Nichtausübung und Verzicht, wenn er die Durchsetzung der ihm

<sup>226</sup> So die ganz herrschende „Vertragstheorie“, vgl. *Kreutz*, Betriebsautonomie S. 14 ff; *ders./GK-BetrVG*, § 77 Rn. 35 f. m.w.N.

<sup>227</sup> *Kania/ErfKo*, § 87 BetrVG Rn. 138.

<sup>228</sup> *Belling*, Haftung, S. 190; *Pflüger*, Repräsentativsystem, S. 88 f. und wohl auch *Franzen*, NZA 2008, 250 (253).

<sup>229</sup> v. *Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, § 4 Rn. 33 m.w.N.

<sup>230</sup> Vgl. schon zu § 56 BetrVG 1952 *Dietz*, RdA 1969, 1 (6). Anders etwa bei § 99 BetrVG. Dort handelt es sich um eine Zustimmung nach dem sog. negativen Konsensprinzip, vgl. v. *Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, § 11 Rn. 7 f.

<sup>231</sup> *Söllner*, FS 25 Jahre BAG, 605 (611), vgl. auch § 1 E.



überantworteten Belange durch die Einräumung eines zu umfangreichen Alleinentscheidungsrechts vernachlässigt. Andererseits bewegt sich der Betriebsrat im Bereich der freiwilligen Mitbestimmung i.S.d. § 88 BetrVG, wenn er Belange geltend macht, die in keinem Sachzusammenhang zum jeweiligen Zweck der Tatbestände des § 87 Abs. 1 BetrVG stehen<sup>232</sup>. Die Kompetenztitel, aus denen die Befugnis zur notwendigen Mitbestimmung folgt, sind in den Nr. 1 bis Nr. 13 des § 87 Abs. 1 BetrVG nämlich abschließend aufgezählt<sup>233</sup>. Eine mitbestimmungsrechtliche Generalklausel für die sozialen Angelegenheiten ließ sich im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens gerade nicht durchsetzen<sup>234</sup>. Daraus folgt, dass der Betriebsrat nur auf die Berücksichtigung solcher Interessen beharren kann bzw. deren Berücksichtigung erzwingen kann, die im Sachzusammenhang mit einem in § 87 Abs. 1 BetrVG genannten Mitbestimmungstatbestand stehen<sup>235</sup>.

## 2. Gesetzeskonformität von Alleinentscheidungsrechten

Die Alleinentscheidungsrechte befähigen den Arbeitgeber zur alleinigen Beurteilung und Gestaltung sozialer Angelegenheiten, so dass durch ihre Vereinbarung grundsätzlich Konflikte zum Sinn und Zweck des § 87 Abs. 1 BetrVG entstehen<sup>236</sup>. Ein Rückschluss aus dem Gesetzes- und Tarifvorbehalt des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG (a) und die systematische Auslegung von § 87 Abs. 1 BetrVG unter Einbeziehung von § 77 Abs. 1 BetrVG (b) ergeben aber, dass auch angesichts der Alleinbeurteilungsmöglichkeiten dem Sinn und Zweck der Mitbestimmung entsprochen wird. Die Betrachtung der betrieblichen Einigung als Ergebnis der Ausübung der Mitbestimmungsrechte (c) und ein Rückschluss aus den Eilfallkonstellationen (d) bestätigen zudem, dass auch die Alleingestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers und letztlich daher die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten insgesamt innerhalb des Rahmens der gesetzmäßigen Ausübung der Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1 BetrVG liegen.

---

<sup>232</sup> v. *Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, § 11 Rn. 39 f.; a.A. *Rieble*, Kontrolle, S. 182.

<sup>233</sup> BAG v. 16.3.1956 – GS 1/55, AP Nr. 1 zu § 57 BetrVG 1952; *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 87 Rn. 13; *Wiese/GK-BetrVG*, § 87 Rn. 4.

<sup>234</sup> *Löwisch/Kaiser/BetrVG*, § 87 Rn. 1.

<sup>235</sup> *Brossette*, ZfA 1992, 379 (400 f.); *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 87 Rn. 10.

<sup>236</sup> Siehe unter § 1 B. III. 1. und 2.



**a) Gesetzes- und Tarifvorrang des § 87 Abs. 1  
Eingangssatz BetrVG**

Der Mechanismus des Eingangssatzes von § 87 Abs. 1 BetrVG zeigt, dass es mit dem gesetzlich intendierten Schutz- und Teilhabezweck der Mitbestimmungsrechte durchaus im Einklang steht, wenn der Arbeitgeber innerhalb der sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG Rechtsfragen und tatsächliche Fragen allein beurteilt und kein positiver Konsens über das Interpretationsergebnis mit dem Betriebspartner zustande kommt.

Jede abschließende und zwingende tarifliche oder gesetzliche Regelung verdrängt gem. § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG die Befugnis des Betriebsrats zur Mitbestimmung<sup>237</sup>. Die Frage der Abgeschlossenheit der mitbestimmungsverdrängenden Regelungen ist zwar ihrerseits mit diffusen Unwägbarkeiten verbunden<sup>238</sup>. Doch selbst eine idealtypische formulierte Gesetzes- oder Tarifvertragsregelung muss auf den Betrieb angewendet werden und ermächtigt oder zwingt den Arbeitgeber zu konkreten Maßnahmen. Dieser Anwendung vorgeschaltet sind auch hier das Auffinden und die Subsumtion der Regelung durch den Arbeitgeber, so wie bei den hier untersuchten Rahmenregelungen.

Gleichwohl schließt § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG aus, dass der Betriebsrat den Vollzug dieser Regelungen nach dem positiven Konsensprinzip mitbeurteilen kann. Auch das BAG betont in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzgeber die Umsetzung dieser vorrangigen Normen auf betrieblicher Ebene allein durch das Überwachungsrecht gem. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG sichert<sup>239</sup>. Dem Schutz- und Teilhabebedürfnis der Arbeitnehmer innerhalb der sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG ist nach der gesetzgeberischen Intention daher auch ohne Mitbeurteilung durch den Betriebsrat nach dem positiven Konsensprinzip grundsätzlich Genüge getan.

Angesichts dieses Funktionsprinzips ist dann jedoch auch die Annahme statthaft, dass die gesetzlich intendierte Mitbeurteilungsfunktion in den sozialen

---

<sup>237</sup> BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, AP Nr. 79 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit, mit zustimmender Anmerkung, *Worzalla*, SAE 2000, 153 (154).

<sup>238</sup> Vgl. dazu *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 87 Rn. 161 ff. Keinesfalls darf sich der Tarifvertrag darauf beschränken den Arbeitgeber lediglich zur einseitigen Anordnung in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten zu ermächtigen, vgl. *Worzalla/HSWGNR*, § 87 Rn. 72.

<sup>239</sup> BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.



Angelegenheiten erst recht erfüllt ist, wenn der Betriebsrat den einseitigen Vollzug von rangniedrigeren betrieblichen Regelungen, also Rahmenregelungen in Form von Betriebsvereinbarungen oder Regelungsabreden, gem. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG überwacht. § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG ermöglicht daher den Schluss, dass es der gesetzlich vorgesehene Schutz- und Teilhabezweck der Mitbestimmungsrechte auch erreicht ist, wenn über ein Interpretationsergebnis bei der konkreten Umsetzung einer Rahmenregelung kein positiver Konsens zwischen den Betriebspartnern zustande gekommen ist.

### **b) Mitbeurteilung gem. § 77 Abs. 1 BetrVG**

Für den Betriebsrat besteht zudem die Möglichkeit, die Schutz- und Teilhabezweck verwirklichende Wirkung der paritätischen Mitbeurteilung im Einzelfall auch auf anderem Wege effektiv zu erreichen. Aus Sicht der Belegschaft bzw. des Betriebsrats sind die Rechtsfolgen des § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nämlich ein vergleichsweise stumpfes Schwert, da der Norm kein Anspruch des Betriebsrats auf Durchführung bzw. Einhaltung der zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Regelungen folgt<sup>240</sup>. Insoweit ist es deshalb auch unbefriedigend, wenn das BAG lediglich das Überwachungsrecht aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hervorhebt, um zu begründen, dass nicht jede Ausführung einer Betriebsvereinbarung der vorherigen Zustimmung des Betriebsrats bedürfe<sup>241</sup>.

Im Kontext der Ausübung der Mitbestimmungsrechte durch eine Rahmenregelung steht jedoch auch § 77 Abs. 1 BetrVG der vorhandene Schutzlücken schließt<sup>242</sup>. § 77 Abs. 1 BetrVG enthält zum einen den Anspruch des Betriebsrats auf vereinbarungsgemäße Durchführung gemeinsamer Abreden<sup>243</sup>. Zum anderen korrespondiert mit diesem Durchführungsanspruch aber auch der Anspruch des Betriebsrats auf Unterlassung vereinbarungswidriger Maßnahmen<sup>244</sup>. Letzterer

---

<sup>240</sup> Statt aller *Weber/GK-BetrVG*, § 80 Rn. 28 m.w.N.

<sup>241</sup> BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit, unter B. 3. der Gründe.

<sup>242</sup> A. A. wohl *Rath-Glawatz*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG Arbeitszeit, unter IV. 2. *Rath-Glawatz* hat aber auch allein die Defizite des Durchführungsanspruchs des Betriebsrats im Blick.

<sup>243</sup> *Fitting*, BetrVG § 77 Rn. 7; *Kreutz/GK-BetrVG*, § 77 Rn. 24; ders., Betriebsautonomie, S. 43.

<sup>244</sup> v. *Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, § 11 Rn. 13; *Kreutz/GK-BetrVG*, § 77 Rn. 25.



vermag aber bei rechtzeitiger Information des Betriebsrats (bb) innerhalb gewisser Grenzen (cc) die Mitbeurteilungsfunktion der Mitbestimmung sicherzustellen (aa).

### **aa) Verwirklichung des positiven Konsensprinzips**

Für den Betriebsrat folgt aus dem Unterlassungsanspruch die Möglichkeit, die Interpretation der rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen und Grenzen einer Rahmenregelung bei der einseitigen Anwendung durch den Arbeitgeber im Einzelfall effektiv mitzubeurteilen: Sofern es über ein Interpretationsergebnis, d.h. über die Anwendung der Rahmenregelung im Einzelfall, zu Streitigkeiten kommt, können diese durch den Unterlassungsanspruch gem. §§ 2 a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 80 ff. ArbGG im Beschlussverfahren vor dem unabhängigen Arbeitsgericht ausgetragen werden<sup>245</sup>. Auch kurzfristig, d.h. in Eilfällen, ist es dank § 77 Abs. 1 BetrVG denkbar, den Arbeitgeber im Vorfeld von zu tendenziösen Maßnahmen abzuhalten, da dieser Anspruch auch im Wege einer einstweiligen Verfügung i.S.d. § 940 ZPO geltend gemacht werden kann. Pattsituationen – selbst kurzfristige – können durch das Arbeitsgericht und daher durch eine unabhängige Stelle aufgelöst werden, bevor die Maßnahmen des Arbeitgebers Wirkung entfalten können. Der Rechtsweg und damit die verbindliche Konfliktlösung kann zudem auch gegen den Willen des Arbeitgebers einseitig vom Betriebsrat beschritten werden, so wie es für die paritätische Mitbestimmung maßgeblich ist<sup>246</sup>.

Beachtlich ist weiterhin, dass der Arbeitgeber gem. § 40 Abs. 1 BetrVG etwaige Prozesskosten allein trägt. Bereits dieser potenzielle Kostendruck führt dazu, dass der Arbeitgeber bei der einseitigen Interpretation der Rahmenregelung auch den Belegschaftsinteressen Rechnung tragen wird<sup>247</sup>. Eine einseitige exzessive

---

<sup>245</sup> *Kreutz/GK-BetrVG*, § 77 Rn. 25 m.w.N.; einschränkend für Einigungsstellensprüche jedoch LAG Köln v. 30.7.1999 – 11 TaBV 35/99, NZA 2000, 334 (334 f.): „Einstweilige Verfügungen, die die Durchführung eines Einigungsstellenspruchs verhindern sollen, sind – wenn überhaupt – nur in ganz engen Grenzen zulässig – nämlich allenfalls dann, wenn der Spruch krasse Rechtsverstöße enthält und dies zudem offensichtlich ist“, vgl. Leitsatz 1.

<sup>246</sup> *Benecke*, *Beteiligungsrechte und Mitbestimmung im Personalvertretungsrecht*, S. 84; *Söllner*, *FS 25 Jahre BAG*, 605 (605).

<sup>247</sup> Vgl. v. *Hoyningen-Huene*, NZA 1987, 577 (581), der diesen Gedanken aus dem Kostendruck eines Einigungsstellenverfahrens entwickelt.



Durchsetzung der betrieblichen Belange durch den allein entscheidenden Arbeitgeber, ist daher auch faktisch gehemmt.

### **bb) Information des Betriebsrats**

Damit der Betriebsrat diesen Anspruch auf Unterlassung vereinbarungswidriger Maßnahmen gegenüber dem Arbeitgeber aber auch tatsächlich geltend machen kann, ist es erforderlich, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat rechtzeitig und umfassend über die Art und Weise der beabsichtigten Ausübung des Alleinentscheidungsrechts informiert. Sollen die Mitbestimmungsrechte durch eine Rahmenregelung abschließend ausgeübt werden, ist es daher erforderlich, dass ein entsprechendes Informationsrecht zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat vereinbart wird.

### **cc) Grenzen der Mitbeurteilung gem.**

#### **§ 77 Abs. 1 BetrVG**

Der Mitbeurteilungsfunktion des Unterlassungsanspruchs aus § 77 Abs. 1 BetrVG sind gleichwohl Grenzen gesetzt. Vereinbaren die Betriebspartner in der Rahmenregelung lediglich sog. Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe, verbietet der rechtsschöpfende Charakter einer Interpretation dieser Normen es den Arbeitsgerichten, Streitigkeiten über eine vereinbarungswidrige Umsetzung solcher Bestimmungen aufzulösen. Generalklauseln verlagern die zur Ausübung der Mitbestimmungsrechte erforderlichen Wertentscheidungen der Betriebspartner in das Stadium der Rechtsanwendung und stellen sich daher praktisch als „offen gelassene Gesetzgebung“ dar<sup>248</sup>. Die zur Interpretation solcher Bestimmungen erforderliche Wertentscheidung zu treffen, ist den Gerichten jedoch versagt, weil es sich dabei um materielle Regelungsfragen handelt. Die Überwindung von Meinungsverschiedenheiten zu Regelungsfragen ist jedoch ausschließlich den betrieblichen Einigungsstellen und nicht den Arbeitsgerichten zugeordnet<sup>249</sup>. Die Gerichte haben keine Kompetenz zur Vertragshilfe<sup>250</sup>.

---

<sup>248</sup> *Richardi*, ZfA 1992, 307 (319 f.); *Trümmer*, FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 395 (410).

<sup>249</sup> *Hormadka/Maschmann*, § 20 Rn. 28 f. Die verbindlichen Sprüche der Einigungsstelle sind zudem einem vollen gerichtlichen Rechtsschutz zu Gunsten einer bloßen Rechts- und Ermessenskontrolle entzogen, vgl. *Joost/MünchArbR*, § 232 Rn. 5. Umfassend auch *Kreutz/GK-*



### dd) Fazit

Eine aus Belegschaftssicht interessengerechte Auslegung und Anwendung einer Rahmenregelung kann der Betriebsrat durch § 77 Abs. 1 BetrVG auch im Einzelfall in einer Weise sicherstellen, die dem Zweck der paritätischen Mitbestimmungsrechte entspricht. Selbst wenn man dadurch von dem Erfordernis einer ausdrücklichen vorherigen Zustimmung im Einzelfall abrückt, werden die paritätischen Mitbestimmungsrechte dadurch nicht auf bloße Vetorechte verkürzt<sup>251</sup>. Die Grundlage der Ansprüche des § 77 Abs. 1 BetrVG bildet ja gerade eine paritätisch mitbestimmte Rahmenregelung. Angesichts des Potenzials des Unterlassungsanspruchs aus § 77 Abs. 1 BetrVG muss zudem die Aussage des BAG relativiert werden, nach welcher sich der Betriebsrat einer vorherigen Kontrollmöglichkeit der Einzelanweisungen des Arbeitgebers begibt<sup>252</sup>. Zugleich wird deutlich, dass den Rahmenregelungen keine „unbeachtliche Blindzustimmung“ zu Grunde liegt<sup>253</sup>, sondern der Betriebsrat durchaus „Herr der Lage“ bleibt.

### c) Abschließende Ausübung trotz materieller Alleingestaltung

Die Vereinbarung materieller Alleingestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers verstößt ebenfalls nicht gegen die Annahme eines vollumfänglichen Verbrauchs der Mitbestimmungsrechte. Das gilt selbst, wenn bereits die Rahmenvereinbarung Regelungsfragen unbeantwortet lässt und stattdessen den Arbeitgeber zur dahingehenden Alleingestaltung legitimiert, obwohl diese Fragen durchaus im Vorfeld hätten geregelt werden können. Dazu muss allerdings erkannt werden, wie abgestuft die Durchsetzung von Arbeitnehmerinteressen (aa) im Rahmen der Kompromissfindung bei der betrieblichen Einigung ist (bb) und dass sich die Vereinbarung eines Alleinentscheidungsrechts – ganz trivial – als eine Regelungsvariante bezüglich der sozialen Angelegenheit durchsetzen kann (cc).

---

BetrVG, § 76 Rn. 9 und 173 und *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 76 Rn. 124 und 135. Zur Abgrenzung von Rechts- und Regelungsfragen vgl. *Joussen*, Schlichtung, 154 ff.

<sup>250</sup> *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 77 Rn. 124.

<sup>251</sup> So aber *Rotter*, Anm. zu BAG v. 18.4.1989 – 1 ABR 2/88, EzA Nr. 48 zu § 76 BetrVG 1972, 19 (29 f.).

<sup>252</sup> BAG v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, AP Nr. 1 zu § 21a BetrVG 1972.

<sup>253</sup> So *Herschel*, Anm. zu BAG v. 23.3.1962 – 1 ABR 13/60, ArbuR 1962, 350 (351), vgl. unter § 2 C. III. 3.



Aus dem Charakter der Mitbestimmungsrechte als sachentscheidungs-offenen Kompetenznormen folgt zunächst, dass es der Sachentscheidungs-prärogative der Betriebspartner obliegt, wie sie die geschützten Interessen der Belegschaft mit den meist strukturell widerstreitenden betrieblichen Interessen des Arbeitgebers in Einklang bringen<sup>254</sup>. Eine gesetzgeberische Bewertung dieser Frage fehlt bewusst, denn das BetrVG stellt sich als Privilegierung der Betriebspartner dar, die aus eigenem Recht ihre Angelegenheiten rechtsverbindlich regeln können<sup>255</sup>. Diese Regelung ist mithin der gleichberechtigten und pflichtgemäßen Kooperation der Betriebspartner überantwortet<sup>256</sup>. Die Kooperation erfordert, dass der Betriebsrat und der Arbeitgeber die beiderseits geschützten Interessen ermitteln, gewichten und durch einen Ausgleich der Interessen konkrete Regelungen herbeiführen.

#### **aa) Ausgleich der Interessen auf Arbeitnehmerseite**

Die tatsächliche Durchsetzung der Arbeitnehmerinteressen bei diesem Ausgleich der Interessen ist bereits dadurch relativiert, dass ihre Belange lediglich im Rahmen eines zweistufigen Interessensausgleichs berücksichtigt werden können. Bevor der Betriebsrat gegenüber dem Unternehmer die Interessen der Belegschaft formulieren kann, muss er zunächst in einem internen Entscheidungsprozess das kollektive Interesse ermitteln und gewichten<sup>257</sup>. Zwar sind Fälle denkbar, in denen das kollektive Interesse gleich läuft, z. B. bei einer generell ablehnenden Haltung zu festen Betriebsferien. Regelmäßig muss der Betriebsrat allerdings zunächst entscheiden, welchen der divergierenden Interessen innerhalb der Belegschaft er den Vorrang gibt, z. B. bei divergierenden Interessen von Rauchern und Nichtrauchern zur Frage eines betrieblichen Rauchverbots oder bei der Vereinbarung der Lage der

---

<sup>254</sup> *Franzen*, NZA 2008, 250 (253), spricht von einem Beurteilungsspielraum des Betriebsrats, inwieweit er seine ihm zustehenden Befugnisse ausreizen will. Vgl. auch *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (22).

<sup>255</sup> *Trümmer*, FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 395 (409). Vgl. auch *Kübler/Schmidt/Simitis*, Mitbestimmung als gesetzpolitische Aufgabe, S. 173 f., die den Aspekt hervorheben, dass sich der Gesetzgeber dadurch auch mit Eingriffen in die Unternehmerfreiheit zurücknimmt.

<sup>256</sup> *Dütz*, ZfA 1972, 247 (260).

<sup>257</sup> *Wiese*, ZfA 2000, 117 (122).



Arbeitszeit vor dem Hintergrund unterschiedlicher Vorlieben von Früh- und Spätaufstehern<sup>258</sup>. Strukturbedingt bleiben bereits auf dieser Ebene vom Mitbestimmungszweck geschützte Interessen von Einzelnen bzw. Gruppen der Belegschaft zurück und können nicht durch die Normierung materieller Regelungen in der Rahmenregelung berücksichtigt werden<sup>259</sup>.

### **bb) Kompromisscharakter der innerbetrieblichen Einigung**

Darüber hinaus ermöglichen es die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1 BetrVG dem Betriebsrat nur, eine einvernehmliche vertragliche Einigung mit dem Arbeitgeber herbeizuführen oder diese Einigung durch einen Spruch der Einigungsstelle ersetzen zu lassen. In beiden Fällen müssen die geschützten Interessen der Belegschaft aber mit betrieblichen Interessen zum Ausgleich gebracht werden<sup>260</sup>. Diesem Ausgleich gegenüberstehender Interessen ist jedoch wesensimmanent, dass die geschützten Interessen beider Seiten nicht immer vollumfänglich in dem zu findenden Konsens berücksichtigt werden können. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, durch geschicktes und vertrauensvolles Verhandeln i.S.d. § 2 Abs. 1 BetrVG eine sog. win-win Situation herbeizuführen. Die Mitbestimmung setzt insbesondere keine Interessengegensätze voraus. Die gesetzlich vorgesehene Einigung ist aber oftmals nur durch ein beiderseitiges Nachgeben erreichbar<sup>261</sup>. Die Preisgabe und das Hintanstellen der rechtlich geschützten Interessen und Befugnisse ist daher prägend für das Ergebnis der gesetzlich vorgesehenen Ausübung der Mitbestimmungsrechte – der betrieblichen Einigung oder des Einigungsstellenspruchs, der die einvernehmliche Einigung ersetzt<sup>262</sup>.

---

<sup>258</sup> *Wiese*, ZfA 2000, 117 (122).

<sup>259</sup> *Wiese*, ZfA 2000, 117 (124).

<sup>260</sup> *Wiese*, ZfA 2000, 117 (123): Es handelt sich um einen „doppelten Interessenausgleich“, weil das Innenverhältnis der Belegschaft und das Außenverhältnis bei der Vereinbarung mit dem Arbeitgeber betroffen ist.

<sup>261</sup> *Kreutz/GK-BetrVG*, § 74 Rn. 26.

<sup>262</sup> Vgl. *Kania/ErfKo*, § 87 BetrVG Rn. 138, der ein „Grundprinzip der Ausübung der Mitbestimmungsrechte“ darin sieht, dass stets eine Abwägung der beiderseitigen Interessen stattfindet. Vgl. auch unter § 1 E.



### cc) Alleingestaltungsrecht als obsiegende Regelungsvariante

Angesichts dieses Kompromisscharakters der betrieblichen Einigung liegt eine vollumfängliche Ausübung der Mitbestimmungsrechte daher auch vor, wenn der Betriebsrat oder die Einigungsstelle den Regelungsvorstellungen des Arbeitgebers in Form eines materiellen Alleinentscheidungsrechts bezüglich bestimmter vom Mitbestimmungsrecht erfasster Regelungsfragen nachgeben<sup>263</sup>. Regelungsfragen, die antizipiert nicht geregelt werden können oder sollen, z. B. der exakte Umfang mitbestimmungspflichtiger Überstunden oder die mitbestimmungspflichtige Zuordnung einzelner Artikel zu bestimmten Provisionsgruppen, können im Rahmen der erforderlichen Kompromissfindung daher durchaus der materiellen Alleingestaltung des Arbeitgebers überlassen werden<sup>264</sup>. Darin liegt kein gesetzeswidriger Verzicht auf die Mitbestimmungsrechte – das ist das gesetzlich vorgesehene Nachgeben bei der Kompromissfindung.

### d) Rückschluss aus Eilfallkonstellationen

Auch die Eilfallkonstellationen bestätigen letztlich, dass es eine Bandbreite der legitimen Ausübung der Mitbestimmungsrechte gibt. Die Mitbestimmungsrechte bleiben in Eilfällen vollumfänglich bestehen<sup>265</sup>. Gleichwohl kann es zu keiner Mitbeurteilung oder Mitgestaltung nach den Prinzipien des positiven Konsenses im Einzelfall kommen, da per Definition ein konkreter Betriebsratsbeschluss aus Zeitgründen nicht herbeigeführt werden kann. Rahmenvereinbarungen sind für den Betriebsrat vielmehr die einzige Möglichkeit, in Eilfällen sein Mitbestimmungsrecht überhaupt wahrzunehmen<sup>266</sup>. Eine gesetzeskonforme Ausübung der Mitbestimmungsrechte muss folglich auch ohne Mitbestimmung im Einzelfall

---

<sup>263</sup> Vgl. auch *Franzen*, NZA 2008, 250 (253), der in der Diskussion um die Rechtmäßigkeit von Alleinentscheidungsrechten das „prozesshafte“ der Verhandlung bei der Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte berücksichtigt haben will.

<sup>264</sup> Im Ergebnis ebenso BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Provision, unter II 3 a der Gründe; *Otto*, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, EzA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn, 11 (19).

<sup>265</sup> Ausführlich dazu bereits unter § 1 D.

<sup>266</sup> Das erkennt selbst *E. Schmidt* als Vertreterin der (Teil-) Verzichtsthese an, vgl. Verzicht, S. 35 f. *E. Schmidt* will die Frage des Vorliegens eines Eilfalles nur bei der Frage der Zulässigkeit eines Alleinentscheidungsrechtes berücksichtigen und bei der dogmatischen Einordnung unberücksichtigt lassen.



durch den Betriebsrat möglich sein. Man fehlinterpretiert daher den Inhalt der Mitbestimmungsrechte, wenn ihnen eine gesetzliche Ausgestaltung unterstellt wird, deren vollumfängliche Wahrnehmung durch reale und unabänderbare Gegebenheiten regelmäßig verhindert wird<sup>267</sup>. Bleibt eine Mitbestimmung im Einzelfall aus, stellt sich dies somit nicht zwangsläufig als rechtfertigungsbedürftiger (Teil-) Verzicht des Betriebsrats auf Mitbestimmungsbefugnisse dar. Die Anhänger der Verzichtsthese verkennen das<sup>268</sup>.

### 3. Grenzbereich zur Nichtausübung

Die Anhänger der Verzichtsthese übersehen weiterhin, dass die Interessenlage der Betriebspartner bei der Vereinbarung eines Alleinentscheidungsrechts mit den Anforderungen an einen Verzichtswillen nicht in Einklang zu bringen sind, weil sich beide ihrer Handlungsmöglichkeiten massiv berauben würden<sup>269</sup>. Überschreiten die Betriebspartner bei der Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten den zulässigen Umfang solcher Befugnisse – eine Frage der Rechtmäßigkeit der Alleinentscheidungsrechte – liegt darin deshalb allenfalls eine (unzulässige) Nichtausübung der Mitbestimmungsrechte, d.h. eine bloße Nichtwahrnehmung der Befugnisse ohne den Willen auch für alle Zukunft von der Ausübung der Mitbestimmung abzusehen.

### 4. Rechtsqualität einseitiger Anordnungen

Die Einordnung der Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten als abschließende Ausübung der Mitbestimmungsrechte hat auch Auswirkungen auf die Frage der Rechtsqualität der einseitigen Anordnungen des Arbeitgebers. Angesichts eines Beschlusses des BAG vom 21.1.2003<sup>270</sup> sind diesbezüglich klarstellende Äußerungen angezeigt. Dort heißt es, dass Alleinentscheidungsrechte lediglich als

---

<sup>267</sup> Wohl ebenso BAG v. 12.1.1988 – 1 ABR 54/86, AP Nr. 8 zu § 81 ArbGG 1979 unter B. II. 2. b. der Gründe.

<sup>268</sup> Siehe unter § 2 A. IV. 3.

<sup>269</sup> Siehe unter § 2 A. IV. 2. b).

<sup>270</sup> BAG v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, AP Nr. 1 zu § 21a BetrVG 1972; ähnlich auch BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, AP Nr. 79 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.



Teil des Mitbestimmungsverfahrens zu verstehen sind und keine normative Wirkung haben. Sie betreffen nur das Verhältnis der Betriebspartner zueinander<sup>271</sup>.

Diese Einschätzung trifft zu, solange die Rahmenregelung eine bloße Regelungsabrede darstellt. Regelungsabreden heben in der Tat nur die errichtete Sperre für die individualrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers auf, welche aus den Mitbestimmungsrechten folgt und beschränken sich auf eine schuldrechtliche Wirkung zwischen den Betriebspartnern<sup>272</sup>. Neben der bloßen mitbestimmungsrechtlichen Freigabe des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts ist aber auch die Begründung einseitiger Gestaltungsbefugnisse durch betriebliche Kollektivregelungen in Form der schriftlichen und normativ wirkenden Betriebsvereinbarung i.S.d. § 77 Abs. 2 BetrVG möglich<sup>273</sup>. Die Rechtsqualität der aufgrund einer Rahmenregelung getroffenen Anordnungen des Arbeitgebers hängt daher von der Rechtsqualität der Rahmenregelungen ab und beschränkt sich keineswegs auf die Normhierarchieebene des Arbeitsvertrags.

Stellen sich Rahmenregelungen als Betriebsvereinbarungen dar<sup>274</sup>, haben auch die sie vollziehenden Arbeitgebermaßnahmen normative Wirkung, sofern sie die Rahmenregelung inhaltlich nicht abändern. Diese normative Wirkung der konkretisierenden Folgeregelungen geht zurück auf die normativ wirkenden Inhaltsnormen der Rahmenregelungen<sup>275</sup>. Die konkretisierende Alleinentscheidung des Arbeitgebers stellt sich dann als bloßer Vollzug einer Betriebsvereinbarung i.S.d. § 77 Abs. 1 BetrVG<sup>276</sup> dar und erweist sich als Betriebsvereinbarungsregelung im materiellen Sinn<sup>277</sup>.

---

<sup>271</sup> BAG v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, AP Nr. 1 zu § 21a BetrVG 1972, unter III. 2. b. der Gründe.

<sup>272</sup> *Kreutz/GK-BetrVG*, § 77 Rn. 20.

<sup>273</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (17); zustimmend zur Situation bei tariflichen Alleinentscheidungsrechten auch *Veit*, Anm. zu BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, RdA 1999, 346 (348).

<sup>274</sup> Entgegen BAG v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, AP Nr. 1 zu § 21a BetrVG 1972 spricht das BAG in einer Entscheidung vom 8.8.1989 – 1 ABR 59/88, AP Nr. 11 zu § 23 BetrVG 1972 noch davon, dass Rahmenregelungen sogar regelmäßig Betriebsvereinbarungen darstellen. Ebenso BAG v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, AP Nr. 19 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt unter II. 2. der Gründe.

<sup>275</sup> Die Konstellation entspricht sog. tariflichen Bestimmungsklauseln, vgl. *Kreutz/GK-BetrVG*, § 77 Rn. 160.

<sup>276</sup> A.A. bei der Umsetzung von Einigungsstellensprüchen *Rath-Glawatz*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG Arbeitszeit, unter IV. 2.

<sup>277</sup> So auch die Ergebnisse bei *Baumann*, Delegation, S. 68 und 171, zur Wirkung einer zulässigen Delegation tariflicher Rechtsetzungsbefugnisse.



## D. Ergebnis

Die Mitbestimmungsrechte können auch durch die Vereinbarung eines Alleinentscheidungsrechts abschließend ausgeübt werden. Die apostrophierten Defizite bei der Verwirklichung der Mitbeurteilungsfunktion der Mitbestimmungsrechte stellen sich als Fehlinterpretation des gesetzlichen Inhalts der Mitbestimmungsrechte dar oder werden durch die Möglichkeiten des Unterlassungsanspruchs des Betriebsrats gem. § 77 Abs. 1 BetrVG effektiv ausgeglichen. Um diesen geltend zu machen, muss der Betriebsrat allerdings rechtzeitig vom Arbeitgeber über die konkreten Umsetzungsmaßnahmen informiert werden. Die Rahmenregelung muss daher eine entsprechend ausgestaltete Informationsverpflichtung für den Arbeitgeber vorsehen, sollen die Mitbestimmungsrechte abschließend ausgeübt werden. Die Nichtdurchsetzung von rechtlich geschützten Interessen der Arbeitnehmer und ein korrespondierend umfangreiches materielles Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers vertragen sich angesichts des Kompromisscharakters der betrieblichen Einigung ebenfalls mit dem Gedanken einer gesetzmäßigen Ausübung der Mitbestimmungsrechte.

Dieser Ansatz ist auch keine Renaissance der Theorie der erzwingbaren Mitbestimmung. Danach sind die Mitbestimmungsrechte der sozialen Angelegenheiten nämlich von vornherein auf einen Anspruch des Betriebsrats beschränkt, abstrakt-generelle Betriebsvereinbarungen zu erzwingen<sup>278</sup>. Dem hier herausgearbeiteten Inhalt der Mitbestimmungsrechte ist diese Beschränkung dagegen fremd. Anerkannt werden muss jedoch, dass die gesetzlich intendierte Ausübung auch vorliegen kann, wenn der Arbeitgeber grundsätzlich mitbestimmungspflichtige Einzelfälle allein entscheidet – dass es eben einen Rahmen an gesetzlich intendierter Ausübung der Mitbestimmungsrechte gibt.

Aus der dogmatischen Einordnung der Rahmenregelungen als Ausübung der Mitbestimmungsrechte im Grenzbereich zur Nichtausübung folgt für die Rechtmäßigkeitsprüfung einschlägiger Vereinbarungen, dass angesichts des Schutz- und Teilhabezwecks der Mitbestimmung nicht *per se* ein Rechtfertigungszwang entsteht, wenn die Betriebspartner ein Alleinentscheidungsrecht für den Arbeitgeber vereinbaren oder die Einigungsstelle ein solches beschließt. Die Beurteilung der

---

<sup>278</sup> Dazu bereits unter § 1 B. 3.



Rechtmäßigkeit einer Rahmenregelung kann vielmehr aus einer neutralen Perspektive heraus erfolgen und muss sich an der Frage orientieren, ob die konkrete Ausgestaltung des Alleinentscheidungsrechts ausnahmsweise eine unbeachtliche Nichtausübung der Mitbestimmungsrechte darstellt und es deshalb keine betriebsverfassungsrechtliche Legitimationswirkung entfaltet.



### § 3 Rechtmäßigkeit der Alleinentscheidungsrechte

Nach der Ermittlung des dogmatischen Grundgerüsts der Alleinentscheidungsrechte, widmet sich das folgende Kapitel der Darstellung der bisherigen Ergebnisse zur Frage der Rechtmäßigkeit der Alleinentscheidungsrechte innerhalb des § 87 Abs. 1 BetrVG. Die dazu existierenden Ansichten und Maßgaben der Literatur und der Rechtsprechung werden zusammengetragen und strukturiert, um eine Bewertung und ergänzende Vorschläge zu ermöglichen, die in Kapitel § 4 erfolgen.

Gänzlich unbestritten ist, dass der materielle Inhalt einer Rahmenregelung und des Alleinentscheidungsrechts die Innen- und Außenschranken der Betriebsautonomie achten muss<sup>279</sup>. Rahmenregelungen und die korrespondierenden Alleinentscheidungsrechte dürfen also bspw. nicht gegen die Diskriminierungsverbote des § 75 Abs. 1 BetrVG verstoßen oder sich über den Tarifvorrang des § 77 Abs. 3 BetrVG hinwegsetzen. Da insoweit keine Besonderheiten gelten, beschränken sich die folgenden Ausführungen allein auf die spezifischen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten.

Dazu werden zunächst die beiden Extrempositionen gegenübergestellt. Das ist die Ansicht, dass die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten generell unzulässig ist (A), sowie die Auffassung, dass die Ausübung der Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1 BetrVG vorrangig durch die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten geschehen soll (B.). Die ganz überwiegende Rechtsprechung und die wohl h. M., nach denen die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten solange zulässig ist, wie die Substanz der Mitbestimmungsrechte nicht beeinträchtigt wird, werden im Anschluss daran skizziert (C.). Dem folgt die Darstellung weiterer spezifischer Voraussetzungen, die teilweise für die Rechtmäßigkeit einer Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten gefordert werden (D.). Im Anschluss daran werden die gänzlich eigenständigen Lösungsansätze wiedergegeben, die sich in der Literatur finden (E.). Schließlich werden die Ansichten dazu dargestellt, ob und in welchem Umfang die Einigungsstelle Alleinentscheidungsrechte des Arbeitgebers beschließen darf (F.).

---

<sup>279</sup> Dazu v. *Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, § 11 Rn. 39 ff, insb. 46 ff. und umfassend *Kreutz*, Betriebsautonomie.



## A. Generelle Ablehnung von Alleinentscheidungsrechten

Einige Autoren lehnen die Zulässigkeit einer Vereinbarung von arbeitgeberseitigen Alleinentscheidungsrechten generell ab<sup>280</sup>. Sie berufen sich dabei auf den Sinn und Zweck der Mitbestimmungsrechte und das „pflichtbelegte Monopol“ des Betriebsrats zur Ausübung der Mitbestimmungsrechte (I.), die Unverzichtbarkeit Pflichtgebundener Rechte (II.) und die Unmöglichkeit, konkrete Regelungsfragen vorherzusehen (III.).

### I. Pflichtbelegtes Monopol des Betriebsrats zur Ausübung der Mitbestimmungsrechte

Die deutlichsten Stimmen gegen die Zulässigkeit von Rahmenregelungen richten sich gegen sog. Vollzugsordnungen, d.h. Rahmenregelungen zur Festsetzung der Akkordsätze bei einem arbeitswissenschaftlich ermittelten Akkord<sup>281</sup>. Die Einwände sind allerdings exemplarisch und gelten ebenso für Rahmenregelungen, die im Bereich der übrigen allgemein gewährten Mitbestimmungsrechte abgeschlossen werden.

*Herschel* betont, dass es der Sinn und Zweck der Mitbestimmungsrechte erfordere, den Betriebsrat in jedem Einzelfall zu beteiligen<sup>282</sup>, und dieser Zweck durch eine Rahmenregelung nicht vollumfänglich erreicht werde<sup>283</sup>. Die Wahrnehmung seiner Aufgaben stehe jedoch nicht zur Disposition des Betriebsrats, sondern sei ihm als „pflichtbelegtes Monopol“ aufgetragen, das nur durch ein Gesetz, einen Tarifvertrag oder die Einigungsstelle durchbrochen werden könne. Werde eine Rahmenregelung als antizipierte Zustimmung und damit letzter Teil der Mitbestimmung verstanden, liege nach seiner Ansicht hinsichtlich der mitbestimmungspflichtigen Einzelfälle jedoch allenfalls eine „unbeachtliche Blindzustimmung“ vor. Im Ergebnis stelle sich eine Rahmenregelung daher als eine Verschiebung von Rechtsmacht dar und sei damit eine unzulässige Delegation. Eine

<sup>280</sup> *Herschel*, Anm. zu BAG v. 23.3.1962 – 1 ABR13/60, ArbuR 1962, 349 (350 ff.); *Weyand*, ArbuR 1993, 1 (9); *Worzalla/HSWG*NR, § 87 Rn. 42. Teilweise wird die Entscheidung des ArbG Marburg vom 17.12.1999 – 2 Ca 203/99, NZA-RR 2001, 144, auch als Beispiel ablehnender Rechtsprechung angeführt, so *Wiese/GK-BetrVG*, § 87 Rn. 6. Dem Urteil lässt sich eine solche Aussage allerdings nicht entnehmen.

<sup>281</sup> Dazu *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 87 Rn. 896.

<sup>282</sup> *Herschel*, Anm. zu BAG v. 23.3.1962 – 1 ABR13/60, ArbuR 1962, 349 (350).

<sup>283</sup> *Herschel*, Anm. zu BAG v. 23.3.1962 – 1 ABR13/60, ArbuR 1962, 349 (351).



gesetzeskonforme antizipierte Ausübung der Mitbestimmungsrechte ist nach dieser Auffassung nur möglich, wenn der konkrete materielle Inhalt der Entscheidung abschließend feststeht.

## II. Unverzichtbarkeit pflichtgebundener Rechte

Bedenken gegen die Möglichkeit, dem Arbeitgeber bis zur Grenze der Substanzbeeinträchtigung des Mitbestimmungsrechts einen Entscheidungsspielraum zuzugestehen, ergeben sich auch aus dem Grundsatz, dass ein Verzicht auf pflichtgebundene Rechte unzulässig ist. Diesen Grundsatz berücksichtige die Substanztheorie nach Ansicht von *Weyand* zu wenig, wenn sie einen entsprechenden Teilverzicht des Betriebsrats billigt<sup>284</sup>.

## III. Antizipierte Regelbarkeit der sozialen Angelegenheiten

*Worzalla* hebt das Fehlen „hellseherischer Fähigkeiten des Arbeitgebers“ hervor. Den Betriebspartnern sei es gar nicht möglich, vorsorgliche Vereinbarungen zu treffen und in den Fällen, in denen ein Ereignis vorhersehbar ist, dürfe man dem Arbeitgeber nur in ganz besonderen Konstellationen ein einseitiges Anordnungsrecht gewähren<sup>285</sup>. Warum und welche Konstellationen das sind, lässt *Worzalla* aber offen.

## B. Vorrang der Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten

In zwei seiner Entscheidungen befürwortet das BAG dagegen sogar einen Vorrang der Ausübung der Mitbestimmungsrechte durch eine Rahmenregelung gegenüber einer sonst notwendigen Beteiligung des Betriebsrats im Einzelfall<sup>286</sup>.

In einem Urteil vom 12.1.1988<sup>287</sup> äußert sich das BAG zur Mitbestimmung bei § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG dahingehend, dass es dabei in erster Linie darum ginge, eine gemeinsame Regelung über das Verfahren bei erforderlich werdender Mehrarbeit zu treffen. „Nur wenn und solange eine solche Regelung (...) nicht

---

<sup>284</sup> *Weyand*, ArbuR 1993, 1 (9).

<sup>285</sup> *Worzalla*/HSWGNR, § 87 Rn. 42.

<sup>286</sup> Ebenso *Henssler*, FS Hanau, 413 (433).

<sup>287</sup> BAG 12.1.1988 – 1 ABR 54/86, AP Nr. 8 zu § 81 ArbGG 1979.



geschaffen worden ist, bedürfe die im Einzelfall konkret notwendig werdende Mehrarbeit – auch in Eilfällen – der Zustimmung des Betriebsrats<sup>288c</sup>.

Diese Rechtsprechung übernahm der 1. Senat auch für die Mitbestimmung in Bezug auf die Lage der Arbeitszeit gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG<sup>289</sup>. Für den Fall, dass der Betriebsrat sich nicht auf die Einräumung eines Alleinentscheidungsrechts einlässt, kann nach den Ausführungen des BAG seinem Widerstand auch durch Anrufung der Einigungsstelle begegnet und eine Regelung angestrebt werden, welche auch den Interessen des Arbeitgebers Rechnung trägt. Ein solcher Einigungsstellenspruch könne dann auch zum Inhalt haben, dass der Arbeitgeber bestimmte Mehrarbeit ohne Zustimmung des Betriebsrats im Einzelfall anordnen kann<sup>290</sup>.

Die Idee vom Vorrang der Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten findet auch in der Literatur Zuspruch. *Misera* nimmt an, dass bei regelmäßig wiederkehrenden Konstellationen die Ausübung des Mitbestimmungsrechts im Einzelfall gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG nicht „primär intendiert“ sei<sup>291</sup>.

In aktuellen Entscheidungen des BAG findet sich diese Prioritätsthese nicht mehr. Ein Beschluss vom 22.5.2002<sup>292</sup> enthält dahingehend nur die Aussage, dass die Betriebspartner frei sind in der Entscheidung, eine Regelung über Grundsätze herbeizuführen oder jede Einzelmaßnahme der Mitbestimmung zu unterwerfen. In einem Urteil vom 26.4.2005<sup>293</sup> hebt das BAG hervor, dass dem Arbeitgeber gewisse Entscheidungsspielräume in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten eingeräumt werden dürfen. In einem Beschluss vom 3.5.2006<sup>294</sup> entscheidet der 1. Senat nur, dass ein Alleinentscheidungsrecht eingeräumt werden darf, da das Gesetz nicht zwingend erfordert, zu jeder einzelnen mitbestimmungspflichtigen Maßnahme jeweils die Zustimmung des Betriebsrats einzuholen.

---

<sup>288</sup> BAG 12.1.1988 – 1 ABR 54/86, AP Nr. 8 zu § 81 ArbGG 1979, unter II. 2. b. der Gründe.

<sup>289</sup> BAG v. 8.8.1989 – 1 ABR 59/88, AP Nr. 11 zu § 23 BetrVG 1972.

<sup>290</sup> BAG v. 8.8.1989 – 1 ABR 59/88, AP Nr. 11 zu § 23 BetrVG 1972 unter B. 3. a. der Gründe.

<sup>291</sup> *Misera*, Anm. zu BAG v. 27.6.1989 – 1 ABR 33/88, AP Nr. 35 zu § 87 BetrVG 192 Arbeitszeit, unter II. 2.

<sup>292</sup> BAG v. 22.5.2002 – 1 ABR 40/01, AP Nr. 96 zu § 87 BetrVG 1992 Arbeitszeit.

<sup>293</sup> BAG v. 26.4.2005 – 1 AZR 76/04, AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972.

<sup>294</sup> BAG v. 3.5.2006 – 1 ABR 14/05, AP Nr. 119 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.



### C. Zulässigkeit von Alleinentscheidungsrechten bei Substanzwahrung

Die ständige Rechtsprechung und ein Großteil der Literatur halten eine Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten innerhalb der allgemein gewährten Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1 BetrVG für zulässig, wenn die Substanz der Mitbestimmungsrechte nicht beeinträchtigt wird<sup>295</sup>. Der Urheber der Substanzformel ist der 1. Senat des BAG<sup>296</sup>. Bereits in einer Entscheidung vom 7.9.1956 kommt er aber zu dem Schluss, dass trotz grundsätzlicher Mitbestimmungspflichtigkeit der Einfallmaßnahmen des Arbeitgebers, die Mitbestimmungsrechte durch eine Betriebsvereinbarung dahingehend gestaltbar sind, wenn die Substanz der Befugnisse unberührt bleibt<sup>297</sup>.

Bevor der folgende Abschnitt die bestehenden Ansätze zur Ermittlung der Substanz der Mitbestimmungsrechte durch die Rechtsprechung (II. 1.) und die Literatur (II. 2.) behandelt, wird zum besseren Verständnis dieser Vorgehensweisen die Prämisse der Substanzthese dargestellt, d. h. dass und warum ein Verzicht auf

<sup>295</sup> BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Provision; BAG v. 31.1.1989 – 1 ABR 67/87, AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG; BAG v. 28.4.1992 – 1 ABR 68/91, AP Nr. 11 zu § 50 BetrVG 1972; BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, AP Nr. 79 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, AP Nr. 19 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt; BAG v. 29.9.2004 – 5 AZR 559/03, AP Nr. 111 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 26.4.2005 – 1 AZR 76/04, AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972; BAG v. 3.5.2006 – 1 ABR 14/05, AP Nr. 119 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 14.11.2006 – 1 ABR 4/06, AP Nr. 43 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; BAG v. 9.11.2010 - 1 ABR 75/09, EzA Nr. 15 zu § 87 BetrVG 2001 Arbeitszeit; ebenso bspw. LAG Berlin v. 29.10.1998 – 10 Sa 95/98, juris; LAG v. Hamburg 12.8.2002 – 7 TaBV 14/00, juris; LAG v. Hamm 17.6.2009 – 19 Sa 392/09, juris; *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279); *Fitting*, BetrVG, § 77 Rn. 54; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Bd. 2, S. 860; *HB/BetrVR*, Teil F Rn. 94; *Henssler*, FS Hanau, 413 (433); v. *Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, § 11 Rn. 40; *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, 7. Aufl., Band 2, Halbband 2, S. 1392; *Joussen*, RdA 2005, 31 (37 f.); *Kania/ErfKo*, § 77 BetrVG Rn. 39c; *Klebe/DKKW-BetrVG*, § 87 Rn. 39; *Kothe/HaKo-BetrVG*, § 87 Rn. 54; *Löwisch/Kaiser/BetrVG*, § 77 Rn. 17; *Otto*, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, EzA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn, 11 (18 f.); *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (22 ff.); *Wiese/GK-BetrVG*, § 87 Rn. 6 und wohl auch *Trümmer*, FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 395 (408). Teilweise wird das Urteil des ArbG Marburg vom 17.12.1999 – 2 Ca 203/99, NZA-RR 2001, 144 als Beispiel dafür genannt, dass auch generell ablehnende Stimmen in der Rspr. existieren. So *Wiese/GK-BetrVG*, § 87 Rn. 6. Eine solche Aussage lässt sich der Entscheidung jedoch nicht entnehmen.

<sup>296</sup> In Bezug auf die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten zuerst BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Provision.

<sup>297</sup> BAG v. 7.9.1956 – 1 AZR 646/54, AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG 1952.



die Mitbestimmungsrechte unzulässig ist und warum Alleinentscheidungsrechte dennoch grundsätzlich vereinbart werden dürfen (I.).

### I. Prämisse der Substanzthese

Die Prämisse der Substanzformel ist, dass durch eine Vereinbarung der Betriebspartner oder durch einen Beschluss einer Einigungsstelle das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht aufgehoben oder eingeschränkt werden darf<sup>298</sup>. Eine solche Handhabung ist nach unbestrittener Meinung gesetzeswidrig<sup>299</sup> und stellt sich als Verstoß gegen § 87 Abs. 1 BetrVG dar<sup>300</sup>. Der Betriebsrat ist verpflichtet, nach pflichtgemäßem Ermessen das Mitbestimmungsrecht wahrzunehmen<sup>301</sup> und kann über die im Interesse der Arbeitnehmer gewährte Befugnis nicht in der Weise verfügen, dass er in der Substanz auf die ihm gesetzlich obliegende Mitbestimmung verzichtet<sup>302</sup>. Gleiches gilt für reines Untätigbleiben, also eine bloße Nichtausübung der Mitbestimmungsrechte. Das Gesetz weist dem Betriebsrat die Befugnisse im Interesse der Belegschaft zu und deren Nichterfüllung stellt eine Pflichtverletzung dar, die bei entsprechender Schwere eine Sanktion nach § 23 BetrVG nach sich zieht<sup>303</sup>.

<sup>298</sup> BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Provision; BAG v. 31.1.1989 – 1 ABR 67/87, AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG; BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, AP Nr. 79 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, AP Nr. 19 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt; BAG v. 26.4.2005 – 1 AZR 76/04, AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972; BAG v. 14.11.2006 – 1 ABR 4/06, AP Nr. 43 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung. In der Literatur zuerst *Wiese*, RdA 1968, 455 (457); *ders./GK-BetrVG*, § 87 Rn. 6; *ders.*, Anm. zu BAG v. 14.2.1967 – 1 AZR 6/66, SAE 1968, 137 (140); ebenso *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279); *Däubler/DKKW-BetrVG*, Einleitung Rn. 86b und *Klebe* bei § 87 Rn. 39; *Fitting*, BetrVG, § 87 Rn. 3; *Franzen*, NZA 2008, 250 (253); *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Bd. 2, S. 860; *Hesse/Praxishandbuch BetrVR*, § 9 Rn. 11; *Joussen*, RdA, 2005, 31 (36); *Matthes/MünchArbR*, § 238 Rn. 12 und § 242 Rn. 29; *Richardi/Richardi*, BetrVG, vor § 87 Rn. 13 und § 87 Rn. 75; *Rieble/KFA-ArbR*, § 87 BetrVG Rn. 7 f.; *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (23); *Trümmer*, FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 395 (404) und umfassend *E. Schmidt*, Verzicht, S. 144 ff.

<sup>299</sup> BAG v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, AP Nr. 19 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt.

<sup>300</sup> *Fitting*, BetrVG, § 77 Rn. 54; *HB/BetrVR*, Teil F Rn. 94; *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (27).

<sup>301</sup> BAG v. 23.06.1992 – 1 ABR 53/91, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit. Nach a.A. kann der Betriebsrat aber auch, nach pflichtgemäßem Ermessen zeitweilig von der Ausübung einer Mitbestimmungsbefugnis absehen, vgl. *Wiese*, RdA 1968, 455 (458).

<sup>302</sup> BAG v. 26.4.2005 – 1 AZR 76/04, AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972; BAG v. 14.11.2006 – 1 ABR 4/06, AP Nr. 43 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

<sup>303</sup> *Däubler/DKKW-BetrVG*, Einleitung Rn. 86b und *Klebe* bei § 87 Rn. 38 f; *Wiese*, RdA 1968, 455 (456); *ders.* Anm. zu BAG v. 14.2.1967 – 1 AZR 6/66, SAE 1968, 137 (140).



Die Frage, woraus sich die Unzulässigkeit des Verzichts auf die Mitbestimmungsbefugnisse bzw. ihrer generellen Nichtausübung ergibt, wird aber nicht einheitlich beurteilt. Teilweise wird dies mit der Eigenschaft der Mitbestimmungsrechte als Pflichtenrechte begründet<sup>304</sup>. Nach a.A. folgt die Unzulässigkeit des Verzichts aus dem zwingenden Charakter der Betriebsverfassung<sup>305</sup>. Das BetrVG lege Mindestanforderungen an eine wirksame Interessenvertretung fest, wovon zum Nachteil der Belegschaft oder des Betriebsrats nicht abgewichen werden darf. Einige Autoren leiten das Verzichtsverbot auch aus der Theorie der notwendigen Mitbestimmung her: Ohne dass der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht ausgeübt hat, kann keine wirksame Regelung für den Betrieb erfolgen. Aus diesem Umstand resultiert nach diesem Ansatz die Pflicht zur Ausübung der Mitbestimmungsrechte und mit dieser korrespondiert letztlich das Verbot des Verzichts auf die Mitbestimmungsrechte<sup>306</sup>.

Vom – im Ergebnis jedenfalls unzulässigen – Verzicht auf die Mitbestimmungsrechte unterscheidet sich aber eine Rahmenregelung, die vorsieht, dass dem Arbeitgeber bestimmte Entscheidungsspielräume in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten eingeräumt werden. Auch für die allgemeinen Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1 BetrVG, die grundsätzlich jeden Einzelfall der Mitbestimmung des Betriebsrats unterwerfen, betont das BAG, dass Mitbestimmung in diesen Angelegenheiten bedeute, dass eben diese Angelegenheit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zu regeln ist. Welchen Inhalt die Regelung habe, sei dagegen der Vereinbarung der Betriebspartner und notfalls dem Spruch der Einigungsstelle überlassen<sup>307</sup>. Das Gesetz erfordere nicht, dass zu jeder

---

<sup>304</sup> Insbesondere *Wiese*, RdA 1968, 455 (457); ebenso *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279); *Däubler/DKKW-BetrVG*, Einleitung Rn. 86b und *Klebe* bei § 87 Rn. 38 f.; *Weyand*, ArbuR 1993, 1 (9); im Ergebnis zustimmend auch *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (23); differenzierend *E. Schmidt*, Verzicht, S. 150 ff.

<sup>305</sup> *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Bd. 2, S. 860 und ähnlich auch HB/BetrVR, Teil F Rn. 94.

<sup>306</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (35); *Trümmer*, FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 395 (402 f.).

<sup>307</sup> Für § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG: BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 18.4.1989 – 1 ABR 2/88, AP Nr. 34 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 28.5.2002 – 1 ABR 40/01, AP Nr. 96 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 29.9.2004 – 5 AZR 559/03, AP Nr. 111 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit. Für § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG: BAG v. 12.1.1988 – 1 ABR 54/86, AP Nr. 8 zu § 81 ArbGG 1979; BAG v. 31.1.1989 –



einzelnen mitbestimmungspflichtigen Maßnahme jeweils die Zustimmung des Betriebsrats eingeholt werden muss, wenn dieser seine Zustimmung im Voraus erteilt hat<sup>308</sup>. Der Arbeitgeber könne also durchaus ermächtigt werden, allein – unter bestimmten in der Betriebsvereinbarung geregelten Voraussetzungen – eine Maßnahme zu treffen, solange die Substanz des Mitbestimmungsrechts durch eine solche Regelung nicht beeinträchtigt wird<sup>309</sup>. Ausdrücklich hebt das BAG hervor, dass die bloße Möglichkeit einer Alleinentscheidung in einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit nicht zu einer Substanzbeeinträchtigung genügt<sup>310</sup>.

Auch die überwiegende Literatur unterscheidet zwischen einer unzulässigen Verzichtregelung und einer zulässigen Rahmenregelung, die dem Arbeitgeber einseitige Vollzugsspielräume verschafft<sup>311</sup>. Weder der Wortlaut noch die Systematik des Gesetzes verlangen, dass eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit vollumfänglich gemeinsam geregelt werde. Mitbestimmung bedeutet, dass die Betriebspartner frei sind, eine für die betrieblichen Belange optimale Regelung zu treffen. Diese kann zum Gegenstand haben, die konkreten mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen in jedem Einzelfall aufs Neue gemeinsam zu regeln oder aber eine Vielzahl gleich gelagerter Situationen zu regeln und die Feststellung, ob eine solche Situation vorliegt, dem Arbeitgeber überlassen<sup>312</sup>.

---

1 ABR 67/87, AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang. Für § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG: BAG v. 11.3.1986 – 1 ABR 12/84, AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

<sup>308</sup> BAG v. 3.5.2006 – 1 ABR 14/05, AP Nr. 119 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; zustimmend *Weber*, Anm. zu BAG v. 2.3.1982 – 1 ABR 74/79, SAE 1982, 307 (308).

<sup>309</sup> BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Provision; BAG v. 31.1.1989 – 1 ABR 67/87, AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG; BAG v. 28.4.1992 – 1 ABR 68/91, AP Nr. 11 zu § 50 BetrVG 1972; BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, AP Nr. 79 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, AP Nr. 19 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt; BAG v. 29.9.2004 – 5 AZR 559/03, AP Nr. 111 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 26.4.2005 – 1 AZR 76/04, AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972; BAG v. 3.5.2006 – 1 ABR 14/05, AP Nr. 119 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 14.11.2006 – 1 ABR 4/06, AP Nr. 43 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; ebenso LAG Berlin v. 29.10.1998 – 10 Sa 95/98, juris; LAG Hamburg v. 12.8.2002 – 7 TaBV 14/00, juris; LAG v. Hamm 17.6.2009 – 19 Sa 392/09, juris.

<sup>310</sup> BAG v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, AP Nr. 19 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt.

<sup>311</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279); *Fitting*, BetrVG, § 77 Rn. 54 und § 87 Rn. 6; *Hesse/Praxishandbuch BetrVR*, § 9 Rn. 11; *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, 7. Aufl., Band 2, Halbband 2, S. 1392; *Kania/ErfKo*, § 77 BetrVG Rn. 37; *Klebe/DKKW-BetrVG*, § 87 Rn. 38; *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 87 Rn. 75; *Rieble/KFA-ArbR*, § 87 BetrVG Rn. 7f; ders., Anm. zu BAG v. 17.10.1989 – 1 ABR 31/87, SAE 1990, 175 (176); zustimmend wohl auch *E. Schmidt*, Verzicht, S. 163 und *Rotter*, Anm. zu BAG v. 18.4.1989 – 1 ABR 2/88, EzA Nr. 48 zu § 76 BetrVG 1972, 19 (29 f.).

<sup>312</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (38); *Klebe/DKKW-BetrVG*, § 87 Rn. 38; *Löwisch*, BetrVG, 4. Aufl., § 87 Rn. 13; *Rieble/KFA-ArbR*, § 87 BetrVG Rn. 7 f.; *Rath-Glawatz*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986



Einige Autoren sehen die Grundlage für die Einräumung von Alleinentscheidungsrechten auch in § 2 Abs. 1 BetrVG, insbesondere wenn es um die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten für die Regelung von Eilfällen geht<sup>313</sup>.

*E. Schmidt*, als Anhängerin der Verzichtsthese, versteht § 2 Abs. 1 BetrVG sogar als Rechtfertigungstatbestand, der einen grundsätzlich unzulässigen Teilverzicht des Betriebsrats auf seine Mitbestimmungsrechte ausnahmsweise legitimiert: Die Ausgestaltung der Mitbestimmungsrechte als Pflichtenrechte bedinge zwar grundsätzlich die Verpflichtung des Betriebsrats, seine Befugnisse pflichtgemäß auszuüben: Ein Verzicht sei jedoch dann nicht ermessensfehlerhaft, wenn er durch einen Grund gerechtfertigt ist, welcher das Arbeitnehmerinteresse überragt<sup>314</sup>. Ein so überragend wichtiges Interesse könne sich gem. § 2 Abs. 1 BetrVG aus dem vom Betriebsrat ebenfalls zu berücksichtigenden Betriebswohl ergeben. Grundsätzlich ist zwar davon auszugehen, dass dieser Interessenkonflikt durch das Betriebsverfassungsrecht derart gelöst wurde, dass bei Mitbestimmungsangelegenheiten das Arbeitnehmerinteresse höher zu bewerten ist. Grundsätzlich seien aber Voraussetzungen denkbar, bei deren Vorliegen das Interesse der Arbeitnehmer an der Ausübung der Mitbestimmungsrechte zurücktritt und ein Verzicht deshalb ausnahmsweise zulässig wird<sup>315</sup>.

## II. Die Substanz der Mitbestimmungsrechte

Die vorhandenen Ansätze zur Abgrenzung eines substanzwahren Alleinentscheidungsrechts von der unzulässigen Beschränkung der Mitbestimmungsrechte sind maßgeblich durch die Rechtsprechung geprägt (1.). Diesen Ergebnissen schließt sich die Literatur weitestgehend an und beschränkt sich

---

– 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG Arbeitszeit; *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (22); *Veit*, Anm. zu BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, RdA 1999, 346 (348); *Wiese/GK-BetrVG*, § 87 Rn. 6; ders., Anm. zu BAG v. 14.2.1967 – 1 AZR 6/66, SAE 1968, 137 (140); ders. RdA 1968, 455 (456); *Weber*, Anm. zu BAG v. 2.3.1982 – 1 ABR 74/79, SAE 1982, 307 (309).

<sup>313</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279); *Henssler*, FS Hanau, 413 (433); *Lehmpuhl*, Nichtausübung, S. 31 ff. zu § 49 BetrVG a.F.

<sup>314</sup> *E. Schmidt*, Verzicht, S. 151 f.

<sup>315</sup> *E. Schmidt*, Verzicht, S. 153. Diese Voraussetzungen entnimmt sie dem Ansatz von *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (24 ff.). Hinsichtlich erzwungener Alleinentscheidungsrechte schließt sie sich dagegen dem Ansatz von *Rath-Glawatz*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG Arbeitszeit an.



allenfalls auf Präzisierungen (2.). Eine Ausnahme bilden jedoch vier gänzlich eigenständige Lösungsvorschläge (E.).

### 1. Ansatz der Rechtsprechung

Das BAG erkennt an, dass zwischen der unzulässigen Einschränkung von Mitbestimmungsrechten und ihrer substanzwahrenden Ausübung Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen und unterscheidet in einem Urteil vom 26.7.1988 danach, „ob durch die Betriebsvereinbarung die Regelung einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit dem Arbeitgeber übertragen wird oder ob durch sie eine Gestaltung der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit durch beide Betriebsparteien erfolgt, in deren Rahmen einzelne Ordnungsprobleme so gelöst werden, dass dem Arbeitgeber das Recht zur einseitigen Gestaltung eingeräumt wird“<sup>316</sup>.

#### a) Umfang materieller Gestaltung

Zum Umfang, den die mitbestimmte Gestaltung der sozialen Angelegenheit in materieller Hinsicht erreichen muss, findet sich in älteren Entscheidungen die Aussage, dass eine solche Regelung oder ein solcher Einigungsstellenspruch auch dann nicht gegen die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats verstößt, wenn dem Arbeitgeber – aus welchen Gründen auch immer – eine Freiheit eingeräumt wird, die einem mitbestimmungsfreien Zustand nahekommt<sup>317</sup>.

Diese Formulierung hat die Rechtsprechung mittlerweile dahingehend geändert, dass sie nunmehr nur noch fordert, dass der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht nicht in der Weise ausübt, dass er dem Arbeitgeber generell das alleinige Gestaltungsrecht über den mitbestimmungspflichtigen Tatbestand eröffnet<sup>318</sup>.

---

<sup>316</sup> BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Provision, unter II 3 a der Gründe, unter Bezugnahme auf *Dietz/Richardi*, BetrVG, 6. Aufl., Vorbemerkung § 87 Rn. 8.

<sup>317</sup> BAG v. 11.3.1986 – 1 ABR 12/84, AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 12.1.1988 – 1 ABR 54/86, AP Nr. 8 zu § 81 ArbGG 1979; BAG v. 17.10.1989 – 1 ABR 31/87, AP Nr. 39 zu § 76 BetrVG 1972; ebenso LAG Berlin v. 29.10.1998 – 10 Sa 95/98, juris.

<sup>318</sup> BAG v. 23.3.1999 – 1 ABR 33/98, AP Nr. 80 zu § 87 BetrVG 1972; BAG v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, AP Nr. 19 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt; BAG v. 29.9.2004 – 5 AZR 559/03, AP Nr. 111 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 26.4.2005 – 1 AZR 76/04, AP Nr. 12 zu § 87



## **b) Nichtberücksichtigung von geschützten Arbeitnehmerinteressen**

Entsprechend führt es nach der Rechtsprechung nicht zwingend zu einem Verstoß gegen die Substanz der Mitbestimmungsrechte, wenn im Verhältnis zur tatsächlich getroffenen Rahmenregelung Regelungen denkbar sind, die eine weitergehende Berücksichtigung der geschützten Interessen der Arbeitnehmer und ein Zurückdrängen der Alleingestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers zum Inhalt hätten<sup>319</sup>. Auch wenn die Rahmenregelung ausführlicher hätte sein können und Fragen ungeregelt lässt, an denen die Arbeitnehmer des Betriebs ein berechtigtes Interesse haben, folgt aus der Dürftigkeit dieser Regelung nicht, dass dem Arbeitgeber die dahingehende Alleinentscheidung nicht überlassen werden darf<sup>320</sup>. Auch insoweit sind die Betriebspartner frei, darüber zu bestimmen, welche Vorgaben gelten sollen<sup>321</sup>.

## **c) Beispiele zur Handhabung der Substanzformel in der Rechtsprechung**

Die Anwendung dieser Interpretationsgrundsätze durch das BAG verdeutlichen drei Entscheidungen zur Anordnung von Mehrarbeit gem. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG (aa), zur Einführung und Anwendung von technischen Überwachungseinrichtungen i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG (bb) und zur Mitbestimmung bei Leistungsprämien nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG (cc).

### **aa) Substanzwahrende Rahmenregelung zur Anordnung von Mehrarbeit**

Im Rahmen der Mitbestimmung des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG hatte der 1. Senat eine Betriebsvereinbarung zur Leistung von Überstunden zu beurteilen. Die Substanz des Mitbestimmungsrecht sah das BAG als gewahrt an, weil die Vereinbarung das zur Abforderung von Überstunden einzuhaltende Verfahren, den

---

BetrVG 1972; BAG v. 14.11.2006 – 1 ABR 4/06, AP Nr. 43 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; ebenso LAG Hamm v. 17.6.2009 – 19 Sa 392/09, juris.

<sup>319</sup> BAG v. 11.3.1986 – 1 ABR 12/84, AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

<sup>320</sup> BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; zuletzt BAG v. 28.5.2002 – 1 ABR 40/01, AP Nr. 96 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>321</sup> BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.



insgesamt und bezogen auf die einzelnen Arbeitnehmer zulässigen Höchstumfang der Überstunden und die Verteilung des benötigten Zeitvolumens auf die einzelnen Arbeitnehmer regelte. Daneben wurde eine Pflicht des Arbeitgebers zur Beachtung des Freiwilligkeitsgrundsatzes bei der Heranziehung der Arbeitnehmer und ein Ausgleichsanspruch abgerufene Überstunden begründet<sup>322</sup>.

Im Rahmen dieser Vorgaben konnte der Arbeitgeber bei Bedarf dann aber Zusatzschichten anordnen, ohne in jedem Einzelfall die genauen Gründe darzulegen, mit dem Betriebsrat über mögliche andere Wege zu beraten und erneut seine Zustimmung einzuholen. Durch die Normierung dieser Verfahrens- und Verteilungsmodalitäten hat der Betriebsrat den mit dem Mitbestimmungsrecht verbundenen Auftrag über den Umfang und die Verteilung der zu leistenden Mehrarbeit zu wachen wahrgenommen, entschied das BAG. Lediglich die Regelungsfrage, ob erhöhtem Arbeitskräftebedarf überhaupt durch die Ableistung von Überstunden oder auf andere Weise begegnet werden soll, ist pauschal zugunsten der ersten Alternative beantwortet. In dieser Vorabzustimmung liegt deshalb keine substantielle Einschränkung des Mitbestimmungsrechts, sondern für die Laufzeit der Betriebsvereinbarung die Ausübung der Befugnis. Die Grenze zum gesetzeswidrigen Verzicht ist erst erreicht, wenn der Betriebsrat dem Arbeitgeber pauschal und ohne Beschränkung die Befugnis eingeräumt hätte, Überstunden anzuordnen, wann immer er dies für erforderlich erachte.

### **bb) Substanzwahrende Rahmenregelung zur technischen Überwachung**

Bezüglich der Mitbestimmung zur Einführung und Anwendung von technischen Überwachungseinrichtungen i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hatte der 1. Senat über eine Betriebsvereinbarung zu entscheiden, die es dem Arbeitgeber mittels eines elektronischen Datenverarbeitungssystems ermöglichte, zur Evaluation von Trainings- und Weiterqualifizierungsmaßnahmen individuelle Arbeitsleistungen der Arbeitnehmer aufzunehmen<sup>323</sup>. Diese Evaluation war notwendig geworden, nachdem der Arbeitgeber eine neue Software zur Abwicklung zolltechnischer Bearbeitungen von Importsendungen bei der Paketzustellung eingeführt hatte.

---

<sup>322</sup> BAG v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, AP Nr. 19 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt.

<sup>323</sup> BAG v. 14.11.2006 – 1 ABR 4/06, AP Nr. 43 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.



Die Betriebsvereinbarung legte das BAG dahingehend aus, dass die Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers erkennbar auf den Umgang der Mitarbeiter mit der neuen Software beschränkt sein sollten, keine generelle Ermächtigung zur Verhaltens- und Leistungskontrolle enthielten und eine solche auch nicht bezweckt war. Der Kreis der Mitarbeiter, die zum Zwecke der Sicherstellung der notwendigen Qualifikation der Sachbearbeiter und zur Evaluation von Trainings- und Weiterbildungsmaßnahmen auf das System zugreifen durften, wurde durch die Betriebsvereinbarung (auf sechs Mitarbeiter) beschränkt. Keines der Softwaremodule zeigte personenbezogene Daten an, die Rückschlüsse auf die Arbeitsleistung der evaluierten Sachbearbeiter zuließen und die übrigen personenbezogenen Daten wurden spätestens dann gelöscht, wenn ihre Speicherung nicht mehr für den Zweck der Verarbeitung erforderlich war und ihre Aufbewahrung nach den gesetzlichen Bestimmungen nicht mehr verlangt wurde.

Dem Arbeitgeber verblieb daher die Alleinentscheidung darüber wann, wie oft und aus welchen Anlässen er eine Auswertung der Verhaltens- bzw. Leistungsdaten der Arbeitnehmer zur Qualitätssicherung vornehmen wollte. Bei der Analyse der Daten war eine Beteiligung der Arbeitnehmervertretung nach der Vereinbarung ebenfalls nicht weiter vorgesehen.

Angesichts der materiellen Regelungen der Rahmenvereinbarung verneinte der 1. Senat aber einen substantziellen Verzicht des Betriebsrats auf die Mitbestimmungsrechte.

### **cc) Substanzbeeinträchtigung bei gänzlicher Alleingestaltung von Leistungsprämien**

Die Substanz des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG wird nach Ansicht des BAG dagegen verletzt, wenn das Ergebnis einer Betriebsvereinbarung dazu führt, dass die Entscheidung über nahezu alle Verteilungsgrundsätze für Leistungsprämien Kommissionen innehaben, innerhalb derer der Arbeitgeber bei Pattsituationen ein entscheidendes doppeltes Stimmrecht hat<sup>324</sup>.

Im zu entscheidenden Fall oblag es solchen Kommissionen die einzelnen prämierbaren Tätigkeitsbereiche, die Höhe der Verteilungssumme in den jeweiligen

---

<sup>324</sup> BAG v. 26.4.2005 – 1 AZR 76/04, AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972.



Tätigkeitsbereichen, die Indikatoren zur Bewertung der Beschäftigten (bspw. Arbeitsleistung in qualitativer und quantitativer Hinsicht) sowie die Gewichtigkeit der einzelnen Indikatoren für die spätere Prämie festzulegen. Das BAG entschied, dass sich die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG im Kernbereich dadurch in unzulässiger Weise auf ein bloßes Beteiligungsrecht reduziere. Das gilt selbst dann, wenn die Kommission die maßgeblichen Entscheidungen, insbesondere über die Festlegungen der Bewertungsbereiche und der Indikatoren der Leistungsprämien, einvernehmlich getroffen hat. Ein Einvernehmen in der Kommission ist nämlich wenig aussagekräftig, da die Betriebsratsseite stets unter dem Druck der Letztentscheidungsbefugnis der Arbeitgeberseite verhandelt. Entscheidend für die Wirksamkeit einer Betriebsvereinbarung ist nicht, ob die in die örtliche Kommission entsandten Betriebsratsmitglieder im Einzelfall mit einer Regelung einverstanden waren, sondern ob durch die Ausgestaltung der Betriebsvereinbarung der Betriebsrat auf sein gesetzliches Mitbestimmungsrecht in der Substanz verzichtet.

## 2. Ansätze in der Literatur

Die Interpretation der Substanz der Mitbestimmungsrechte in der Literatur erfolgt dagegen uneinheitlich. Teilweise wird auch hier ein nahezu mitbestimmungsfreier Zustand toleriert (a). Nach a. A. müssen die wesentlichen Fragen paritätisch ausgestaltet werden (b). Eine Auffassung bewertet den materiellen Inhalt einer Rahmenregelung schließlich überhaupt als zweitrangig (c).

### a) Nahezu mitbestimmungsfreier Zustand

Die von der Rechtsprechung entwickelte Formel, nach der auch dann kein Verstoß gegen die Substanz der Mitbestimmungsrechte vorliegt, wenn dem Arbeitgeber in inhaltlicher Hinsicht eine Freiheit eingeräumt wird, die einem mitbestimmungsfreien Zustand nahekommt, übernehmen einige Autoren<sup>325</sup>. Teilweise gibt es jedoch die Einschränkung, dass eine solche Freiheit nur für konkrete

---

<sup>325</sup> *Matthes/MünchArbR*, § 238 Rn. 12 und § 242 Rn. 29.



Maßnahmen eingeräumt werden darf und nicht im Rahmen einer generellen Einschränkung der Mitbestimmung<sup>326</sup>.

Korrespondierend mit der neueren Rechtsprechung nehmen andere Stimmen einen Verzicht auf die Mitbestimmungsrechte erst an, wenn dem Arbeitgeber die Regelungsbefugnis in so weitem Maße überlassen wird, dass ihm eine § 87 Abs. 1 BetrVG betreffende Angelegenheit generell übertragen wird – die Betriebsvereinbarung also eine reine Ermächtigungsvereinbarung ohne eigene Regelungsinhalte darstellt<sup>327</sup>.

### b) Regelung der wesentlichen Fragen

Nach a.A. geht diese Interpretation der Substanzgrenze zu weit<sup>328</sup>. Weil auch das BAG diese Auffassung neuerdings revidiert habe und nun feststelle, dass die Mitbestimmungsrechte nicht aufgehoben oder beschränkt werden können<sup>329</sup>, wird gefordert, dass die „wesentlichen Entscheidungen“ gemeinsam getroffen werden bzw. der „Kern der sozialen Angelegenheit“ paritätisch geregelt wird<sup>330</sup>.

Darüber hinaus gibt es die Aussage, dass jedenfalls eine einvernehmlich vereinbarte Rahmenregelung zulässig ist, wenn durch sie nicht in erkennbar unausgewogener Weise die schützenswert erscheinenden Belange der betroffenen Arbeitnehmer missachtet werden und daher gegen die Grundsätze des § 315 BGB verstoßen wird<sup>331</sup>.

<sup>326</sup> *Wiese/GK-BetrVG*, § 87 Rn. 6; differenzierend auch *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (23).

<sup>327</sup> *Däubler/DKKW-BetrVG*, Einleitung Rn. 86c; *Fitting*, BetrVG, § 87 Rn. 24; *Henssler*, FS Hanau, 413 (433); *Hesse/Praxishandbuch BetrVR*, § 9 Rn. 11; *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, 7. Aufl., Band 2, Halbband 2, S. 1392; *Lehmpuhl*, Nichtausübung, S. 31 ff; *Löwisch/Kaiser/BetrVG*, § 77 Rn. 17; *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 87 Rn. 75; *Wiese/GK-BetrVG*, § 87 Rn. 6; ders. Anm. zu BAG v. 14.2.1967 – 1 AZR 6/66, SAE 1968, 137 (140). A.A. aber *Blomeyer*, der diesen Maßstab als zu unbestimmt empfindet, vgl. Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279).

<sup>328</sup> *Klebe/DKKW-BetrVG*, § 87 Rn. 39; *Rath-Glawatz*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG Arbeitszeit; *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (23 f.).

<sup>329</sup> *Klebe/DKKW-BetrVG*, § 87 Rn. 39. *Franzen*, NZA 2008, 250 (253), sieht ebenfalls eine eher restriktive Haltung der jüngeren Rechtsprechung zu dieser Rechtsfrage.

<sup>330</sup> *Löwisch*, BetrVG, 4. Aufl., § 87 Rn. 13; *Rieble/KFA-ArbR*, § 87 BetrVG Rn. 7 f.; *E. Schmidt*, Verzicht, S. 163; *Trümmer*, FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 395 (408).

<sup>331</sup> *Gaul*, Anm. zu BAG v. 17.10.1989, AP Nr. 39 zu § 76 BetrVG 1972, unter 3. f.



### c) Unbeachtlichkeit des materiellen Inhalts

Letztlich gibt es Stimmen, die den materiellen Inhalt einer Rahmenregelung als zweitrangig beurteilen und vielmehr den Umstand hervorheben, dass überhaupt eine Mitwirkung durch den Betriebsrat stattgefunden hat<sup>332</sup>. Es wird das „Prozesshafte des Geschehens“ betont und für die Rechtmäßigkeit eines Alleinentscheidungsrechts maßgeblich darauf abgestellt, ob die soziale Angelegenheit inhaltlich Gegenstand von Verhandlungen zwischen dem Betriebsrat und dem Arbeitgeber war<sup>333</sup>.

## D. Weitergehende spezifische Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

Die Rechtsprechung (I.) und Teile der Literatur (II.) verlangen über die Wahrung der Substanz der Mitbestimmungsrechte hinaus weitere spezifische Maßgaben als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten.

### I. Weitergehende Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Rechtsprechung

Zusätzlich zur Beachtung der Substanz der Mitbestimmungsrechte verlangt das BAG in einem Beschluss, dass Alleinentscheidungsrechte des Arbeitgebers nur für unvorhersehbare Fälle und nur mit einer einstweiligen Wirkung vereinbart werden (1.). Anforderungen stellt das BAG zudem an die Klarheit der Abrede, mit der dem Arbeitgeber das Recht zur einseitigen Gestaltung mitbestimmungspflichtiger Angelegenheiten eingeräumt werden soll (2.).

#### 1. Einstweilige Anordnungsbefugnis

In einem Beschluss vom 17.11.1998<sup>334</sup> fordert das BAG, dass Alleinentscheidungsrechte nur für unvorhersehbare Fälle vereinbart werden dürfen und ihnen nur eine einstweilige Wirkung zukommen darf. Gegenstand der Entscheidung ist ein

---

<sup>332</sup> *Matthes/MünchArbR*, § 238 Rn. 12 und § 242 Rn. 29: Entscheidend sei die Mitwirkung nicht aber der Inhalt der Regelung. Ähnlich auch *Joussen*, RdA 2005, 31 (38).

<sup>333</sup> *Franzen*, NZA 2008, 250 (253).

<sup>334</sup> BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, AP Nr. 79 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.



tarifvertraglich vereinbartes Alleinentscheidungsrecht, das nach Ansicht des BAG diesen Kriterien genügt, weil es den Arbeitgeber in kurzfristigen und unvorhersehbaren Ausnahmefällen zur einseitigen Anordnung von Überstunden ermächtigt.

Auch angesichts der Tatsache, dass ein tarifvertragliches Alleinentscheidungsrecht Gegenstand dieser Entscheidung ist, sind die Ausführungen des BAG auch für den vorliegenden Untersuchungsgegenstand relevant, weil das BAG explizit einen Gleichlauf der Regelungsbefugnis von Tarifvertragsparteien und Betriebspartnern zur Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten annimmt. Es sei nämlich nicht ersichtlich, dass an tarifliche Regelungen strengere Anforderungen zu stellen seien als an die der Betriebspartner. Ein solches Ergebnis wäre nicht nur mit dem Vorrang der ausgeübten Tarifautonomie gem. § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG unverträglich, sondern widerspräche auch der Wertung des Art. 9 Abs. 3 GG, wonach die Tarifautonomie, nicht dagegen die Betriebsautonomie, Grundrechtsschutz genießt<sup>335</sup>.

Das BAG betont in diesem Beschluss, dass ein einseitiges Anordnungsrecht des Arbeitgebers nur als Teil des Mitbestimmungsverfahrens vereinbart werden kann und dass dessen Inhalt eine mitbestimmungspflichtige Entscheidung nicht ersetzen darf. Inhaltlich dürfte es deshalb nur mit Rücksicht auf besondere Umstände eine kurzfristige Übergangslösung schaffen, welche die abschließende und mitbestimmte Klärung der mitbestimmungspflichtigen Fragen so weit als möglich offen hält. Gültigkeit vermag ein Alleinentscheidungsrecht nach Ansicht des BAG deshalb nur für den Zeitraum beanspruchen, der im Regelfall erforderlich ist, um eine mitbestimmte Entscheidung herbeizuführen. Die Vereinbarung einer Alleinentscheidungsbefugnis für Fälle, die einer gewissen Regelmäßigkeit unterliegen, denen die Eilbedürftigkeit fehlt oder welche auf einen seit längerem erkennbaren Einzelfall bezogen ist, stelle sich dagegen als unzulässiger Ausschluss der Mitbestimmungsrechte dar.

Diese Auffassung begründet das BAG damit, dass weder die Tarifvertragsparteien noch die Betriebspartner ihre Befugnis zur kollektivvertraglichen Regelung so ausüben können, dass sie die gesetzliche Mitbestimmung

---

<sup>335</sup> BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, AP Nr. 79 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit unter B. II. 2. bb. der Gründe; zustimmend *Worzalla*, Anm. zu BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, SAE 2000, 153 (154). Dazu auch schon *Rieble*, Anm. zu BAG v. 18.4.1989 – 1 ABR 100/87, AP Nr. 18 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang, unter 2. b.



durch ein einseitiges Gestaltungsrecht des Arbeitgebers ersetzen. Bezüglich der Mitbestimmung bei Überstunden könne der Tarifvertrag abschließend jedoch nur die Fragen regeln, ob überhaupt, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang der Arbeitgeber Mehrarbeit einführen darf. Die ebenfalls von § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG erfassten Regelungsfragen – der genaue Zeitpunkt und die exakte Verteilung der Mehrarbeit auf die Arbeitnehmer – können die Regelungen eines Tarifvertrags aber nicht abstrakt beantworten. In diesem Zusammenhang, so betont das BAG, sei es zulässig, wenn eine Betriebsvereinbarung für bestimmte Fälle ein Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers vorsieht, sofern dadurch die Substanz des Mitbestimmungsrechts nicht verletzt wird<sup>336</sup>. Das ist dann der Fall, wenn der Betriebsrat seine Zustimmung zur Anordnung von Mehrarbeit für bestimmte, eng umgrenzte Fallkonstellationen im Voraus erteilt.

Weil den Tarifvertragsparteien, ebenso wie den Betriebspartnern, aber die Möglichkeit eröffnet sein muss, den Arbeitgeber bei unerwartet auftretenden Bedarf an Überstunden unter bestimmten Voraussetzungen zur einseitigen Anordnung zu ermächtigen, müsse es auch den Tarifvertragsparteien erlaubt sein, eine solche Regelung für das Mitbestimmungsverfahren zu treffen<sup>337</sup>.

## 2. Anforderungen an die Klarheit der Abrede

Bezüglich formeller Rechtmäßigkeitsanforderungen verlangt das BAG in einem Urteil vom 26.7.1988, dass an die Klarheit der Abrede, nach der dem Arbeitgeber innerhalb der materiellen Vorgaben einer Rahmenregelung das Recht zustehen soll, Ordnungsprobleme einseitig zu gestalten, strenge Anforderungen zu stellen sind<sup>338</sup>.

Die Formulierung, dass „die Geschäftsführung jährlich mit dem Gesamtbetriebsrat über mögliche Änderungen bei der Zuordnung der verkauften Artikel (Anm.: zu Provisionsgruppen) spricht“, kann nach Ansicht des BAG bspw. bedeuten, dass der Arbeitgeber innerhalb der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ein einseitiges Gestaltungsrecht erhalten soll. Genauso kann die Formulierung aber auch bedeuten, dass dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats

---

<sup>336</sup> Der 1. Senat nimmt insoweit Bezug auf ein Urteil vom 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Provision.

<sup>337</sup> Als Beleg dient der Beschluss des BAG vom 12.1.1988 – 1 ABR 54/86, AP Nr. 8 zu § 81 ArbGG 1979.

<sup>338</sup> BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Provision.



lediglich ein Unterrichtsanspruch vorgeschaltet ist. Denkbar ist ebenso, dass die Formulierung einen Formelkompromiss darstellt, der beiden Betriebsparteien die Möglichkeit gibt, eine entgegengesetzte Rechtsauffassung aufrecht zu halten und bei Bedarf die Rechtsfrage einer gerichtlichen Klärung zuzuführen. Keinesfalls kann dieser Formulierung jedoch mit der erforderlichen Klarheit entnommen werden, dass der Betriebsrat dem Arbeitgeber das Recht zur einseitigen Änderung der Zuordnung der Artikel zu den Provisionsgruppen eingeräumt hat – eine solche Befugnis muss deutlich formuliert werden<sup>339</sup>.

Eine Entscheidung vom 12.1.1988<sup>340</sup> ist in diesem Zusammenhang jedoch ebenfalls beachtlich, weil sie die eben dargestellten Grundsätze augenscheinlich noch nicht fordert. Streitbefangen war die Frage, ob dem Arbeitgeber ein Alleinentscheidungsrecht zur Anordnung von Mehrarbeit zusteht. Die entsprechende „Betriebsvereinbarung zur Regelung von Mehrarbeit“ enthielt in ihrer Lit. 3 die Regelungen, dass

*(Auszug) „... betrieblich veranlasste Mehrarbeit in folgenden Fällen mitbestimmungspflichtig ist:*

*a) bei Inventuren*

*b) aus Anlass von Urlaub von Mitarbeitern, der eine Woche vor Antritt beantragt wurde bzw. wird,*

*c) bei Auffüllarbeiten, bei Verkaufsvorbereitungs- oder Abschlussarbeiten vor oder nach Ladenschluss, sei es aufgrund besonderer Aktivitäten, Werbemaßnahmen oder ähnlichen Gründen, soweit vorhersehbar oder planbar,*

*d) ...“.*

*Gem. Lit. 4 BV „...beantragt die Geschäftsleitung Mehrarbeit aus einem (oder mehreren) der in Lit. 3 genannten Gründen beim Betriebsrat....“.*

*Gem. Lit. 5 BV „...teilt der Betriebsrat der Geschäftsleitung mit, ob er der beantragten Mehrarbeit zustimmt oder nicht. Sollte der Betriebsrat*

---

<sup>339</sup> BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Provision, unter II. 3. b. der Gründe.

<sup>340</sup> BAG v. 12.1.1988 – 1 ABR 54/86, AP Nr. 8 zu § 81 ArbGG 1979.



*bis zum (...) keine Stellungnahme abgeben, so gilt die Zustimmung als erteilt.“*

Das BAG legte Lit. 3 BV dahingehend aus, dass die Betriebsvereinbarung nicht jede Art von notwendig werdender Mehrarbeit für zustimmungspflichtig erklärt. Eine Zustimmungspflichtigkeit folgt aus der Vereinbarung bspw. nur für die Mehrarbeit aus Anlass von Urlaub, wenn der Urlaub mindestens eine Woche vor seinem Antritt beantragt wird oder für planbare Verkaufsvorbereitungsmaßnahmen. Damit, so entschied das BAG, ist im Umkehrschluss aber gleichzeitig auch geregelt, dass notwendig werdende Mehrarbeit, die diese Voraussetzungen nicht erfüllt, also bspw. Mehrarbeit für nicht planbare Verkaufsvorbereitungsmaßnahmen, keiner weiteren Zustimmung des Betriebsrats bedarf. Zur Anordnung von solcher Mehrarbeit hat der Betriebsrat seine Zustimmung generell im Voraus erteilt. Auch für diese Fälle enthält die Vereinbarung daher eine Regelung, gegen deren Wirksamkeit auch insgesamt keine Bedenken bestehen, weil der Betriebsrat von seinem Mitbestimmungsrecht bezüglich der Anordnung von Überstunden abschließend Gebrauch gemacht hat<sup>341</sup>.

## **II. Weitergehende Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen in der Literatur**

Der vom BAG geforderten Maßgabe, dass Alleinentscheidungsrechte nur für kurzfristige Zeiträume zulässig sind und der Arbeitgeber entsprechend nur zu einstweiligen Anordnungen ermächtigt werden darf, schließen sich auch einzelne Stimmen in der Literatur an<sup>342</sup>. Bekannt ist auch die Forderung nach einer deutlichen Absprache bezüglich der Vereinbarung des Alleinentscheidungsrechts<sup>343</sup>. Für *Bertzbach* und *Joussen* ergibt sich jedoch bereits aus der Vereinbarung einer „Mitteilungspflicht“, dass es dem Arbeitgeber obliegen soll, einseitige Entscheidungen zu treffen. Soll im Rahmen von Dauervereinbarungen ein echtes Mitbestimmungsrecht in den Einzelfällen bestehen bleiben, müsse positiv festgeschrieben werden, dass über Änderungen jeweils gesondert zu beraten und zu

---

<sup>341</sup> BAG v. 12.1.1988 – 1 ABR 54/86, AP Nr. 8 zu § 81 ArbGG 1979, unter B. II. 2. c. der Gründe.

<sup>342</sup> *Hesse/Praxishandbuch BetrVR*, § 9 Rn. 12 und 39; so auch eine Fallgruppe von *Otto*, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, EzA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn, 11 (19).

<sup>343</sup> *Gaul*, Anm. zu BAG v. 17.10.1989, AP Nr. 39 zu § 76 BetrVG 1972, unter 3. f.; *Otto*, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, EzA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn, 11 (17 f.).



entscheiden ist. Der Wortsinn einer „Mitteilung“ liege nämlich gerade darin, dass bereits Feststehendes übermittelt und dem Empfänger zur Kenntnis gegeben wird. Auf Empfängerseite werde also nur noch ein passives Geschehen erwartet<sup>344</sup>.

Darüber hinaus finden sich in der Literatur jedoch auch die weiteren Maßgaben, dass ein sachlicher Grund vorliegen muss, um ein Alleinentscheidungsrecht zu vereinbaren (1.), keine Generalklauseln vereinbart werden dürfen (2.), zur Kompensation des Alleinentscheidungsrechts ein Ausgleichsanspruch vereinbart werden muss (3.) und letztlich, dass Informationsrechte und prozedurale Bindungen des Arbeitgebers vereinbart werden müssen (4).

### 1. Sachlicher Grund

Entgegen dem BAG, nach dem der Betriebsrat oder die Einigungsstelle „aus welchen Gründen auch immer“<sup>345</sup> Alleinentscheidungsrechte einräumen können, fordern *Galperin/Löwisch*, dass „sachliche Gründe“ vorliegen, damit es dem Betriebsrat trotz seiner Funktion die Interessen der Arbeitnehmer wahrzunehmen, möglich ist, dem Arbeitgeber die Regelung bestimmter Einzelfragen zu überlassen<sup>346</sup>. Nach *Blomeyer* müssen jedenfalls „betriebliche Gründe“ vorliegen, um dem Arbeitgeber ein Alleinentscheidungsrecht einräumen zu dürfen<sup>347</sup>.

Das Erfordernis „zwingender“ oder „dringender“ betrieblicher Gründe, so wie es etwa §§ 100 Abs. 1 Satz 1 und § 115 Abs. 7 Lit. 4 BetrVG vorsehen, lehnen *Säcker/Oetker* als Voraussetzung für die Einräumung eines Alleinentscheidungsrechts aber ausdrücklich ab. Die Fälle der §§ 100 Abs. 1 Satz 1 und § 115 Abs. 7 Lit. 4 BetrVG lassen die Befugnisse des Betriebsrats unter dem Gesichtspunkt der Eilbedürftigkeit zunächst vollständig zurücktreten. Eine Rahmenregelung berücksichtige dagegen bereits die Interessen der Belegschaft, ohne diese zurücktreten zu lassen<sup>348</sup>.

<sup>344</sup> *Bertzbach*, Anm. 1 zu BAG v. 1.7.2003 – 1 ABR 22/02, jurisPR-ArbR 18/2003; *Joussen*, Anm. zu BAG v. 1.7.2003 – 1 ABR 22/02, SAE 2004, 109 (112).

<sup>345</sup> BAG v. 11.3.1986 – 1 ABR 12/84, AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung, unter III. 3. der Gründe; BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit, unter B. 2. der Gründe; BAG v. 17.10.1989 – 1 ABR 31/87, AP Nr. 39 zu § 76 BetrVG 1972 unter II. 2. b. der Gründe.

<sup>346</sup> *Galperin/Löwisch*, BetrVG § 87 Rn. 15.

<sup>347</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279).

<sup>348</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (25).



## 2. Vereinbarung von generalklauselartigen Rahmenregelungen

Kontrovers wird auch eine Vereinbarung von generalklauselartigen Rahmenregelungen beurteilt. Aufgrund der normativen Wirkung von Betriebsvereinbarungen gem. § 77 Abs. 4 BetrVG dürfen sich Rahmenregelungen nach *Richardi* und *Trümmer* nicht in Generalklauseln erschöpfen. Wegen der unmittelbaren und zwingenden Wirkung der Betriebsvereinbarungen ist es den Betriebspartnern nämlich möglich, auf den Vertragsinhalt des Arbeitsverhältnisses Einfluss zu nehmen. Sofern allerdings Generalklauseln und damit ein Stück „offen gelassene Gesetzgebung“ vereinbart werden, führe dies dazu, dass unter Verdrängung der Vertragsregelung mit dem einzelnen Arbeitnehmer ein einseitig vom Arbeitgeber auszufüllender Rahmen geschaffen wird. Zugleich wird nach dieser Ansicht der Sinn der Mitbestimmung – die Beteiligung des Betriebsrats an der Regelung – „in klassischer Manier“ verfehlt<sup>349</sup>.

Nach *Säcker/Oetker* sind die Betriebspartner dagegen auf die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen angewiesen, um dem beiderseitigen Bedürfnis nach einer gewissen Elastizität der normativen Regelung zu genügen<sup>350</sup>. Die materiellen Rahmenregelungen dürfen sich nur nicht in „unverbindlichen Blankettformeln“ erschöpfen. Es darf ihrer Ansicht nach durch die partielle Nichtausübung des Mitbestimmungsrechts kein Zustand eintreten, in dem der Arbeitgeber bei der Alleingestaltung der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit ein allein durch § 315 BGB begrenztes Ermessen hat<sup>351</sup>. Insoweit a. A. ist wohl *Kania*, der die Ausfüllung einer Rahmenregelung ausdrücklich dem billigen Ermessen des Arbeitgebers überlassen will<sup>352</sup>.

<sup>349</sup> *Richardi*, ZfA 1992, 307 (319 f.); *Trümmer*, FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 395 (410).

<sup>350</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (25). Vgl. auch *Rieble/KFA-ArbR*, § 87 BetrVG Rn. 7 f., der für konkret-bestimmte Fälle und abstrakt-generelle Fälle eine antizipierte Zustimmung akzeptiert, wenn letztere sich gleichen und immer wieder auftretenden. Nach *Rieble* muss nicht jedem Detail zugestimmt werden. Man könne sich auch auf die Vereinbarung von Prinzipien beschränken. Zustimmend wohl auch *Hesse/Praxishandbuch BetrVR*, § 9 Rn. 12 „pauschalisierende Vereinbarung“; ebenso *Löwisch*, BetrVG, 4. Aufl., § 87 Rn. 14.

<sup>351</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (24).

<sup>352</sup> *Kania/ErfKo*, § 77 BetrVG Rn. 42.



### 3. Vereinbarung eines Ausgleichsanspruchs

Von *Wiese* und *Henssler* gibt es die Maßgabe, die Betriebspartner sollen sich bei der Vereinbarung einer Rahmenregelung für Eilfälle von der Regelung des § 115 Abs. 7 Nr. 4 Satz 2 und 3 BetrVG leiten lassen<sup>353</sup>. Gem. § 115 Abs. 7 Nr. 4 Satz 3 BetrVG sind Nachteile der Schiffsbesatzung auszugleichen, die durch eine vorläufige einseitige Anordnung des Kapitäns entstanden sind. Erforderlich ist aber, dass sich diese einseitige Anordnung des Kapitäns nicht mit der endgültigen mitbestimmten Regelung deckt. Im Gegenzug für eine einseitig angeordnete Zusatzwache kommen dann bspw. ein Anspruch auf Freizeitausgleich oder eine angemessene Entschädigung in Geld für die betroffenen Matrosen in Betracht<sup>354</sup>.

### 4. Vereinbarung von Informationsrechten und prozeduralen Bindungen

Da die Schutzfunktion der Mitbestimmungsrechte sowohl bei der Festlegung allgemeiner Voraussetzungen, als auch bei deren Vollzug eingreift, fordert *Klebe*, dass die Rahmenregelung prozedurale Regelungen enthält, die dem Betriebsrat eine Kontrolle der einseitigen Vollzugsanordnungen ermöglichen und ggf. ein Vorgehen gegen betriebsvereinbarungswidrige Maßnahmen sichern<sup>355</sup>. Entsprechend müsse die Rahmenregelung Ankündigungsfristen für Arbeitgebermaßnahmen regeln, die in Eilfällen aber auf null reduziert werden können<sup>356</sup>.

### E. Eigenständige Lösungsansätze in der Literatur

Einige Autoren entwickeln zur Frage der Rechtmäßigkeit von Alleinentscheidungsrechten auch gänzlich eigenständige Lösungsansätze. Das sind der rein formelle Ansatz von *Joussen* (I.), eine Analogie zu Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG von *Säcker/Oetker* (II.), die beweglichen Abwägungsdirektiven von *Blomeyer* (III.) und letztlich die Fallgruppen von *Otto* (IV.).

<sup>353</sup> *Henssler*, FS Hanau, 413 (433 f.); *Wiese/GK-BetrVG*, § 87 Rn. 159.

<sup>354</sup> *Franzen*, GK-BetrVG, § 115 Rn. 62.

<sup>355</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (280); *Klebe/DKKW-BetrVG*, § 87 Rn. 39; *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (26); *E. Schmidt*, Verzicht, S. 161 f.; *Trümmer*, FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 395 (408 f.).

<sup>356</sup> *Klebe/DKKW-BetrVG*, § 87 Rn. 39.



## I. Formelle Betrachtung der Alleinentscheidungsrechte

Der jüngste Beitrag zur Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten stammt von *Joussen*. Seines Erachtens liegt zulässigen Rahmenregelungen die Konstruktion einer Delegation zu Grunde, da das Mitbestimmungsrecht durch Übertragung auf den Arbeitgeber wahrgenommen werde<sup>357</sup>. Gleichwohl bleibt es auch nach seiner Ansicht problematisch festzustellen, wann der Betriebsrat dem Arbeitgeber die Regelungsbefugnis in so weitem Umfang überlassen hat, dass ein unzulässiger Verzicht angenommen werden muss<sup>358</sup>.

### 1. Vorzug gegenüber der Substanzformel

Die Abgrenzung eines zulässigen Alleinentscheidungsrechts vom Verzicht anhand der Substanzthese zu beurteilen, leidet nach seiner Ansicht an dem Problem, dass nur eine Betrachtung des Ergebnisses erfolgt. In methodischer Hinsicht ist dies unbefriedigend, da diese rein einzelfallorientierte kasuistische Bewertung nicht aus der Systematik des Vorgangs heraus beurteilen kann, ob es zu einem unzulässigen Verzicht kommt<sup>359</sup>. Eine kasuistische Bewertung ist zwar nicht *per se* abzulehnen, jedoch zu vermeiden, solange durch eine stringente Argumentation Rechtssicherheit und Rechtsklarheit vermittelt werden kann<sup>360</sup>. Das gelinge mit einer formellen Betrachtung der Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten, die den Akt der Delegation in den Vordergrund rückt. So wird letztlich auch dem Umstand Rechnung getragen, dass *de facto* eine Betriebsvereinbarung vorliegt, der Betriebsrat also bei der Herbeiführung der Rahmenregelung „mitbestimmt“ und seine ihm zustehenden Befugnisse wahrnimmt.

Der formelle Ansatz vermeidet zudem das „wohl größte Manko der derzeitigen Diskussion“: Die „völlig vernachlässigte Differenzierung nach dem Ursprung der Betriebsvereinbarung“, d.h. ob sie einvernehmlich herbeigeführt wurde oder das Ergebnis eines Einigungsstellenspruchs ist<sup>361</sup>.

---

<sup>357</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (37).

<sup>358</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (37).

<sup>359</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (37).

<sup>360</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (39).

<sup>361</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (37 f.).



## 2. Freiwillige Vereinbarungen

Der formelle Ansatz, der den Ursprung des Alleinentscheidungsrechts mitberücksichtigt, führt dazu, dass sich die Freiwilligkeit hinsichtlich der Vereinbarung des Alleinentscheidungsrechts als maßgebliches Indiz für dessen Rechtmäßigkeit darstellt<sup>362</sup>. Im freiwilligen Abschluss der Vereinbarung liegt nämlich die Ausübung des Mitbestimmungsrechts durch den Betriebsrat und nicht das Aufgeben der Befugnisse so, wie es die Verzichtdefinition verlangt. Der freiwillige Abschluss einer Rahmenregelung schließt daher grundsätzlich auch eine Substanzverletzung aus.

Eine Umgehung des Verzichtsverbots und damit eine Unzulässigkeit der Vereinbarung sind aber gleichwohl anzunehmen, wenn die Befugnisse des Betriebsrats völlig untergehen und die Delegation der Entscheidungsbefugnisse einem Generalverzicht gleichkommt. Bei einer freiwilligen Betriebsvereinbarung kann dies aber grundsätzlich nicht angenommen werden, da der Betriebsrat diese aushandelt und abschließt. Wenn dem Betriebsrat in der konkreten Mitbestimmungssituation dazu noch „irgendein weiteres Recht“ zusteht, werde es „immer schwieriger“, einen Verzicht anzunehmen. „Je mehr einzelne Rechte der Betriebsrat sich in der Vereinbarung vorbehält, umso weniger kann man von einem Verzicht ausgehen“<sup>363</sup>.

## 3. Adressat der Übertragung und Gewichtung der Indizien

Ein zusätzliches Indiz für die Zulässigkeit der Alleinentscheidungsrechte ist der Umstand, ob die Kompetenz zur Alleinentscheidung der mitbestimmungspflichtigen Maßnahme allein dem Arbeitgeber oder einem paritätisch besetzten Gremium erteilt wird. Letzteres spricht stark gegen einen unzulässigen Verzicht, da die Arbeitnehmerseite ausreichend in den Entscheidungsprozess eingebunden bleibt. Weil der Arbeitgeber bei einer konkreten Alleinentscheidung aber ohnehin an die Maßstäbe des billigen Ermessens gebunden ist, spricht eine Delegation der

---

<sup>362</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (38); zustimmend wohl auch *Franzen*, NZA 2008, 250 (253).

<sup>363</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (38).



Mitbestimmungsrechte allein an ihn aber auch nicht zwingend für die Unzulässigkeit der Vereinbarung dahingehender Alleinentscheidungsrechte.

## II. Analogie zu Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG

*Säcker/Oetker* verstehen arbeitgeberseitige Alleinentscheidungsrechte als Folge einer antizipierten Ausübung der Mitbestimmungsrechte, die bei einer Beeinträchtigung der Substanz des Mitbestimmungsrechts einem unzulässigen Verzicht des Betriebsrats auf seine Mitbestimmungsrechte allerdings gleichgestellt werden muss<sup>364</sup>. Nach ihrem Ansatz erfolgt die Abgrenzung anhand der Frage, ob das Alleinentscheidungsrecht im sog. Primären (1.) oder sekundären Regelungsbereich (2.) einer sozialen Angelegenheit liegt und ob der Arbeitgeber durch prozedurale Absprachen gebunden bleibt (3.).

Ausgangspunkt ihrer Betrachtung ist die Feststellung, dass es grundsätzlich der autonomen Entscheidung der Betriebspartner obliegt, ob und wie sie eine soziale Angelegenheit inhaltlich ausgestalten und strukturieren. So steht es den Betriebspartnern frei, bei denjenigen Sachmaterien, welche grundsätzlich in jedem Einzelfall die Mitbestimmung des Betriebsrats erfordern, bspw. Regelungen zu Überstunden i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, eine jeweils punktuelle Einigung herbeizuführen. Genau so können sie aber auch eine abstrakt-generelle, von den jeweiligen Besonderheiten des konkreten mitbestimmungspflichtigen Einzelfalls losgelöste Dauerregelung schaffen<sup>365</sup>. Beim Abschluss einer Dauerbetriebsvereinbarung ist es den Betriebspartnern jedoch nicht möglich, sämtliche regelungsbedürftigen Fragen vorab normativ zu erfassen. Während einige Regelungsfragen einer abstrakt-generellen Regelung zugänglich sind, hängen andere Fragen vom konkreten Einzelfall ab und entziehen sich damit denotwendig einer antizipierten und generellen Regelung. Folglich kann man bei den Mitbestimmungsrechten zwei Regelungsbereiche unterscheiden: den sog. primären und den sekundären Regelungsbereich<sup>366</sup>.

---

<sup>364</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (23 f.).

<sup>365</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (22).

<sup>366</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (22 f.).



## 1. Primärer Regelungsbereich und seine Ausgestaltung

Dem primären Regelungsbereich gehören alle Regelungsfragen an, die sich von den jeweiligen Einzelfällen abstrahieren lassen und bei jedem Fall vergleichbarer Art wiederholt auftreten. Eine Dauerregelung zur Anordnung von Überstunden etwa kann mit generellen Tatbeständen nur umschreiben, unter welchen Voraussetzungen Überstunden angeordnet werden dürfen, deren maximaler Umfang und den Kreis der betroffenen Arbeitnehmer. Weil der primäre Regelungsbereich zugleich die Grundlage für die späteren Vollzugsentscheidungen des Arbeitgebers darstellt, müssen hier zwingend alle wesentlichen Entscheidungen über den mitbestimmungspflichtigen Tatbestand getroffen werden. Neben der Frage der Regelungsdichte ist daher maßgeblich, ob durch die Normierung des primären Regelungsbereichs bereits dem Zweck des jeweiligen Mitbestimmungsrechts Rechnung getragen wird. „Unverbindliche Blankettformeln“ oder eine annähernde Mitbestimmungsfreiheit sind im primären Regelungsbereich entsprechend unzulässig<sup>367</sup>. Keinesfalls darf ein Zustand eintreten, bei dem das Gestaltungs Ermessen des Arbeitgebers zur Ordnung einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit allein durch § 315 BGB begrenzt wird. Die Vollzugsentscheidung des Arbeitgebers muss vielmehr tatbestandlich gebunden werden<sup>368</sup>.

### a) Tatbestandliche Bindung gem. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG

Zur Frage inwieweit der Arbeitgeber tatbestandlich gebunden werden muss, greifen *Säcker/Oetker* und ihnen folgend auch *E. Schmidt* und das LAG Berlin auf die vom BVerfG entwickelten Grundsätze zurück, die das Parlament beachten muss, wenn es gem. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG die Regierung zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt. Aus der Anwendung dieser Grundsätze folgt, dass die Ausgestaltung des primären Regelungsbereichs nicht so unbestimmt sein darf, dass nicht mehr voraussehbar ist, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von der Vollzugsmöglichkeit durch den Arbeitgeber Gebrauch gemacht wird und welchen

---

<sup>367</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (23).

<sup>368</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (24).



Inhalt die konkrete Entscheidung haben wird (Vorhersehbarkeits- und Berechenbarkeitserfordernis). Der primäre Regelungsbereich muss die im Hinblick auf den Zweck des Mitbestimmungsrechts wesentlichen Entscheidungen selbst enthalten (Selbstentscheidungserfordernis) und den Arbeitgeber durch zweifelsfreie (Deutlichkeitserfordernis) Tatbestände binden (Programmvorgabeerfordernis)<sup>369</sup>.

### **b) Vereinbarung von unbestimmten Rechtsbegriffen**

Ebenso wie der Gesetzgeber sind allerdings auch die Betriebspartner im Interesse einer gewissen Elastizität ihrer normativen Regelung auf die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen angewiesen. Weil deren Anwendung trotz des Vorliegens gewisser Beurteilungsspielräume Rechtsanwendung ist, handelt es sich bei deren Vollzug daher nicht um die Ausübung rechtsgestaltenden Ermessens und somit letztlich um ein Alleinentscheidungsrecht im primären Regelungsbereich. Zwischen der Regelungstechnik mit Richt- und Regelbeispielen und dem Rückgriff auf „betriebliche Gründe“ besteht zudem nur ein gradueller Unterschied, sodass es an tatbestandlicher Bindung im primären Bereich nach Ansicht von *Säcker/Oetker* bspw. genügt, wenn dem Arbeitgeber in zweifelsfreier und unmissverständlicher Form eine einseitige Anordnung von Überstunden aus „betrieblichen Gründen“ gestattet wird<sup>370</sup>.

## **2. Sekundärer Regelungsbereich**

Dem sekundären Regelungsbereich einer sozialen Angelegenheit gehören sämtliche regelungsbedürftigen Detailaspekte an, die nicht zu den wesentlichen, den Zweck des Mitbestimmungsrechts konkretisierenden, Gestaltungs- oder Beurteilungsfragen gehören. Gleichgültig ist, ob sie überhaupt abstrakt-generell strukturierbar sind oder nicht. Im Rahmen einer Überstundenregelung sind dies etwa die Aspekte der

---

<sup>369</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (24 f.); *E. Schmidt*, Verzicht, S. 162.; LAG Berlin v. 29.10.1998 - 10 Sa 95/98, juris.

<sup>370</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (25); *E. Schmidt*, Verzicht, S. 162.



konkreten Verteilung der Überstunden auf die einzelnen Arbeitnehmer, des genauen Zeitpunkts sowie die Modalitäten der konkreten Anordnung<sup>371</sup>.

Ein Alleinentscheidungsrecht im sekundären Regelungsbereich stellt sich daher lediglich als Vollzug des paritätisch ausgestalteten primären Regelungsbereichs dar. Es ist unbedenklich, weil dem Zweck der Mitbestimmungsrechte durch den paritätisch ausgestalteten primären Regelungsbereich bereits Genüge getan ist<sup>372</sup>. Alleinentscheidungsrechte, die lediglich den sekundären Regelungsbereich betreffen, sind daher grundsätzlich zulässig.

### 3. Prozedurale Bindungen

Obwohl die im primären Regelungsbereich getroffene Struktur auf die Vollzugsentscheidung des Arbeitgebers ausstrahlt, darf die gesetzgeberische Wertung bei der Ausgestaltung der Mitbestimmungsrechte aber nicht gänzlich ignoriert werden, nach der auch der sekundäre Bereich der Mitbestimmung unterliegt. Eine völlige Verdrängung des Betriebsrats aus diesem Bereich ist unzulässig, sodass ihm eine Interventionsmöglichkeit in den konkreten Fällen verbleiben muss. Der Betriebsrat muss die Möglichkeit haben, die Rechtmäßigkeit der einseitigen Arbeitgebermaßnahmen zu überprüfen<sup>373</sup>.

Um dies zu gewährleisten, muss man sich als Mindeststandart an dem in § 100 Abs. 2 Satz 1 BetrVG normierten Unterrichtsrecht orientieren. Die Art (schriftlich oder mündlich) und der Umfang (Begründungspflicht) der Informationspflicht unterliegen allerdings der Autonomie der Parteien. Räumen die Betriebspartner dem Betriebsrat angesichts dieser Freiheit sogar ein förmliches Widerspruchsrecht im Einzelfall ein, ist es möglich, das Schweigen des Betriebsrats als Zustimmung zu werten<sup>374</sup>.

### 4. Fazit

Für die Zulässigkeit einer einvernehmlichen Rahmenregelung im Bereich der Überstunden genügt nach *Säcker/Oetker*, wenn das Alleinentscheidungsrecht des

---

<sup>371</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (23).

<sup>372</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (23 f.).

<sup>373</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (24, 26); *E. Schmidt*, Verzicht, S. 162.

<sup>374</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (26).



Arbeitgebers an das Vorliegen „betrieblicher Gründe“ gebunden ist und ihm ein monatliches Maximalvolumen vorgegeben ist. Zudem muss eine prozedurale Bindung vereinbart werden, die dem Betriebsrat bei vereinbarungswidrigem Verhalten eine Interventionsmöglichkeit eröffnet<sup>375</sup>.

### III. Dynamische Abwägung

Die Rechtmäßigkeit von Alleinentscheidungsbefugnissen beurteilt *Blomeyer* anhand der Frage, ob es eine Pflicht von Betriebsrat oder Einigungsstelle gibt, ihren anzuerkennenden Regelungsermessensspielraum in den sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG stets voll auszuschöpfen. Da der Verzicht auf Mitbestimmungsrechte unzulässig ist, es aber nicht angemessen erscheint, Anordnungen des Arbeitgebers, die auf einer substanzwahrenden Vereinbarungen beruhen, der Unwirksamkeitsfolge zu unterziehen, ist auch nach seiner Ansicht eine klare Grenzziehung erforderlich. Das gilt insbesondere angesichts der normativen Wirkung von Betriebsvereinbarungen, die gerade deshalb in besonderer Weise auf Rechtssicherheit angewiesen sind<sup>376</sup>. Diesem Anspruch an Rechtsklarheit genügt es nach seiner Auffassung nicht, dass die Rechtsprechung eine Substanzwahrung bereits dann annimmt, wenn dem Arbeitgeber die Regelung der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit nicht gänzlich übertragen wurde, sondern er an gewisse vereinbarte Grundsätze und Kriterien gebunden bleibt.

#### 1. Bewegliche Abwägungsdirektiven

Die auftretenden Abgrenzungsschwierigkeiten, überwindet *Blomeyer* mit Hilfe eines beweglichen Systems aus drei Maßgaben. Ausgangspunkt ist die Verwirklichung der Schutz- und Ordnungsfunktion als Zielsetzung der Mitbestimmung des § 87 Abs. 1 BetrVG. Die materielle Rahmenregelung als Grundlage für ein Alleinentscheidungsrecht muss also den Schutz der Belegschaft, nicht notwendig jedes einzelnen Arbeitnehmers, verwirklichen und eine deutliche,

---

<sup>375</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (26).

<sup>376</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279).



für jedermann erkennbare ausgleichende Ordnung bereit halten, welche den Arbeitgeber bei seiner Alleinentscheidung bindet<sup>377</sup>.

Aus dem gem. § 2 Abs. 1 BetrVG beiderseits zu beachtendem Gebot zur vertrauensvollen Zusammenarbeit folgt dann, dass dem Arbeitgeber ein Ermessen insoweit eingeräumt werden kann, wie es die „Belange des Betriebs“ erfordern, ohne jedoch dabei zugleich die „*essentialia*“ des Mitbestimmungsrechts zu tangieren. Dem Zweck des konkreten Mitbestimmungsrechts muss auch insoweit Rechnung getragen werden.

Im Ergebnis ist die aus der Funktion der Mitbestimmung und dem Zweck des konkreten Mitbestimmungsrechts folgende Begrenzung des Alleinentscheidungsrechts, je nach Intensität der betrieblichen Belange, zu erweitern, sodass dem Arbeitgeber eine – im Einzelfall möglicherweise recht kleine – Regelungsbefugnis vorbehalten werden darf<sup>378</sup>.

## 2. Vereinbarung von Informationsrechten

Um dem Betriebsrat eine rasche Kontrolle der einseitigen Arbeitgebermaßnahmen zu ermöglichen, erfordern es die Schutz- und Ordnungsfunktion der Mitbestimmungsrechte auch nach Ansicht von *Blomeyer* darüber hinaus, für den Betriebsrat ein Informationsrecht zu vereinbaren<sup>379</sup>.

## IV. Bildung von Fallgruppen

Die Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Frage nach der Wahrung der Substanz der Mitbestimmungsrechte überwindet *Otto* mit Hilfe von Fallgruppen<sup>380</sup>. Er unterscheidet eine antizipierte Mitbestimmung (1.) von der Möglichkeit, begrenzte Alleinentscheidungen zu treffen (2.). Eine weitere Kategorie sieht er in der Möglichkeit, einstweilig wirkende Alleinentscheidungsrechte zu vereinbaren (3.). Auch nach *Otto* bedarf die Regelung, dass dem Arbeitgeber ein Alleinentscheidungsrecht zustehen soll, einer klaren Absprache (4.).

---

<sup>377</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279).

<sup>378</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279 f.).

<sup>379</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (280).

<sup>380</sup> *Otto*, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, EzA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn, 11 (18).



### 1. Fallgruppe der antizipierten Mitbestimmung

Wird der kollektiv-generelle Gehalt von Arbeitgebermaßnahmen durch eine vorherige Zustimmung zu bestimmten, nach Voraussetzung und Inhalt näher beschriebenen Arbeitgebermaßnahmen geregelt, stellt das eine unbedenkliche Ausübung des Mitbestimmungsrechts für künftige Fälle dar und keine „Übertragung des Rechts zur einseitigen Gestaltung eines Ordnungsproblems“ oder einen Teilverzicht auf Mitbestimmungsrechte<sup>381</sup>. Die Möglichkeit der vorweggenommenen Mitbestimmung besteht nach *Otto* bei gleichliegenden, immer wieder eintretenden Konstellationen, wie z. B. bei typischer Weise auftretenden Betriebsstörungen, die immer wieder Sondereinsätze von Elektrikern erforderlich machen<sup>382</sup>.

### 2. Fallgruppe der begrenzten Alleinentscheidung

Für begrenzte Regelungsbereiche kann der Betriebsrat dem Arbeitgeber zudem eine Alleinentscheidungsbefugnis einräumen, ohne Voraussetzungen und Inhalt der kollektiven Maßnahme näher zu umschreiben. Die Befugnis darf jedoch keinen Umfang erreichen, der es ermöglicht, den gesamten Inhalt einer Betriebsvereinbarung durch eine einseitige Regelung zu ersetzen. Zu dieser Fallgruppe zählen einseitige Anordnungen des Arbeitgebers bei atypischen Eilfällen und Notfällen, die ein sofortiges Handeln erfordern. Ebenso sind die Fälle erfasst, in denen dem Arbeitgeber einseitige Änderungen oder Ergänzungen von bestehenden Betriebsvereinbarungen gestattet werden. Einer einseitigen Arbeitgeberentscheidung kann es im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG etwa überlassen werden, im Rahmen eines einvernehmlich geregelten Provisionssystems, bestimmte Artikel Provisionsgruppen zu zuordnen, um Absatzstrategien anzupassen oder um auf Marktgegebenheiten zu reagieren. Die Befugnis, den Dotierungsrahmen der einzelnen Provisionsgruppen zu ändern, dürfe dem Arbeitgeber aber auch bei einem Einverständnis des Betriebsrats nicht erteilt werden. Das gelte auch, wenn die

---

<sup>381</sup> *Otto*, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, EzA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn, 11 (18).

<sup>382</sup> Diese Fallgruppe ist angelehnt an des Beschluss des BAG vom 2.3.1982 – 1 ABR 74/79, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.



maximalen Einkommensverluste für die Beschäftigten durch die Vereinbarung begrenzt werden<sup>383</sup>.

### **3. Fallgruppe der einstweiligen Alleinentscheidungsrechte**

Darüber hinaus kann der Betriebsrat, unabhängig von Eil- und Notfällen, dem Arbeitgeber auch eine einseitige vorläufige Anordnung in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten gestatten. Die Rahmenregelung muss dann jedoch regeln, wann eine solche zeitlich begrenzte Maßnahme außer Kraft tritt<sup>384</sup>.

### **4. Klarheit der Absprache**

Des Weiteren bedarf die Regelung, dass dem Arbeitgeber Alleinentscheidungsrechte zustehen sollen, einer eindeutigen Erklärung. Die bloß einseitige Erklärung des Arbeitgebers, dass dieser sich Änderungen vorbehält, genügt insoweit z. B. nicht<sup>385</sup>.

## **F. Beschluss von Alleinentscheidungsrechten durch die Einigungsstelle**

Ob und in welchem Umfang ein erzwingbarer Spruch der Einigungsstelle zu Alleinentscheidungsrechten des Arbeitgebers innerhalb der sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG führen darf, ist ebenfalls umstritten. Selbst zwischen den Senaten des BAG gibt es insoweit eine unterschiedliche Rechtsprechung (I.). In der Literatur finden sich Ansichten, die jede nur denkbare Variante zu dieser Frage befürworten (II.)

---

<sup>383</sup> *Otto*, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, EzA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn, 11 (18 f.).

<sup>384</sup> *Otto*, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, EzA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn, 11 (19).

<sup>385</sup> *Otto*, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, EzA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn, 11 (17).



## I. Ansätze der Rechtsprechung

Welcher Maßstab für die Einigungsstelle bei der Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten gilt, beurteilen der 1. und der 5. Senat des BAG unterschiedlich. Entgegen dem 5. Senat des BAG<sup>386</sup> (2.) differenziert der 1. Senat bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit von Alleinentscheidungsrechten auch hinsichtlich der Art ihres Zustandekommens, d.h. ob sie Folge einer einvernehmlichen Einigung der Betriebspartner oder Folge einer erzwungenen Einigung durch die Einigungsstelle sind (1.)<sup>387</sup>.

### 1. Gestaltungsspielraum nach Ansicht 1. Senats des BAG

Der 1. Senat schließt aus § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG auf einen Gestaltungsspielraum der Einigungsstelle, der im Verhältnis zu dem der Betriebspartner bei einer einvernehmlichen Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten eingeschränkt ist (a). Auch die Anwendung des Prüfungsmaßstabs, der aus dem engeren Gestaltungsspielraum resultiert, schließt einen Beschluss von Alleinentscheidungsrechten aber nicht generell aus (b). Als Konsequenz dürfen Einigungsstellensprüche aber nur zu Alleinentscheidungsrechten des Arbeitgebers führen, wenn diese sich als angemessene und billige Ausgestaltung im konkreten Fall darstellen (c). Drei Beispiele verdeutlichen, wie der 1. Senat diese Grundsätze in der Praxis anwendet (d).

#### a) Gestaltungsrahmen des

#### § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG

Der 1. Senat des BAG betont in seinen Entscheidungen, dass nicht jede Regelung, welche die Betriebspartner einvernehmlich treffen dürfen, auch Inhalt eines Einigungsstellenspruchs sein kann<sup>388</sup>. Will die Einigungsstelle ein Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers beschließen, stellt die Substanz der

---

<sup>386</sup> Vgl. BAG v. 29.9.2004 – 5 AZR 559/03, AP Nr. 111 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>387</sup> Diese Differenzierung übersieht *Jousen*, RdA 2005, 31 (37), der eine bislang „völlig vernachlässigte Differenzierung nach dem Ursprung“ von Rahmenregelung beklagt, vgl. § 3 E. I. 1. Ebenso *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (280) und *E. Schmidt*, Verzicht, S. 185.

<sup>388</sup> BAG v. 17.10.1989 – 1 ABR 31/87, AP Nr. 39 zu § 76 BetrVG 1972; BAG v. 11.2.1992 – 1 ABR 51/91, AP Nr. 50 zu § 76 BetrVG 1972.



Mitbestimmungsrechte auch für die Einigungsstelle die äußerste Grenze ihrer Regelungsbefugnis dar. Ein Einigungsstellenspruch verstößt daher solange nicht gegen die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1 BetrVG, wenn er dem Arbeitgeber eine Freiheit einräumt, die einem mitbestimmungsfreien Zustand nahe kommt<sup>389</sup>, sondern nur, wenn der Spruch dem Arbeitgeber die alleinige Gestaltungsbefugnis über den mitbestimmungspflichtigen Tatbestand ermöglicht<sup>390</sup>. Die Alleinentscheidungsrechte, die aus Einigungsstellensprüchen resultieren, misst der 1. Senat aber zusätzlich an den Ermessensvorgaben des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG. Selbst ein substanzwahrendes Alleinentscheidungsrecht ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats aber gleichwohl unwirksam, wenn sich der materielle Umfang der Rahmenregelung, die dem Alleinentscheidungsrecht zu Grunde liegt, nicht als angemessene und billige Ermessensentscheidung der Einigungsstelle darstellt<sup>391</sup>.

Dieser differenzierten Beurteilung von Alleinentscheidungsrechten liegt die Prämisse zu Grunde, dass der Ermessensrahmen der Einigungsstelle bei der Gestaltung der sozialen Angelegenheiten durch die in § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG normierten Ermessensgrenzen enger ist als der Gestaltungsrahmen der Betriebspartner bei einer einvernehmlichen Einigung<sup>392</sup>. Der 1. Senat betont, dass die Einigungsstelle als „Dritter“ im Verhältnis zu den Betriebspartnern bei der von ihr zu treffenden Regelung von dem jeweiligen Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats angemessenen Gebrauch machen muss<sup>393</sup> und nicht in derselben Weise über das Mitbestimmungsrecht verfügen kann, wie die Betriebspartner selbst<sup>394</sup>.

---

<sup>389</sup> BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit. Diese spezifische Vorgabe verkennt etwa LAG Hamburg v.12.8.2002 – 7 TaBV 14/00, juris Rn. 72. Nach dem LAG liegt „eine unzulässige Ermessensüberschreitung vor, wenn die Einigungsstelle (...) dem Arbeitgeber einen Gestaltungsspielraum einräumt, der einem „mitbestimmungsfreien Zustand nahe kommt“. Zum Beleg zitiert es gleichwohl den vorgenannten Beschluss des BAG.

<sup>390</sup> BAG v. 8.6.2004 – 1 ABR 4/03, AP Nr.20 zu § 76 BetrVG 1972 Einigungsstelle; BAG v. 29.9.2004 – 5 AZR 559/03, AP Nr. 111 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>391</sup> BAG v. 11.3.1986 – 1 ABR 12/84, AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>392</sup> BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>393</sup> BAG v. 17.10.1989 – 1 ABR 31/87, AP Nr. 39 zu § 76 BetrVG 1972; BAG v. 11.2.1992 – 1 ABR 51/91, AP Nr. 50 zu § 76 BetrVG 1972.

<sup>394</sup> BAG v. 11.2.1992 – 1 ABR 51/91, AP Nr. 50 zu § 76 BetrVG 1972.



## b) Prüfungsmaßstab

Die Anwendung der Ermessensgrenzen des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG führt zu einem Prüfungsmaßstab, den der 1. Senat bei der Rechtmäßigkeitsbeurteilung von einvernehmlich erteilten Alleinentscheidungsrechten nicht anlegt. Er prüft, ob die Einigungsstelle den Regelungsstreit durch eine eigene Ermessensentscheidung selbst abschließend gestaltet hat oder ob sich die Ausgestaltung der Alleinentscheidungsrechte als ein Unterlassen einer eigenen Ermessensentscheidung darstellt<sup>395</sup>. Das ist dann der Fall, wenn *de facto* das Ermessen des Arbeitgebers die Regelungsfragen gestalten kann und dies nicht durch das Ermessen der Einigungsstelle geschehen ist. Das Unterlassen einer eigenen Ermessensentscheidung durch die Einigungsstelle versteht der 1. Senat dann als eine Form der Ermessensüberschreitung i.S.d. § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG<sup>396</sup>.

### aa) Ermessenskonformität eines Alleinentscheidungsrechts

Aus dem engeren Ermessensrahmen der Einigungsstelle folgt nach Einschätzung des 1. Senats hingegen nicht, dass es der Einigungsstelle grundsätzlich verwehrt ist, eine Regelung zu treffen, die dem Arbeitgeber gewisse einseitige Entscheidungsspielräume in grundsätzlich notwendig mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten belässt<sup>397</sup>. Derartige Abreden können sich durchaus als eine sinnvolle und durchführbare Regelung erweisen<sup>398</sup> und im Verhältnis zu einem Spruch, der für die grundsätzlich mitbestimmungspflichtigen Einzelfälle weiterhin das Erfordernis einer Zustimmung durch den Betriebsrat beibehält, d.h. kein Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers vorsieht, auch die sinnvollere Gestaltung der Regelungsfrage darstellen<sup>399</sup>. Der 1. Senat des BAG äußert sich konsequenter Weise in einem Beschluss vom 8.8.1989 dahingehend, dass der Arbeitgeber einem

---

<sup>395</sup> BAG v. 11.2.1992 – 1 ABR 51/91, AP Nr. 50 zu § 76 BetrVG 1972; BAG v. 26.8.2008 – 1 ABR 16/07, AP Nr. 54 zu § 75 BetrVG 1972.

<sup>396</sup> BAG v. 17.10.1989 – 1 ABR 31/87, AP Nr. 39 zu § 76 BetrVG 1972; BAG v. 11.2.1992 – 1 ABR 51/91, AP Nr. 50 zu § 76 BetrVG 1972.

<sup>397</sup> BAG v. 11.2.1992 – 1 ABR 51/91, AP Nr. 50 zu § 76 BetrVG 1972, unter B. II. 3. c. aa. der Gründe; ebenso v. BAG 8.6.2004 – 1 ABR 4/03, AP Nr. 20 zu § 76 BetrVG 1972 Einigungsstelle; BAG v. 26.8.2008 – 1 ABR 16/07, AP Nr. 54 zu § 75 BetrVG 1972.

<sup>398</sup> BAG v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, AP Nr. 1 zu § 21a BetrVG 1972.

<sup>399</sup> So ausdrücklich BAG v. 18.4.1989 – 1 ABR 2/88, AP Nr. 34 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.



etwaigen Widerstand des Betriebsrats gegen eine einvernehmliche Vereinbarung eines Alleinentscheidungsrechts dadurch begegnen kann, dass er die Einigungsstelle einsetzt<sup>400</sup>.

### **bb) Ermessenskonformität offener Rahmenregelungen**

Das BAG verneint andererseits ein Unterlassen einer eigenen Ermessensentscheidung in den Fällen, in denen ein Einigungsstellenspruch den Regelungsgegenstand abstrakt-generell regelt, die konkreten Vollzugsmaßnahmen des Arbeitgebers im Einzelfall aber nach wie vor an eine erneute Zustimmung des Betriebsrats knüpft. Es nimmt dabei in Kauf, dass für den Fall der Nichtzustimmung im konkreten Einzelfall durchaus ein erneutes Einigungsstellenverfahren erforderlich werden kann<sup>401</sup>. Solche Sprüche beanstandet der 1. Senat nicht, wenn durch sie der Regelungsstreit grundsätzlich gelöst wird, d.h. Differenzen im konkreten Einzelfall sachlich eingegrenzt sind<sup>402</sup>. Diese Beschlüsse tragen dem Umstand Rechnung, dass abstrakt-generelle Regelungen auf Grund ihrer Abstraktion bisweilen konkrete Konflikte, deren sachgerechte Regelung von den Einzelumständen abhängig ist, nicht abschließend normieren können. Durch eine materielle Ausgestaltung der allgemein gewährten Mitbestimmungsrechte, die am Erfordernis einer Zustimmung im Einzelfall festhält, entzieht sich die zunächst angerufene Einigungsstelle daher nicht zwingend in unzulässiger Weise ihrem Regelungsauftrag<sup>403</sup>.

### **c) Konsequenzen**

Der engere Gestaltungsrahmen der Einigungsstelle zur Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten folgt aus der Anwendung der Ermessensvorgaben des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG. Die Auswirkungen auf den Umfang des erforderlichen materiellen Inhalts einer erzwungenen Rahmenregelung hängen daher maßgeblich

---

<sup>400</sup> BAG v. 8.8.1989 – 1 ABR 59/88, AP Nr. 11 zu § 23 BetrVG 1972.

<sup>401</sup> BAG v. 18.4.1989 – 1 ABR 2/88, AP Nr. 34 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 26.8.2008 – 1 ABR 16/07, AP Nr. 54 zu § 75 BetrVG 1972; vgl. dazu auch § 2 C. II. 1. b).

<sup>402</sup> BAG v. 18.4.1989 – 1 ABR 2/88, AP Nr. 34 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>403</sup> BAG v. 26.8.2008 – 1 ABR 16/07, AP Nr. 54 zu § 75 BetrVG 1972.



von der Interpretation der unbestimmten Rechtsbegriffe „Angemessenheit“ und „Billigkeit“ i.S.d. § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG und dem Umfang ihrer gerichtlichen Kontrolle ab.

Die frühere Rechtsprechung, nach der sich aus dem unbestimmten Rechtsbegriff des „billigen Ermessens“ i.S.d. § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG ein nur begrenzt kontrollierbarer Beurteilungsspielraum ergibt<sup>404</sup>, wurde aufgegeben. Seit dem Beschluss des BAG vom 31.8.1982 wird von den Gerichten für Arbeitssachen vollumfänglich überprüft, ob die Einigungsstelle die Ermessensgrenzen eingehalten hat<sup>405</sup>. Die Kontrolle ist jedoch auf die im Spruch getroffene Regelung als solche beschränkt und stellt eine reine Ergebniskontrolle dar, ohne die von der Einigungsstelle angestellten Überlegungen und Erwägungen mitzukontrollieren<sup>406</sup>. Die beiderseitigen Belange und die tatsächlichen Umstände, die das jeweilige Gewicht dieser Belange im Zeitpunkt der Beschlussfassung begründen sowie die Befürchtungen und Erwartungen, einschließlich der diese begründenden tatsächlichen Umstände, die die Betriebspartner mit der zu treffenden Regelung verbunden haben, sind bei der Ermessenskontrolle von den Gerichten festzustellen. Dies geschieht notfalls im Wege der Beweisaufnahme und auch unabhängig davon, ob die Belange von den Betriebspartnern im Einigungsstellenverfahren vorgetragen worden sind<sup>407</sup>. Aufgrund der so festgestellten beiderseitigen Belange und deren Gewichtigkeit wird geprüft, ob die von der Einigungsstelle getroffene Regelung noch als billiger Ausgleich dieser Belange gelten kann. Wann dies der Fall ist, lasse sich abstrakt aber nicht umschreiben<sup>408</sup>.

#### **d) Beispiele zur Anwendung des Maßstabes in der Rechtsprechung**

Drei Beispiele sollen gleichwohl verdeutlichen, wie der 1. Senat diese unbestimmten Rechtsbegriffe bei der Ermessenskontrolle von erzwungenen

---

<sup>404</sup> BAG v. 28.7.1981 – 1 ABR 79/79, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972.

<sup>405</sup> BAG v. 31.8.1982 – 1 ABR 27/80, AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>406</sup> Das wird von einer großen Literaturmeinung kritisiert. Vgl. dazu *Fiebig*, Ermessensspielraum, S. 178 ff. m.w.N. Im Ergebnis genügt eine Ergebniskontrolle jedoch, da evident fehlerhafte Erwägungen regelmäßig zu einem Ergebnis führt, das außerhalb der Billigkeit liegt, vgl. *Kreutz/GK-BetrVG*, § 76 Rn. 163 f. m.w.N.

<sup>407</sup> BAG v. 31.8.1982 – 1 ABR 27/80, AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>408</sup> BAG v. 31.8.1982 – 1 ABR 27/80, AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.



Alleinentscheidungsrechten des Arbeitgebers interpretiert. Er toleriert „dürftige Vorgaben“ und „weite Alleinentscheidungsbefugnisse“ (aa) ebenso wie „Grenzfälle“ (bb). Einen Ermessensausfall der Einigungsstelle nimmt der 1. Senat an, wenn „wesentlichen Kernfragen“ des Mitbestimmungsrechts der Alleinentscheidung des Arbeitgebers unterliegen (cc).

**aa) Ermessenskonformität von „dürftigen  
Vorgaben“ und „weiten  
Alleinentscheidungsbefugnissen“**

Am 28.10.1986 stellte der 1. Senat zu einem Einigungsstellenspruch über die Aufstellung von Dienstplänen i.R.d. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG fest, dass die gefundene Regelung zu den Grundsätzen und Kriterien innerhalb derer der Arbeitgeber Dienstpläne allein aufstellen darf, Fragen ungeregelt lässt, an denen die Arbeitnehmer des Betriebs ein berechtigtes Interesse haben<sup>409</sup>. Nach dem Einigungsstellenspruch oblag es der Alleingestaltung des Arbeitgebers, ob innerhalb einer Woche von der Spät- in die Frühschicht gewechselt wurde, sofern Früh- und Spätdienst im Ergebnis im gleichen Umfang geleistet werden. Seiner Disposition kam weiterhin zu, ob die Arbeit vor einem verlängerten Wochenende mit dem Spätdienst endet und nach dem Wochenende mit einem Frühdienst beginnt und ob freie Tage innerhalb einer Woche regelmäßig oder unregelmäßig anfielen. Die einseitig aufgestellten Dienstpläne waren zwei Wochen im Voraus für die Dauer von sechs Wochen aufzustellen, sodass jeder Arbeitnehmer für die erste Planwoche zwei Wochen im Voraus, für die letzte Planwoche sieben Wochen im Voraus wusste, wann er zur Arbeitsleistung herangezogen wird und daher über seine Freizeit disponieren konnte. Weiterhin konnte jeder Arbeitnehmer übersehen, ob die verlängerten Wochenenden der Regelung des Einigungsstellenspruchs entsprechen und ob er zu Früh- und Spätdienst im gleichen Umfang, d.h. ebenso wie die anderen Arbeitnehmer herangezogen wurde.

Die Prüfung, ob die Einigungsstelle bei ihrer Entscheidung die Belange der betroffenen Arbeitnehmer gem. § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG angemessen berücksichtigt hat, war dem Senat verwehrt, weil die Vorinstanz einen darauf

---

<sup>409</sup> BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.



gerichteten Antrag des Betriebsrats abgewiesen hatte und diese Entscheidung rechtskräftig geworden war. Der Senat prüfte aber, ob die Einigungsstelle die Grenzen ihres Ermessens i.S.d. § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG dadurch überschritten hatte, dass sie dem Arbeitgeber die Befugnis zur Aufstellung der einzelnen Schichtpläne einräumte, obwohl die Grundsätze und Kriterien für die Aufstellung der Dienstpläne dürftig waren und dem Arbeitgeber hinsichtlich der nicht geregelten Fragen einen relativ weiten eigenen Entscheidungsspielraum beließen.

Letztlich lehnte der Senat eine Ermessensüberschreitung aber ab, da „wesentlichen Belangen der Arbeitnehmer noch ausreichend Rechnung getragen“ wurde und diese „nicht gänzlich unberücksichtigt geblieben sind“<sup>410</sup>. Dass eine Regelung denkbar ist, welche die Belange der Arbeitnehmer umfassender berücksichtigt, mache den Spruch der Einigungsstelle, nach Ansicht des BAG, nicht ermessensmissbräuchlich.

#### **bb) Ermessenskonformität von „Grenzfällen“**

Gegenstand eines Beschlusses vom 11.2.1992 war ein Einigungsstellenspruch zur Regelung von Jahressonderzahlungen, mitbestimmungspflichtig gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG<sup>411</sup>. Seine Regelung sah vor, dass die Höhe der Jahressonderzahlungen an bestimmte Arbeitnehmergruppen (Tarifangestellte und ein Teil der AT-Angestellten) nach einem bestimmten Prozentsatz vom Bruttomonatsgehalt erfolgen musste. Bei den führenden AT-Angestellten wurde dem Arbeitgeber jedoch eine einseitige Differenzierungsmöglichkeit zur Festlegung der Höhe der Zahlung für den einzelnen Angestellten eingeräumt. Dem Arbeitgeber stand insoweit ein Zuweisungsrahmen zu. Dessen konkrete Festsetzung sollte nach ergebnisorientierten Umsätzen unter Berücksichtigung besonderer externer Leistungseinflüsse und leistungsbezogener Gesichtspunkte erfolgen.

Der 1. Senat stellte dazu fest, dass die Alleinentscheidung des Arbeitgebers damit durch materielle Regelungen begrenzt wird, die „wegen ihrer Unbestimmtheit kaum überprüfbar sind und deshalb das Ziel des Mitbestimmungsrechts des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, eine Transparenz der betrieblichen Entgeltordnung

---

<sup>410</sup> BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit, unter B 5. der Gründe.

<sup>411</sup> BAG v. 11.2.1992 – 1 ABR 51/91, AP Nr. 50 zu § 76 BetrVG.



herzustellen, nur sehr unvollkommen erreicht wird“<sup>412</sup>. Diese Regelung wertete der Senat als „Grenzfall“. Weil sich die einseitige Differenzierungsbefugnis des Arbeitgebers aber lediglich auf eine Bandbreite von ca. 7 % der Jahressonderverschüttung beschränkte, er sich an den genannten Kriterien orientieren musste und bei der Bewertung des Einigungsstellenspruchs letztlich auch der abschließende Teil der Gesamtregelung zu berücksichtigen sei, lehnten die Richter im Ergebnis eine Ermessensüberschreitung i.S.d. § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG ab. Das Gestaltungsermessen der Einigungsstelle wurde durch den Spruch also nicht in unzulässiger Weise auf den Arbeitgeber übertragen.

**cc) Ermessensüberschreitung bei  
Alleingestaltung des „wesentlichen Kerns“ einer  
mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit**

Einem Beschluss vom 17.10.1989 lag ein Einigungsstellenspruch zu einem Provisionsplan zu Grunde, ebenfalls mitbestimmungspflichtig gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG<sup>413</sup>. Der Unternehmer vertrieb bundesweit technische Anlagen und Systeme zur Datenverarbeitung. Dazu beschäftigte er Vertriebsrepräsentanten, die neben einem festen Grundlohn Prämien und Provisionen für die von ihnen vermittelten Geschäfte erhielten und so einen Anreiz für die Erfüllung der aufgestellten Vertriebsziele haben sollten.

Der Einigungsstellenspruch traf detaillierte Regelungen, bspw. zu den provisionsfähigen Geschäften und der Provisionswertigkeit der einzelnen Produkte. Die Vereinbarung erstreckte sich weiter auf Regeln zur Ermittlung einer persönlichen (Ziel-) Umsatzquote für den einzelnen Vertriebsrepräsentanten. Im Ergebnis sollte sich diese an der Durchschnittsquote der Berufsgruppe orientieren, welche der jeweilige Vertriebsrepräsentant angehört. Ebenso wurde eine Vereinbarung bezüglich einer sog. Zielprovision getroffen. Die Zielprovision war das Provisionseinkommen, das ein jeweiliger Vertriebsrepräsentant ohne Zuschläge verdient, wenn er seine persönliche Umsatzquote erreicht. Diese Zielprovision sollte der Arbeitgeber nach dem Einigungsstellenspruch unter Berücksichtigung

---

<sup>412</sup> BAG v. 11.2.1992 – 1 ABR 51/91, AP Nr. 50 zu § 76 BetrVG, unter II. 3. c. bb. der Gründe.

<sup>413</sup> BAG v. 17.10.1989 – 1 ABR 31/87, AP Nr. 39 zu § 76 BetrVG 1972.



„besonderer Umstände“ innerhalb eines Rahmens von 1,5 % bis 2,5 % der persönlichen Umsatzquote einseitig festlegen dürfen.

Der 1. Senat beschloss, dass die Zielvorstellung des Mitbestimmungsrechts gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG – die Gewährleistung innerbetrieblicher Lohngerechtigkeit – so jedoch verfehlt wird. Ein Vertriebsrepräsentant mit einer Zielprovision von 2,5 % der Umsatzquote erhalte gegenüber einem solchen mit einer Zielprovision von 1,5 % einen um 66 % höheren Provisionsatz. Diese erhebliche einseitige Differenzierungsmöglichkeit des Arbeitgebers anhand nicht näher konkretisierter "besonderen Umständen" durch die Rahmenregelung zu begrenzen, ist nicht angemessen. Zudem ließen die Regeln über die Zuweisung der persönlichen Umsatzquote außer Acht, dass durchaus sachliche Differenzierungen bei der Festlegung geboten sind. Die Marktbedingungen für die Produkte des Arbeitgebers unterschieden sich nämlich je nach räumlichem Aufgabengebiet eines Vertriebsrepräsentanten. Die Produkte waren in einem ländlichen Raum schwerer und nur in geringerem Umfang zu verkaufen, als in Industriegebieten oder Ballungsräumen. Diesen Besonderheiten werde aber nicht Rechnung getragen, wenn die Quote des einzelnen Vertriebsrepräsentanten grundsätzlich gleich bemessen wird und etwaige Differenzierungen einseitig dem Arbeitgeber obliegen und dieser durch die Rahmenregelung nicht an sachliche, materielle Kriterien gebunden ist.

Im Ergebnis entscheiden damit allein die Vorstellungen und Wertmaßstäbe des Arbeitgebers über die Angemessenheit und das Verhältnis der möglichen Provisionsverdienste der einzelnen Vertriebsrepräsentanten zueinander und damit letztlich über die Wahrung innerbetrieblicher Lohngerechtigkeit. Die mitbestimmungspflichtige Provisionsordnung wird in ihrem wesentlichen Kern damit allein durch das Ermessen des Arbeitgebers gestaltet<sup>414</sup>. Folglich hat keine billige Ermessensentscheidung der Einigungsstelle i.S.d. § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG unter angemessener Berücksichtigung der Belange des Betriebs und der betroffenen Arbeitnehmer die mitbestimmungspflichtige Provisionsordnung gestaltet, sondern die Einigungsstelle hat ihre Regelungsbefugnis auf den Arbeitgeber übertragen. Mit dem Unterlassen einer eigenen Ermessensentscheidung überschreitet die Einigungsstelle jedoch die Grenzen ihres Gestaltungsermessens.

---

<sup>414</sup> BAG v. 17.10.1989 – 1 ABR 31/87, AP Nr. 39 zu § 76 BetrVG 1972, unter II. 2. b. der Gründe.



## 2. Gestaltungsspielraum nach Ansicht des 5. Senats des BAG

Die Unterscheidung von einvernehmlichen und erzwungenen Rahmenregelungen nimmt der 5. Senat nicht vor. Einer Entscheidung vom 29.9.2004<sup>415</sup> lag ein Einigungsstellenspruch zur Lage der Arbeitszeit gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG zu Grunde. Das Ziel der Betriebspartner war es, der bereits individualvertraglich vereinbarten Möglichkeit des Arbeitgebers, die Arbeitnehmer in einzelnen Schichten eines Ein-, Zwei- und Dreischichtsystems einzusetzen, die notwendige Mitbestimmung zukommen zu lassen. Der dazu gefasste Beschluss der Einigungsstelle beschränkte sich auf die Festlegung der konkreten Lage der Arbeitszeiten in den jeweiligen Schichtsystemen sowie auf die Regelung, dass der Arbeitnehmer zur Tätigkeit in einem geänderten Schichtsystem nur unter Einhaltung einer Ankündigungsfrist von vier Kalendertagen verpflichtet ist. Sämtliche anderen Regelungsfragen oblagen der Alleinentscheidung des Arbeitgebers.

Der 5. Senat stellte bezüglich der Rechtmäßigkeit dieses Alleinentscheidungsrechts jedoch allein auf die Wahrung der Substanz der Mitbestimmungsrechte ab und nahm keine Ermessenskontrolle anhand der Maßgaben des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG vor. Der Senat betonte, dass eine Betriebsvereinbarung dem Arbeitgeber unter bestimmten – in der Betriebsvereinbarung geregelten – Voraussetzungen ein Alleinentscheidungsrecht einräumen kann, wenn durch die Regelung das Mitbestimmungsrecht nicht in seiner Substanz beeinträchtigt wird, dem Arbeitgeber also nicht das alleinige Gestaltungsrecht über den mitbestimmungspflichtigen Tatbestand eröffnet wird. Diesen Vorgaben entspreche der Spruch der Einigungsstelle allerdings nicht. Er verletzt die Substanz des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, da weder einzelne, konkrete Schichtpläne für bestimmte Zeitabschnitte erstellt, noch Kriterien und Grundsätze für die Aufstellung künftiger Schichtpläne vereinbart wurden, um die Zuordnung der Arbeitnehmer zu den einzelnen Schichten sowie die Voraussetzungen, unter denen Schichtumsetzungen erfolgen können, auch nur rahmenmäßig zu regeln. Im Ergebnis soll dem Arbeitgeber daher die alleinige Befugnis zustehen, über die sachlichen Voraussetzungen für die Einführung und

---

<sup>415</sup> BAG v. 29.9.2004 – 5 AZR 559/03, AP Nr. 111 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.



Änderung der Schichtarbeit sowie die Zuweisung der Arbeitnehmer in die Schichtsysteme zu entscheiden. Durch den Einigungsstellenspruch ist das Mitbestimmungsrecht zur Einführung der Wechselschicht daher „noch nicht vollständig ausgeübt“ worden<sup>416</sup>.

## II. Ansätze der Literatur

Zu der Frage, ob und in welchem Umfang die Einigungsstelle Alleinentscheidungsrechte des Arbeitgebers beschließen darf sind einige Autoren mit dem 1. Senat des BAG der Ansicht, dass der Einigungsstelle ein Gestaltungsspielraum zusteht, der im Verhältnis zu dem der Betriebspartner eingeschränkt ist (1). Teilweise wird die Erzwingbarkeit von Alleinentscheidungsrechten auch gänzlich abgelehnt (2). Die Gegenposition ist der Auffassung, dass der Gestaltungsspielraum von Einigungsstelle und Betriebspartnern identisch ist (3). Sofern Alleinentscheidungsrechte eigens der Vorsorge für Eilfallkonstellationen dienen sollen, wird deren Erzwingbarkeit tendenziell eher bejaht (4.).

### 1. Eingeschränkter Gestaltungsrahmen

Nach einer Ansicht kann auch die Einigungsstelle Alleinentscheidungsrechte beschließen, wobei ihr dahingehender Entscheidungsspielraum im Verhältnis zu dem der Betriebspartner eingeschränkt ist. Das wird zum einen damit begründet, dass sich die Inhaltskontrolle von Betriebsvereinbarungen und die Ermessenskontrolle von Einigungsstellensprüchen unterscheiden (a). Nach anderer Ansicht ergibt sich eine Einschränkung aus der Tatsache, dass die Mitbestimmungsrechte durch einen „von außen diktierten Vertrag vernichtet“ werden, wenn die Einigungsstelle gegen den Willen des Betriebsrats Alleinentscheidungsrechte des Arbeitgebers beschließt (b).

#### a) Differenzierter Rechtsschutz

*Rieble* und *Richardi* führen den differenzierten Gestaltungsspielraum auf die unterschiedlichen Funktionen der Inhaltskontrolle von Betriebsvereinbarungen und

---

<sup>416</sup> BAG v. 29.9.2004 – 5 AZR 559/03, AP Nr. 111 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit, unter II. 2. der Gründe.



der Ermessenskontrolle von Einigungsstellensprüchen zurück<sup>417</sup>. Die Inhaltskontrolle einer Betriebsvereinbarung soll die Arbeitnehmer vor unangemessenen Inhalten einer Regelung schützen, an deren Entstehen sie nicht mitgewirkt haben. Die Ermessenskontrolle dagegen dient dem Schutz vor fehlerhafter Vertragshilfe durch die Einigungsstelle<sup>418</sup>. Im Einvernehmen kann der Betriebsrat dem Arbeitgeber daher einen Handlungsspielraum einräumen, der einem Verzicht auf die Mitbestimmungsrechte sehr nahe kommt. Eine solche Extremlösung ist der Einigungsstelle dagegen nicht möglich, weil ein derart weites Nachgeben keinen angemessenen Ausgleich der gegenläufigen Verhandlungspositionen der Betriebspartner darstellt<sup>419</sup>.

### b) „Oktroyierte Vernichtung“ der Mitbestimmungsrechte

Auch nach *Joussen* ist ein Einigungsstellenspruch als „von außen diktiertem Vertrag“ in methodischer Hinsicht anders zu beurteilen, als ein Vertrag, den die Parteien selbst geschlossen haben. Bei einem Einigungsstellenspruch wird die Betriebsvereinbarung nämlich nicht mehr von den Parteien festgesetzt<sup>420</sup>. Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats würden deshalb durch eine „oktroyierte Regelung vernichtet“, wenn die Einigungsstelle Alleinentscheidungsrechte beschließt<sup>421</sup>. Weil die Freiwilligkeit bei der Vereinbarung von Alleinentscheidungsbefugnissen als Hauptindiz für die Zulässigkeit einer Rahmenregelung somit entfällt, sei ein erzwungenes Alleinentscheidungsrecht auch indiziell unzulässig und nur wenn andere Indizien vorliegen, könne ein unzulässiger Verzicht abgelehnt werden<sup>422</sup>.

Bei den erzwungenen Regelungen ist dazu gem. § 76 Abs. 5 BetrVG die Frage zu klären, ob die Ermessensgrenzen der Einigungsstelle dadurch überschritten

<sup>417</sup> *Rieble*, Anm. zu BAG v. 17.10.1989 – 1 ABR 31/87, SAE 1990, 175 (176); ders. Kontrolle, S. 190; zustimmend *Richardi/Richardi*, BetrVG § 76 Rn. 115 und 124 f. Unklar insoweit *Kreutz/GK-BetrVG*, vgl. § 76 Rn. 128 und § 74 Rn. 3.

<sup>418</sup> *Rieble*, Anm. zu BAG v. 17.10.1989 – 1 ABR 31/87, SAE 1990, 175 (176); ders. Kontrolle, S. 190; *Richardi/Richardi*, BetrVG § 76 Rn. 115.

<sup>419</sup> *Rieble*, Anm. zu BAG v. 17.10.1989 – 1 ABR 31/87, SAE 1990, 175 (176); ders. Kontrolle, S. 190.

<sup>420</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (38).

<sup>421</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (38).

<sup>422</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (39).



werden, dass ihr Spruch gegen höherrangiges Recht verstößt, insbesondere gegen das der Betriebsverfassung entspringende Verzichtsverbot. Nach *Joussen* ist deshalb allein maßgeblich, ob in dem Einigungsstellenspruch für den Betriebsrat „noch eingeräumte Rechte in ausreichendem Maße vorhanden sind“<sup>423</sup>. Dieses Ergebnis liege auch auf der Linie der Rechtsprechung. Das BAG überprüfe delegierende Einigungsstellensprüche auf die Überschreitung des Ermessens, das der Einigungsstelle eingeräumt ist<sup>424</sup>. Irgendeine Mitsprachefunktion im Einzelfall muss dem Betriebsrat also verbleiben.

## 2. Keine Erzwingbarkeit von Alleinentscheidungsrechten

Nach anderer Ansicht darf ein Einigungsstellenspruch keinesfalls zu Alleinentscheidungsrechten des Arbeitgebers führen. Andernfalls „diktiert“ die Einigungsstelle dem Betriebsrat nämlich einen Verzicht auf seine Mitbestimmungsrechte (a) bzw. verstoße gegen das ihr obliegende Gebot, eine billige Kollektivrechtsordnung zu setzen (b).

### a) Diktierter Verzicht

Nach *Rath-Glawatz* und *E. Schmidt* ist es dem Betriebsrat selbst möglich, mit dem Arbeitgeber Grundsätze zu vereinbaren und ihm insoweit entgegenzukommen, dass er im Einzelfall Entscheidungen alleine treffen kann<sup>425</sup>. Denkbar ist nach dieser Ansicht auch, diese Grundsätze durch einen Einigungsstellenspruch festsetzen zu lassen. Das Recht in jedem Einzelfall mitzubestimmen, kann dem Betriebsrat durch die Einigungsstelle aber nicht genommen werden, wenn der Betriebsrat auf die Ausübung seines Mitbestimmungsrechts in den Einzelfällen besteht<sup>426</sup>. Die Einigungsstelle legt sonst nicht nur den Inhalt einer Regelung fest, sondern beschneidet den Betriebsrat zugleich bei der Ausübung seiner Mitbestimmungsrechte. Der darin diktierte Verzicht lasse sich auch nicht mit dem

---

<sup>423</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (39).

<sup>424</sup> *Joussen* zitiert BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>425</sup> *Rath-Glawatz*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG Arbeitszeit, unter IV. 3.

<sup>426</sup> *Rath-Glawatz*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG Arbeitszeit, unter IV. 5.; zustimmend *E. Schmidt*, Verzicht, S. 185 f.



Argument rechtfertigen, dass dem Arbeitgeber gem. § 77 Abs. 1 Satz 1 BetrVG die Durchführung eines Einigungsstellenspruchs obliegt. Es handelt sich in solchen Konstellationen nämlich nicht um die Durchführung eines Einigungsstellenspruchs, sondern um die Ausfüllung einer grundsätzlich mitbestimmungspflichtigen Regelung, welche durch die Einigungsstelle eben nur in Grundzügen vorgegeben ist<sup>427</sup>.

Die Unzulässigkeit eines solchen Einigungsstellenspruchs kann nach dieser Ansicht auch nicht mit der Begründung widerlegt werden, dass eine derartige Regelung der Einigung der Betriebspartner grundsätzlich zugänglich ist. Ein Spruch der Einigungsstelle würde in einem solchen Fall die Einigung der Betriebspartner nämlich nicht „ersetzen“ i.S.d. § 87 Abs. 2 BetrVG, sondern „unterstellen“, dass der Betriebsrat auf die Ausübung seines Mitbestimmungsrechts verzichten will<sup>428</sup>. Die Einigungsstelle darf aber keinem Betriebspartner einen Teil seiner funktionalen Rechte nehmen, indem sie dessen Mitbestimmungsrechte ausschaltet und den anderen allein entscheiden lässt. Die Einigungsstelle hat nur über das „Wie“ der Mitbestimmung nicht aber über das „Wer“ zu entscheiden. Die Befürworter der Gegenauffassung müssten sich fragen lassen, ob auch die entgegengesetzte Situation ihre Zustimmung findet, wenn die Einigungsstelle, unter Beachtung des in § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG normierten Ermessens, dem Betriebsrat eine entsprechende Freiheit einräumt und ihn ermächtigt, unter Beachtung vorgegebener Grundsätze, bspw. Dienstpläne ohne Beteiligung des Arbeitgebers aufzustellen<sup>429</sup>.

### **b) Gebot der billigen Kollektivrechtsordnung**

*Gaul* begründet die fehlende Erzwingbarkeit von Alleinentscheidungsrechten damit, dass die Einigungsstelle dazu berufen ist, eine am Billigkeitsmaßstab des § 315 BGB orientierte Kollektivrechtsordnung zu setzen, und sie dem nicht genügt, wenn sie die Mitbestimmungsberechtigung nicht voll ausgeschöpft, sondern dem Arbeitgeber ein weitgehendes Gestaltungsermessen zur einseitigen Konkretisierung

---

<sup>427</sup> *Rath-Glawatz*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG Arbeitszeit, unter IV. 2.

<sup>428</sup> *Rath-Glawatz*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG Arbeitszeit, unter IV. 4.

<sup>429</sup> *Rath-Glawatz*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG Arbeitszeit, unter IV 2.



überlässt<sup>430</sup>. Die Regelungskompetenz der betrieblichen Einigungsstelle unterscheidet sich von dem kollektivrechtlichen Gestaltungsermessen der Betriebspartner dadurch, dass sie bei fehlender Verständigung zwischen den Betriebspartnern nicht befugt ist, eine mitbestimmungspflichtige Regelung vorzugeben, die dem Arbeitgeber nicht nur die Anwendung vorgegebener Richtlinien oder Grundsätze überlässt, sondern ihm in nicht unerheblichen Maße ein einseitiges Bestimmungsrecht zuerkennt<sup>431</sup>.

### 3. Kongruenter Entscheidungsrahmen

Einige Autoren sind der Auffassung, dass sich der Gestaltungsspielraum von Einigungsstelle und Betriebspartnern bei der Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten deckt. Diese These wird darauf gestützt, dass der Sinn und Zweck des Gesetzes keinen eingeschränkten Gestaltungsspielraum der Einigungsstelle gebietet (a) und, dass der Rechtsschutz gegen Einigungsstellensprüche und einvernehmlich geschlossene Betriebsvereinbarung identisch ist (b).

#### a) Sinn und Zweck des BetrVG

*Blomeyer* und weitere Stimmen begründen die Einschätzung vom Gleichlauf des Gestaltungsermessens der Einigungsstelle damit, dass das Gesetz gegenüber den Befugnissen des Betriebsrats keine Einschränkung erkennen lässt<sup>432</sup> und diese auch mit der *ratio legis* unvereinbar wäre, da die Qualität der Regelungsbefugnis gleich ist. Verpflichtete man die Einigungsstelle im Gegensatz zum Betriebsrat, eine detaillierte Regelung zu treffen, versage man ihr das gem. § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG ausdrücklich eingeräumte Ermessen<sup>433</sup>. In gleicher Weise wie die Einigungsstelle im Rahmen dieses Ermessens z. B. den Vorschlägen von Arbeitgeber oder Betriebsrat folgen darf, muss ihr auch zustehen, dem Arbeitgeber in dem Umfang ein Alleinentscheidungsrecht einzuräumen, wie es die Betriebspartner

---

<sup>430</sup> *Gaul*, Anm. zu BAG v. 17.10.1989, AP Nr. 39 zu § 76 BetrVG 1972, unter 1.

<sup>431</sup> *Gaul*, Anm. zu BAG v. 17.10.1989, AP Nr. 39 zu § 76 BetrVG 1972, unter 3. f.

<sup>432</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (280); *Däubler/DKKW-BetrVG*, Einleitung Rn. 86c; zustimmend wohl auch *Misera*, Anm. zu BAG v. 27.6.1989 – 1 ABR 33/88, AP Nr. 35 zu § 87 BetrVG 192 Arbeitszeit, unter II. 2.

<sup>433</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (280).



können. Die Einigungsstelle handelt schließlich anstelle der Betriebspartner und ihr Spruch ersetzt gem. § 87 Abs. 2 BetrVG nur deren Einigung<sup>434</sup>.

### b) Identischer Rechtsschutz

*Säcker/Oetker* betonen dagegen, dass Einigungsstellensprüche und einvernehmlich geschlossene Betriebsvereinbarung im gleichen Umfang kontrolliert werden. Die Billigkeitskontrolle einer Betriebsvereinbarung reiche nicht weiter als die Ermessenskontrolle des Einigungsstellenspruchs gem. § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG. In beiden Fällen wird überprüft, ob ein fairer Ausgleich zwischen den Interessen des Arbeitgebers und denen der Arbeitnehmer gefunden worden ist<sup>435</sup>. Die These vom Gleichlauf des Gestaltungsspielraums deckt sich nach *Säcker/Oetker* auch mit den von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen, nach dem vom jeweiligen Mitbestimmungsrecht angemessen Gebrauch zu machen ist und es nicht ignoriert oder ausgeschlossen werden darf. Der Ansatz des BAG, wonach gerade kein identischer Gestaltungsspielraum besteht, wirke sich deshalb im Ergebnis der Entscheidungen auch gar nicht aus<sup>436</sup>. Es gebe jedenfalls kein „kleines“ und kein „großes“ Ermessen, sondern nur ein Ermessen, das dem Maßstab des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG verpflichtet ist<sup>437</sup>.

Eine Differenz zu den Gestaltungsmöglichkeiten der Betriebsparteien kann sich für die Einigungsstelle allein aus den Anträgen der Betriebspartner ergeben, da sie die regelungsbedürftige Angelegenheit begrenzen. Eine Rahmenregelung darf deshalb nicht beschlossen werden, wenn nur ein punktueller Regelungsgegenstand in Streit steht. Besteht die Streitigkeit aber auch zu der Frage, ob die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit durch eine punktuelle oder eine dauernde Vereinbarung geregelt werden soll, verwehrt es der Inhalt der Mitbestimmungsrechte der Einigungsstelle nicht, auch gegen den Willen einer Seite eine Dauerregelung zu beschließen. Lehnt es die Einigungsstelle in einem solchen Fall aus Rechtsgründen ab, dem Arbeitgeber ein Alleinentscheidungsrecht im sekundären Regelungsbereich einzuräumen, unterschreitet sie ihren rechtlich bestehenden

---

<sup>434</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (280).

<sup>435</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (27).

<sup>436</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (27).

<sup>437</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (28).



Gestaltungsspielraum. Ihr Spruch ist dann unwirksam, weil sie das ihr zustehende Ermessen verkennt<sup>438</sup>.

#### 4. Erzwingbarkeit zur Vorsorge für Eilfälle

Sofern eine Rahmenregelung explizit darauf abzielt, Vorsorge für künftige Eilfallkonstellationen zu schaffen, bejaht eine überwiegende Meinung in der Literatur deren Erzwingbarkeit<sup>439</sup>. Auch eine erzwungene Regelung für Eilfälle soll in inhaltlicher Hinsicht einem mitbestimmungsfreien Zustand auch durchaus nahe kommen können<sup>440</sup>.

#### G. Fazit

Bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Alleinentscheidungsrechten gibt es lediglich einen gemeinsamen Nenner: Unbestritten ist, dass es gegen die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1 BetrVG verstößt, wenn der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht in der Weise ausübt, dass er dem Arbeitgeber generell das alleinige Gestaltungsrecht über den gesamten mitbestimmungspflichtigen Tatbestand eröffnet, d.h. wenn eine Rahmenregelung abgeschlossen wird, die eine bloße Ermächtigungsgrundlage für ein umfassendes Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers ist. Bereits die Frage, warum die Nichtausübung bzw. der Verzicht auf Mitbestimmungsrechte unzulässig sind, ist jedoch umstritten.

Uneinheitlich beantwortet wird ebenso die Anschlussfrage beantwortet, ob das bloße Nichtvorliegen eines Generalverzichts bzw. einer generellen Nichtausübung der Mitbestimmungsrechte zur Wahrung der Substanz der Mitbestimmungsrechte genügt oder ob im Gegenteil die wesentlichen Fragen der sozialen Angelegenheit paritätisch geregelt werden müssen und dem Arbeitgeber nur für nebensächliche Ordnungsprobleme eine Alleinentscheidung ermöglicht werden darf. Unklar ist sogar, ob der Substanz der Mitbestimmungsrechte überhaupt ein tauglicher Rechtmäßigkeitsmaßstab entnommen werden kann oder ob

---

<sup>438</sup> Säcker/Oetker, RdA 2005, 16 (28).

<sup>439</sup> Henssler, FS Hanau, 413 (435 ff.); Hesse/Praxishandbuch BetrVR, § 9 Rn. 39; Löwisch/Kaiser/BetrVG, § 87 Rn. 19; Matthes/MünchArbR, § 242 Rn. 29; Richardi/Richardi, BetrVG, § 87 Rn. 60.

<sup>440</sup> So etwa Matthes/MünchArbR, § 242 Rn. 29.



nicht eine rein formelle Betrachtung der Alleinentscheidungsrechte erfolgen muss – losgelöst von der konkreten Vereinbarung.

Die Autoren, welche die Substanz der Mitbestimmungsrechte jenseits der Grenze der generellen Nichtausübung bzw. des Gesamtverzichts sehen, konkretisieren den Begriff der Substanz mit Anleihen aus Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, beweglichen Abwägungsdirektiven oder der Methode der Fallgruppenbildung. Ob sich der Gestaltungsspielraum der Einigungsstelle zur Einräumung von Alleinentscheidungsrechten mit dem der Betriebspartner bei der Herbeiführung einer einvernehmlichen Einigung deckt, ist ebenfalls ein Streitpunkt. Selbst die Rechtsprechung des 1. und des 5. Senats des BAG unterscheiden sich in diesem Punkt.

Neben diesen Grundfragen zur Zulässigkeit von Alleinentscheidungsrechten verlangen die Rechtsprechung und einige Literaten weitere spezifische Zulässigkeitskriterien für Alleinentscheidungsrechte. Einige Stimmen lehnen sogar jegliche Alleinentscheidungsbefugnisse des Arbeitgebers innerhalb der sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG ab.



## **§ 4 Befund und eigener Ansatz zur Frage der Rechtmäßigkeit der Alleinentscheidungsrechte**

Im folgenden Kapitel werden die bestehenden Ansätze zur Frage der Rechtmäßigkeit von Alleinentscheidungsrechten des Arbeitgebers innerhalb § 87 Abs. 1 BetrVG gewürdigt. Offene Fragen sollen mittels eigener Ansätze beantwortet werden.

Bereits die Untersuchung der Rechtsnatur der Alleinentscheidungsrechte ergibt, dass die Vereinbarungen von Alleinentscheidungsrechten eine durchaus legitime Form der Ausübung der Mitbestimmungsrechte darstellen (§ 2. D.). Die Annahme, dass derartige Vereinbarungen generell unzulässig sind, muss im Ergebnis daher abgelehnt werden (A.). Die Regelungsgrenze der Betriebspartner zur einvernehmlichen Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten ist dagegen noch nicht gezogen. Die Kritik an den vorhandenen Ansätzen zur Ermittlung der Grenze zwischen einer gesetzeswidrigen Verletzung der Mitbestimmungsrechte und der zulässigen Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten führt dabei zu einem eigenen Vorschlag, der aus der Amtsstellung des Betriebsrats abgeleitet wird (B.). Im Anschluss wird der Umfang ermittelt, in dem ein verbindlicher Einigungsstellenspruch dem Arbeitgeber Alleinentscheidungsrechte einräumen darf (C.). Letztlich steht die Notwendigkeit weitergehender spezifischer Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten auf dem Prüfstand (D.).

### **A. Generelle Zulässigkeit von Alleinentscheidungsrechten**

Die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten ist generell zulässig. Den gegenteiligen Auffassungen liegen unzutreffende Vorstellungen von der Rechtsnatur einer Rahmenregelung zu Grunde (I.). Sie verkennen insbesondere, dass die sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG im Vorfeld durchaus geregelt werden können (II.) und es ebenso zulässig ist, dem Arbeitgeber auch materielle Alleingestaltungsbefugnisse einzuräumen (III.).



## I. Alleinentscheidungsrechte als Ausübung der Mitbestimmungsrechte

Die Bedenken von *Weyand* und *Herschel* gegen die Zulässigkeit von Alleinentscheidungsrechten ergeben sich aus der Annahme, dass Alleinentscheidungsrechten zwingend ein (Teil-) Verzicht des Betriebsrats auf seine Mitbestimmungsrechte zu Grunde liegt<sup>441</sup> bzw. die Rahmenregelung eine unzulässige Delegation der Mitbestimmungsrechte an den Arbeitgeber darstellt<sup>442</sup>. Die Untersuchung der Rechtsnatur der Alleinentscheidungsrechte hat dagegen bestätigt, dass derartige Abreden eine legitime Form der Ausübung der Mitbestimmungsrechte darstellen und ein Konflikt in aller Regel nur zur unzulässigen Nichtausübung der Mitbestimmungsrechte besteht<sup>443</sup>.

*Weyand* und *Herschel* übersehen, dass die Mitbestimmungsrechte Ermächtigungsgrundlagen der Betriebspartner darstellen, mit deren Hilfe die beiderseits geschützten Interessen hin zu einer betrieblichen Regelung konkretisiert werden müssen. Die einzelne Sachentscheidung oder einen Anspruch auf eine bestimmte Art der Rechtsschöpfung sehen die Mitbestimmungsrechte jedoch gerade nicht vor. Einerseits ermöglicht es der Inhalt der allgemein gewährten Mitbestimmungsrechte dem Betriebsrat daher, in jedem Einzelfall alle vom Zweck erfassten Belegschaftsinteressen in den Einigungsprozess mit dem Arbeitgeber einzubringen. Andererseits muss der Betriebsrat gem. § 2 Abs. 1 BetrVG bei der Ausübung seiner Befugnisse auch die betrieblichen Belange berücksichtigen. Insgesamt folgt aus den Mitbestimmungsrechten somit ein erhebliches Rechtssetzungsermessen, mit dem diese Befugnisse rechtmäßig ausgeübt werden können. Erst jenseits dieses Ermessensspielraums kommt es zu einer unzulässigen Nichtausübung bzw. zu einem unzulässigen Verzicht auf die Mitbestimmungsrechte. Die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten liegt aber auch angesichts ihrer Alleinbeurteilungs- und Alleingestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers grundsätzlich innerhalb des Rahmens einer rechtmäßigen Ausübung der Mitbestimmungsrechte<sup>444</sup>. Das ergibt zunächst ein Rückschluss aus dem Gesetzes- und Tarifvorbehalt des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG. Dessen Mechanismus zeigt, dass es mit dem gesetzlich

---

<sup>441</sup> *Weyand*, ArbuR 1993, 1 (9); vgl. unter § 2 A. III.

<sup>442</sup> *Herschel*, ArbuR 1967, 65 (67); vgl. unter § 2 B. II.

<sup>443</sup> Siehe unter § 2 C. IV. 3.

<sup>444</sup> Siehe unter § 2 C. IV. 1 und 2.



intendierten Schutz- und Teilhabezweck der Mitbestimmungsrechte durchaus im Einklang steht, wenn der Arbeitgeber innerhalb der sozialen Angelegenheiten Rechtsfragen und tatsächliche Fragen ohne eine Zustimmung des Betriebsrats nach dem positiven Konsensprinzip allein beurteilt. Der Eingangssatz von § 87 Abs. 1 BetrVG schließt die Mitbeurteilung des Betriebsrats nach dem positiven Konsensprinzip beim einseitigen Vollzug von tariflichen und gesetzlichen Regelungen durch den Arbeitgeber aus. Der gesetzmäßige Vollzug dieser Regelungen wird allein durch das Überwachungsrecht des Betriebsrats gem. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG gesichert. Die gesetzlich intendierte Mitbeurteilungsfunktion in den sozialen Angelegenheiten muss daher erst recht erfüllt sein, wenn der Betriebsrat den einseitigen Vollzug der rangniedrigeren betrieblichen Rahmenregelungen gem. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG überwacht<sup>445</sup>.

Die systematische Auslegung von § 87 Abs. 1 BetrVG ergibt zudem, dass eine aus Belegschaftssicht interessengerechte Auslegung und Anwendung einer Rahmenregelung durch § 77 Abs. 1 BetrVG möglich ist. Der Betriebsrat kann gem. § 77 Abs. 1 BetrVG vom Arbeitgeber Unterlassung vereinbarungswidriger Maßnahmen verlangen. Dank dieses Potenzials bleibt der Betriebsrat auch bei einer Alleinentscheidung des Arbeitgebers „Herr der Lage“ – eine „unbeachtliche Blindzustimmung“ liegt den Alleinentscheidungsrechten daher ebenfalls nicht zugrunde<sup>446</sup>.

Der zweistufige Ausgleich der Interessen auf Arbeitnehmerseite und der Kompromisscharakter der betrieblichen Einigung – das Ergebnis der Ausübung der Mitbestimmungsrechte – zeigen zudem, dass auch materielle Alleingestaltungsbefugnisse mit der Annahme einer Ausübung der Mitbestimmungsrechte im Einklang zu bringen sind: Die Vereinbarung eines materiellen Alleingestaltungsrechts kann sich – ganz trivial – als eine der möglichen Regelungsvarianten durchsetzen. Der Betriebsrat oder die Einigungsstelle können im Rahmen ihres Gestaltungsermessens Regelungsfragen, die antizipiert nicht geregelt werden können oder sollen, daher durchaus der materiellen Alleingestaltung des Arbeitgebers überlassen. Darin liegt kein gesetzeswidriger Verzicht auf die Mit-

---

<sup>445</sup> Siehe unter § 2 C. IV. 2. a).

<sup>446</sup> Siehe unter § 2 C. IV. 2. b).



bestimmungsrechte – das ist das gesetzlich vorgesehene Nachgeben bei der zur Ausübung der Mitbestimmungsrechte erforderlichen Kompromissfindung<sup>447</sup>.

Ein Rückschluss aus den Eilfallkonstellationen offenbart letztlich die Unbeständigkeit der Verzichts- bzw. Nichtausübungsthese. Die zutreffende Annahme, dass die Mitbestimmungsrechte in Eilfällen vollumfänglich bestehen bleiben, führt zu der Konsequenz, dass eine gesetzeskonforme Ausübung der Mitbestimmungsrechte eben auch gegeben ist, wenn nicht in jedem Eilfall ein Betriebsratsbeschluss herbeigeführt wird. In den Eilfällen ist das per Definition nicht möglich. Der Inhalt der Mitbestimmungsrechte wird daher offensichtlich fehlinterpretiert, wenn man die Vereinbarung von Rahmenregelungen als (Teil-) Verzicht auf die Mitbestimmungsrechte versteht. Die – augenscheinlich widersprüchliche – Bedingung ist nämlich, dass die vollumfängliche Ausübung der Mitbestimmungsrechte in bestimmten (Eil-) Fällen nur durch einen (Teil-) Verzicht möglich ist. Eine „Ausübung durch Teilverzicht“ stößt aber bereits an begriffliche Grenzen<sup>448</sup>.

## II. Antizipierte Regelbarkeit

Die Ansicht von *Worzalla*, wonach in den Fällen, in denen ein Ereignis vorhersehbar ist, dem Arbeitgeber nur in ganz besonderen Konstellationen ein einseitiges Anordnungsrecht eingeräumt werden darf, kann daher gleichfalls nicht überzeugen<sup>449</sup>. Das Gegenteil ist der Fall. Gerade die voraussehbaren Konstellationen können die Betriebspartner im Vorfeld regeln. Den auftretenden Interessenkonflikt können sie absehen und durch typisierende Regelungen antizipiert zum Ausgleich bringen. Auch wenn der Vollzug solcher vorsorglicher Regelungen durch den Arbeitgeber im konkreten Einzelfall ohne weitere aktive Zustimmung des Betriebsrats erfolgt, ist das – wie gehabt – mit dem Sinn und Zweck der Mitbestimmung vereinbar. Die in diesem Zusammenhang apostrophierten Defizite bei der Verwirklichung des Schutz- und Teilhabegedankens der Mitbestimmung beruhen auf der Fehlinterpretation der Mitbestimmungsrechte und werden durch die Möglichkeit des Betriebsrats ausgeglichen, vom Arbeitgeber gem.

---

<sup>447</sup> Siehe unter § 2 C. IV. 2. c).

<sup>448</sup> Siehe unter § 2 C. IV. 2. d).

<sup>449</sup> *Worzalla*/HSWGNR, § 87 Rn. 42; siehe unter § 3 A. III.



§ 77 Abs. 1 BetrVG Unterlassung vereinbarungswidriger Maßnahmen zu verlangen. Diese Befugnisse des Betriebsrats aus § 77 Abs. 1 BetrVG vermögen die Alleinentscheidungsbefugnis des Arbeitgebers in der gesetzlich intendierten Weise zu hemmen und vereinbarungswidrige Maßnahmen zu verhindern.

### III. Zulässigkeit materieller Alleingestaltungsbefugnisse

Das Fehlen „hellseherischer Fähigkeiten“ des Arbeitgebers, das ebenfalls von *Worzalla* proklamiert wird, vermag eine generelle Unzulässigkeit von Alleinentscheidungsrechten ebenfalls nicht zu begründen<sup>450</sup>. Angesprochen ist damit allein der Effekt, dass beim Abschluss einer abstrahierenden Rahmenregelung stets Regelungslücken verbleiben, die nach dem Inhalt der Mitbestimmungsrechte der gleichberechtigten Ausgestaltung der Betriebspartner unterliegen. Auch insoweit folgt aus dem Kompromisscharakter der betrieblichen Einigung aber, dass eine dahingehende Alleingestaltung des Arbeitgebers eine gesetzeskonforme Ausübung der Mitbestimmungsrechte darstellt. Der Betriebsrat oder die Einigungsstelle können sich aufgrund ihres Gestaltungsermessens durchaus für die Regelungsvariante eines materiellen Alleinentscheidungsrechts entscheiden und dem Arbeitgeber insoweit nachgeben, dass sie ihm das Recht zur einseitigen Gestaltung dieser antizipiert nicht regelbaren oder bewusst unregulierten Einzelfallumstände überlassen.

### B. Regelungsgrenze der Betriebspartner

Die Autonomie der Betriebspartner zur Vereinbarung der Alleinentscheidungsrechte ist allerdings begrenzt. Die grundsätzlich zulässige Ausübung der Mitbestimmungsrechte durch die Vereinbarung von Rahmenregelungen wandelt sich nämlich zur unzulässigen und mitbestimmungsrechtlich unbeachtlichen Nichtausübung der Mitbestimmungsrechte, wenn die Alleinentscheidungsmöglichkeiten des Arbeitgebers zu umfangreich werden<sup>451</sup>. Solche Vereinbarungen verwirklichen dann den Teilhabe- und Schutzzweck der Mitbestimmung nicht mehr, weil die gem. § 87 Abs. 1 BetrVG geschützten Interessen der Belegschaft in den materiellen

---

<sup>450</sup> *Worzalla*/HSWG NR, § 87 Rn. 42; siehe unter § 3 A. III.

<sup>451</sup> Siehe unter § 2 C. IV. 1.



Regelungen der Rahmenvereinbarung nicht mehr ausreichend berücksichtigt sind und folglich die materiellen Alleinentscheidungsbefugnisse des Arbeitgebers nicht ausreichend begrenzt werden. An diesem Punkt überschreiten die Betriebspartner den anzuerkennenden Rahmen gesetzmäßiger Ausübung der Mitbestimmungsrechte und verstoßen gegen § 87 Abs. 1 BetrVG<sup>452</sup>. Das ist unstrittig – allerdings nur im Ergebnis. Ob es einem der bestehenden Ansätze gelingt, eine stringente und handhabbare Grenzziehung vorzunehmen, ergibt die Bewertung der gegenwärtigen Ansichten (I.). Die vorhandene Kritik soll ein eigener Ansatz überwinden (II.) und letztlich zu einem Ergebnis führen (III.).

## I. Bewertung der gegenwärtigen Ansätze

Die Rechtsprechung und große Teile der Literatur bezeichnen die Grenze zum Verstoß gegen die Mitbestimmungsrechte mit Hilfe des schillernden Begriffs der Substanz der Mitbestimmungsrechte<sup>453</sup>. Sein Bedeutungsinhalt ist aber gänzlich ungeklärt. Der folgende Abschnitt geht daher der Frage nach, ob ein Interpretationsergebnis überzeugt, also ob die Substanz der Mitbestimmungsrechte erst durch völlig mitbestimmungsfreie Alleinentscheidungsrechte verletzt wird (2.) oder ob die Substanz jedenfalls "nahe am mitbestimmungsfreien Zustand" liegt (3.), ob der Gedanke des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zur Grenzziehung fruchtbar gemacht werden kann (4.) oder eine Fallgruppenbildung (5.) bzw. bewegliche Abwägungsdirektiven (6.) einen praktikablen Maßstab hervorbringen. Diese materiellen Fragen rund um die Substanz der Mitbestimmungsrechte erübrigen sich allerdings, wenn bereits mit Hilfe des formellen Ansatzes von *Joussen* die Grenze zwischen der zulässigen Ausübung und dem Verstoß gegen die Mitbestimmungsrechte gezogen werden kann (1.).

### 1. Formeller Ansatz

Auf Grund der enormen Spannweite der unterschiedlichen Interpretationsergebnisse zur Substanz der Mitbestimmungsrechte liegt es nahe, dass sich *Joussen*

---

<sup>452</sup> Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 54; HB/BetrVR, Teil F Rn. 94; *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (27).

<sup>453</sup> Siehe unter § 3 C.



ausdrücklich gegen diesen Maßstab stellt<sup>454</sup>. Zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Alleinentscheidungsrechts ist der formale Ansatz aber gleichwohl ungeeignet. Entgegen der Methode von *Joussen* ist nämlich stets eine materielle Betrachtung der Vereinbarung im Einzelfall erforderlich. Allein aus der „Systematik des Vorgangs heraus<sup>455</sup>“ kann man nicht beurteilen, ob die Vereinbarung eines Alleinentscheidungsrechts im konkreten Fall zulässig ist (a). Darüber hinaus bringt diese formelle Betrachtung allenfalls Indizien hervor und ist daher bereits aus sich heraus zu keiner validen Aussage in der Lage (b).

### a) Methode

Eine Ausübung der Mitbestimmungsrechte kann nur angenommen werden, wenn der Schutz- und Teilhabezweck der Mitbestimmungsrechte erfüllt ist. Für die Rechtmäßigkeit einer Rahmenregelung ist es also erforderlich, dass die materiellen Regelungen der Rahmenvereinbarung den geschützten Interessen der Belegschaft Rechnung tragen. Ob diese Maßgabe erfüllt ist, ergibt jedoch nur eine konkrete Bewertung des materiellen Tatbestandes der Rahmenregelung im Bezug zum Umfang der materiellen Alleingestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers. Dem formellen Ansatz begegnen deshalb bereits methodische Bedenken, weil er diesen Aspekt nicht berücksichtigt und stattdessen für eine rein formelle Betrachtung des Zustandekommens des Alleinentscheidungsrechts plädiert.

Tatsächlich bleibt sich der formelle Ansatz insoweit auch selbst nicht treu: Die Abgrenzung vom unzulässigen Verstoß gegen die Mitbestimmungsrechte erfolgt auch nach *Joussen* letztlich an Hand materieller Gesichtspunkte. Auch er betrachtet das Ergebnis der konkreten Vereinbarung – genau wie die Anhänger der Substanzthese. Sein formeller Ansatz wertet die „Freiwilligkeit“ einer Rahmenregelung und damit einen rein formellen Aspekt zwar als maßgebliches Indiz für die Rechtmäßigkeit des Alleinentscheidungsrechts<sup>456</sup>: Die indiziell zulässige einvernehmliche Delegation der Mitbestimmungsrechte ist aber auch nach *Joussens* Ansicht unzulässig, wenn sie einem Verzicht völlig gleichkommt, d.h. der Betriebsrat freiwillig eine Situation schafft, in der sein Recht völlig untergegangen

---

<sup>454</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (37 f.); siehe unter § 3 E. I.

<sup>455</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (37).

<sup>456</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (38).



ist und er „überhaupt nichts mehr zu sagen hat“. „Sobald dem Betriebsrat (...) für die späteren konkreten Mitbestimmungssituationen noch irgendein weiteres Recht vorbehalten ist, wird es immer schwerer, einen Verzicht anzunehmen. (...) Je mehr einzelne Rechte der Betriebsrat sich also in der Vereinbarung vorbehält, umso weniger kann man von einem Verzicht ausgehen.“<sup>457</sup> Die Frage, was für Rechte sich der Betriebsrat vorbehalten soll, ob etwa Informations-, Anhörungs- oder Zustimmungsrechte nach dem positiven oder negativen Konsensprinzip, lässt *Joussen* dagegen offen.

### b) Ergebnis

Der formelle Ansatz verliert weiterhin dadurch an Aussagekraft, dass *Joussen* auch angesichts der besonders betonten Unterscheidung von einvernehmlichen und erzwungenen Rahmenregelungen – indizielle Zulässigkeit eines einvernehmlich eingeräumten Alleinentscheidungsrechts und indizielle Unzulässigkeit einer erzwungenen Rahmenregelung – im Ergebnis zu identischen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen kommt. Der Ermessensrahmen des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG soll nach seiner Ansicht zwar exklusiv für erzwungene Rahmenregelungen gelten. Auswirkungen hält diese Maßgabe aber keine bereit: Sowohl für das einvernehmliche wie auch für das erzwungene Alleinentscheidungsrecht fordert *Joussen*, dass dem Betriebsrat im Ergebnis „irgendein Recht“ vorhanden bleiben muss<sup>458</sup>. Kritik erfährt das Ergebnis von *Joussen* zudem, weil gänzlich offen bleibt, welche Rechte insoweit in Betracht kommen.

Verbindlichkeit verliert der formelle Ansatz aber letztlich, weil einem einvernehmlich erteilten Alleinentscheidungsrecht auch nur das Indiz der Rechtmäßigkeit zukommen soll. Im Ergebnis vermag der formelle Ansatz daher *per se* keine abschließende Grenzziehung zwischen dem unzulässigen Verstoß gegen die Mitbestimmungsrechte und der rechtmäßigen Einräumung von Alleinentscheidungsrechten zu leisten.

---

<sup>457</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (38).

<sup>458</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (38).



## **2. Vorbehaltlose Alleinentscheidung als Substanzverstoß**

Die jüngere Rechtsprechung und Teile der Literatur nehmen eine Verletzung der Substanz der Mitbestimmungsrechte an, sobald eine Rahmenregelung dem Arbeitgeber die generelle und vorbehaltlose Alleinentscheidung in einer sozialen Angelegenheit ermöglicht<sup>459</sup>. Die wortlautgetreue Anwendung dieser Grundsätze führt im Vergleich zu der früher angenommenen Maßgabe, nach der auch ein „nahezu mitbestimmungsfreier Zustand“ nicht notwendig für eine Substanzverletzung spricht, jedenfalls zu mehr Rechtssicherheit. Ob die Alleinentscheidungsrechte des Arbeitgebers durch materielle, am Zweck des Mitbestimmungsrechts orientierte Vorgaben begrenzt werden, ließe sich durch die Auslegung der Rahmenregelung und des Mitbestimmungstatbestands eindeutig ermitteln und die Substanzwahrung so feststellen. Die Kritik von *Blomeyer*, dieses Verständnis von der Substanz sei zu unscharf und verhindere Rechtssicherheit<sup>460</sup>, ist also nicht nachvollziehbar.

Abzulehnen ist diese Interpretation der Substanz der Mitbestimmungsrechte aus einem anderen Grund: Dieses Verständnis von der Substanz führt zu einer starren Grenze zwischen der Ausübung und der Nichtausübung der Mitbestimmungsrechte. Die Substanz der Mitbestimmungsrechte verhält sich aber relativ und ist hoch dynamisch (a). Das Versagen dieses Ansatzes bestätigt auch die Gegenprobe, wenn man kritisch betrachtet, wie die Rechtsprechung diesen Maßstab in der Praxis tatsächlich anwendet (b).

### **a) Relativität der Substanz der Mitbestimmungsrechte**

Zur Ausübung der Mitbestimmungsrechte ist es erforderlich, dass der Betriebsrat die nach § 87 Abs. 1 BetrVG geschützten Belegschaftsinteressen ermittelt und sie anschließend bewertet. Dabei muss er die Interessen zunächst für einen internen Ausgleich gewichten, der zwischen den unterschiedlichen Interessen innerhalb der Belegschaft vorzunehmen ist. Die so destillierten Belegschaftsinteressen hat der

---

<sup>459</sup> Siehe unter § 3 C. II. 1. a) und 2.

<sup>460</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279).



Betriebsrat gem. § 2 Abs. 1 BetrVG dann gegen die betrieblichen Belange abzuwägen, um seine Regelungsvorstellungen für einen Konsens mit dem Arbeitgeber formulieren zu können<sup>461</sup>.

Die jeweils geschützten Interessen entfalten ihr Gewicht als Abwägungsposten aber immer nur in Abhängigkeit zu den jeweils geschützten Gegeninteressen im Zeitpunkt des Abschlusses der Rahmenregelung<sup>462</sup>: Das gem. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG erfasste Interesse der Arbeitnehmer an möglichst viel Freizeit kann sich bspw. als bloßes „Annehmlichkeitsinteresse“ darstellen. Das Belegschaftsinteresse kann sich aber auch aus einem überwiegenden Interesse der Arbeitnehmer ergeben, die auf die arbeitsfreie Zeit unabdingbar angewiesen sind, um anderen Verpflichtungen nachzugehen, wie bspw. zur Haushaltsführung, zur Kindererziehung, zur innerfamiliären Pflege oder zur beruflichen Weiterbildung<sup>463</sup>. Dem gegenüber steht das betriebliche Interesse<sup>464</sup>, welches ebenfalls stets ein anderes normatives Gewicht entfaltet<sup>465</sup>: Sollen die Überstunden der Abwicklung eines Auftrags dienen, der zur Existenzsicherung des Betriebs notwendig ist? Soll eine günstige Konjunkturlage ausgenutzt werden, um den Marktanteil des Unternehmens zu vergrößern und dadurch die Arbeitsplätze sicherer zu machen oder um neue Arbeitsplätze zu schaffen<sup>466</sup>? Soll der Gewinn des Unternehmens bzw. die Verzinsung des eingesetzten Kapitals maximiert werden<sup>467</sup>?

Diese Beispiele zeigen, dass sich die Werte, die in den geschützten Interessen verkörpert sind, bei jeder konkreten Ausübung der Mitbestimmungsrechte relativ entfalten und folglich auch die Substanz der Mitbestimmungsrechte hoch dynamisch ist. Der „starre“ Maßstab einer Substanz,

---

<sup>461</sup> Siehe unter § 3 C. IV. 2. c) aa) - cc).

<sup>462</sup> *Fiebig*, Ermessensspielraum, S. 90 ff.

<sup>463</sup> *Brossette*, ZfA 1992, 379 (416) mit weiteren Ausführungen zur Ambivalenz der geschützten Interessen.

<sup>464</sup> Siehe zur Vielzahl aller in das Betriebswohl i.S.d. § 2 Abs. 1 BetrVG einfließender Interessen *Weber*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit, S. 54 ff.

<sup>465</sup> *Weber*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit, S. 62: „Das Betriebswohl stellt sich als multifunktionaler Begriff dar. Es ist inhaltlich weder mit den Interessen des Arbeitgebers bzw. der Kapitaleigner noch mit den Interessen der Arbeitnehmer gleichzusetzen. (...) Bei der Feststellung, ob eine Maßnahme dem Betriebswohl nun entspricht oder nicht, bleibt den Betriebspartnern ein weiter Ermessensspielraum“.

<sup>466</sup> *Brossette*, ZfA 1992, 379 (417), der dieses Interesse allerdings den Arbeitnehmerinteressen zuordnet.

<sup>467</sup> *Weber*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit, S. 57.



die erst verletzt wird, wenn eine bloße Ermächtigungsgrundlage vorliegt, genügt dieser Relativität der Substanz der Mitbestimmungsrechte aber ersichtlich nicht.

### **b) Gegenprobe**

Die Schwäche dieses Verständnisses von der Substanz der Mitbestimmungsrechte wird zudem deutlich, wenn man konsequent analysiert, wie die Rechtsprechung diesen Maßstab in der Praxis tatsächlich anwendet.

In einem Urteil vom 29.9.2004 bejahte das BAG eine Substanzverletzung, weil das gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG bestehende Mitbestimmungsrecht zur Einführung eines Wechselschichtsystems durch eine Rahmenregelung „noch nicht vollständig ausgeübt worden ist“<sup>468</sup>. Die zu Grunde liegende Rahmenvereinbarung regelte aber den Beginn und das Ende der Arbeitszeiten für ein Ein-, Zwei- und Drei-Schicht-System und eine Ankündigungsfrist von vier Kalendertagen für einen Schichtwechsel und damit materielle Einschränkungen der Alleingestaltungsbefugnis des Arbeitgebers, die dem Zweck des Mitbestimmungsrechts Rechnung tragen<sup>469</sup>. Obwohl die Rahmenregelung also keine reine Ermächtigungsregelung darstellte, sondern geschützten Interessen der Belegschaft – wenn auch sehr dürftig – materiell Rechnung trug, bejaht das BAG einen Verstoß gegen die Substanz der Mitbestimmungsrechte. Der Maßgabe, dass nur eine generelle und vorbehaltlose Alleinentscheidung des Arbeitgebers die Substanz der Mitbestimmungsrechte verletzt, entspricht dieses Ergebnis offenbar nicht.

### **3. Grenze des „nahezu mitbestimmungsfreien Zustands“**

Der Relativität der Substanz der Mitbestimmungsrechte trägt die Ansicht besser Rechnung, die eine Beeinträchtigung der Substanz annimmt, wenn der Betriebsrat dem Arbeitgeber – aus welchen Gründen auch immer – ein Alleinentscheidungsrecht einräumt, dessen materieller Umfang einen Zustand herbeiführt, der einen

---

<sup>468</sup> BAG v. 29.9.2004 – 5 AZR 559/03, AP Nr. 111 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>469</sup> Siehe dazu bereits unter § 3 F. I. 2.



mitbestimmungsfreien Zustand nahe kommt<sup>470</sup>. Das gelingt diesem Ansatz jedoch allein auf Grund der Konturlosigkeit seiner Maßgaben.

Gegen diese Interpretation der Substanz der Mitbestimmungsrechte ergeben sich zudem Bedenken, weil sie die Grenze zum Verstoß gegen die Mitbestimmungsrechte erneut „nahe“ an dem Zustand völliger Mitbestimmungsfreiheit fixiert. Sicher ist es nicht ausgeschlossen, dass in bestimmten wirtschaftlichen Konstellationen die betrieblichen Belange ein derartiges Gewicht entfalten, dass es gerechtfertigt ist, eine nahezu völlige Alleingestaltung des Arbeitgebers innerhalb der sozialen Angelegenheiten zeitweise anzuerkennen: Eine mitbestimmungsrechtskonforme Ausgestaltung der Rahmenregelung kann die geschützten Belange der Arbeitnehmer etwa nahezu vollständig zurücktreten lassen, wenn bspw. die Existenz des Betriebs bedroht ist und dem betrieblichen Bedürfnis nach Überstunden „nur“ Annehmlichkeitsinteressen der Arbeitnehmer an Freizeit gegenüber stehen. In einem solchen Fall ist es also durchaus denkbar, dem Arbeitgeber bspw. für die begrenzte Dauer der Abwicklung eines bestimmten Auftrages, zur Anordnung von Überstunden – im Rahmen des § 3 ArbZG – freie Hand zu lassen.

Die entgegengesetzte Situation ist jedoch ebenfalls denkbar, d.h. dass den Interessen der Arbeitnehmer ein überragendes Gewicht zukommt. Das ist etwa der Fall, wenn das anzuerkennende Gewinnmaximierungsinteresse des Arbeitgebers gegen das gewichtige Arbeitnehmerinteresse an geregelter „Freizeit“ zur Kindererziehung oder zur beruflichen Weiterbildung abgewogen werden muss. Eine unzulässige Nichtausübung der Mitbestimmungsrechte und daher ein Verstoß gegen die Substanz des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG liegt im letztgenannten Fall somit weit jenseits der Grenze einer völligen Mitbestimmungsfreiheit. In diesem Fall genügt der Betriebsrat seinem Mitbestimmungsauftrag nicht, wenn er den betrieblichen Belangen gleichwohl in einem derart weitreichenden Umfang nachgibt. Auch diese Interpretation der Substanz der Mitbestimmungsrechte kann im Ergebnis also nicht überzeugen.

---

<sup>470</sup> Siehe unter § 3 C. II. 1. a) und 2. a).



#### 4. Anleihen bei Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG

Aus den Grundsätzen, welche das Parlament gem. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zu beachten hat, wenn es die Regierung zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt, ergibt sich ebenfalls kein tragfähiger Maßstab für die Abgrenzung eines zulässigen Alleinentscheidungsrechts vom unzulässigen Verstoß gegen die Mitbestimmungsrechte<sup>471</sup>. Das zeigt ein weiteres Mal die Gegenprobe: Die konkreten Ergebnisse von *Säcker/Oetker* lassen sich mit ihren eigenen Maßgaben nicht in Einklang bringen (a). Die Ursache dafür ist, dass die Anforderungen, die sich aus der Anwendung des Art. 80 Abs.1 Satz 2 GG ergeben, für die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten zu streng sind (b). In der Kritik steht also nicht das Ergebnis, sondern die Methode von *Säcker/Oetker* (c).

##### a) Gegenprobe

Die Substanz der Mitbestimmungsrechte ist nach *Säcker/Oetker* gewahrt, wenn die Rahmenregelung alle im Hinblick auf den Zweck des Mitbestimmungsrechts „wesentlichen“ Fragen regelt<sup>472</sup>. Der materielle antizipiert geregelte Inhalt der Rahmenregelung soll dazu in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG Deutlichkeits-, Selbstentscheidungs-, Programmvorgabe-, Vorhersehbarkeits- und Berechenbarkeitsanforderungen genügen.

Im Ergebnis halten *Säcker/Oetker* aber eine Rahmenregelung zur Regelung von Mehrarbeit für zulässig, die dem Arbeitgeber im Rahmen eines festgelegten Maximalvolumens beim Vorliegen „betrieblicher Gründe“ zur Anordnung von Überstunden völlig freie Hand lässt. Maßgabe ist nur noch, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat über die konkrete Anordnung von Überstunden informiert. Dass ein solcher Regelungsvorschlag die Deutlichkeits-, Selbstentscheidungs-, Programmvorgabe-, Vorhersehbarkeits- und Berechenbarkeitserfordernisse nicht erfüllt, ist aber evident. Bereits die Wortlautinterpretation dieser Regelung ergibt praktisch keine tatbestandliche Begrenzung, da jeder Arbeitgeberentscheidung betriebliche

---

<sup>471</sup> Zu diesem Ansatz vgl. § 3 E. II.

<sup>472</sup> Im Ergebnis ebenso *Löwisch*, BetrVG, 4. Aufl., § 87 Rn. 13; *Rieble/KFA-ArbR*, § 87 BetrVG Rn. 7 f.; *E. Schmidt*, Verzicht, S. 163; *Trümmer*, FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 395 (408).



Erwägungen zu Grunde liegen – von schikanösen Anordnungen einmal abgesehen<sup>473</sup>. In welchen Fällen, mit welcher Tendenz und welchem Inhalt der Arbeitgeber von der einseitigen Möglichkeit zur Anordnung von Überstunden Gebrauch macht, können beim Vorliegen einer solchen Rahmenregelung weder der Betriebsrat, noch die Arbeitnehmer voraussehen, um in der Diktion des bemühten Bundesverfassungsgerichts zu bleiben<sup>474</sup>. Die Kriterien von *Säcker/Oetker* lassen sich mit ihren eigenen Ergebnissen daher nicht in Einklang bringen.

### b) Methode

Die Ursache für die Diskrepanz zwischen dem Ergebnis und den Maßgaben von *Säcker/Oetker*, liegt in den zu strengen Anforderungen an die materielle Ausgestaltung der Rahmenregelungen, die sich aus den staatsrechtlichen Anleihen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG ergeben.

Die Delegationsmöglichkeit des Art. 80 GG dient Effizienzbestrebungen, da es dem Parlament allein nicht möglich ist, die Fülle des normativen Regelungsbedarfs zu bewältigen<sup>475</sup>. Die Delegation der parlamentarischen Rechtsetzungsmacht steht allerdings im Konflikt mit dem rechtstaatlichen Prinzip der Gewaltenteilung, das eine gegenseitige Hemmung und Kontrolle der Gewalten erreichen soll<sup>476</sup>. Art. 80 GG enthält entsprechend restriktive Maßgaben für das vom Parlament zu schnürende Regelungspaket, wenn es sich für eine Delegation entscheidet. Die strengen Maßstäbe des Bestimmtheitsgebots des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG müssen verhindern, dass sich der parlamentarische Gesetzgeber seiner Verantwortung entzieht<sup>477</sup>. Insoweit bestehen also durchaus Parallelen zu der Problematik der Nichtausübung von Mitbestimmungsrechten. Auch der Betriebsrat soll sich seiner Verantwortung nicht entziehen und soll die Interessen der Belegschaft gegenüber dem Arbeitgeber durchsetzen.

---

<sup>473</sup> Ebenso BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, AP Nr. 79 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>474</sup> So das BVerfG zur Frage der Rechtmäßigkeit einer Ermächtigungsnorm i.S.d. Art. 80 GG, vgl. BVerfG v. 27.11.1962 – 2 BvL 13/61, BVerfGE 15, 153 (160).

<sup>475</sup> *Ossenbühl*, in Isensee/Kirchhof, HdB des Staatsrechts Bd. 3, § 64 Rn. 2.

<sup>476</sup> *Maunz*, in Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 80 Rn. 2.

<sup>477</sup> *Ossenbühl*, in Isensee/Kirchhof, HdB des Staatsrechts Bd. 3, § 64 Rn. 9 ff. (insbesondere Rn. 13) m.w.N. auch zum historischen Hintergrund der strengen Bindung: Stichwort „Ermächtigungsgesetz“ vom 24.3.1933.



Der maßgebliche Unterschied einer parlamentarischen Delegation zur Konstellation der Ausübung der Mitbestimmungsrechte durch die Vereinbarung eines Alleinentscheidungsrechts ist jedoch, dass die Verfahrenshoheit des Parlaments endet, wenn der Entwurf des ermächtigten Gesetzes den Bundestag passiert hat. Bei der Umsetzung der ermächtigten Norm durch die Verwaltung ist das Parlament nicht weiter eingebettet, um im Rahmen einer weiter andauernden „Mitbestimmung“ die Rechtsetzung der Verwaltung zu kontrollieren, zu hemmen und ggf. zu intervenieren. Der Betriebsrat dagegen muss bei der konkreten Umsetzung einer Rahmenregelung zwingend eingebunden bleiben. Damit betriebliche Rahmenregelungen als zulässige Ausübung der Mitbestimmungsrechte in Frage kommen, ist es erforderlich, dass dem Betriebsrat bei jeder konkreten Einzelfallentscheidung des Arbeitgebers eine Interventionsmöglichkeit verbleibt<sup>478</sup>.

Zu Recht betonen deshalb auch *Säcker/Oetker*, dass es dem Zweck der Mitbestimmungsrechte widerspricht, wenn man den Betriebsrat sämtlicher Interventionsmöglichkeiten auf der sekundären Vollzugsebene beschneidet. Folgerichtig sieht ihr Ansatz darum ein an § 100 Abs. 2 Satz 1 BetrVG orientiertes Informationsrecht des Betriebsrats vor. In Verbindung mit dem Unterlassungsanspruch des Betriebsrats aus § 77 Abs. 1 BetrVG ist damit eine Durchführung der Rahmenregelung im konkreten Vollzugsfall sicher gestellt, die auch „den Segen des Betriebsrats“ hat<sup>479</sup>. Dieses Plus an Entscheidungshoheit, das aus der strukturellen Einbindung des Betriebsrats bei Vollzug der Rahmenregelung resultiert, rechtfertigt es jedoch im Vergleich zu den strengen Vorgaben des Bestimmtheitsgebots des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, für die betriebliche Rahmenregelungen mildere Maßstäbe zu tolerieren.

### c) Fazit

Es sind durchaus betriebliche Verhandlungssituationen denkbar, in denen die von *Säcker/Oetker* vorgeschlagene tatbestandliche Bindung eines arbeitgeberseitigen Alleinentscheidungsrechts durch „betriebliche Gründe“ einer gesetzmäßigen Ausübung der Mitbestimmungsrechte genügt. Das ist etwa dann der Fall, wenn – wie bereits dargestellt – die Existenz des Betriebs bedroht ist und dem betrieblichen

---

<sup>478</sup> Siehe unter § 2 C. IV.

<sup>479</sup> Siehe unter § 2 C. IV. 2. b).



Bedürfnis nach Überstunden „nur“ ein Annehmlichkeitsinteresse der Arbeitnehmer an Freizeit gegenüber steht. Ein allgemeiner Wertungsmaßstab für die Rechtmäßigkeit von Rahmenregelungen kann dem Rechtsgedanken des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG aber nicht entnommen werden.

## 5. Fallgruppenmethode

Die von *Otto* vorgeschlagenen Fallgruppen<sup>480</sup> beschränken sich auf eine zutreffende Differenzierung von verschiedenen Gestaltungsvarianten für Rahmenregelungen. Die Fallgruppen stellen eigenständige Tatbestände dar, die ein schutzwürdiges betriebliches Interesse verkörpern<sup>481</sup>. Einen Maßstab mit dem die Zulässigkeit von Alleinentscheidungsrechten bestimmt werden kann, liefert aber auch dieser Ansatz nicht.

Zutreffend ordnet der Vorschlag von *Otto* die abstrakt-generelle Regelung von Maßnahmen nach Voraussetzung und Inhalt der antizipierten Ausübung der Mitbestimmungsrechte zu. Es trifft zu, dass eine Ausübung der Mitbestimmungsrechte auch dann vorliegt, wenn der Betriebsrat für gewisse Regelungsfragen einem materiellen Alleingestaltungsrecht als Regelungsvorstellung des Arbeitgebers nachgibt. Die Ausgestaltung dieser Alleinentscheidungsbefugnisse kann sich auch durchaus auf Änderungen oder Ergänzungen bestehender Vereinbarungen beziehen. Genauso kann sie als einstweilige Alleingestaltung ausgestaltet werden. Zwingend ist letzteres jedoch nicht, da sich eine substanzwahrende Rahmenregelung bereits als „abschließende (mitbestimmte) Klärung“ der sozialen Angelegenheit darstellt und folglich nichts weiter offen zu halten braucht, um dem betreffenden Mitbestimmungsrecht nachträglich Genüge zu tun<sup>482</sup>.

Auch die Fallgruppenmethode ergibt aber keinen Maßstab, mit dessen Hilfe der Umfang zulässiger Alleinentscheidungsrechte generell, d.h. losgelöst von diesen drei konkreten Varianten ermittelt werden kann. Wenn *Otto* fordert, dass Maßnahmen nach Voraussetzungen und Inhalt „näher“<sup>483</sup> beschrieben werden sollen, um eine antizipierte Ausübung annehmen zu können, enthält das ebenfalls

---

<sup>480</sup> Zu diesem Ansatz vgl. § 3 E. IV.

<sup>481</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (25, Fn. 87).

<sup>482</sup> Siehe unter § 2 D.

<sup>483</sup> *Otto*, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, EzA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn, 11 (18).



keinen Hinweis darauf, ob eine möglichst detaillierte Regelung vorgenommen werden muss oder ob die Vereinbarung „irgendeines Rechts“<sup>484</sup> auch genügt. Die Lücke an dem Ansatz von *Otto* wird deutlich, wenn er betont, dass bestehende Betriebsvereinbarungen auch in „begrenztem“<sup>485</sup> Umfang einseitig vom Arbeitgeber geändert werden dürfen: Gesucht ist der Maßstab, der zur Grenzziehung herangezogen werden kann.

## 6. Bewegliche Abwägungsdirektiven

Dass zur Frage der Ausübung der Mitbestimmungsrechte eine relative Betrachtung der Interessengewichte erfolgen muss, trägt allein der Ansatz *Blomeyer* vollumfänglich Rechnung<sup>486</sup>. Das System beweglicher Abwägungsdirektiven ist ein geeigneter Leitfaden zur Vereinbarung von rechtmäßigen Alleinentscheidungsrechten des Arbeitgebers. Wird bei den betrieblichen Verhandlungen ein an diesen Kriterien orientiertes Verfahren beachtet, ist für den Regelfall sichergestellt, dass während der Verhandlungen die gesetzlich intendierte Bewertung der betrieblichen und arbeitnehmerseitigen Belange vorgenommen wird. In welchem Umfang der Ausgleich der Interessen die Einräumung von Alleinentscheidungsrechten letztlich ermöglicht, ergibt sich ebenfalls anhand einer Frage, die auf diesen Ansatz zurückgeht. Maßgeblich ist, inwieweit der Betriebsrat den ihm zustehenden Ermessensspielraum in den sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG ausschöpfen muss<sup>487</sup>.

Den Wertungsmaßstab zur Beantwortung dieser entscheidenden Frage liefert allerdings auch *Blomeyer* nicht. Die vorgeschlagene Regelungsgrenze der „*essentialia*“ des Mitbestimmungsrechts führt nicht dazu, dass der Vielzahl an Interpretationsmöglichkeiten, die sich aus der „Substanz“ der Mitbestimmungsrechte ergeben, eingegrenzt werden. Die Kritik am beweglichen System, dass dieses nicht zur Beseitigung der Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten beiträgt<sup>488</sup>, trifft also im Ergebnis zu.

---

<sup>484</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (38).

<sup>485</sup> *Otto*, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, EzA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn, 11 (18).

<sup>486</sup> Zu diesem Ansatz vgl. unter § 3 E. III.

<sup>487</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279).

<sup>488</sup> *E. Schmidt*, Verzicht, S. 159.



## 7. Zwischenergebnis

Keiner der bisherigen Ansätze kann bei der Ermittlung der Grenze zwischen einer noch rechtmäßigen Ausübung der Mitbestimmungsrechte und dem Verstoß gegen § 87 Abs. 1 BetrVG durch die Vereinbarung von zu umfassenden Alleinentscheidungsrechten vollumfänglich überzeugen. *Blomeyer* gelingt es allerdings, die maßgebliche Frage herauszuarbeiten, die der Prüfungsmaßstab beantworten muss: Es geht darum, wie weit der Betriebsrat seinen ihm zustehenden Ermessensspielraum in den sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG ausschöpfen muss, um den Mitbestimmungsrechten zu genügen<sup>489</sup>.

## II. Amtspflichtorientierter Ansatz

Die gleichberechtigte Teilhabe des Betriebsrats dient keinem Selbstzweck, sondern soll sicherstellen, dass bei den Entscheidungen des Arbeitgebers die rechtlich geschützten Belange der Arbeitnehmer berücksichtigt werden<sup>490</sup>. Die Ausübung der Mitbestimmungsrechte ist dem Betriebsrat deshalb einerseits nicht ins freie Ermessen gestellt. Der Grundsatz „*volenti non fit iniuria*“ gilt für seine Einwilligung zu den Regelungsvorstellungen des Arbeitgebers nicht. Sein betriebliches Rechtsetzungsermessen muss der Betriebsrat pflichtgemäß ausüben<sup>491</sup>.

Andererseits ist das betriebspolitische Mandat des Betriebsrats bewusst als freies Mandat ausgestaltet<sup>492</sup>. Die Rückbindung an die ihm überantworteten Belange der Belegschaft erfolgt nur über die turnusmäßige Möglichkeit zur Abwahl des Betriebsrats<sup>493</sup>. Für die Art und Weise seiner Aufgabenerledigung kommt dem Betriebsrat darum ein Beurteilungsspielraum zu, der vom Grad der Unabhängigkeit mit dem der Bundestagsabgeordneten vergleichbar ist<sup>494</sup>. Der Beurteilungsspielraum ermöglicht dem Betriebsrat, bei der Durchsetzung der ihm über-

<sup>489</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279). Treffend auch *Haußmann*, BAG EWiR § 77 BetrVG 1/04, 631 (632): Es geht darum, wann der Betriebsrat seinem gesetzlichen Auftrag gerecht wird.

<sup>490</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (19); *Wiese*, RdA 1968, 455 (457).

<sup>491</sup> BAG v. 23.06.1992 – 1 ABR 53/91, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; *Hormadka/Maschmann*, § 16 Rn. 346; *Oetker/GK-BetrVG*, § 23 Rn. 17. Diese Pflicht trifft neben dem Kollegialorgan auch das einzelne Betriebsratsmitglied, vgl. *Belling*, Haftung, S. 227.

<sup>492</sup> v. *Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, § 4 Rn. 33 m.w.N.

<sup>493</sup> v. *Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, § 4 Rn. 33.

<sup>494</sup> *Pflüger*, Repräsentativsystem, S. 88 f.; im Ergebnis wohl auch *Belling*, Haftung, S. 190 und *Franzen*, NZA 2008, 250 (253).



antworteten Arbeitnehmerinteressen durchaus den betrieblichen Interessen nachzugeben und die Belange der Belegschaft zurücktreten zu lassen. So sehr eine gewisse Nichtdurchsetzung geschützter Belegschaftsinteressen also *per se* unbedenklich ist, so unstreitig ist, dass die völlige Außerachtlassung der Belegschaftsinteressen gegen die Mitbestimmungsrechte verstößt. Unbestritten ist allerdings nur das Ergebnis und nicht die Begründung<sup>495</sup>.

An diesem Punkt muss die Suche nach dem Maßstab für die gesetzlich notwendige Mindestdurchsetzung der Belegschaftsinteressen ansetzen, die den Umfang materieller Alleingestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers begrenzen und damit Schutz und Teilhabe i.S.d. Mitbestimmung garantieren. Wenn einerseits der Grundsatz „*volenti non fit iniuria*“ trotz Anerkennung einer Betriebsautonomie bei der einvernehmlichen Einigung der Betriebspartner nicht gelten soll, ein Maß an zulässiger Einwilligung aber vorausgesetzt ist, kann nur in Kenntnis der Ursache für das Nichtausübungs- bzw. Verzichtsverbot die Substanz der Mitbestimmungsrechte bestimmt werden: Was andererseits bei den Prämissen versäumt wird, kann keine noch so folgerichtige Ableitung ausgleichen.

Im folgenden Abschnitt wird daher zunächst der Ursache für das Verzichtsverbot nachgegangen (1.), um eine gesicherte Grundlage für Rückschlüsse auf den Inhalt der Substanz der Mitbestimmungsrechte (2.) zu haben. Dann erst kann der Frage nachgegangen werden, wann die Substanz der Mitbestimmungsrechte durch die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten verletzt wird (3).

### **1. Ursache des Verzichtverbots**

Die Ursache für das Verbot, auf die Mitbestimmungsrechte zu verzichten bzw. sie nicht auszuüben, wird auf den zwingenden Charakter des BetrVG zurückgeführt (a), auf die Fremdnützigkeit der Mitbestimmungsbefugnisse (b) sowie aus deren Eigenschaft als sog. Pflichtenrechte hergeleitet (c).

#### **a) Zwingender Charakter des BetrVG**

Die Unverzichtbarkeit der Mitbestimmungsrechte kann nicht allein mit dem zwingenden Charakter der Betriebsverfassung bzw. der Mitbestimmungsrechte

---

<sup>495</sup> Siehe unter § 3 C. I.



begründet werden<sup>496</sup>. Die zwingende Wirkung einer Norm und insbesondere die zwingende Wirkung des BetrVG schließt einen Verzicht auf die ihr entspringenden Befugnisse nach allgemeiner Meinung nicht grundsätzlich aus<sup>497</sup>. Durch die zwingende Wirkung ist nämlich nur die Beseitigung einer Norm an sich ausgeschlossen. Die zwingende Wirkung des Gesetzes legt aber nicht fest, auf welche Weise die sich aus der Norm ergebenden Einzelbefugnisse auszuüben oder verzichtbar sind<sup>498</sup>.

### **b) Fremdnützigkeit der Befugnisse**

Die Unzulässigkeit des Verzichts bzw. einer gänzlichen Nichtausübung der Mitbestimmungsrechte folgt auch nicht aus der Fremdnützigkeit der Befugnisse<sup>499</sup>. Das ergibt z. B. der Vergleich zu § 1822 Nr. 2 BGB. Die Existenz der Norm lässt darauf schließen, dass ein Verzicht auf fremdnützige Befugnisse – im gewählten Beispiel zwar nur in Abhängigkeit der Genehmigung durch ein Gericht – aber nicht grundsätzlich unzulässig ist<sup>500</sup>. Ein entscheidender zusätzlicher Aspekt muss den Mitbestimmungsrechten also innewohnen, der es rechtfertigt, bei ihrer Nichtausübung einen Verstoß gegen § 87 Abs. 1 BetrVG anzunehmen.

### **c) Pflichtenrechtscharakter der Mitbestimmungsrechte**

Die Nichtausübung der Mitbestimmungsrechte bzw. ein Verzicht auf diese Befugnisse verstößt gegen § 87 Abs. 1 BetrVG und ist unzulässig, weil der Gesetzgeber die Ausübung der Mitbestimmungsrechte zur Rechtspflicht für den

---

<sup>496</sup> So *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Bd. 2, S. 860.

<sup>497</sup> *Lehmpuhl*, Nichtausübung, S. 53; *E. Schmidt*, Verzicht, S. 55 f; *Wiese*, RdA 1968, 455 (457).

<sup>498</sup> *E. Schmidt*, Verzicht, S. 56.

<sup>499</sup> Der Streit, ob der Betriebsrat, die Belegschaft oder die einzelnen Arbeitnehmer Träger der Mitbestimmungsrechte sind, braucht daher nicht entschieden zu werden. Vgl. zu den verschiedenen Ansätzen *Richardi/Richardi*, BetrVG, Einleitung Rn. 98 ff; *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, § 47 II. Einigkeit besteht, dass der Betriebsrat die ihm übertragenen betriebsverfassungsrechtlichen Befugnisse fremdnützig, jedoch im eigenen Namen ausübt. Die Rechte und Pflichten aus dem Gesetz treffen ihn selbst, vgl. *Kraft/Franzen/GK-BetrVG*, § 1 Rn. 62 ff. m.w.N.

<sup>500</sup> *Wiese*, RdA 1968, 455 (457).



Betriebsrat erhoben hat<sup>501</sup>. Ebenso wie bei der elterlichen Sorge i.S.d. § 1626 Abs. 1 Satz 1 BGB oder dem in § 1684 Abs. 1 BGB geregelten Umgangsrecht der Eltern, handelt es sich bei den Mitbestimmungsrechten um Pflichtenrechte<sup>502</sup>. Das sind solche Rechte, die von vornherein mit einer besonderen, den gesamten Rechtsinhalt prägenden Pflichtbindung versehen sind<sup>503</sup>. Spiegelbildlich zur Berechtigungslage führen die Mitbestimmungsrechte damit zu einer Pflichtenstellung des Betriebsrats, der er nicht genügt, wenn er seine Befugnisse nicht wahrnimmt<sup>504</sup>.

Es ist das Verdienst von *Wiese*, diesen im Familienrecht und öffentlichen Recht anerkannten Grundsatz von der Unverzichtbarkeit pflichtgebundener Rechte, auf die Mitbestimmungsrechte des Betriebsverfassungsrechts schon 1968 übertragen zu haben<sup>505</sup>. Sofern *Wiese* darüber hinaus das Verzichtsverbot mit Gemeinwohlerwägungen rechtfertigt, ist dies auch aus damaliger Sicht ebenfalls plausibel. Gem. § 49 Abs. 1 BetrVG 1952 war das Gemeinwohl bei der Zusammenarbeit der Betriebspartner ebenfalls zwingend zu beachten. Der Gesetzgeber übernahm diese Vorschrift jedoch bewusst nicht ins BetrVG 1972. Heute steht die Amtsführung des Betriebsrats daher nicht mehr unter der Bedingung der Gemeinwohllachtung. Hintergrund ist, dass eine Pflicht der Betriebspartner zur Beachtung von Gemeinwohlinteressen sie bei ihrer Aufgabenerfüllung überfordern würde<sup>506</sup>.

## 2. Rückschluss auf die Substanz der Mitbestimmungsrechte

Ausschlaggebend für die Unzulässigkeit der Nichtausübung bzw. des Verzichts auf die Mitbestimmungsrechte ist also – ganz trivial – die aus den einzelnen Mitbestimmungsrechten resultierende Rechtspflicht des Betriebsrats, seine

---

<sup>501</sup> *Däubler/DKKW-BetrVG*, Einleitung Rn. 86b und *Klebe* zu § 87 Rn. 38 f; *Weyand*, *ArbuR* 1993, 1 (9); im Ergebnis ebenso *Brossette*, *ZfA* 1992, 379 (400); *Joussen*, *RdA* 2005, 31 (35); *Säcker/Oetker*, *RdA* 2005, 16 (23); *Trümmer*, *FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz*, 395 (402 f.); *Worzalla/HSWG NR*, § 87 Rn. 84; *Wiese*, *RdA* 1968, 455 (457).

<sup>502</sup> Zur elterlichen Sorge vgl. etwa OLG Köln v. 7.12.2002 – 25 UF 227/02, *FamRZ* 2004, 52; zum Umgangsrecht BGH v. 11.05.2005 – XII ZB 120/04, *MDR* 2005, 1416.

<sup>503</sup> *Larenz/Wolf*, *BGB AT*, § 16 Rn. 6 m.w.N.

<sup>504</sup> Die Pflichtbindung trifft neben dem Kollektiv auch das einzelne Betriebsratsmitglied, vgl. *Buchner*, *FS Müller*, 93 (100 ff.).

<sup>505</sup>

<sup>506</sup> *E. Schmidt*, *Verzicht*, S. 145 f. m.w.N.



Befugnisse auszuüben. Verstößt der Betriebsrat gegen diese Pflicht, indem er zu umfangreiche Alleinentscheidungsrechte mit dem Arbeitgeber vereinbart, führt diese Nichtausübung zum Verstoß gegen § 87 Abs. 1 BetrVG. Entsprechende Rahmenregelungen sind gem. § 134 BGB unwirksam<sup>507</sup> bzw. teilunwirksam, sofern der verbleibende Teil der Vereinbarung ohne die unwirksamen Bestimmungen eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung enthält. Das gilt insbesondere, wenn sich die Rahmenregelung als normativ wirkende Betriebsvereinbarung darstellt. Ihr Normcharakter zwingt dann im Interesse der Kontinuität einer gesetzten Ordnung, diese soweit aufrecht zu erhalten, wie sie auch ohne den unwirksamen Teil der Regelung ihre Ordnungsfunktion entfalten kann<sup>508</sup>.

Die Verletzung der Substanz der Mitbestimmungsrechte beschreibt daher nichts anderes als den Verstoß des Betriebsrats gegen seine Rechtspflicht zur Ausübung der Mitbestimmungsrechte. Eine Substanzverletzung liegt vor, wenn der Betriebsrat seinen Beurteilungs- und Ermessensspielraum nicht mehr nur voll ausschöpft, sondern ermessensfehlerhaft einer materiellen Alleingestaltungsbefugnis durch zu umfassendes Zurücktretenlassen der Arbeitnehmerinteressen nachgibt. In Anlehnung an die entgegengesetzte Konstellation von sog. Koppelungsgeschäften, bei denen der Betriebsrat normzweckwidrig seine Zustimmung zu Regelungsvorstellungen des Arbeitgebers verweigert<sup>509</sup>, liegt einer Substanzverletzung daher eine normzweckwidrige Zustimmung des Betriebsrats zu Grunde.

### 3. Substanzwahrung

Die Substanz der Mitbestimmungsrechte ist nach vorstehenden Grundsätzen daher so lange gewahrt, wie der Betriebsrat seinen Beurteilungs- und Ermessensspielraum voll ausschöpft, ohne ermessensfehlerhaft einer materiellen Alleingestaltungsbefugnis als Regelungsvariante nachzugeben. Ausdrückliche Regelungen zu den

---

<sup>507</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279); *Lehmpuhl*, Nichtausübung, S. 61 ff.; *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (27); *E. Schmidt*, Verzicht, S. 164; *Weyand*, ArbuR 1993, 1 (9).

<sup>508</sup> BAG v. 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, AP Nr. 1 zu § 21a BetrVG 1972; *Kreutz/GK-BetrVG*, § 77 Rn. 61.

<sup>509</sup> *Gentz*, NZA 2004, 1011 (1011 f.); *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmissbrauch in der Betriebsverfassung, Rn. 66.



Ermessensgrenzen des Betriebsrats bei der Ausübung seiner Mitbestimmungsrechte, aus denen sich der für die Substanzfrage maßgebliche Wertungsmaßstab ergäbe, enthält das BetrVG aber nicht (a). Einige Autoren wenden deshalb die Ermessensgrenzen, die gem. § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG die Einigungsstelle bei ihrer Zwangsschlichtung zu beachten hat, auch auf die einvernehmliche Einigung der Betriebspartner an (b). Nach hier vertretener Ansicht ergeben sich die Ermessensgrenzen des Betriebsrats allerdings aus seiner Amtsstellung und daher aus dem Rechtsgedanken des § 23 Abs. 1 BetrVG (c).

### a) Keine gesetzliche Regelung der Ermessensgrenzen

Dass eine Pflicht des Betriebsrats zur Ausübung der Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1 BetrVG besteht, ergibt bereits die Auslegung des imperativen Wortlauts von § 87 Abs. 1 BetrVG, denn der Betriebsrat „...hat,...mitzubestimmen“<sup>510</sup>. Mehr als den Hinweis auf eine Pflichtenstellung ergibt die Wortlautauslegung jedoch nicht. Zu der entscheidenden Frage, welchen Bindungen der Betriebsrat bei seiner pflichtgemäßen Ermessensausübung i.R.d. § 87 Abs. 1 BetrVG unterliegt und wann er ermessensfehlerhaft handelt, enthalten auch die übrigen Normen des BetrVG keine ausdrückliche Anordnung<sup>511</sup>. Der Blick in den GK-BetrVG zeigt, dass daraus durchaus eine gewisse Unschlüssigkeit resultiert<sup>512</sup>. Bei der Kommentierung zu § 74 BetrVG vertritt *Kreutz*, dass die Beachtung des billigen Ermessens des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG auch für die Zusammenarbeit von Betriebsrat und Arbeitgeber einen inhaltlichen konkretisierenden Maßstab darstellt, weil der Spruch der Einigungsstelle deren Einigung nur ersetze<sup>513</sup>. Bei § 76 BetrVG ist *Kreutz* jedoch der Auffassung, dass die rechtliche Bindung der Einigungsstelle doch weiter reiche als die der Betriebspartner, da sich letztgenannte bei ihrer Einigung nur an die Grundsätze der §§ 2 Abs. 1 und 75 BetrVG zu halten hätten<sup>514</sup>.

---

<sup>510</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (36 f.); *Worzalla/HSWG*NR, § 87 Rn. 84.

<sup>511</sup> *Rath-Glawatz*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG Arbeitszeit unter IV.

<sup>512</sup> Ausdrücklich unschlüssig ist auch *Konzen*, ZfA 1985, 469 (477).

<sup>513</sup> *Kreutz/GK-BetrVG*, § 74 Rn. 3.

<sup>514</sup> *Kreutz/GK-BetrVG*, § 76 Rn. 128.



### b) Anwendung des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG

Neben *Kreutz* gibt es einige Stimmen, welche die Grundsätze des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG, nach denen die beiderseitigen Belange angemessen zu berücksichtigen und zu einem billigen Ausgleich zu bringen sind, auch bei der einvernehmlichen Einigung der Betriebspartner heranziehen<sup>515</sup>. Adressat des Gebots einer angemessenen Berücksichtigung der geschützten Interessen gem. § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG ist aber allein die Einigungsstelle. Das ergibt der eindeutige Wortlaut des Gesetzes (aa). Die Ermessensgrenzen des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG dürfen also allenfalls im Wege einer Gesetzesanalogie für die einvernehmlich herbeizuführende Einigung der Betriebspartner herangezogen werden. Dazu ist neben einer ungewollten Regelungslücke eine vergleichbare Interessenlage erforderlich<sup>516</sup>. Die Interessenlage bei Zwangsschlichtung, die durch § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG normiert ist, unterscheidet sich jedoch maßgeblich von der Interessenlage bei der einvernehmlichen Einigung der Betriebspartner. Das ergibt die teleologische Auslegung von § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG (bb). Eine Analogie scheidet daher aus (cc).

#### aa) Wortlaut des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG

Das Gebot der angemessenen Berücksichtigung der geschützten Belange i.S.d. § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG richtet sich bereits nach dem eindeutigen Wortlaut nur an die Einigungsstelle<sup>517</sup>. § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG bezieht sich nur auf die Herbeiführung eines einigungsersetzenden „Beschlusses“. Nach dem Wortlaut beansprucht das Gebot der Angemessenheit daher keine Geltung für die einvernehmliche Einigung der Betriebspartner, die vertraglichen Prinzipien entsprechen muss<sup>518</sup>. Anders als die offen formulierten §§ 2 Abs. 1, 74 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 1 BetrVG oder § 75 BetrVG stellt § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG daher keinen allgemeinen Grundsatz für die betriebliche Einigung auf.

<sup>515</sup> *Belling*, Haftung, S. 210 f.; *Buchner*, FS Müller, 93 (101 f.); *Galperin/Löwisch*, BetrVG § 77 Rn. 55; *Löwisch*, ArbuR 1978, 97 (102 f.); *Löwisch/Kaiser/BetrVG*, § 76 Rn. 42; *Säcker*, ZfA 1972 Sonderheft, 41 (48, Fn. 26); *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (28).

<sup>516</sup> *Rüthers/Fischer*, Rechtstheorie, Rn. 891 f.

<sup>517</sup> A.A. *Däubler/DKKW-BetrVG*, Einleitung Rn. 86c und wohl *Misera*, Anm. zu BAG v. 27.6.1989 – 1 ABR 33/88, AP Nr. 35 zu § 87 BetrVG 192 Arbeitszeit, unter II. 2.

<sup>518</sup> So die ganz herrschende „Vertragstheorie“, vgl. *Kreutz*, Betriebsautonomie S. 14 ff; *ders./GK-BetrVG*, § 77 Rn. 35 f. m.w.N.



### **bb) Sinn und Zweck des § 76 Abs. 5 Satz 3**

#### **BetrVG**

Die Interessenlage bei der Zwangsschlichtung durch die Einigungsstelle unterscheidet sich auch maßgeblich von der Interessenlage bei der einvernehmlichen Einigung der Betriebspartner. Die tatsächliche Voraussetzung für ein Tätigwerden der Einigungsstelle ist das Bestehen einer Meinungsverschiedenheit i.S.d. § 76 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zwischen den Betriebspartnern. Der Beschlussfassung der Einigungsstelle liegt damit stets ein Konflikt der entgegenstehenden Interessen zu Grunde, welcher von den Betriebspartnern als den Inhabern der originären Einschätzungsprärogative und Entscheidungsgewalt durch eine einvernehmliche Konsensfindung nicht gelöst werden konnte. Zur Auflösung dieser Pattsituation ist dann der Vorsitzende der Einigungsstelle verpflichtet, der seine Legitimation zur Schlichtung dieses Interessenkonflikts jedoch weder aus einem unmittelbar demokratisch legitimierten Mandat, wie der Betriebsrat, noch aus der unmittelbaren Selbstbetroffenheit wie der Arbeitgeber herleitet.

Das Gegenteil ist der Fall: Zur Disposition über die betrieblichen Belange und die Belange der betroffenen Arbeitnehmer ist der Einigungsstellenvorsitzende allein durch seine Unparteilichkeit legitimiert, die letztlich erfordert, dass die Interessen des Vorsitzenden durch den Regelungsgegenstand überhaupt nicht tangiert werden. Darauf ist insbesondere zu achten, wenn betriebsangehörige Personen zum Vorsitz benannt werden sollen<sup>519</sup>. Der Eineigungsstellenvorsitzende vermittelt daher ausschließlich bezüglich fremder Interessen. Gem. § 76 Abs. 2 Satz 1 BetrVG müssen sich Arbeitgeber und Betriebsrat zwar auf die Person des Einigungsstellenvorsitzenden einigen. Auch die Legitimationswirkung dieser Einigung ist aber allenfalls formaler Natur, da sie unter dem Druck der Zwangsersetzung durch das Arbeitsgericht geschieht, die gem. § 76 Abs. 2 Satz 2 BetrVG vorgesehen ist.

Um die Auswirkungen dieser Fremdbestimmung für die Betroffenen einzugrenzen, gilt zunächst auch innerhalb des Einigungsstellenverfahrens eine strenge Subsidiarität der Zwangsschlichtung. Gem. § 76 Abs. 3 Satz 2 BetrVG soll der Vorsitzende auch im Abstimmungsverfahren primär auf eine einvernehmliche

---

<sup>519</sup> Das gilt insbesondere, wenn betriebsangehörige Personen zum Vorsitz benannt werden sollen, vgl. *Kreutz/GK-BetrVG*, § 76 Rn. 51.



Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat hinwirken<sup>520</sup>. Erst wenn diese erneut scheitert, ist er zur Zwangsschlichtung verpflichtet und darf sich seiner Stimme nicht mehr enthalten<sup>521</sup>.

Im Rahmen der Zwangsschlichtung führt das Legitimationsdefizit des Vorsitzenden dann allerdings dazu, dass dieser nicht in demselben Maße über das Zurücktreten von geschützten Belangen verfügen kann, wie der Betriebsrat als unmittelbar legitimierter Interessenvertreter und der Arbeitgeber, dessen Interessen ebenfalls unmittelbar betroffen sind. Die divergierenden Interessen muss der Einigungsstellenvorsitzende bei seiner Schlichtung vielmehr angemessen berücksichtigen und zu einem billigen Ausgleich bringen. Angemessen i.S.d. § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG ist ein Einigungsstellenspruch deshalb auch nur, wenn bei der getroffenen Regelung nicht der ganze Spielraum zwischen der Verletzung des Wohls der Arbeitnehmer und der Verletzung der betrieblichen Belange ausgeschöpft wurde. Der Vorsitzende der Einigungsstelle muss vielmehr einen Mittelweg wählen und darf keine Regelung treffen, bei der die divergierenden Interessen nicht nur nicht verletzt werden<sup>522</sup>.

Der Begriff des „Mittelwegs“ darf dabei jedoch nicht schematisch verstanden werden, sodass der Ausgleich der Interessen stets in der Mitte der Regelungsvorstellungen gefunden werden müsste<sup>523</sup>. Die Ermessensausübung der Einigungsstelle muss sich an der Verwirklichung der Gerechtigkeit im Einzelfall orientieren. Vergleichbar mit der Herbeiführung der sog. praktischen Konkordanz bei Grundrechtskollisionen muss die Einigungsstelle die geschützten Interessen beider Seiten in ihrem Spruch dazu bestmöglich durchsetzen<sup>524</sup>. Dabei ist dann auch

---

<sup>520</sup> *Fiebig*, Ermessensspielraum, S. 53; *Kania/ErfKo*, § 76 BetrVG Rn. 20.

<sup>521</sup> *Fitting*, BetrVG, § 76 Rn. 58; *Kania/ErfKo*, § 76 BetrVG Rn. 20; *Kreutz/GK-BetrVG*, § 76 Rn. 113.

<sup>522</sup> *Kreutz/GK-BetrVG*, § 76 Rn. 131.

<sup>523</sup> *Fiebig*, Ermessensspielraum, S. 125.

<sup>524</sup> *Fiebig*, Ermessensspielraum, S. 109 ff. und insb. S. 116. A.A. wohl *Söllner*, ZfA 1982, 1 (9): Die Einigungsstelle soll nur Arbeitsfrieden, nicht aber materielle Gerechtigkeit herstellen. Dem Schlichter fehlt ein Maßstab, welche Regelung die gerechte, zweckmäßigste oder wirtschaftlich vernünftigste ist. Anders als dem Richter fehlen dem Schlichter normative Vorgaben, welche eine verlässliche Leitschnur vorgeben, um materielle Gerechtigkeit herzustellen. Die befriedende Lösung sei der gerechten Lösung daher vorzuziehen.



nicht ausgeschlossen, dass die Zwangseinigung zu einer Regelung führt, die von keiner Seite als gelungen empfunden wird<sup>525</sup>.

### cc) Fazit

§ 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG ist eine abschließende Spezialregelung für die Beschlussfassung der Einigungsstelle und sein Wertungsmaßstab kann auf die einvernehmlich herbeizuführende Einigung der Betriebspartner nicht analog angewendet werden. Es mangelt insoweit bereits an der Vergleichbarkeit der Interessenlage<sup>526</sup>. Das Legitimationsdefizit des Einigungsstellenvorsitzenden liefert schließlich auch die Begründung dafür, dass *Joussen* einen von außen diktierten Vertrag in methodischer Hinsicht zu Recht anders beurteilt, als einen Vertrag den die Betriebsparteien selber geschlossen haben<sup>527</sup>. Folgerichtig ist auch mit dem BAG anzuerkennen, dass die Einigungsstelle als „Dritter“ im Verhältnis zu den Betriebspartnern nicht in derselben Weise über das Mitbestimmungsrecht verfügen kann, wie die Betriebspartner selbst<sup>528</sup>.

### c) Anwendung des Rechtsgedankens von § 23 Abs. 1 BetrVG

Die systematische Auslegung des § 87 Abs. 1 BetrVG ergibt, dass § 23 Abs. 1 BetrVG den maßgeblichen Wertungsmaßstab enthält, aus dem sich die Bindungen ergeben, denen der Betriebsrat bei dem Ausgleich der Interessen unterliegt. Die Pflicht des Betriebsrats zur Ausübung der Mitbestimmungsrechte stellt nämlich eine Amtspflicht dar (aa), deren abschließende Ausgestaltung § 23 BetrVG enthält (bb). Bei der Ausübung der Mitbestimmungsrechte nach diesen Grundsätzen entfalten zudem die Interessen, die Ausdruck einer grundrechtlich geschützten Rechtsposition sind, besondere Relevanz (dd.).

---

<sup>525</sup> Rieble, Kontrolle, S. 32; Kübler/Schmidt/Simitis, Mitbestimmung als gesetzpolitische Aufgabe, S. 174 f.

<sup>526</sup> BAG v. 17.10.1989 – 1 ABR 31/87, AP Nr. 39 zu § 76 BetrVG 1972; BAG v. 11.2.1992 – 1 ABR 51/91, AP Nr. 50 zu § 76 BetrVG 1972 und im Ergebnis ebenso *Joussen*, RdA 2005, 31 (37); Rieble, Anm. zu BAG v. 17.10.1989 – 1 ABR 31/87, SAE 1990, 175 (176); ders. Kontrolle, S. 190.

<sup>527</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (37).

<sup>528</sup> BAG v. 11.2.1992 – 1 ABR 51/91, AP Nr. 50 zu § 76 BetrVG 1972, unter B. II. 3. c. aa. der Gründe.



### aa) Charakter der Ausübungspflicht

Die systematische Auslegung des § 87 Abs. 1 BetrVG ergibt zunächst, dass der Betriebsrat die Mitbestimmungsrechte gem. § 37 BetrVG als Amtswalter wahrnimmt<sup>529</sup>. Die Rechtspflicht zur Ausübung der Mitbestimmungsrechte stellt damit eine Amtspflicht des Betriebsrats dar. Sie ist eine gesetzliche Pflicht, die gerade und nur im Zusammenhang mit dem Betriebsratsamt entsteht und das Verhalten als Mitglied im Betriebsrat bzw. des Betriebsrats als Kollegialorgan im Blick hat<sup>530</sup>. Den Amtspflichtcharakter der Pflicht zur Ausübung der Mitbestimmungsrechte bestätigt auch die historische Auslegung des BetrVG<sup>531</sup>. Von § 23 Abs. 1 BetrVG 1952 wurde „die Vernachlässigung der gesetzlichen Befugnisse“ noch ausdrücklich erfasst und sanktioniert<sup>532</sup>. Auch wenn der Gesetzgeber in § 23 Abs. 1 BetrVG 1972 zur Formulierung des § 41 BRG 1920 zurückgekehrt ist und nunmehr nur noch auf die „Verletzung gesetzlicher Pflichten“ abstellt, hat sich in der Sache nichts geändert. Die Vernachlässigung der gesetzlichen Befugnisse ist vielmehr ein Anwendungsfall der „Verletzung gesetzlicher Pflichten“ i.S.d. § 23 Abs. 1 BetrVG<sup>533</sup>. Die Nichtausübung bzw. die ermessensfehlerhafte Ausübung der Mitbestimmungsrechte ist ein Verstoß gegen die Amtsführungspflichten des Betriebsrats<sup>534</sup>.

<sup>529</sup> Joussem, RdA 2005, 31 (36 f.).

<sup>530</sup> Schlochauer/HSWG, § 23 Rn. 15; Thüsing/Richardi, BetrVG, § 23 Rn. 12a.

<sup>531</sup> Lehmpuhl, Nichtausübung, S. 59; Wiese, RdA 1968, 455 (457).

<sup>532</sup> Vgl. dazu Wiese, Anm. zu BAG v. 14.2.1967 – 1 AZR 6/66, SAE 1968, 137 (140).

<sup>533</sup> Düwell/HaKo-BetrVG, § 23 Rn. 8; Galperin/Löwisch, BetrVG § 23 Rn. 1; Oetker/GK-BetrVG, § 23 Rn. 1 und Rn. 17; Schlochauer/HSWG, § 23 Rn. 1; Thüsing/Richardi, BetrVG, § 23 Rn. 4. Im Ergebnis auch Belling, Haftung, S. 189 f.

<sup>534</sup> So ausdrücklich Fitting, BetrVG, § 23 Rn. 36; Galperin/Löwisch, BetrVG § 23 Rn. 32; ähnlich Oetker/GK-BetrVG, § 23 Rn. 101: missbräuchliche Ausübung zum Nachteil einzelner Arbeitnehmer, der Belegschaft oder des Arbeitgebers entgegen § 2 Abs. 1 BetrVG. Im Ergebnis ebenso ArbG Essen v. 1.7.2003 - 2 BV 2/03, juris, unter B. II. 3. der Gründe; Düwell/HaKo-BetrVG, § 23 Rn. 8; Koch/ErfKo, § 23 BetrVG Rn. 3; Maschmann/KFA-ArbR, § 23 BetrVG Rn. 3; Oetker/GK-BetrVG, § 23 Rn. 18; Richardi, Kollektivgewalt, S. 294; Schlochauer/HSWG, § 23 Rn. 41 und 46; Thüsing/Richardi, BetrVG, § 23 Rn. 4. A.A. wohl Pflüger, Repräsentativsystem, S. 90 f.



## **bb) Rückgriff auf die Wertung des § 23 Abs. 1 BetrVG**

Angesichts der Tatsache, dass die Pflicht zur Ausübung der Mitbestimmungsrechte als Amtspflicht des Betriebsrats ausgestaltet ist und speziellere Regelungen fehlen, ist es gerechtfertigt, für die vorliegende Fragestellung – wann der Betriebsrat seiner Pflicht zur Ausübung der Mitbestimmungsrechte genügt – auf den gesetzlich normierten Wertungsmaßstab zurückzugreifen, den das BetrVG an die Amtsführung des Betriebsrats legt. Sanktionsbedürftig erachtet der Gesetzgeber die Amtsführung durch den Betriebsrat gem. § 23 Abs. 1 BetrVG erst, wenn dieser in grober Weise gegen seine gesetzlichen Pflichten verstößt. Das erfordert, dass der Verstoß gegen die gesetzlichen Pflichten objektiv erheblich ist<sup>535</sup>. Ob darüber hinaus ein Verschulden des Betriebsrats erforderlich ist, wird zwar kontrovers beurteilt<sup>536</sup>. In Anbetracht des Zwecks von § 23 Abs. 1 BetrVG, ein Mindestmaß an gesetzmäßiger Amtsführung sicherzustellen, muss dieses Erfordernis aber abgelehnt werden. Es genügt, wenn dem Betriebsrat die Pflichtverletzung zugerechnet werden kann<sup>537</sup>.

Zuzugeben ist, dass § 23 Abs. 1 BetrVG augenscheinlich andere Rechtsfolgen als die hier in Frage stehende (Un-) Wirksamkeit eines Alleinentscheidungsrechts bereit hält. § 23 Abs. 1 BetrVG regelt den Ausschluss eines Betriebsratsmitglieds und die Auflösung des gesamten Betriebsrats. Die systematisch-teleologische Auslegung von § 23 Abs. 1 BetrVG ergibt jedoch, dass dieser keinen disziplinarrechtlichen Charakter hat, sondern dem übergeordneten Ziel dient, die ordnungsgemäße Amtsausübung und die gesetzmäßige Durchführung der Betriebsverfassung sicherzustellen<sup>538</sup>. Das bestätigt die Tatsache, dass § 23 Abs. 1 BetrVG anders als die §§ 119 ff. BetrVG keine persönliche Einwirkung auf die Betriebsratsmitglieder vorsieht, sondern im Abschnitt über die Amtszeit des

---

<sup>535</sup> BAG v. 2.11.1955 - 1 ABR 30/54, AP Nr. 1 zu § 23 BetrVG 1972; *Oetker/GK-BetrVG*, § 23 Rn. 36; *Thüsing/Richardi*, BetrVG, § 23 Rn. 27.

<sup>536</sup> Dafür etwa BAG v. 4.5.1955 - 1 ABR 4/53, AP Nr. 1 zu § 44 BetrVG; *Schlochauer/HSWG*, § 23 Rn. 17; *Thüsing/Richardi*, BetrVG, § 23 Rn. 28; *Trittin/DKKW-BetrVG*, § 23 Rn. 13.

<sup>537</sup> BAG v. 5.9.1967 – 1 ABR 1/67, AP Nr. 8 zu § 23 BetrVG; *Düwell/HaKo-BetrVG*, § 23 Rn. 13; *Oetker/GK-BetrVG*, § 23 Rn. 39.

<sup>538</sup> *Düwell/HaKo-BetrVG*, § 23 Rn. 8; *Fitting*, BetrVG, § 23 Rn. 1.; *Schlochauer/HSWG*, § 23 Rn. 18; *Thüsing/Richardi*, BetrVG, § 23 Rn. 1 ff.



Betriebsrats steht<sup>539</sup>. Die Amtsenthebung ist deshalb allein im Hinblick auf die Amtstätigkeit zu interpretieren und nicht als Sanktion für persönliches pflichtwidriges Verhalten<sup>540</sup>.

Durch das Merkmal des groben Verstoßes und der amtsbezogenen Sanktion wird zudem deutlich, dass die Amtspflichtverletzungen als solche vom Betriebsverfassungsgesetz eigenständig und milde geregelt werden. Das dient dem Ziel, die Effektivität, die Qualität und die Unabhängigkeit des Betriebsrats sicherzustellen und ihm im stetigen Spannungsfeld von fremdnütziger Interessenwahrnehmung und vertrauensvoller Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeber die zur Wahrnehmung seines freien Repräsentationsmandates notwendige Entscheidungsfreude zu sichern. *Belling* und *Konzen* wenden den Maßstab des § 23 Abs. 1 BetrVG über die reine Amtsenthebung hinaus deshalb zu Recht auch auf Schadensersatzansprüche gegen den Betriebsrat oder bei Kündigungen von Mitgliedern des Betriebsrats an<sup>541</sup>. Letztlich soll dieser aus Sicht des Betriebsrats milde Maßstab also garantieren, dass sein freies Repräsentationsmandat nicht zum imperativen Mandat verkommt<sup>542</sup>.

### cc) Zwischenergebnis

Die Wertung des § 23 Abs. 1 BetrVG bringt zum Ausdruck, dass der Betriebsrat gegen seine Pflicht zur Ausübung der Mitbestimmungsrechte und daher gegen § 87 Abs. 1 BetrVG erst verstößt, wenn er die erforderliche Durchsetzung der ihm überantworteten Interessen grob vernachlässigt. Im Vergleich zu den Ansichten, dass der Betriebsrat die Interessen der Belegschaft „ausgewogen“<sup>543</sup> oder „optimal“<sup>544</sup> zum Ausgleich bringen muss, ergibt sich aus dem hier befürworteten Maßstab des § 23 Abs. 1 BetrVG sicher ein sehr weiter Rahmen rechtmäßiger und wirksamer Ermessensausübung. Gleichwohl ist diese Grenze zwingend. Mit dem freien Mandat des Betriebsrats ist es unvereinbar, den Vereinbarungen der Betriebspartner die Wirksamkeit wegen eines Verstoßes gegen § 87 Abs. 1 BetrVG

---

<sup>539</sup> *Oetker/GK-BetrVG*, § 23 Rn. 11.

<sup>540</sup> *Oetker/GK-BetrVG*, § 23 Rn. 11.

<sup>541</sup> *Belling*, Haftung, S. 189 f.; 252 f.; *Konzen*, ZfA 1985, 469 (477 f.).

<sup>542</sup> Im Ergebnis wohl ebenso *Schlochauer/HSWG NR*, § 23 Rn. 30.

<sup>543</sup> *Gaul*, Anm. zu BAG v. 17.10.1989, AP Nr. 39 zu § 76 BetrVG 1972, unter 3.

<sup>544</sup> *Brossette*, ZfA 1992, 379 (394).



zu versagen, sobald eine Rahmenregelung die Interessen nicht „ausgewogen“ oder „optimal“ zum Ausgleich bringt.

#### **dd) Relevanz grundrechtlicher geschützter Belegschaftsbelange**

Ob der Betriebsrat die erforderliche Durchsetzung der ihm überantworteten Interessen grob vernachlässigt, hängt insbesondere davon ab, ob die geschützten Belange der Belegschaft Ausdruck einer grundrechtlich geschützten Rechtsposition sind. Grundrechtlich geschützte Belegschaftsbelange entfalten gegenüber den Belangen des Arbeitgebers, die ihrerseits natürlich auch Ausdruck eines Grundrechts sein können, besonderes Gewicht.

In der Praxis kann es zur Einhaltung der unternehmerischen Maßgaben an die Gesetzestreue (Corporate Compliance<sup>545</sup>) bspw. notwendig werden, die geschäftliche elektronische Korrespondenz von Mitarbeitern zu durchsuchen, die im Verdacht stehen, sich bei der Ausführung ihrer Aufgaben illegal verhalten zu haben. Technisch geschieht dies durch den Einsatz von Kontrollprogrammen, die anhand von jeweils zu definierenden Schlüsselbegriffen die geschäftliche Korrespondenz der Mitarbeiter abgleichen<sup>546</sup>. Mitbestimmungspflichtig ist dieses Vorgehen gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG<sup>547</sup> und denkbar wäre eine Konkretisierung des Mitbestimmungsrechts dahingehend, dass die Betriebspartner die Anlässe und das konkrete Verfahren eines Screenings detailliert ausgestalten, die Definition der konkreten Schlüsselbegriffe als bloße „Detailfrage“, aber der Alleinentscheidung des Arbeitgebers überlassen. Gemessen am Maßstab des BDSG ist ein derartiges Alleinentscheidungsrecht grundsätzlich möglich: § 32 Abs. 3 BDSG lässt die Anwendung der Mitbestimmungsrechte ausdrücklich unberührt.

Dass der Arbeitgeber an einem E-Mail-Screening zur Aufdeckung von bspw. strafrechtlich relevanten Verhaltensweisen ein grundsätzlich berechtigtes Interesse hat, stellt § 32 Abs. 1 BDSG ebenfalls ausdrücklich klar<sup>548</sup>. Auf Arbeitnehmerseite ist durch einen Zugriff des Arbeitgebers auf die elektronische

---

<sup>545</sup> Allgemein zum Begriff Corporate Compliance siehe *Kort*, NZG 2008, 81 (81); *Mengel/Hagemeister*, BB 2006, 2466 (2466 f.).

<sup>546</sup> *Schmidl*, Corporate Compliance, § 29 Rn. 27 und insbesondere 295 ff.

<sup>547</sup> Das ist einhellige Ansicht, vgl. *Wank/ErfKo*, § 32 BDSG Rn. 20.

<sup>548</sup> *Schmidl*, Corporate Compliance, § 29 Rn. 300.



Korrespondenz jedoch das Interesse an der Unversehrtheit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und dem aus diesem entwickelten Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme betroffen. Dessen Schutz hat der Betriebsrat nicht nur gem. § 75 Abs. 2 Satz 1 BetrVG sicherzustellen: Gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG genießen das allgemeine Persönlichkeitsrecht<sup>549</sup> und das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme<sup>550</sup> Grundrechtsschutz.

Primär sind die Grundrechte zwar als Abwehrrechte gegenüber dem Staat konzipiert; über das Prinzip der „mittelbaren Drittwirkung“ entfalten die Grundrechte jedoch auch im zivilrechtlichen Verkehr ihre Schutzwirkung<sup>551</sup>. Beachtlich ist zudem, dass das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis nicht schrankenlos gewährleistet ist. Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers können daher bspw. durch die Wahrnehmung überwiegend schutzwürdiger Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein. In jedem Fall ist bei einer Kollision des allgemeinen Persönlichkeitsrechts mit den Interessen des Arbeitgebers aber durch eine Güterabwägung im Einzelfall zu ermitteln, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht den Vorrang verdient<sup>552</sup>.

Relevant wird dieser überwiegende Grundrechtsschutz der Arbeitnehmer im gewählten Beispiel, wenn durch ein Screening die Gefahr besteht, dass auch private Nachrichten der Arbeitnehmer oder sog. Mischnachrichten, d.h. geschäftliche Nachrichten mit privaten Bestandteilen, ausgewählt werden<sup>553</sup>. Ein Screening auf der Grundlage von § 32 Abs. 1 BDSG sollte darum überhaupt nur anhand von wenigen Stichwörtern durchgeführt werden, welche die Betroffenheit von privaten E-Mails bestmöglich ausschließen<sup>554</sup>. § 32 Abs. 1 BDSG stellt ein Screening zudem unter den Vorbehalt der Erforderlichkeit. Im Rahmen der dazu notwendigen Interessenabwägung kommt der Gewichtung der unterschiedlichen Interessen

---

<sup>549</sup> BVerfG v. 5.6.1973 - 1 BvR 536/72, BVerfGE 35, 202.

<sup>550</sup> BVerfG v. 27.2.2008 - 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, BVerfGE 120, 274

<sup>551</sup> BVerfG v. 15.1.1958 - 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198; *Schmidl*, Corporate Compliance, § 29 Rn. 29.

<sup>552</sup> In diesem datenschutzrechtlichen Zusammenhang etwa, LAG Berlin-Brandenburg v. 16.02.2011 - 4 Sa 2132/10, DB 2011, 1281 (1281 f.)

<sup>553</sup> *Schmidl*, Corporate Compliance, § 29 Rn. 296.

<sup>554</sup> *Schmidl*, Corporate Compliance, § 29 Rn. 297.



anhand der jeweils drohenden Verletzung deshalb besondere Bedeutung zu<sup>555</sup>. Für die Ausübung des Mitbestimmungsrechts des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ist deshalb von besonderer Bedeutung, dass das Risiko der Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der Arbeitnehmer insbesondere durch die Auswahl geeigneter Stichworte stark reduziert werden kann<sup>556</sup>. Das Interesse der Arbeitnehmer an einer paritätischen Festlegung der Schlüsselbegriffe für ein Screening ist damit direkter Ausdruck einer grundrechtlich geschützten Rechtsposition, das damit besonderes Gewicht entfaltet.

Die Zustimmung des Betriebsrats zu einem Alleinentscheidungsrecht vermöge dessen der Arbeitgeber die Schlüsselbegriffe für ein E-Mail Screening allein festlegen darf, verstieße daher in grober Weise gegen die gebotene Durchsetzung der geschützten Belange der Belegschaft und damit gegen die Substanz von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.

### **III. Ergebnis**

Aus der Wertung des § 23 Abs. 1 BetrVG folgt, dass ein Alleinentscheidungsrecht gegen die Substanz der Mitbestimmungsrechte verstößt, wenn sein materieller Umfang in grober Weise gegen die Durchsetzung der geschützten Belange der Belegschaft verstößt. Bei der Beurteilung dieser Wertungsfrage muss gem. § 2 Abs. 1 i.V.m. § 87 Abs. 1 BetrVG auf das Gewicht der beiderseitig geschützten Interessen abgestellt werden, das diese zum Zeitpunkt der Einigung in Relation zueinander entwickeln. Besonderes Gewicht entfalten dabei die Interessen, die unmittelbarer Ausdruck von grundrechtlich geschützten Rechtspositionen sind.

### **IV. Prozessuale Kontrolle**

Bei der gerichtlichen Kontrolle der Wirksamkeit eines Alleinentscheidungsrechts, findet der Wertungsmaßstab des § 23 Abs. 1 BetrVG Anwendung. Vergleichbar zur Ermessenskontrolle von Einigungsstellensprüchen<sup>557</sup> hat das Gericht im Rahmen seiner Beweisaufnahme die beiderseitigen Belange sowie die tatsächlichen Umstände festzustellen, die das jeweilige Gewicht dieser Belange im Zeitpunkt des

---

<sup>555</sup> *Schmidl*, Corporate Compliance, § 29 Rn. 301.

<sup>556</sup> *Schmidl*, Corporate Compliance, § 29 Rn. 301.

<sup>557</sup> Siehe unter § 3 F. I. 1. c).



Abschlusses der Rahmenregelung begründen. Die Beweisaufnahme muss sich dabei auch auf solche Belange und tatsächliche Umstände beziehen, die von den Betriebspartnern in den Einigungsprozess beim Abschluss der Rahmenregelung nicht eingebracht worden sind. Die Beweise würdigt das Gericht dabei allerdings sowohl im Urteilsverfahren gem. § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG i.V.m. 286 Abs. 1 ZPO als auch im Beschlussverfahren gem. § 84 ArbGG nach freier richterlicher Überzeugung. Das bedeutet, dass das Gericht lediglich an Denk- und Naturgesetze sowie an Erfahrungssätze und ausnahmsweise gesetzliche Beweisregeln gebunden ist, ansonsten aber die im Prozess gewonnenen Erkenntnisse nach seiner individuellen Einschätzung bewerten darf<sup>558</sup>.

### **C. Gestaltungsrahmen der Einigungsstelle**

Auch die Einigungsstelle darf grundsätzlich Alleinentscheidungsrechte beschließen (I.). Im Verhältnis zu den Bindungen, welchen die Betriebspartner bei der Ausübung ihres Gestaltungsermessens unterliegen, ist der Gestaltungsspielraum der Einigungsstelle aber durch die Maßgaben des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG eingeschränkt. Die Einigungsstelle kann nicht in derselben Weise über das Zurücktreten der geschützten Belange der Arbeitnehmer verfügen, wie es die Betriebspartner durch einen einvernehmlichen Konsens vermögen (II.). Auswirkungen hat dieses Resultat auch auf die gerichtliche Kontrolle von erzwungenen Alleinentscheidungsrechten (III.).

#### **I. Erzwingbarkeit von Alleinentscheidungsrechten**

Die Bedenken gegen eine generelle Erzwingbarkeit von Alleinentscheidungsrechten überzeugen nicht<sup>559</sup>. Die Einigungsstelle kann sich im Rahmen des von ihr zu treffenden Zwangskompromisses durchaus auch für die Regelungsvariante eines Alleinentscheidungsrechts entscheiden (1.). Entgegen *Joussen* sind diese erzwungenen Alleinentscheidungsrechte auch keineswegs indiziell unzulässig (2.).

---

<sup>558</sup> *Thomas/Putzo*, ZPO, § 286 Rn. 2a.

<sup>559</sup> Siehe dazu unter § 3 F. II. 2.



## **1. Regelungsvariante in Folge eines Zwangskompromisses**

Die Vorstellung, dass eine „am Billigkeitsmaßstab des § 315 BGB orientierte Kollektivrechtsordnung“ als Ziel eines Einigungsstellenspruchs immer erfordert, die Mitbestimmungsberechtigung stets voll auszuschöpfen, ist unzutreffend<sup>560</sup>. Durch den Beschluss einer Rahmenregelung „beschneidet“ die Einigungsstelle den Betriebsrat auch weder bei der Ausübung seiner Mitbestimmungsrechte, noch diktiert sie ihm einen Verzicht auf seine Befugnisse. Ebenso wenig „unterstellt“ sie einen Verzicht auf die Mitbestimmungsrechte, wenn ihr Beschluss ein Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers vorsieht<sup>561</sup>.

Rechtstechnisch stellen sich auch die erzwungenen materiellen Alleinentscheidungsrechte lediglich als eine obsiegende Regelungsvariante der sozialen Angelegenheit dar. Auch sie sind auf den notwendigen Kompromiss zurückzuführen, der dem innerbetrieblichen Ausgleich der Interessen bei der Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte regelmäßig zu Grunde liegt – genauso wie bei der einvernehmlichen Einigung der Betriebspartner<sup>562</sup>. Sofern eine einvernehmliche Einigung über die Regelung der sozialen Angelegenheit zwischen den Betriebspartnern nicht zustande kommt, ist gem. § 87 Abs. 2 i.V.m. § 76 Abs. 5 BetrVG die Einigungsstelle verpflichtet, die Einigung der Betriebspartner zu ersetzen. Das zur Ausübung der Mitbestimmungsrechte erforderliche und gesetzlich intendierte Nachgeben bei der Kompromissfindung muss die Einigungsstelle dazu lediglich erzwingen.

## **2. Indizierte Unzulässigkeit von erzwungenen Rahmenregelungen**

Abzulehnen ist auch die Ansicht von *Joussen*, dass erzwungene Alleinentscheidungsrechte sog. „vernichtenden Regelungen“ darstellen und daher indiziell unzulässig sind<sup>563</sup>. Diese Idee verstößt gegen die gesetzlich angeordnete Substitutionsfunktion der Einigungsstelle, d.h. ihrer Aufgabe, die Einigung der

---

<sup>560</sup> *Gaul*, Anm. zu BAG v. 17.10.1989, AP Nr. 39 zu § 76 BetrVG 1972, unter 1.

<sup>561</sup> *Rath-Glawatz*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG Arbeitszeit, unter IV. 4.; zustimmend *E. Schmidt*, Verzicht, S. 186.

<sup>562</sup> Siehe zum Kompromisscharakter der Einigung § 2 C. IV. 2. c) bb).

<sup>563</sup> Zu diesem Ansatz vgl. § 3 F. II. 2. a).



Betriebspartner durch die Ausübung eines eigenen Ermessensrahmens zu ersetzen. Dieser Funktion läuft es aber zuwider, die schlichtenden Beschlüsse der Einigungsstelle als grundsätzlich von vornherein unzulässig anzusehen und dann Indizien zu fordern, welche ausnahmsweise zur Rechtmäßigkeit eines Einigungsstellenspruchs führen<sup>564</sup>. Das bestätigt letztlich auch die Inkonsequenz, die dem formellen Ansatz in diesem Punkt anhaftet: Zutreffend betont *Joussen*, dass gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG alle Fragen der Schichtarbeit gemeinsam zu regeln sind. Eine Ausdehnung dieses Mitbestimmungsrechts dahingehend, dass jede Einzelheit der Zustimmung des Betriebsrats bedarf, lehnt er aber als zu weitgehend und unpraktikabel ab. Das würde nämlich bedeuten, dass jede Regelung Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats verletzt, die bspw. die Aufstellung eines konkreten Schichtplans nicht von der Zustimmung des Betriebsrats abhängig macht<sup>565</sup>. Weder Wortlaut noch Systematik des Gesetzes würden verlangen, dass eine Angelegenheit vollumfänglich gemeinsam geregelt wird<sup>566</sup>.

Diese zutreffende Annahme vom Inhalt der Mitbestimmungsrechte<sup>567</sup> lässt sich mit dem Schluss, dass bei einer erzwungenen Rahmenregelung eine unzulässige „Rechtsvernichtung“ indiziert ist<sup>568</sup>, aber nicht in Einklang bringen. Wenn doch bereits ein Inhalt der Mitbestimmungsrechte nicht feststellbar ist, der es zwingend erfordert, zu jeder Einzelheit die Zustimmung des Betriebsrats einzuholen, dann kann ein solcher Inhalt durch den Beschluss eines dahingehenden Alleinentscheidungsrechts doch auch zwangsläufig nicht „vernichtet“ werden<sup>569</sup>.

## II. Gestaltungsrahmen der Einigungsstelle

Beim Beschluss von Alleinentscheidungsrechten hat die Einigungsstelle einen Gestaltungsspielraum, der im Verhältnis zum Spielraum der Betriebspartner bei

---

<sup>564</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (37).

<sup>565</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (33).

<sup>566</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (38).

<sup>567</sup> Siehe unter § 2 C. IV. 1.

<sup>568</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (38 f.).

<sup>569</sup> *Joussen* führt zum Beleg seiner These die Entscheidung des BAG vom 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG Arbeitszeit, an. Das Ergebnis und die Begründung der Entscheidung gibt *Joussen* allerdings falsch wieder. Entgegen der Aussage von *Joussen*, RdA 2005, 31 (39) verneinte das BAG eine Ermessensüberschreitung durch die Einigungsstelle.



einer einvernehmlichen Einigung eingeschränkt ist<sup>570</sup>. Das folgt aus den absoluten Regelungsgrenzen, welche die Einigungsstelle zu beachten hat (1.) und den Anforderungen des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG (2.).

### 1. Absolute Regelungsgrenzen

Bereits aus den absolut zu beachtenden Regelungsgrenzen ergibt sich eine Einschränkung des Entscheidungsrahmens der Einigungsstelle. Die Einigungsstelle muss etwa bestehende und abschließende Vereinbarungen beachten, welche die Betriebspartner ihrerseits aufheben können<sup>571</sup>. Sie kann daher nur im regelungsfreien Raum Rechtsschöpfung betreiben<sup>572</sup>. Hinsichtlich des Regelungsumfangs ist die Einigungsstelle zudem an die Anträge der Betriebspartner gebunden<sup>573</sup>. *Säcker/Oetker* heben daher zutreffend hervor, dass ein Alleinentscheidungsrecht erst gar nicht beschlossen werden darf, wenn nur ein punktueller Regelungsgegenstand in Streit steht<sup>574</sup>.

### 2. Einschränkung des Gestaltungsermessens gem. § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG

Im Vergleich zum Gestaltungsrahmen, den die Betriebspartner bei einer einvernehmlichen Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten haben, ist der Gestaltungsspielraum der Einigungsstelle zudem durch den Ermessensrahmen eingeschränkt, der in § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG normiert ist. Ein erzwungenes

---

<sup>570</sup> Insb. BAG v. 11.2.1992 – 1 ABR 51/91, AP Nr. 50 zu § 76 BetrVG 1972, unter B. II. 3. c. aa. der Gründe; BAG v. 17.10.1989 – 1 ABR 31/87, AP Nr. 39 zu § 76 BetrVG 1972; BAG v. 8.6.2004 – 1 ABR 4/03, AP Nr.20 zu § 76 BetrVG 1972 Einigungsstelle; BAG v. 29.9.2004 – 5 AZR 559/03, AP Nr. 111 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; *Richardi/Richardi*, BetrVG § 76 Rn. 115 und 124 f.; *Rieble*, Anm. zu BAG v. 17.10.1989 – 1 ABR 31/87, SAE 1990, 175 (176); ders. Kontrolle, S. 189 f. Uneins *Kreutz/GK-BetrVG*, § 76 Rn. 128 bzw. bei § 74 Rn. 3. Zu diesem Ansatz vgl. unter § 3 F. I. 1. und II.

<sup>571</sup> BAG v. 29.01.2002 - 1 ABR 18/01, AP Nr. 19 zu § 76 BetrVG 1972 Einigungsstelle, unter B. II. der Gründe; *Rieble*, Kontrolle, S. 189 f.

<sup>572</sup> *Söllner*, ZfA 1982, 1 (11 f.).

<sup>573</sup> *Gaul*, Anm. zu BAG v. 17.10.1989, AP Nr. 39 zu § 76 BetrVG 1972, unter 3. b.; *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (27 f.). Die Anträge grenzen jedoch nur die Regelungsfragen ein. Bei der Beschlussfassung kann die Einigungsstelle auch eine von den Anträgen abweichende Regelung treffen, vgl. *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, 7. Aufl., Band 2, Halbband 2, S. 1407; *Löwisch/Kaiser/BetrVG*, § 76 Rn. 40.

<sup>574</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (28).



Alleinentscheidungsrecht muss also nicht nur die Substanz der Mitbestimmungsrechte wahren, d.h. der Umfang materieller Alleinentscheidungsbefugnisse des Arbeitgebers darf nicht in grober Weise gegen die Durchsetzung der geschützten Belange der Belegschaft verstoßen. Gem. § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG muss der antizipiert geregelte materielle Inhalt einer Rahmenregelung die geschützten Belegschaftsinteressen darüber hinaus auch angemessen berücksichtigen. Dazu ist erforderlich, dass die erzwungene Rahmenregelung die Interessen beider Seiten bestmöglich i.S. einer praktischen Konkordanz zum Ausgleich bringt<sup>575</sup>. Die Einschränkung des Ermessensrahmens der Einigungsstelle durch § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG, die auf das Legitimationsdefizit des Einigungsstellenvorsitzenden zurückzuführen ist, hat daher zur Folge, dass die geschützten Interessen der Arbeitnehmer nicht in dem selben Umfang hinter ein materielles Alleinentscheidungsrecht als Regelungsvorstellung des Arbeitgebers zurücktreten dürfen, wie es bei einer einvernehmlichen Vereinbarung der Betriebspartner möglich ist.

### 3. Gegenargumente

Die Argumente, mit denen ein identischer Gestaltungsspielraum von Einigungsstelle und Betriebspartnern begründet wird, überzeugen dementsprechend nicht<sup>576</sup>. Aus den engeren Ermessensgrenzen der Einigungsstelle folgt nicht, dass ihr ein Ermessensrahmen gänzlich aberkannt wird (a). Unzulässig ist es auch, aus dem Umfang prozessualer Kontrollmöglichkeiten von einvernehmlichen und erzwungenen Vereinbarungen auf einen identischen Gestaltungsspielraum von Betriebspartnern und Einigungsstelle zu schließen (b).

#### a) Anerkennung eines Ermessensrahmens

*Blomeyer* betont, dass die Anerkennung eines eingeschränkten Gestaltungsspielraumes der Einigungsstelle das ihr gem. § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG ausdrücklich eingeräumte Ermessen versagt<sup>577</sup>. Richtig ist hingegen, dass der Rahmen zulässiger Ermessensentscheidungen der Einigungsstelle durch die

---

<sup>575</sup> Siehe unter § 4 B. II. 3. b) bb).

<sup>576</sup> Vgl. unter § 3 F. II. 1.

<sup>577</sup> So *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (280).



Maßgaben § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG lediglich im Verhältnis zum Ermessensrahmen der Betriebspartner eingeschränkt wird. Trotz der Annahme eines divergierenden Entscheidungsrahmens stellt das BAG deshalb ausdrücklich und folgerichtig klar, dass aus den engeren Ermessensgrenzen der Einigungsstelle nicht folgt, dass eine Regelung der Einigungsstelle, die dem Arbeitgeber gewisse einseitige Entscheidungsspielräume in grundsätzlich notwendig mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten ermöglicht, *per se* ermessensmissbräuchlich ist<sup>578</sup>.

### b) Rückschluss aus prozessualen Kontrollmöglichkeiten

Das Argument von *Säcker/Oetker*, dass Einigungsstellensprüche und einvernehmlich geschlossene Betriebsvereinbarung im gleichen Umfang gerichtlich kontrolliert werden – die Billigkeitskontrolle einer Betriebsvereinbarung also nicht weiter reicht als die Ermessenskontrolle eines Einigungsstellenspruch i.S.d. § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG, vermag einen gleichlaufenden Gestaltungsspielraum von Betriebspartnern und Einigungsstelle ebenfalls nicht zu begründen<sup>579</sup>. Zunächst lassen sich bei der Inhaltskontrolle einer Betriebsvereinbarung und der Ermessenskontrolle eines Einigungsstellenbeschlusses durchaus Unterschiede ausmachen. Während die Inhaltskontrolle einer Betriebsvereinbarung die Arbeitnehmer vor unangemessenen Inhalten einer Regelung schützen soll, dient die zeitlich begrenzte Ermessenskontrolle dem Schutz der Betriebspartner vor fehlerhafter Vertragshilfe durch die Einigungsstelle<sup>580</sup>.

Darüber hinaus ist es bereits methodisch unzulässig, vom Umfang der prozessualen Kontrolle auf den Inhalt der materiellen Befugnisse zu schließen. Rechte und Rechtsverhältnisse können auch unabhängig von einer Anerkennung in einem Rechtsschutzverfahren bestehen<sup>581</sup>. Das Verfahrensrecht folgt dem materiel-

<sup>578</sup> BAG v. 11.2.1992 – 1 ABR 51/91, AP Nr. 50 zu § 76 BetrVG 1972; unter B. II. 3. c. aa. der Gründe; BAG v. 8.6.2004 – 1 ABR 4/03, AP Nr. 20 zu § 76 BetrVG 1972 Einigungsstelle; BAG v. 26.8.2008 – 1 ABR 16/07, AP Nr. 54 zu § 75 BetrVG 1972.

<sup>579</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (27) und ähnlich *Säcker*, ZfA 1972 Sonderheft, 41 (48, Fn. 26). Vgl. auch *Belling*, Haftung, S. 210; *Buchner*, FS Müller, 93 (101 f.); *Galperin/Löwisch*, BetrVG § 77 Rn. 55; *Löwisch*, ArbuR 1978, 97 (102 f.); *Löwisch/Kaiser/BetrVG*, § 76 Rn. 42.

<sup>580</sup> *Rieble*, Anm. zu BAG v. 17.10.1989 – 1 ABR 31/87, SAE 1990, 175 (176); ders. Kontrolle, S. 190 und zustimmend *Richardi/Richardi*, BetrVG § 76 Rn. 115.

<sup>581</sup> *Dütz*, ZfA 1972, 247, (247).



len Anspruch und nicht umgekehrt<sup>582</sup>. Das bestätigt die Existenz der zahlreichen familienrechtlichen Ansprüche, die gerichtlich gar nicht durchsetzbar sind. Selbst bei unterstellter Gleichheit der prozessualen Überprüfbarkeit von Einigungsstellenspruch und einvernehmlicher Betriebsvereinbarung, ist ein materiell gleicher Gestaltungsumfang von Einigungsstelle und Betriebspartner mit dem Ansatz von *Säcker/Oetker* nicht bewiesen.

### III. Prozessuale Kontrolle

Das differenzierte Rechtsschutzsystem der Betriebsverfassung (1.) erfordert es bei der gerichtlichen Kontrolle von erzwungenen Alleinentscheidungsrechten zwischen Ermessensüberschreitungen i.S.d. § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG und substanzverletzenden Ermessensüberschreitung zu unterscheiden (2.). Das übersieht der formelle Ansatz von *Joussen* (3.) und auch das BAG ist in dieser Hinsicht nicht konsequent (4.).

#### 1. Rechtsschutzsystem der Betriebsverfassung

Gem. § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG können Betriebsrat und Arbeitgeber eine Ermessensüberschreitung der Einigungsstelle nur binnen einer Frist von zwei Wochen nach Zugang des Beschlusses beim Arbeitsgericht geltend machen. Diese materielle Ausschlussfrist, die Rechtsfrieden schaffen soll, bezieht sich allerdings nur auf die gerichtliche Überprüfbarkeit der Einhaltung der Ermessensgrenzen des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG. Ein Rechtsverstoß – der letztlich natürlich auch eine Ermessensüberschreitung der Einigungsstelle darstellt – ist im Gegensatz zur Ermessenskontrolle i.S.d. § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG dagegen einer zeitlich unbegrenzten Rechtskontrolle zugänglich<sup>583</sup>.

#### 2. Differenzierung nach der Art der Ermessensüberschreitung

Die gesetzliche Differenzierung von Ermessensüberschreitungen der Einigungsstelle, die gegen zwingendes Recht verstoßen und solchen, welche

---

<sup>582</sup> *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 18 Rn. 68.

<sup>583</sup> *Kreutz/GK-BetrVG*, § 76 Rn. 150 m.w.N.



„lediglich“ die Ermessensgrenzen des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG überschreiten, hat Konsequenzen für die gerichtliche Überprüfung von erzwungenen Alleinentscheidungsrechten<sup>584</sup>. Verletzt der Einigungsstellenspruch durch den Beschluss eines Alleinentscheidungsrechts die Substanz des Mitbestimmungsrechts, handelt es sich um einen Verstoß gegen § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG. Dazu verletzt der Spruch aber auch zwingendes Gesetzesrecht i.S.d. § 87 Abs. 1 BetrVG<sup>585</sup>. Ein solcher Rechtsverstoß ist der zeitlich unbegrenzten Rechtskontrolle zugänglich und muss es sein: Beim Versäumen der Ausschlussfrist des § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG käme man sonst zum untragbaren Ergebnis, dass ein Alleinentscheidungsrecht, welches die notwendige Mitbestimmung des Betriebsrats verletzt, gerichtlich nicht mehr angreifbar ist und als von Anfang an rechtswirksam zu gelten hat<sup>586</sup>. Diese Rechtsfolge ist, im Interesse des Betriebsfriedens und der Rechtssicherheit, jedoch allenfalls bei „bloß unangemessenen“ Alleinentscheidungsrechten statthaft.

Folgerichtig ist die Anwendung von § 76 Abs. Satz 4 BetrVG nur gerechtfertigt, wenn die nur „Angemessenheit“ eines Alleinentscheidungsrechts – Maßstab des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG – in Streit steht, ein grober Verstoß gegen die Pflicht zur Berücksichtigung der Belange der Belegschaft – und damit ein substantieller Verstoß gegen § 87 Abs. 1 BetrVG – aber außer Frage steht.

### 3. Formeller Ansatz

Diese Unterscheidung der Ermessensüberschreitung in Form des Verstoßes gegen zwingendes Rechts und der „unangemessenen“ Beschlussfassung entgeht dem formellen Ansatz von *Joussen*. Obwohl er einen differenzierten Gestaltungsspielraum von Betriebspartner und Einigungsstelle bejaht, soll die Frage, ob der Beschluss der Einigungsstelle die Grenzen des Ermessens dadurch überschreitet, dass er eine Entscheidung trifft, die gegen höherrangiges Recht

---

<sup>584</sup> Vgl. *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (27), die ausdrücklich zwischen einer Substanzverletzung als Rechtsverstoß und Abwägungsfehlern unterscheiden, die einer Ermessenskontrolle unterfallen.

<sup>585</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (27) und wohl auch *Fitting*, BetrVG, § 77 Rn. 54 und *HB/BetrVR*, Teil F Rn. 94. Das BAG hebt an manchen Stellen ebenfalls hervor, dass eine Einschränkung oder Aufhebung der Mitbestimmungsrechte gesetzeswidrig ist, vgl. BAG v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, AP Nr. 19 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt, unter II. 2. der Gründe. Zur entgegen gesetzten Situation vgl. *Brossette*, ZfA 1992, 379 (391): Die Berücksichtigung von nicht geschützten Interessen durch die Einigungsstelle stellt sich ebenfalls als Verstoß gegen den Zweck des Mitbestimmungsrechts dar und nicht als Ermessensüberschreitung.

<sup>586</sup> *Kreutz/GK-BetrVG*, § 76 Rn. 158 m.w.N.



verstößt, gem. § 76 Abs. 5 BetrVG geprüft werden<sup>587</sup>. Nach Ablauf der Ausschlussfrist des § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG wäre eine substanzverletzende Rahmenregelung nach *Joussen* prozessual daher nicht mehr überprüfbar. Das differenzierte Rechtsschutzsystem der Betriebsverfassung wird so jedoch ausgehebelt.

#### 4. Ansatz des BAG

Der 1. Senat des BAG, der eine differenzierte Methodik für erzwungene und einvernehmliche Rahmenregelungen anerkennt<sup>588</sup>, verwischt ebenso teilweise die daraus resultierenden Prüfungsmaßstäbe. *Säcker/Oetker* meinen deshalb zu Recht, dass sich die These vom Gleichlauf der Gestaltungsspielräume im Ergebnis mit den differenzierten Grundsätzen des BAG deckt<sup>589</sup>.

Ein Beispiel für die unzulässige Vermengung einer Ermessensüberschreitung i.S.d. § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG und einer substanzverletzenden Ermessensüberschreitung bildet eine Entscheidung des BAG vom 28.10.1986<sup>590</sup>. Bei der Prüfung, ob sich der Beschluss eines Alleinentscheidungsrechts im Rahmen der Ermessensgrenzen des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG hält, lehnte der 1. Senat eine Ermessensüberschreitung ab, weil die Rahmenregelung zur Lage der Arbeitszeit i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG den „wesentlichen Belangen der Arbeitnehmer noch ausreichend Rechnung“ trägt und diese „nicht gänzlich unberücksichtigt geblieben sind“<sup>591</sup>. Anhand der Maßgabe, dass der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht nicht in der Weise ausübt, dass er dem Arbeitgeber generell das alleinige Gestaltungsrecht über den mitbestimmungspflichtigen Tatbestand eröffnet – die Belange der betroffenen Arbeitnehmer also nicht „gänzlich“ unberücksichtigt geblieben sind – beurteilt das BAG jedoch die Wahrung der Substanz der Mitbestimmungsrechte. Bei einer methodenehrlichen Überprüfung des erzwungenen Alleinentscheidungsrechts des Arbeitgebers hätte das Gericht das Gesetz beim Wort nehmen und prüfen müssen, ob eine „angemessene

---

<sup>587</sup> *Joussen*, RdA 2005, 31 (38).

<sup>588</sup> Siehe unter § 3 F. I. 1.

<sup>589</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 1999, 16 (27).

<sup>590</sup> BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit. Vgl. dazu bereits unter § 3 F. I. 1. d) aa).

<sup>591</sup> BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit, unter B 5. der Gründe.



Berücksichtigung der Belange der Arbeitnehmer“ i.S.d. § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG vorliegt. Bei der stringenten Anwendung dieser Grundsätze hätte das BAG am 28.10.1986 daher gegenteilig entscheiden müssen.

Den gleichen Bedenken sieht sich der Beschluss vom 11.2.1992 zu einem Einigungsstellenspruch zur Regelung von Jahressonderzahlungen ausgesetzt<sup>592</sup>. Auch in dieser Entscheidung lässt das BAG den Maßstab der Angemessenheit i.S.d. § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG unberücksichtigt. Es winkt materielle Regelungen als „Grenzfall“ durch, die „wegen ihrer Unbestimmtheit kaum überprüfbar sind und deshalb das Ziel des Mitbestimmungsrechts des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, eine Transparenz der betrieblichen Entgeltordnung herzustellen, nur sehr unvollkommen erreicht wird“<sup>593</sup>.

#### **IV. Ergebnis**

Die Einigungsstelle darf ebenfalls materielle Alleinentscheidungsrechte beschließen. Der Inhalt des materiellen Tatbestandes einer erzwungenen Rahmenvereinbarung muss aber nicht nur eine substantielle Beachtung der geschützten Interessen der Belegschaft sicherstellen. Für den Beschluss der Einigungsstelle gilt zudem der Ermessensrahmen des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG. Daraus folgt, dass geschützte Interessen der Belegschaft angemessen berücksichtigt werden müssen. Vergleichbar mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der praktischen Konkordanz ist dazu erforderlich, dass der Spruch der Einigungsstelle zu einer optimalen Verwirklichung der gegenläufigen Interessen beider Seiten führt. Zur Erreichung dieses Ziels steht auch der Einigungsstelle ein Spielraum an Gestaltungsvarianten zu.

Ob der materielle Inhalt einer erzwungenen Rahmenreglung die Belange der Arbeitnehmer mit den betrieblichen Interessen, die im Umfang des Alleinentscheidungsrechts zum Ausdruck kommen, zu einem angemessenen und billigen Ausgleich i.S.d. § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG gebracht hat, kann nur innerhalb der Ausschlussfrist des § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG überprüft werden. Die zeitlich unbegrenzte Rechtskontrolle von Einigungsstellensprüchen kann dem

---

<sup>592</sup> BAG v. 11.2.1992 – 1 ABR 51/91, AP Nr. 50 zu § 76 BetrVG. Vgl. dazu bereits unter § 3 F. I. 1. d) bb).

<sup>593</sup> BAG v. 11.2.1992 – 1 ABR 51/91, AP Nr. 50 zu § 76 BetrVG, unter II. 3. c. bb. der Gründe.



gegenüber nur die Frage klären, ob ein Alleinentscheidungsrecht gegen die Substanz der Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1 BetrVG verstößt. Der Prüfungsmaßstab orientiert sich an der Wertung des § 23 Abs. 1 BetrVG. Der Einigungsstellenspruch ist in diesem Fall „nur noch“ darauf hin zu prüfen, ob der Umfang materieller Alleinentscheidungsbefugnisse des Arbeitgebers in grober Weise gegen die erforderliche Durchsetzung der geschützten Belange der Belegschaft verstößt.

#### **D. Weitergehende spezifische Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen**

Über die Beachtung der spezifischen Ermessensgrenzen von Betriebsrat und Einigungsstelle hinaus ist es für die Wirksamkeit einer Rahmenregelung einerseits erforderlich, dass die Abrede, die dem Arbeitgeber Alleinentscheidungsrechte einräumt, bestimmten Deutlichkeitserfordernissen entspricht (I.). Der materielle Tatbestand einer Rahmenregelung kann andererseits auch unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten. Die Bedeutungsoffenheit dieser Tatbestandsmerkmale begrenzt den Umfang ihrer Vereinbarkeit jedoch (II.). Durch die Rahmenregelung muss der Arbeitgeber letztlich verpflichtet werden, den Betriebsrat vor jedem Vollzug der Vereinbarung über die konkrete Anordnung zu informieren (III.). Weitere spezielle Rechtmäßigkeitskriterien sind bei der Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten nicht zu beachten. Das gilt insbesondere für die Maßgabe, Alleinentscheidungsrechte ausschließlich mit einer einstweiligen Wirkung zu vereinbaren (IV.) oder die Idee, Alleinentscheidungsrechte durch der Vereinbarung von Ausgleichsansprüchen zu kompensieren (V.). Das Vorliegen besonderer sachlicher Gründe ist ebenfalls nicht erforderlich, um Abreden über Alleinentscheidungsrechte zu rechtfertigen (VI.).

#### **I. Deutlichkeitserfordernis**

Bezüglich der Anforderungen an die Klarheit der Abrede, mit der dem Arbeitgeber das Recht zur Alleinentscheidung der konkreten Einzelfälle beim Vollzug einer Rahmenregelung eingeräumt werden soll, kommt die Rechtsprechung zu diametral



entgegenstehenden Ergebnissen<sup>594</sup>. In einem Urteil am 26.7.1988 betont das BAG, dass an die Klarheit der Abrede, nach der dem Arbeitgeber innerhalb materieller Vorgaben das Recht zustehen soll, Ordnungsprobleme einseitig zu gestalten, strenge Anforderungen zu stellen sind und, dass der Verstoß gegen diese Maßgabe zur Unwirksamkeit des Alleinentscheidungsrechts führt<sup>595</sup>.

In der Entscheidung vom 12.1.1988 ließ das BAG jedoch sogar eine bloße Nichtregelung genügen: Die fragliche Rahmenregelung erklärte bestimmte Konstellationen notwendig werdender Mehrarbeit für zustimmungspflichtig, z. B. Mehrarbeit die in Folge eines Urlaubs anderer Arbeitnehmer notwendig wird, wenn der Urlaub mindestens eine Woche vor seinem Antritt beantragt wird. Im Umkehrschluss, so die Auslegung des BAG, sei für alle übrigen Konstellationen, die durch diese Vereinbarung nicht ausdrücklich für zustimmungspflichtig erklärt werden, die Zustimmung des Betriebsrats im Voraus erteilt worden. Ausdrückliche Hinweise oder auch nur eine textliche Andeutung enthielt diese Rahmenregelung zu diesem Alleinentscheidungsrecht jedoch nicht<sup>596</sup>.

Ein Umkehrschluss, wie er der Entscheidung vom 12.1.1988 zu Grunde liegt, ist aber in jedem Fall unzulässig. Die Zustimmungspflichtigkeit einer Maßnahme des Arbeitgebers in den sozialen Angelegenheiten löst § 87 Abs. 1 BetrVG aus und nicht die Vereinbarung der Betriebspartner<sup>597</sup>. Das Mitbestimmungsrecht ist das Primäre und nicht die Regelungsnotwendigkeit<sup>598</sup>. Allein durch eine Nichtregelung von zustimmungspflichtiger Mehrarbeit i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG kann deshalb keinesfalls auf deren Zustimmung geschlossen werden. Gleichwohl darf man die Anforderungen an die Klarheit der Klausel zur Einräumung eines materiellen Alleinentscheidungsrechts nicht überspannen. Das gilt gerade deshalb, weil eine eindeutige Klausel Defizite beim Umfang der materiellen, im Vorfeld zu regelnden tatbestandlichen Begrenzungen des Alleinentscheidungsrechts, nicht ausgleichen kann<sup>599</sup>.

---

<sup>594</sup> Vgl. dazu bereits unter § 3 D. I. 2.

<sup>595</sup> BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Provision.

<sup>596</sup> BAG v. 12.1.1988 – 1 ABR 54/86, AP Nr. 8 zu § 81 ArbGG 1979.

<sup>597</sup> BAG v. 7.9. 1956 – 1 AZR 646/54, AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG 1952.

<sup>598</sup> Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht, 7. Aufl., Band 2, Halbband 2, S. 1391.

<sup>599</sup> Dahingehend missverständlich Säcker/Oetker, RdA 2005, 16 (25).



Ausreichend ist es, wenn die Interpretation der Klausel ergibt, für welche Ordnungsfragen die Abwägung der beiderseitigen Interessen ergeben hat, dass dem Arbeitgeber eine dahingehende Alleingestaltung im Vollzugsfall zustehen soll. In diesem Zusammenhang empfiehlt es sich deshalb auch klarzustellen, dass ggf. einzelne Fragen im Rahmen eines größeren zu regelnden Fragenkomplexes durch die Rahmenregelung noch nicht entschieden wurden und diese auch nicht der Alleinentscheidung des Arbeitgebers obliegen sollen.

## II. Vereinbarung von Generalklauseln

Unbestimmte Rechtsbegriffe können sich als „offen gelassene Gesetzgebung“<sup>600</sup> darstellen und die zur Ausübung der Mitbestimmungsrechte erforderlichen Wertentscheidungen der Betriebspartner in das Stadium der Rechtsanwendung verlagern. Die Bedenken gegen die Vereinbarkeit von unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben sich daher aus dem Konflikt von unbestimmten Rechtsbegriffen zur Funktion des Tatbestandes der Rahmenregelung, die materiellen Alleingestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers durch materielle Regelungen zu begrenzen<sup>601</sup>.

Zur Auflösung der Kontroverse um die Zulässigkeit von unbestimmten Rechtsbegriffen bzw. Generalklauseln in Rahmenregelungen ist zunächst eine begriffliche Klarstellung erforderlich (1.). Dann ist der Frage nachzugehen, wann diesen Normen die „offen gelassene Gesetzgebung“ zu Grunde liegt und wann ihr Bedeutungsinhalt mit den gängigen Auslegungsmethoden ermittelt werden kann (2.). Die Besonderheiten der betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsetzung (3.) zwingen dabei letztlich zu eigenen Ergebnissen (4.).

### 1. Begriffsbestimmung

Der Begriff der Generalklausel muss vom sog. unbestimmten Rechtsbegriff abgegrenzt werden<sup>602</sup>. Letzterer wird nach seinem Erscheinungsbild unterschieden,

---

<sup>600</sup> *Richardi*, ZfA 1992, 307 (319 f.); *Trümmer*, FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 395 (410).

<sup>601</sup> Siehe dazu unter § 3 D. II. 2.

<sup>602</sup> *Kamanabrou*, AcP 2002, 662 (664 ff.).



ob er lediglich weite Bedeutungsgrenzen hat oder, ob zu seiner Interpretation Wertentscheidungen getroffen werden müssen.

Die Unbestimmtheit bei unbestimmten Rechtsbegriffen kann sich zum einen aus einer Mehrdeutigkeit, unscharfen Bedeutungsgrenzen des Begriffs oder Wahlmöglichkeiten des Rechtsanwenders ergeben<sup>603</sup>. Das ist z. B. bei den Begriffen „Verwendungen“ i.S.d. §§ 994 ff. BGB oder den „betrieblichen Gründen“ i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG der Fall. Der materielle Inhalt dieser „unscharfen“ Begriffe kann allerdings mit den üblichen Auslegungsmethoden ermittelt werden<sup>604</sup>. Die Interpretation und der Normvollzug dieser Rechtsbegriffe ist daher reine Rechtsanwendung ohne rechtsgestaltenden Charakter.

Die Unbestimmtheit von Tatbestandsmerkmalen kann sich dem gegenüber aber auch aus Begriffen ergeben, deren Rechtsanwendung einen Rückgriff auf nicht normierte, rechtsethische Wertungen erfordert<sup>605</sup>. Das gilt z. B. für die Begriffe von „Treu und Glauben“ i.S.d. § 242 BGB oder das „billige Ermessen“ i.S.d. § 315 BGB. Die Normierung bzw. Vereinbarung dieser sog. wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe dient dazu, Wertentscheidungen aus dem Normgebungsverfahren in das Stadium der Rechtsanwendung zu verlagern<sup>606</sup>. Bei ihrer Anwendung versagen die üblichen Auslegungsmethoden und vermögen allenfalls, den Bedeutungsinhalt des Begriffs zu begrenzen<sup>607</sup>. Zur Interpretation wertausfüllungsbedürftiger Begriffe, bedient man sich deshalb des Verfahrens der sog. Konkretisierung<sup>608</sup>. Diese Begriffe sind es zugleich, die stilprägend für sog. Generalklauseln sind<sup>609</sup>.

## 2. Interpretation von zivilrechtlichen Generalklauseln

Ob auch den wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen ein materieller Regelungsgehalt zukommt – sie also eine tatbestandliche Begrenzung der materiellen Alleingestaltungsrechte des Arbeitgebers darstellen können – beurteilt

<sup>603</sup> *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, S. 131 ff.

<sup>604</sup> *Kamanabrou*, AcP 2002, 662 (666).

<sup>605</sup> *Engisch*, Juristisches Denken, S. 195 ff.; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik Rechtsanwendung, S. 131 ff.

<sup>606</sup> *Ipsen*, Richterrecht, S. 67; *Kamanabrou*, AcP 2002, 662 (671); *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, S. 198; *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, S. 211 f.

<sup>607</sup> *Kamanabrou*, AcP 2002, 662 (670).

<sup>608</sup> *Kamanabrou*, AcP 2002, 662 (672 ff.); *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 73 ff.

<sup>609</sup> *Kamanabrou*, AcP 2002, 662 (667); *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, S. 212; *Wank*, Rechtsfortbildung, S. 134.



sich anhand der Frage, ob ihre Interpretation Auslegung ist – d.h. bloße Rechtsfindung – oder ob ihrer Anwendung eine Rechtsfortbildung und damit materielle Rechtsschöpfung zu Grunde liegt. Wenn sich die Konkretisierung als Rechtsfortbildung darstellt, liegt die apostrophierte „offen gelassene Gesetzgebung“ vor, die ein materielles Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers tatbestandlich nicht eingrenzt, sondern im Gegenteil vom Arbeitgeber materielle Alleingestaltung bei der Umsetzung der Norm im konkreten Einzelfall erfordert.

Bei der Konkretisierung zivilrechtlicher Generalklauseln ordnet die h.M. ein Interpretationsergebnis der Auslegung zu, wenn es sich dem möglichen Wortsinn des wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffs zuordnen lässt. Der Wortsinn beschreibt damit die Grenze zur Rechtsfortbildung<sup>610</sup>. Nach *Kamanabrou* ist der mögliche Wortsinn selbst jedoch unbegrenzt. Die Abgrenzung erfolgt nach dieser Auffassung anhand des Inhalts des unbestimmten Rechtsbegriffes, der ihm nach dem subjektiven oder objektiv-teleologischen Willen des Gesetzgebers zukommt. Materielle Rechtsfortbildung liegt nach dieser Auffassung erst vor, wenn der Wille des Gesetzgebers vom Interpretationsergebnis abweicht. Weil sich der Gesetzgeber jedoch bewusst einer Wertung enthalten hat, liegt eine Auslegung im Sinne einer reinen Inhaltsfeststellung nach dieser Ansicht selbst dann vor, wenn sich das Interpretationsergebnis zum Willen des Gesetzgebers neutral verhält<sup>611</sup>.

### **3. Interpretation betriebsverfassungsrechtlicher Generalklauseln**

Die Dogmatik zur Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln enthält auch für die Interpretation betriebsverfassungsrechtlicher Regelungen maßgebliche Erkenntnisse. Sie kann allerdings nicht gänzlich übernommen werden, da elementare Unterschiede zwischen der parlamentarischen Gesetzgebung und der betrieblichen Rechtsetzung bestehen. Der zivilrechtlich orientierten Dogmatik liegt das Gewaltenteilungsprinzip zu Grunde, so wie es dem Grundgesetz zu entnehmen ist. Das Funktionsprinzip der Gewaltenteilung bei der betrieblichen Rechtsetzung ist

---

<sup>610</sup> BVerfG v. 11.11.1986 – 1 BvR 713/83, BVerfGE 73, 206 (235); *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. 4, S. 294 f.; *Larenz*, Methodenlehre, S. 322; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 47.

<sup>611</sup> *Kamanabrou*, AcP 2002, 662 (678 ff.).



mit diesem jedoch nicht deckungsgleich. Legislative und Exekutive verschmelzen bspw. in der Person des Arbeitgebers. Es existiert insbesondere eine Einigungsstelle als betriebsverfassungsrechtliche Institution eigener Art<sup>612</sup>, deren einigungsersetzende und verbindliche Sprüche einem vollen gerichtlichen Rechtsschutz zu Gunsten einer bloßen Rechts- und Ermessenskontrolle entzogen sind<sup>613</sup>.

Der Umstand, dass wertausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe die Wertentscheidungen aus dem Normgebungsverfahren in das Stadium der Rechtsanwendung verlagern, bedingt daher, dass solche Tatbestandsmerkmale nicht das Ergebnis einer Bewertung der beiderseits geschützten Interessen darstellen und daher nicht auf eine vorweggenommene Ausübung der Mitbestimmungsrechte zurückzuführen sind. Ihnen liegt gerade kein gestaltender Ausgleich der Interessen durch die Betriebspartner oder durch die Einigungsstelle zu Grunde. Die materiellen Wertentscheidungen, die in den sozialen Angelegenheiten grundsätzlich dem paritätischen Ausgleich der Interessen unterliegen, müssen vielmehr bei der Rechtsanwendung getroffen werden. Der Vollzug solcher Bestimmungen ist daher materielle Rechtsgestaltung im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn. Der rechtsschöpfende Charakter der Interpretation der wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe begrenzt die materielle Alleingestaltung des Arbeitgebers daher nicht, sondern bedingt sie. Streitigkeiten über ihre Interpretation können folglich auch nicht den Anspruch auf Unterlassung vereinbarungswidriger Maßnahmen gem. § 77 Abs. 1 BetrVG vor den Arbeitsgerichten entschieden werden. Die Gerichte haben keine Kompetenz zu einer dahingehenden Vertragshilfe<sup>614</sup>, d.h. zur Ausfüllung einer lückenhaften Rahmenregelung. Die Lösung solcher Regelungstreitigkeiten hat das BetrVG allein der Einigungsstelle übertragen<sup>615</sup>.

Sofern sich die Unbestimmtheit eines Tatbestandsmerkmals einer Rahmenregelung dagegen nur aus einer Mehrdeutigkeit, unscharfen Bedeutungsgrenzen oder einer Wahlmöglichkeit des Arbeitgebers ergibt, stellt auch seine Interpretation eine bloße Auslegung dar. Die Umsetzung eines solchen unbestimmten Rechtsbegriffs ist reiner Normenvollzug ohne gestalterische Elemente. Dass die einseitige Interpretation und Umsetzung solcher unbestimmten

---

<sup>612</sup> *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 76 Rn. 6.; ähnlich *Joost/MünchArbR*, § 232 Rn. 3.

<sup>613</sup> *Joost/MünchArbR*, § 232 Rn. 5.

<sup>614</sup> *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 77 Rn. 124.

<sup>615</sup> *Kreutz/GK-BetrVG*, § 76 Rn. 9 ff.; *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 77 Rn. 124 und § 76 Rn. 135 f.



Rechtsbegriffe durch den Arbeitgeber den beiderseitigen Interessen genügt, kann der Betriebsrat durch die Möglichkeit zur Geltendmachung seines Anspruchs auf Unterlassung vereinbarungswidriger Maßnahmen gem. § 77 Abs. 1 BetrVG sicherstellen. Im Konfliktfall kann dazu auch die verbindliche Rechtsfindung durch das Arbeitsgericht erzwungen werden<sup>616</sup>. Diese Begriffe vermögen ein materielles Alleinentscheidungsrecht daher zu begrenzen.

#### **4. Fazit**

Wertausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe, die charakteristisch für sog. Generalklauseln sind, begründen materielle Alleinentscheidungsrechte des Arbeitgebers und vermögen ein solches gerade nicht tatbestandlich zu binden. Die Vereinbarkeit der wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe hängt angesichts dieses Effektes daher allein von der Frage ab, ob durch den Umfang der daraus resultierenden materiellen Alleingestaltungsbefugnis des Arbeitgebers die Substanz des Mitbestimmungsrechts verletzt wird. Beschließt die Einigungsstelle wertausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe müssen angesichts der daraus resultierenden Alleingestaltungsbefugnis des Arbeitgebers die Belange der Belegschaft zudem auch noch angemessen i.S.d. § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG berücksichtigt werden.

In Extremfällen kann sich eine Rahmenregelung darum durchaus auch in einer Generalklausel erschöpfen. Ist die Existenz des Betriebs bedroht und steht dem betrieblichen Bedürfnis nach Überstunden zur Abwicklung eines existenzsichernden Auftrages „nur“ ein Annehmlichkeitsinteresse der Arbeitnehmer an Freizeit gegenüber, kann eine zeitlich begrenzte Rahmenregelung die Anordnung von Überstunden durchaus von der „Billigkeit“ der Anordnung im Einzelfall abhängig machen.

### **III. Vereinbarung von Informationspflichten**

Die Mitbeurteilungsfunktion der Mitbestimmungsrechte erfordert es, dass der Betriebsrat den rechtmäßigen Vollzug der Rahmenregelung auch im Einzelfall

---

<sup>616</sup> Siehe dazu unter § 2 C. IV. 2. b).



sicherstellen kann<sup>617</sup>. Bei der Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten wird diese Voraussetzung auch ohne einen aktiven positiven Konsens der Betriebspartner im Einzelfall dadurch gewährleistet, dass der Betriebsrat gem. § 77 Abs. 1 BetrVG stets seinen Anspruch auf Unterlassung vereinbarungswidriger Maßnahmen gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen kann. Seinerseits setzt das aber die Kenntnis des Betriebsrats von der konkreten arbeitgeberseitigen Vollzugsentscheidung voraus<sup>618</sup>. Zustimmung verdient daher die Ansicht, dass die Rahmenregelung die Verpflichtung des Arbeitgebers begründen muss, den Betriebsrat über die konkreten Vollzugsmaßnahmen vorher zu informieren<sup>619</sup>. Mit *Säcker/Oetker* muss man sich als Mindeststandart dazu an dem in § 100 Abs. 2 Satz 1 BetrVG normierten Unterrichtsrecht orientieren. Die Art (schriftlich oder mündlich) und der Umfang der Informationspflicht (Begründungspflicht) unterliegen allerdings der Autonomie der Betriebspartner<sup>620</sup>.

Darüber hinaus ist eine Vereinbarung weiterer prozeduraler Bindungen des Arbeitgebers angesichts des gesetzlichen Anspruchs auf Unterlassung gem. § 77 Abs. 1 BetrVG hingegen nicht angezeigt<sup>621</sup>. Entgegen *Säcker/Oetker* muss insbesondere kein förmliches Widerspruchsrecht für den Betriebsrat vereinbart werden, um sein Schweigen als Zustimmung zu deuten<sup>622</sup>: Ein solches Widerspruchsrecht ergibt sich bereits aus dem Unterlassungsanspruch des § 77 Abs. 1 BetrVG.

#### IV. Vereinbarung einstweiliger Alleinentscheidungsrechte

Einerseits ist es nicht erforderlich, die materielle Alleinentscheidungsrechte auf eine lediglich einstweilige Anordnungsbefugnis zu beschränken (1.). Andererseits können auch einstweilige Alleinentscheidungsrechte eine erforderliche Mitbestimmung nicht ersetzen (2.).

---

<sup>617</sup> Siehe unter § 1 B. III. 2.

<sup>618</sup> Siehe unter § 2 C. IV. 2. b) bb).

<sup>619</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (280); *Klebe/DKKW-BetrVG*, § 87 Rn. 39, *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (26); *E. Schmidt*, Verzicht, S. 161 f. und ebenso *Trümmer*, FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 395 (408 f.). Vgl. dazu bereits unter § 3 D. II. 4.

<sup>620</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (26).

<sup>621</sup> So *Klebe/DKKW-BetrVG*, § 87 Rn. 39 und *Trümmer*, FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 395 (409).

<sup>622</sup> So *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16 (26).



## 1. Pflicht zur Vereinbarung einstweiliger Alleinentscheidungsrechte

Die Maßgabe des BAG, dass die rechtmäßige Ausgestaltung eines Alleinentscheidungsrechts zwingend auf die Befugnis zur einstweiligen Anordnung beschränkt sein soll und eine abschließende (mitbestimmte) Klärung der Regelungsfragen so weit als möglich offen zu halten hat<sup>623</sup>, verdient ebenfalls keine Zustimmung. Eine substanzwahrende Rahmenregelung stellt sich nämlich bereits als „abschließende (mitbestimmte) Klärung“ der sozialen Angelegenheit dar und braucht folglich nichts weiter offen zu halten, um dem betreffenden Mitbestimmungsrecht nachträglich Genüge zu tun<sup>624</sup>. Das stellen zudem gerade die vom BAG zur Begründung dieser These bemühten Entscheidungen des BAG vom 12.1.1988<sup>625</sup> und 26.7.1988<sup>626</sup> klar. Diesen Entscheidungen liegt die zutreffende Aussage zu Grunde, dass es sich bei Rahmenregelungen um eine antizipierte Ausübung der Mitbestimmungsrechte handelt, durch welche die notwendige Mitbestimmung bereits erfüllt ist<sup>627</sup>.

## 2. Legitimationswirkung einstweiliger Alleinentscheidungsrechte

Die Fallgruppe von *Otto*, ein lediglich vorläufiges Alleinentscheidungsrecht zuzulassen, wenn Fallkonstellationen gar nicht voraussehbar sind, verdient ebenfalls keine Zustimmung<sup>628</sup>. Zunächst kann dem Arbeitgeber durchaus für im Vorfeld nicht regelbare Gestaltungsfragen die materielle Alleinentscheidung überlassen werden, bspw. um den exakten Umfang und die Lage von Überstunden festzulegen oder die Zuordnung einzelner Artikel zu bestimmten Provisionsgruppen vorzu-

---

<sup>623</sup> BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, AP Nr. 79 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit, unter II. 2. a. cc; vgl. bereits unter § 3 D. I. 1.

<sup>624</sup> Ausdrücklich BAG v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, AP Nr. 19 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt, unter II. 2. der Gründe.

<sup>625</sup> BAG v. 12.1.1988 – 1 ABR 54/86, AP Nr. 8 zu § 81 ArbGG 1979.

<sup>626</sup> BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Provision.

<sup>627</sup> BAG v. 12.1.1988 – 1 ABR 54/86, AP Nr. 8 zu § 81 ArbGG 1979, unter B. II. 2. a. und b. der Gründe; BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Provision, unter II. 3. a. und b. der Gründe.

<sup>628</sup> *Otto*, Anm. zu BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, EzA Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn, 11 (19) und wohl auch *Veit*, Anm. zu BAG v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, RdA 1999, 346 (349); vgl. bereits unter § 3 E. IV. 3.



nehmen, um Absatzstrategien anzupassen. Das folgt aus dem Kompromisscharakter der betrieblichen Einigung<sup>629</sup>.

Der zum Kompromiss führende Ausgleich der Interessen – d.h. die antizipierte Ausübung der Mitbestimmungsrechte – muss aber zwingend vor den einseitigen Arbeitgebermaßnahmen stattfinden<sup>630</sup>. Der Sinn der Mitbestimmung in den sozialen Angelegenheiten ist es, den Arbeitgeber gerade im Voraus von einer „ungerechten“ Maßnahme abzuhalten<sup>631</sup>. Nur ein vor der Maßnahme durchgeführtes Mitbestimmungsverfahren hat darum die erforderliche Legitimationswirkung<sup>632</sup>. Rückwirkend lassen sich die sozialen Angelegenheiten zudem auch gar nicht regeln<sup>633</sup>. Die betriebsverfassungsrechtliche Unbeachtlichkeit einer Genehmigung von einstweiligen Anordnungen durch den Betriebsrat ist deshalb auch nicht als Sanktion zu verstehen. Die Unwirksamkeit beruht darauf, dass einer einseitigen Anordnung des Arbeitgebers, die ohne vorherige Mitbestimmung getroffen wird, ein rechtsnotwendiges Element einer notwendig zweiseitigen Regelung fehlt<sup>634</sup>. Für Fallkonstellationen, die gar nicht geregelt wurden, kann diese Nichtausübung der Mitbestimmungsrechte folglich nicht durch ein einstweilig wirkendes Alleinentscheidungsrecht ausgeglichen werden. Eine gemeinsame Regelung der sozialen Angelegenheiten ist denklogisch ausgeschlossen – eine nachträgliche Mitbestimmung ist nicht möglich.

## V. Vereinbarung von Ausgleichsansprüchen

Die Vereinbarung von Ausgleichsansprüchen i.S.d. § 115 Abs. 7 Nr. 4 Satz 2 und 3 BetrVG ist für die Rechtswirksamkeit eines Alleinentscheidungsrechts ebenfalls keine zwingende Voraussetzung<sup>635</sup>. Die Unwirksamkeit einer mitbestimmungsfreien Anordnung stellt, wie soeben gezeigt, keine Sanktion des mitbestim-

<sup>629</sup> Vgl. unter § 2 C. IV. 2. c) bb) und cc).

<sup>630</sup> Galperin/Löwisch, BetrVG § 87 Rn. 18a; v. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 12 Rn. 20; ders., DB 1987, 1426 (1432); E. Schmidt, Verzicht, S. 15 m.w.N.; Wiese/GK-BetrVG, § 87 Rn. 100; a.A. Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, § 49 V 3 d; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht, 7. Aufl., Band 2, Halbband 2, S. 1393.

<sup>631</sup> Söllner, FS 25 Jahre BAG, 605 (609).

<sup>632</sup> v. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 1 Rn. 9; Säcker/Oetker, RdA 2005, 16 (17).

<sup>633</sup> Lehmpuhl, Nichtausübung, S. 78.

<sup>634</sup> Säcker/Oetker, RdA 2005, 16 (17): Erforderlich ist eine „kondominimale Regelung“.

<sup>635</sup> Henssler, FS Hanau, 413 (433 f.); Wiese/GK-BetrVG, § 87 Rn. 159; siehe zu dieser Maßgabe unter § 3 D. II. 3.



mungswidrig handelnden Arbeitgebers dar. Der Arbeitgeber kann sich eine fehlende vorherige Mitbestimmung durch einen Nachteilsausgleich daher auch nicht „erkaufen“. Die Vereinbarung eines Ausgleichsanspruchs kann allerdings durchaus dazu eingesetzt werden, um zurückgetretene Arbeitnehmerinteressen bei der Vereinbarung materieller Alleingestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers angemessen zu kompensieren. Ein Ausgleichsanspruch der Arbeitnehmer kann dann bspw. ein durchaus „weites“ Alleinentscheidungsrecht „angemessen“ i.S.d. § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG erscheinen lassen.

## VI. Erfordernis besonderer sachlicher Gründe

Nach *Galperin/Löwisch* und *Blomeyer* müssen „sachliche Gründe“ vorliegen, damit es dem Betriebsrat trotz seiner Funktion, die Interessen der Arbeitnehmer wahrzunehmen, möglich ist, dem Arbeitgeber die Regelung bestimmter Einzelfragen zu überlassen<sup>636</sup>. Rahmenregelungen sind jedoch eine legitime Möglichkeit, die Mitbestimmungsrechte auszuüben und es entsteht kein Rechtfertigungsdruck, wenn sich die Betriebspartner oder die Einigungsstelle zu einer solchen Gestaltungsvariante entscheiden<sup>637</sup>.

Der Arbeitgeber muss zudem gem. § 40 i.V.m. § 37 Abs. 2 BetrVG nur solche Kosten der Betriebsratstätigkeit tragen, die erforderlich und – nach h.M. – auch angemessen sind, um die Durchführbarkeit der Aufgaben des Betriebsrats sicherzustellen<sup>638</sup>. Der daraus resultierende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Betriebsratskosten<sup>639</sup>, lässt somit ebenfalls den Schluss zu, dass die Vereinbarung einer wirksamen Rahmenregelung als gleichwirksame, aber gegenüber der Einzelfallmitbestimmung kostenmildere Maßnahme durchaus mit der gesetzlichen Intention einer effizienten Betriebsratstätigkeit im Einklang steht. Keinesfalls – das sei klargestellt – folgt der Maßgabe der Verhältnismäßigkeit der Kosten eine Pflicht

---

<sup>636</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, SAE 1987, 279 (279); *Galperin/Löwisch*, BetrVG § 87 Rn. 15. Vgl. dazu bereits unter § 3 D. II. 1.

<sup>637</sup> Vgl. unter § 2 D.

<sup>638</sup> Ständige Rspr. vgl. etwa BAG v. 31.10.1972 – 1 ABR 7/72, AP Nr. 2 zu § 40 BetrVG 1972; *Fitting*, BetrVG, § 40 Rn. 9 f.; *Thüsing/Richardi*, BetrVG, § 40 Rn. 6 f.; *Weber/GK-BetrVG*, § 40 Rn. 9 f.

<sup>639</sup> Siehe dazu *Blomeyer*, Die Finanzierung der Mitbestimmung durch den Arbeitgeber, S. 91 ff.



zum Abschluss einer Rahmenregelung. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Kosten darf nicht zu einer Reglementierung der Betriebsratstätigkeit führen<sup>640</sup>.

Ebenso zeigen die vorhandenen Parallelen zum Rechtsgedanken der Verordnungsermächtigung i.S.d. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG<sup>641</sup>, dass es durchaus im Interesse des Betriebsrats liegt und seiner Aufgabenerfüllung zu Gute kommt, wenn er die Einzelfallentscheidung dem Ermessen des Arbeitgebers überlässt und sich auf eine ggf. notwendige Intervention im konkreten Einzelfall beschränkt. Die damit einhergehende Entlastungswirkung von Rahmenregelungen ermöglicht es dem Betriebsrat, sich mit der notwendigen Aufmerksamkeit den tragenden betriebsverfassungspolitischen Fragen zu widmen sowie seine allgemeinen Aufgaben i.S.d. § 80 Abs. 1 BetrVG wahrzunehmen. Zu Recht betonen *Säcker/Oetker* in diesem Zusammenhang, dass „zwingende“ oder „dringende“ betriebliche Gründe nicht vorliegen müssen, weil die Befugnisse des Betriebsrats bei einem vereinbarten Alleinentscheidungsrecht nicht zurücktreten, sondern berücksichtigt werden<sup>642</sup>.

Im Ergebnis ist jedoch der Rechtsprechung des BAG zu folgen, nach der es dem Betriebsrat und der Einigungsstelle möglich ist, „aus welchen Gründen auch immer“<sup>643</sup> Alleinentscheidungsrechte zu vereinbaren.

---

<sup>640</sup> *Wedde/DKKW-BetrVG*, § 40 Rn. 5. Differenzierend *Weber/GK-BetrVG*, § 40 Rn. 12: Die Kosten führen erst dann zu einer Begrenzung der Betriebsratstätigkeit, wenn die finanzielle Belastung unzumutbar wird.

<sup>641</sup> Dazu unter § 4 B. I. 4. b).

<sup>642</sup> *Säcker/Oetker*, RdA 2005, 16 (25).

<sup>643</sup> BAG v. 11.3.1986 – 1 ABR 12/84, AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung, unter III. 3. der Gründe; BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit, unter B. 2. der Gründe; BAG v. 17.10.1989 – 1 ABR 31/87, AP Nr. 39 zu § 76 BetrVG 1972 unter II. 2. b. der Gründe.



## § 5 Zusammenfassung

### A. Phänotyp der Alleinentscheidungsrechte

Bei den allgemein gewährten Mitbestimmungsrechten des § 87 Abs. 1 BetrVG ist die paritätische Beteiligung des Betriebsrats nicht von vornherein auf die Vereinbarung einer generellen Regelung der sozialen Angelegenheit beschränkt, sondern ermöglicht zugleich seine gleichberechtigte Beteiligung beim Vollzug einer solchen Rahmenregelung im konkreten Einzelfall. An diesem Funktionsprinzip setzt die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten an. Die Betriebspartner bzw. im Konfliktfall die Einigungsstelle, treffen zur Vereinbarung eines Alleinentscheidungsrechts über eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit eine abstrakt-generelle Dauerregelung, überlassen den konkreten Vollzug dieser Vereinbarung aber dem Arbeitgeber, ohne dabei eine weitere aktive Beteiligung des Betriebsrats vorzusehen.

Abstrakt betrachtet enthält das Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers damit die Befugnis, sämtliche im Vorfeld nicht regelbaren oder bewusst unregulierten Detailfragen beim konkreten Vollzug der Rahmenregelung einseitig zu gestalten. Daneben befähigt das Alleinentscheidungsrecht den Arbeitgeber, bereits die materiellen Voraussetzungen der Rahmenregelung und die tatsächlichen Umstände einseitig zu interpretieren und zu beurteilen. Praktisch überlassen die Betriebspartner der einseitigen Arbeitgeberentscheidung z.B. im Rahmen eines gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG einvernehmlich geregelten Provisionssystems, bestimmte Artikel Provisionsgruppen zuzuordnen, um Absatzstrategien anzupassen oder um auf Marktgegebenheiten zu reagieren.

Aus der Praxis stammt ebenfalls das Beispiel, über einvernehmlich getroffene Maßgaben zur Anwendung einer technischen Überwachungseinrichtung i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hinaus, dem Arbeitgeber das Alleinentscheidungsrecht darüber zu gewähren, wann, wie oft und aus welchen Anlässen eine Auswertung von Verhaltens- bzw. Leistungsdaten der Arbeitnehmer zur Qualitätssicherung vorgenommen werden soll.

Mit der Vereinbarung derartiger Alleinentscheidungsmöglichkeiten entsteht folglich ein Konflikt mit der Mitgestaltungs- und der Mitbeurteilungsfunktion und



letztlich daher zum Zweck der Mitbestimmungsrechte. Das Mitgestaltungselement der Mitbestimmungsrechte hat das Ziel, das Handlungsermessen bei der betrieblichen Rechtsetzung paritätisch auszuüben. Es muss sicherstellen, dass die Interessen der Belegschaft bei den Regelungsfragen innerhalb der sozialen Angelegenheiten berücksichtigt werden und nicht das einseitige Interesse des Arbeitgebers den betrieblichen Rechtsraum gestaltet. Die gleichberechtigte Mitbeurteilung durch den Betriebsrat hat den Zweck, den „richtigen Normvollzug“ bei der Rechtsanwendung durch den Arbeitgeber sicherzustellen. Das Funktionsprinzip der Mitbestimmungsrechte führt dazu die meist divergierenden aber gleichberechtigten Ansichten von Betriebsrat und Arbeitgeber zueinander. Resultat dieses verfahrensimmanenten Ausgleichs der Interessen ist dann ein „richtiges“ Interpretationsergebnis.

## **B. Rechtsnatur der Alleinentscheidungsrechte**

### **I. Ausübung der Mitbestimmungsrechte**

Die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten stellt sich gleichwohl als zulässige Form der Ausübung der Mitbestimmungsrechte dar. Die Mitbestimmungsrechte stellen Ermächtigungsgrundlagen der Betriebspartner dar, vermöge derer sie aus eigenem Recht ihre Angelegenheiten rechtsverbindlich regeln können. Die Art der Rechtsschöpfung geben die Mitbestimmungsrechte jedoch bewusst nicht vor. Es besteht vielmehr ein erhebliches Rechtsetzungsermessen, innerhalb dessen die Mitbestimmungsrechte rechtmäßig ausgeübt werden können. Erst jenseits dieses Ermessensspielraums kommt es zu einer unzulässigen Nichtausübung bzw. zu einem unzulässigen Verzicht auf die Mitbestimmungsrechte. Die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten liegt aber auch angesichts der Alleinbeurteilungs- und Alleingestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers grundsätzlich innerhalb des Rahmens einer rechtmäßigen Ausübung der Mitbestimmungsrechte.

Das ergibt ein Rückschluss aus dem Gesetzes- und Tarifvorbehalt des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG. Dessen Mechanismus zeigt, dass es mit dem gesetzlich intendierten Schutz- und Teilhabezweck der Mitbestimmungsrechte durchaus im Einklang steht, wenn der Arbeitgeber innerhalb der sozialen Angelegenheiten



Rechtsfragen und tatsächliche Fragen ohne eine Zustimmung des Betriebsrats nach dem positiven Konsensprinzip allein beurteilt und der Betriebsrat auf das Überwachungsrecht gem. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG beschränkt ist.

Die systematische Auslegung von § 87 Abs. 1 BetrVG ergibt zudem, dass eine aus Belegschaftssicht interessengerechte Mitbeurteilung des Vollzugs einer Rahmenregelung durch den Anspruch des Betriebsrats gesichert ist, gem. § 77 Abs. 1 BetrVG vom Arbeitgeber Unterlassung vereinbarungswidriger Maßnahmen verlangen zu können.

Der Kompromisscharakter der betrieblichen Einigung – das Ergebnis der Ausübung der Mitbestimmungsrechte – führt letztlich dazu, dass auch materielle Alleingestaltungsbefugnisse des Arbeitgebers mit dem Zweck der Mitbestimmungsrechte korrespondieren: Die Vereinbarung eines materiellen Alleingestaltungsrechts kann sich – ganz trivial – als eine der möglichen Regelungsvarianten der sozialen Angelegenheit durchsetzen. Darin liegt kein gesetzeswidriger Verzicht auf die Mitbestimmungsrechte – das ist das gesetzlich vorgesehene Nachgeben bei der zur Ausübung erforderlichen Kompromissfindung.

## II. Konsequenzen

Die Einordnung der Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten als abschließende Ausübung der Mitbestimmungsrechte hat Auswirkungen auf die Frage der Rechtsqualität der einseitigen Anordnungen des Arbeitgebers.

Neben der bloßen mitbestimmungsrechtlichen Freigabe des arbeitsvertraglichen Direktionsrechts kann die Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten auch originäre einseitige Gestaltungsbefugnisse des Arbeitgebers begründen. Sofern Rahmenregelungen in der Form einer Betriebsvereinbarung zustande kommen, stellt sich auch die konkretisierende Alleinentscheidung des Arbeitgebers als Vollzug einer Betriebsvereinbarung i.S.d. § 77 Abs. 1 BetrVG dar und ist damit eine Betriebsvereinbarungsregelung im materiellen Sinn. Voraussetzung ist insoweit nur, dass die einseitigen Arbeitgebermaßnahmen die Rahmenregelung inhaltlich nicht abändern.

Weitere Konsequenz dieser dogmatischen Einordnung der Alleinentscheidungsrechte ist, dass bei der Rechtmäßigkeitsprüfung kein Rechtfertigungszwang besteht. Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit muss aus einer



neutralen Perspektive heraus erfolgen und hat sich an der Frage zu orientieren, ob die konkrete Ausgestaltung des Alleinentscheidungsrechts ausnahmsweise eine unbeachtliche Nichtausübung der Mitbestimmungsrechte darstellt.

### III. Grenzbereich zur Nichtausübung

Die Möglichkeit für den Betriebsrat, den materiellen Alleingestaltungsbefugnissen des Arbeitgebers zuzustimmen, ist gleichwohl begrenzt. Die Mitbestimmungsrechte sind dem Betriebsrat nicht um seiner selbst willen eingeräumt, sondern sollen die effektive Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen sicherstellen. An einem gewissen Punkt überschreitet der Betriebsrat daher das zulässige Maß an Kompromissbereitschaft, wenn er einem Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers zustimmt, dessen materieller Umfang der Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen nicht mehr ausreichend Rechnung trägt. In Anlehnung an die entgegengesetzte Konstellation bei den sog. Koppelungsgeschäften, liegt dann eine „normzweckwidrige Zustimmung“ des Betriebsrats vor.

Der Abschluss einer solchen rechtswidrigen Vereinbarung stellt sich dogmatisch als Nichtausübung der Mitbestimmungsrechte dar. Einer entsprechenden Vereinbarung kommt keine betriebsverfassungsrechtliche Legitimationswirkung zu. Die Interessenlage der Betriebspartner verbietet aber, auch in dem Abschluss eines solchen umfassenden Alleinentscheidungsrechts, einen Verzicht auf die Mitbestimmungsrechte zu sehen.

### C. Rechtmäßigkeit der Alleinentscheidungsrechte

Der materielle Inhalt der Rahmenregelung und des Alleinentscheidungsrechts müssen selbstverständlich die Innen- und Außenschranken der Betriebsautonomie beachten. Rahmenregelungen und die korrespondierenden Alleinentscheidungsrechte dürfen also bspw. nicht gegen die Diskriminierungsverbote des § 75 Abs. 1 BetrVG verstoßen oder sich über den Tarifvorrang des § 77 Abs. 3 BetrVG hinwegsetzen.

Zur Ermittlung der spezifischen Rechtmäßigkeit eines Alleinentscheidungsrechts muss hingegen zunächst die Art des Zustandekommens der Vereinbarung unterschieden werden. Einvernehmlich vereinbarte Alleinentscheidungsrechte



müssen die Substanz der Mitbestimmungsrechte wahren; sie dürfen sich also nicht als „normzweckwidrige Zustimmung“ des Betriebsrats – als Nichtausübung der Mitbestimmungsrechte – darstellen (I.). Alleinentscheidungsrechte, die von der Einigungsstelle im verbindlichen Einigungsersatzverfahren beschlossen werden, müssen über die Wahrung der Substanz der Mitbestimmungsrechte hinaus, eine angemessene und billige Entscheidung i.S.d. § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG darstellen (II. 1.). Die Einhaltung dieser engeren Ermessensgrenzen kann allerdings in zeitlicher Hinsicht gerichtlich nur begrenzt kontrolliert werden (II. 2.).

## **I. Einvernehmlich vereinbarte Alleinentscheidungsrechte**

### **1. Umfang**

Der Entscheidungsrahmen, an den sich der Betriebsrat bei einer einvernehmlichen Vereinbarung von Alleinentscheidungsrechten zu orientieren hat, ist durch die Substanz der Mitbestimmungsrechte begrenzt. Der Betriebsrat ist einerseits dazu verpflichtet, gem. § 2 Abs. 1 BetrVG bei den Verhandlungen mit dem Arbeitgeber auch die betrieblichen Belange zu berücksichtigen und ist entsprechend dazu berechtigt, diesen bei den Verhandlungen mit dem Arbeitgeber in gewissem Umfang nachzugeben. Diese Möglichkeit wird andererseits durch die aus dem Amt des Betriebsrats resultierende Pflicht begrenzt, die vom Zweck des jeweiligen Mitbestimmungsrechts geschützten Belegschaftsinteressen auch tatsächlich durchzusetzen. Der Betriebsrat muss seinem Zweck als betriebliche Interessenvertretung der Belegschaft gerecht werden.

Wann letzteres der Fall ist, der Betriebsrat bei der Ausübung der Mitbestimmungsrechte also die Substanz der Mitbestimmungsrechte wahrt, lässt sich für die einzelnen Mitbestimmungstatbestände nur in Abhängigkeit von der konkreten betrieblichen Regelungssituation klären, nicht aber abstrakt. Der Hintergrund ist, dass sich die gegenseitig abzuwägenden Interessen nur in Abhängigkeit der konkreten betrieblichen Regelungssituation ergeben und sich dann auch nur in Relation zum normativen Gewicht des Gegeninteresses entfalten. Die Substanz der Mitbestimmungsrechte ist also relativ.

Der maßgebliche Wertungsmaßstab, der über die Ermessensfehlerhaftigkeit einer Zustimmung des Betriebsrats zu einem konkreten Alleinentscheidungsrecht entscheidet und damit die Grenze zur Substanz der Mitbestimmungsrechte markiert,



ergibt sich aus § 23 Abs. 1 BetrVG. Die Pflicht zur Ausübung der Mitbestimmungsrechte trifft den Betriebsrat nämlich als Amtswalter – sie ist seine Amtspflicht. Die abschließende gesetzgeberische Wertentscheidung, dass nur grobe Amtspflichtverstöße Sanktionen nach sich ziehen, ergibt sich aus § 23 Abs. 1 BetrVG. Dieser verhältnismäßig milde Maßstab des § 23 Abs. 1 BetrVG dient dem Zweck, die Entscheidungsfreude des Betriebsrats bei der Wahrnehmung seines freien Repräsentationsmandats sicherzustellen.

Der Betriebsrat verletzt nach diesen Grundsätzen die Substanz der Mitbestimmungsrechte, wenn er in grober Weise gegen die gebotene Durchsetzung der ihm überantworteten Arbeitnehmerinteressen verstößt, indem er einem zu umfangreichen materiellen Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers zustimmt, das nicht in ausreichendem Maße durch materielle Regelungen begrenzt wird, die den geschützten Belangen der Arbeitnehmer Rechnung tragen. Im Rahmen dieser Bewertung ist zu berücksichtigen, dass die Interessen, die unmittelbarer Ausdruck von grundrechtlich geschützten Rechtspositionen sind, besonderes Gewicht entfalten.

## **2. Prozessuale Kontrolle**

Die Gerichte müssen zur Anwendung des maßgeblichen Wertungsmaßstabs des § 23 Abs. 1 BetrVG bei der Kontrolle eines Alleinentscheidungsrechts – vergleichbar zur Ermessenskontrolle von Einigungsstellensprüchen – die beiderseitigen Belange sowie die tatsächlichen Umstände feststellen, die das jeweilige Gewicht dieser Belange im Zeitpunkt des Abschlusses der Rahmenregelung begründen. Das gilt auch für solche Belange und tatsächliche Umstände, die von den Betriebspartnern in den Einigungsprozess beim Abschluss der Rahmenregelung nicht eingebracht worden sind.

## **II. Erzwungene Alleinentscheidungsrechte**

### **1. Umfang**

Auch der Einigungsstelle ist es grundsätzlich möglich, Alleinentscheidungsrechte des Arbeitgebers zu beschließen. Über die Wahrung der Substanz der Mitbestimmungsrechte hinaus, muss sie dabei jedoch zunächst absolute



Regelungsgrenzen beachten. Diese ergeben sich insbesondere aus den Anträgen der Betriebspartner. Ein Alleinentscheidungsrecht darf die Einigungsstelle daher erst gar nicht beschließen, wenn diese Gestaltungsvariante in den Anträgen der Betriebspartner nicht zum Ausdruck kommt.

Bezüglich des materiellen Gestaltungsrahmens der Einigungsstelle gelten zudem restriktivere Grundsätze. Dem Beschluss einer Einigungsstelle im verbindlichen Einigungsersetzungsverfahren liegt nämlich stets ein Zwangskompromiss zu Grunde. Das entscheidende Stimmrecht trägt der unparteiische Einigungsstellenvorsitzende, der zur Kompromissfindung verpflichtet ist. Dieser ist jedoch nicht in derselben Weise befugt, über die beiderseitig geschützten Interessen zu verfügen, wie die Betriebspartner. Seine Legitimation ergibt sich aus seiner Unparteilichkeit, die ihrerseits verlangt, dass die Interessen des Vorsitzenden durch den zu treffenden Spruch gar nicht berührt werden. Aus Sicht der unmittelbar betroffenen und legitimierten Betriebspartner stellt sich ein Einigungsstellenspruch daher als Fremdbestimmung dar.

Den bei der Zwangsschlichtung entsprechend einzuhaltenden Ermessensrahmen normiert § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG. Um diesen einzuhalten ist es erforderlich, dass der Einigungsstellenspruch die beiderseitigen Interessen bestmöglich i.S.e. praktischen Konkordanz durchsetzt. Auch der Einigungsstelle steht insoweit ein Spielraum an denkbaren Gestaltungsvarianten zu. Sofern die Interessenabwägung in diesem Rahmen zu Gunsten der betrieblichen Belange ausschlägt, kann die Einigungsstelle daher durchaus auch ein materielles Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers beschließen.

## **2. Prozessuale Kontrolle**

Die Überschreitung der Ermessensgrenzen des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG können Betriebsrat und Arbeitgeber nur innerhalb der materiellen Präklusionsfrist des § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG gerichtlich geltend machen. Nach Ablauf dieser Frist kann ein entsprechender Einigungsstellenbeschluss nur noch darauf überprüft werden, ob der Umfang des Alleinentscheidungsrechts gegen § 87 Abs. 1 BetrVG verstößt. Das ist dann der Fall, wenn der Spruch die Substanz der Mitbestimmungsrechte verletzt. Dieser Prüfungsmaßstab ergibt sich aus der Wertung des § 23 Abs. 1 BetrVG.



### **III. Weitergehende spezifische Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen**

Neben der Beachtung der Substanz der Mitbestimmungsrechte bzw. der Ermessensgrenzen des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG ist es erforderlich, dass die Abrede zur Einräumung von Alleinentscheidungsrechten eindeutig ist (1.). Der Tatbestand der Rahmenregelung kann dem gegenüber auch unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten (2.). Maßgeblich ist zudem, dass der Betriebsrat vom Arbeitgeber vor jeder konkreten Alleinentscheidung informiert wird (3.).

#### **1. Klarheit der Abrede**

Für die Wirksamkeit einer Rahmenregelung ist es erforderlich, dass die Abrede zur Einräumung von Alleinentscheidungsrechten bestimmten Deutlichkeitserfordernissen entspricht. Dazu muss die Interpretation der Rahmenregelung ergeben, für welche Ordnungsfragen die Abwägung der beiderseitigen Interessen dazu geführt hat, dass dem Arbeitgeber eine dahingehende Alleingestaltung im Vollzugsfall zusteht. Sollen im Rahmen eines größeren zu regelnden Fragenkomplexes einzelne Regelungsfragen weder durch die Rahmenregelung noch durch ein Alleinentscheidungsrecht entschieden werden, ist es in der Praxis ratsam, eine entsprechende Klarstellung in der Rahmenregelung vorzunehmen.

#### **2. Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe**

Der materielle Tatbestand einer Rahmenregelung kann andererseits auch unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten, die weite Bedeutungsgrenzen haben. Der interessengerechte einseitige Vollzug solcher Rahmenregelungen, wird – wie gesagt – durch den Anspruch des Betriebsrats auf Unterlassung von vereinbarungswidrigen Maßnahmen gegenüber dem Arbeitgeber gem. § 77 Abs. 1 BetrVG sichergestellt. Zu beachten ist, dass die Vereinbarung wertausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe ein materielles Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers tatbestandlich nicht binden kann. Der Vollzug solcher Tatbestandsmerkmale erfordert vielmehr eine materielle Alleingestaltung des Arbeitgebers.



### **3. Vereinbarung von Informationspflichten des Arbeitgebers**

Entscheidend für die Rechtmäßigkeit eines Alleinentscheidungsrechts ist letztlich, dass die Rahmenregelung die Verpflichtung für den Arbeitgeber begründet, den Betriebsrat vor jedem Vollzug der Vereinbarung über den Inhalt der konkreten Anordnung zu informieren. Nur in Kenntnis der konkreten Vollzugmaßnahme ist es dem Betriebsrat möglich, bei Bedarf von seinem Anspruch auf Unterlassung vereinbarungswidriger Maßnahmen gem. § 77 Abs. 1 BetrVG gegenüber dem Arbeitgeber Gebrauch zu machen. Erforderlich aber auch ausreichend ist insoweit ein an § 100 Abs. 2 Satz 1 BetrVG orientiertes Unterrichtsrecht.



