

Grundzüge des Betriebsverfassungsrechts – Teil 2

Von Wiss. Mitarbeiter **Daniel E. Holler**, Wiss. Mitarbeiter **Alexander Schuhmann**, Erlangen/Nürnberg*

Der folgende Beitrag soll die Grundzüge der sog. betrieblichen Mitbestimmung darstellen und damit einen Einblick in die Betriebsverfassung ermöglichen. Der erste Teil des Aufsatzes findet sich in ZJS 2017, 509 ff.

IV. Organe der Betriebsverfassung

Das Betriebsverfassungsgesetz sieht mehrere Gremien vor, denen unterschiedliche Aufgaben und Rollen zugewiesen sind. Wichtigstes Gremium ist dabei der Betriebsrat als betriebliche Interessenvertretung der Belegschaft.

1. Der Betriebsrat (§§ 7-41 BetrVG)

a) Die Wahl des Betriebsrats

aa) Voraussetzungen für die Betriebsratswahl

Als Repräsentanten der Belegschaft werden die Mitglieder des Betriebsrats nach demokratischen Grundätzen gewählt. Dabei bestimmt sich die Mitgliederzahl des Betriebsrats nach der Anzahl der wahlberechtigten Beschäftigten im Betrieb, § 9 BetrVG. Dazu zählen nach neuerer Rechtsprechung des BAG auch – unter Modifikation der „Zwei-Komponenten-Lehre“ – die im Betrieb regelmäßig beschäftigten Leiharbeitnehmer.¹ Das entspreche nicht nur der Systematik zu § 7 BetrVG, sondern vor allem dem Sinn und Zweck von § 9 BetrVG.² Der Tätigkeitsaufwand des Betriebsrats und damit die notwendige Anzahl von Betriebsratsmitgliedern hänge von der Anzahl der im Betrieb regelmäßig tatsächlich beschäftigten Personen ab. Es mache für den Tätigkeitsaufwand keinen Unterschied, ob Leiharbeitnehmer oder eigene Arbeitnehmer beschäftigt werden. Eine Nichtberücksichtigung der Leiharbeitnehmer sei daher nicht gerechtfertigt. Das Begriffsmerkmal der „regelmäßig beschäftigten Leiharbeitnehmer“ sollte allerdings vor dem Hintergrund der letzten AÜG-Reform, die eine Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten vorsieht, nicht (mehr) durch den jeweiligen Leiharbeitnehmer,

sondern nach dem im Betrieb bestehenden Arbeitsplatzbedarf bestimmt werden.³

Die Wahl eines Betriebsrats erfolgt nicht automatisch mit Überschreiten der Schwelle nach § 1 BetrVG, sondern nur auf Initiative eines Teils der Belegschaft oder der im Betrieb vertretenen Gewerkschaft, § 17 Abs. 3 BetrVG.⁴ Sie erfolgt gem. § 13 Abs. 1 BetrVG grds. im Vierjahresrhythmus und wird durch den sog. Wahlvorstand, welcher entweder durch den Gesamt- oder Konzernbetriebsrat bestellt oder – sekundär – durch die Betriebsversammlung gewählt wird, durchgeführt.⁵ Die Durchführung der Wahl bestimmt sich nach § 18 BetrVG und der Wahlordnung (WahlO).⁶ Sowohl eine Wahlbehinderung als auch eine Wahlbeeinflussung ist durch § 20 Abs. 1, Abs. 2 BetrVG verboten und durch den Straftatbestand des § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG besonders abgesichert. Sowohl Wahlvorstand als auch Wahlbewerber unterliegen zudem dem besonderen Arbeitsvertragsschutz nach § 103 BetrVG und § 15 KSchG. Die Kosten der Wahl trägt gem. § 20 Abs. 3 BetrVG der Arbeitgeber.

bb) Das aktive Wahlrecht

Das aktive Wahlrecht haben grds. alle Arbeitnehmer des Betriebs, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Für die Bestimmung der „Arbeitnehmer des Betriebs“ verfolgt das BAG die bereits genannte Zwei-Komponentenlehre. Für Leiharbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher besteht, gilt deshalb § 7 S. 1 BetrVG nicht. Diesen steht aber nach § 7 S. 2 BetrVG bei einer voraussichtlichen dreimonatigen Überlassungsdauer auch das aktive Wahlrecht im Entleiherbetrieb zu, was das aktive Wahlrecht im Verleiherbetrieb nicht beeinträchtigt, § 14 Abs. 1 AÜG.

cc) Das passive Wahlrecht

Das passive Wahlrecht steht allen Wahlberechtigten zu, die mindestens sechs Monate betriebs-, unternehmens- oder konzernzugehörig sind. Leiharbeitnehmer sind im Entleiherbetrieb nicht wählbar, § 14 Abs. 2 S. 1 AÜG. Auch leitende Angestellte – obwohl Arbeitnehmer im Sinne von § 611a BGB – nehmen nicht an der Betriebsratswahl teil. Sie wählen ihre betriebliche Vertretung im Rahmen des Sprecherausschussgesetzes (SprAuG). Die Ausführungen zu § 5 Abs. 3

* Die Verf. sind Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg (Prof. Dr. Steffen Klumpp). Der Verf. Schuhmann ist zudem Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg (Prof. Dr. Georg Caspers).

¹ BAG NZA 2013, 789 ff. = JA 2013, 947 ff. m. Anm. Schwarze = JA 2014, 308 ff. m. Anm. Krause = JuS 2014, 272 ff. m. Anm. Boemke unter Änderung der bisherigen Rechtsprechung, die bei der Bestimmung der Betriebsgröße nach § 9 BetrVG nur betriebsangehörige Arbeitnehmer berücksichtigte, BAG NZA 2003, 1345 ff.; AP BetrVG 1972 § 7 Nr. 8.

² BAG NZA 2013, 789 (791 Rn. 27 ff.).

³ In die Richtung BAG NZA 2013, 789 (792 Rn. 35). Vgl. dazu auch die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern beim Schwellenwert des § 23 KSchG, BAG NZA 2013, 726 ff.

⁴ Zur Verbreitung des Betriebsrats nach Betriebsgröße Ellguth/Kohaut, WSI-Mitteilungen 2016, 283 (289).

⁵ Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 1235; findet keine Betriebsversammlung statt, so wird der Wahlvorstand durch das ArbG bestimmt, § 17 Abs. 4 BetrVG.

⁶ Vgl. § 126 BetrVG. Zur Verteilung der Einzelnen Sitze nach dem sog. d'Hondtschen System unter Wahrung des Geschlechterproporztes instruktiv Richardi/Bayreuther, Kollektives Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2016, § 17 Rn. 21 ff.

S. 2 Nrn. 1-3, Abs. 4 BetrVG lassen erahnen, dass eine Zuordnung zur Gruppe der leitenden Angestellten oder der Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG Einzelfall Schwierigkeiten bereiten kann. Daher sieht § 18a BetrVG ein Zuordnungsverfahren bei Wahlen zum Betriebsrat und/oder dem Sprecherausschuss vor, das gem. § 18a Abs. 5 S. 2, S. 3 BetrVG zur Folge hat, dass eine Anfechtung der Wahl wegen fehlerhafter Zuordnung nur noch bei offensichtlicher Fehlerhaftigkeit erfolgen kann. Darüber hinaus entfaltet die Zuordnung nach § 18a BetrVG keine Rechtswirkungen, d.h. die Frage, ob ein Arbeitnehmer oder leitender Angestellter vorliegt kann in anderem Zusammenhang abweichend entschieden werden.

dd) Fehler bei der Betriebsratswahl

Da es sich bei der Betriebsratswahl um eine betriebsinterne Wahl handelt, die von den Beschäftigten selbst durchgeführt wird, ist die Betriebsratswahl besonders anfällig für Fehler, sei es in formeller oder materieller Hinsicht. Aus diesem Grund ermöglicht § 19 BetrVG die gerichtliche Anfechtung einer rechtswidrigen Wahl binnen einer materiell-rechtlichen zwei Wochen Frist, beginnend mit dem Tag der Bekanntgabe des Wahlergebnisses.⁷ Dabei ist zwischen einem Verstoß gegen die Vorschriften über die Wahlberechtigung, gegen Vorschriften über die Wählbarkeit und gegen Vorschriften über das Wahlverfahren zu unterscheiden. Anfechtungsbeachtigt sind nach § 19 Abs. 2 BetrVG nur der Arbeitgeber, eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft oder mindestens drei wahlberechtigte Arbeitnehmer, nicht hingegen der Betriebsrat, Wahlvorstand oder der einzelne Arbeitnehmer. Eine Anfechtbarkeit ist jedoch nur möglich, wenn der Verstoß das Wahlergebnis tatsächlich geändert hat oder beeinflussen konnte.

Abzugrenzen von der anfechtbaren Wahl ist die sog. nichtige Wahl. Für die Annahme einer solchen müssen grobe und offensichtliche Verstöße vorliegen, sodass die Betriebsratswahl „den Stempel der Nichtigkeit auf der Stirn [trägt]“.⁸ So ist eine Betriebsratswahl dann als nichtig anzusehen, wenn der Betrieb nicht betriebsratsfähig ist oder der Betrieb nicht dem BetrVG unterliegt.⁹ Im Gegensatz zur Wahlanfechtung, die anders als die Anfechtung im BGB ex nunc wirkt, gilt die Nichtigkeit der Wahl von Anfang an, also ex tunc.

Von einer Nicht-Wahl wird dann gesprochen, wenn noch nicht einmal der Anschein einer Wahl durch die Belegschaft vorliegt, also etwa der Betriebsrat durch die Gewerkschaft oder den Arbeitgeber eingesetzt wird.¹⁰

b) Akteure des Betriebsrats

Der Betriebsrat besteht aus den Betriebsratsmitgliedern, deren Amtsperiode regelmäßig vier Jahre beträgt, § 21 BetrVG. Hat ein Betriebsrat mehrerer Mitglieder so bestimmen diese einen Vorsitzenden und dessen Stellvertreter, § 26 BetrVG. Der Vorsitzende vertritt den Betriebsrat nach außen und nimmt Erklärungen für den Betriebsrat entgegen; dabei ist er jedoch kein Stellvertreter des Betriebsrats im Sinne von § 164 BGB, sondern nur primus inter pares, also gleichsam „Mund und Ohr“ des Betriebsrats, § 26 Abs. 2 BetrVG. Er übernimmt regelmäßig die laufenden Geschäfte, soweit kein Betriebsausschuss besteht, § 27 Abs. 3 BetrVG.

Zu den Rechten des einzelnen Betriebsratsmitglieds gehört neben dem Recht auf Teilnahme an Sitzungen des Betriebsrats und dem Rederecht das Recht auf Stimmabgabe. Das einzelne Betriebsratsmitglied kann nur die Verletzung eigener Rechte rügen, aber keine „objektive Rechtmäßigkeitskontrolle“ eines Betriebsratsbeschlusses im Wege des Beschlussverfahrens (§ 2a ArbGG) erwirken.¹¹

Die Betriebsratsmitglieder führen das Amt als unentgeltliches privates Ehrenamt, § 37 Abs. 1 BetrVG, und dürfen aufgrund der Ausübung des Amtes weder benachteiligt noch bevorzugt werden, § 78 BetrVG. So ist das Mitglied u.a. bei der Ausübung der Betriebsratsstätigkeit von der Arbeitsleistung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts freigestellt, § 37 Abs. 2 BetrVG, und das Entgelt an die „betriebsübliche Entgeltentwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer“ gem. § 37 Abs. 4 BetrVG anzupassen.¹² Andererseits dürfen dem Betriebsrat keine Sonderleistungen oder Privilegien zukommen, die aufgrund der Betriebsratsmitgliedschaft erfolgen. Die Gewährung rechtlicher Vorteile ist dabei strafrechtlich sanktioniert, § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, wobei die Straftat gem. § 119 Abs. 2 BetrVG nur auf Antrag des Betriebsrats und anderer Arbeitnehmervertretungen verfolgt wird. Strafrechtlich relevanter – und in diesen Fällen kein Antragsdelikt – ist hierbei eine Strafbarkeit wegen Untreue nach § 266 StGB. Die Vorteilsannahme durch das Betriebsratsmitglied ist dagegen grds. weder nach § 119 BetrVG noch nach § 266 StGB strafbar, sondern kann nur zur Amtsenthebung führen, § 23 BetrVG. Eine Straflosigkeit des Betriebsratsmitglieds gilt jedoch nicht bei Überschreitung einer notwendigen Teilnahme.¹³

Die Betriebsratsmitglieder können an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen teilnehmen, wobei zwischen den Regelungen des § 37 Abs. 6 und § 37 Abs. 7 BetrVG unterschieden werden muss. In beiden Fällen erfolgt eine bezahlte Freistellung durch den Arbeitgeber.

Zudem genießen die Betriebsratsmitglieder während und – zeitlich begrenzt – nach ihrem Betriebsratsmandat einen umfangreichen Schutz vor arbeitsvertraglichen Maßnahmen durch den Arbeitgeber. So besteht eine Arbeitsentgelt- und

⁷ BAGE 16, 1 ff.

⁸ BAG NZA 2004, 395 ff., vergleichbar mit der Evidenztheorie im Verwaltungsrecht. Eine Kumulation mehrerer Anfechtungsgründe führt nach neuerer Rechtsprechung nicht zur Nichtigkeit der Wahl, BAG NZA 2004, 395 ff.

⁹ Zu erstem LAG Hessen, Beschl. v. 22.11.2005 – 4 TaBV 165/05, Rn. 15; zu letztem BAGE 41, 5 ff.

¹⁰ *Kreutz*, in: Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 10 Aufl. 2014, § 19 Rn. 148.

¹¹ BAG NZA 2016, 1350 ff. = JA 2017, 67 ff. m. Anm. *Schwarze*.

¹² Dazu *Rieble*, NZA 2008, 276 ff.

¹³ BGH NJW 2010, 92 m. Anm. *Bittmann* und BGH NStZ 2011, 37 ff. = JuS 2011, 183 ff. m. Anm. *Jahn; Rieble/Klebeck*, NZA 2006, 758 (767 ff.).

Tätigkeitsgarantie (§ 37 Abs. 4, Abs. 5 BetrVG), ein Versetzungsschutz (§ 103 Abs. 3 BetrVG) sowie ein besonderer Kündigungsschutz (§ 15 KSchG, § 103 BetrVG). Mitglieder der Jugend- und Auszubildendenvertretung haben gegenüber dem Arbeitgeber nach Abschluss ihrer Ausbildung grds. einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung, § 78a BetrVG.

c) Betriebsratsausschuss, § 27 BetrVG

Ab neun Mitgliedern (mind. 201 Arbeitnehmer im Betrieb, § 9 S. 1 BetrVG) muss ein Betriebsausschuss gebildet werden, § 27 Abs. 1 BetrVG. Dieser ist keine selbstständige Betriebsvertretung neben dem Betriebsrat, sondern wie der Betriebsratsvorsitzende nur ein Organ des Betriebsrats.¹⁴ Er übernimmt zum einen die laufenden Geschäfte des Betriebsrats und zum andern können ihm Angelegenheiten zur selbstständigen Erledigung übertragen werden, um so den Betriebsrat zu entlasten.

d) Rechtsfähigkeit des Betriebsrats

Die Frage nach der Rechtsfähigkeit des Betriebsrats ist schwierig. Einerseits ist unstreitig, dass der Betriebsrat als Gremium keine eigenständige Rechtspersönlichkeit in Gestalt einer juristischen Person ist und ihm damit auch keine umfassende Rechtsfähigkeit zukommt.¹⁵ Andererseits ist allgemein anerkannt, dass dem Betriebsrat eine Teilrechtsfähigkeit dergestalt zukommt, dass er seine ihm im BetrVG zustehenden Rechte gegenüber dem Arbeitgeber – notfalls vor den Gerichten für Arbeitssachen im Beschlussverfahren nach §§ 2a, 80 ff ArbGG – geltend machen und seinerseits selbst Adressat von Unterlassungsansprüchen des Arbeitgebers sein kann.¹⁶ Diese Rechtsfähigkeit war damit aber stets auf das betriebliche Innenverhältnis begrenzt.¹⁷

In einer viel diskutierten Entscheidung des BGH, in der es um die Zahlung eines Beraterhonorars ging, welches zwischen dem Berater und dem Betriebsratsvorsitzenden vereinbart worden ist und nicht mehr als erforderlich im Sinne des § 40 Abs. 1 BetrVG angesehen werden konnte, hat dieser eine Teilrechtsfähigkeit des Betriebsrats gegenüber Dritten anerkannt, soweit die Rechtshandlungen im Wirkungskreis des Betriebsrats erfolgen. Rechtshandlungen außerhalb des Wirkungskreises seien dagegen nach den Grundsätzen eines nicht existenten Vertretenen zu lösen, d.h. die handelnden Betriebsratsmitglieder können ggf. nach § 179 BGB gegenüber dem Dritten haften.¹⁸

¹⁴ Thüsing, in: Richardi, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 15. Aufl. 2016, § 27 Rn. 39; Joost, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 218 Rn. 19.

¹⁵ BAG NZA 2003, 53 (54); Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, Bd. 2, 7. Aufl. 2017, § 16 Rn. 31a, § 16 Rn. 74.

¹⁶ BAG NZA 2012, 1176 ff.; BAG NZA 2012, 1382 ff.; Kamanabrou, Arbeitsrecht, 2017, Rn. 2248 m.w.N.

¹⁷ Hromadka/Maschmann (Fn. 15), § 16 Rn. 74.

¹⁸ BGH NZA 2012, 1382 ff.

Nach dem neuen des Gesetzes zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen (EntgTranspG)¹⁹ hat der Arbeitnehmer nach den Voraussetzungen einen Anspruch § 14 Abs. 1 bzw. §§ 15 Abs. 2, 14 Abs. 1 EntgTranspG gegen den Betriebsrat womit letztlich die (Teil)Rechtspersönlichkeit des Betriebsrats gegenüber Dritten auch gesetzlich anerkannt wird.²⁰

e) Insbesondere: Übernahme von Kosten § 40 BetrVG

Die Kosten, die mit der Betriebsratstätigkeit entstehen, trägt der Arbeitgeber, § 40 Abs. 1 BetrVG. Das gilt jedoch nur für diejenigen Aufwendungen, die der Betriebsrat für erforderlich halten durfte. So hat der Betriebsrat bei mehreren gleich geeigneten Möglichkeiten nur die für den Arbeitgeber kostengünstigste Option.²¹ Erforderliche Aufwendungen sind u.a. Honorare von Anwälten und Sachverständigen oder die Kosten von Betriebsräteschulungen. Die Kostentragung für Räume, Büropersonal, Informations- und Kommunikationsmittel sowie Sachaufwendungen sind ausdrücklich in § 40 Abs. 2 BetrVG genannt. Dazu gehört u.a. ein aktueller Kommentar zum BetrVG²², arbeits- und sozialrechtliche Zeitschriften, auch dann, wenn sie in einem gewerkschaftseigenen Verlag erscheinen,²³ und andere Büroartikel. Nicht dagegen eine aktuelle Tageszeitung.²⁴ Ein Internetzugang und ein Computer mit Software und Peripherie ist für die Betriebsratsarbeit regelmäßig als erforderlich anzusehen.²⁵ Ein Laptop/Notebook als Ersatz für einen Computer kann aufgrund der immer geringeren Preise als erforderlich angesehen werden. Die Erforderlichkeit eines Tablet-PC wird in der Regel nicht angenommen werden können.

Für nicht erforderliche Aufwendungen greift § 40 BetrVG nicht. In diesem Fall kommt nur eine Haftung des vertragschließenden Mitglieds (meist der Betriebsratsvorsitzende) nach den Grundsätzen des nicht existenten Vertretenen analog § 179 Abs. 1 BGB in Betracht.²⁶ Eine gesamtschuldnerische Haftung der an der Beschlussfassung beteiligten Betriebsratsmitglieder²⁷ mag zwar nach dem Aspekt der Gerech-

¹⁹ BGBl. I 2017, S. 2152

²⁰ Näheres dazu in Holler, NZA 2017, 822 ff.; a.A. Roloff, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Arbeitsrecht, 45. Ed., Stand: 1.9.2017, EntgTranspG, § 10 Rn. 4.

²¹ BAG NZA 2015, 629 (631 Rn. 28).

²² BAG NZA 1995, 386 ff.

²³ Fitting, Handkommentar zum BetrVG, 28. Aufl. 2016, § 40 Rn. 123.

²⁴ BAG NZA 1990, 448 ff.

²⁵ BAG NZA 2010, 709 ff.; zurückhaltender noch BAG NZA 2007, 1117 ff.

²⁶ BGH NZA 2012, 1382 ff. = JA 2013, 467 ff. m. Anm. Schwarze.

²⁷ In Betracht ziehend BAG NZA 1987, 100 (101). Für eine Haftung aller zustimmenden Betriebsratsmitglieder Franzen, in: Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 10. Aufl. 2014, § 1 Rn. 79; Rose, in: Hess u.a., Kommentar zum BetrVG, 9. Aufl. 2014, Einl. Rn. 106, 108.

tigkeit wünschenswert sein, ist jedoch mangels rechtsge- schäftlicher oder gesetzlicher Rechtsgrundlage abzulehnen.²⁸

Allerdings wird eine Haftung des handelnden Betriebs- ratsmitglieds gegenüber einem beauftragten Rechtsanwalt oder Sachverständigen regelmäßig nach § 179 Abs. 3 BGB ausgeschlossen sein, da diese um die Voraussetzung der Erforderlichkeit für § 40 BetrVG Kenntnis haben wird.²⁹

Rechtsdogmatisch kommt nach neuerer Auffassung hin- sichtlich der erforderlichen Kosten ein Vertrag zwischen dem Dritten und dem Betriebsrat zustande, wobei der Betriebsrat gleichzeitig einen Freistellungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber nach § 40 BetrVG hat, den dieser an den Dritten abtreten muss. Damit wandelt sich der Freistellungsanspruch des Betriebsrats in einen Zahlungsanspruch des Dritten gegen den Arbeitgeber.³⁰ Hinsichtlich der nicht mehr erforderlichen Kosten kommt es dann zu einer Haftung des Vertragsschlie- ßenden nach § 179 BGB analog.³¹ Die andere Ansicht, die eine Rechtsfähigkeit des Betriebsrats gegenüber Dritten ab- lehnt³², muss – wenn das Betriebsratsmitglied den Arbeitge- ber nicht im Wege der Stellvertretung unmittelbar verpflich- tet – einen Vertragsschluss zwischen dem Dritten und dem vertragschließenden Betriebsratsmitglied annehmen, wobei das Betriebsratsmitglied einen Freistellungsanspruch gem. §§ 40 Abs. 1 BetrVG, 670, 683 BGB gegenüber dem Arbeitge- ber hinsichtlich der erforderlichen Kosten hat. Auch hier kann der Freistellungsanspruch dann an den Dritten abgetre- ten werden oder das Betriebsratsmitglied kann gem. § 257 BGB die Befreiung seiner Verbindlichkeit verlangen.³³

f) Der Grundsatz der „Vertrauensvollen Zusammenarbeit“

Anders als im Tarifrecht geht es bei den Betriebspartnern nicht um das Aushandeln von Vertragsbedingungen unter Zuhilfenahme eines Arbeitskampfes, sondern die Belange des Betriebes sollen einvernehmlich zwischen den Betriebspar- teien geregelt werden – Kooperation statt Konfrontation. Es gilt das Prinzip der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 2 Abs. 1 BetrVG als oberstes Leitprinzip.³⁴

So gilt eine sog. Friedenspflicht zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber, nach der Kampfmaßnahmen zu unterlassen sind (§ 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG) und Arbeitsablauf und Betriebs- frieden nicht gestört werden dürfen (§ 74 Abs. 2 S. 2 Betr- VG). Zudem gilt das Verbot der parteipolitischen Betätigung, § 74 Abs. 2 S. 3 Hs. 1 BetrVG, wobei dieses auch außerhalb

von § 74 Abs. 2 S. 3 Hs. 2 BetrVG nach neuerer Auffassung des BAG allgemeinpolitische Aussagen nicht ausschließt.³⁵

2. Weitere Gremien innerhalb des BetrVG

a) Betriebsversammlung §§ 42-46 BetrVG

Die Betriebsversammlung besteht aus den Arbeitnehmern des Betriebes und muss vom Betriebsrat mindestens einmal in jedem Kalendervierteljahr einberufen werden. Sie dient ledig- lich der Information der Arbeitnehmer und hat gegenüber dem Betriebsrat kein Weisungs- oder Absetzungsrecht (§§ 42 Abs. 1 S. 1 Hs. 1, 45 S. 2 BetrVG). Die *Betriebsversamm- lung* ist von der sog. *Belegschaftsversammlung* zu unter- scheiden, die nicht vom Betriebsrat, sondern vom Arbeitge- ber einberufen wird und auf die die Regelungen des BetrVG keine Anwendung findet.³⁶ Die ordentliche Betriebsversamm- lung hat grundsätzlich während der Arbeitszeit zu erfolgen, wobei das Entgelt für den Teilnehmer trotz Nichterbringung seiner Arbeitsleistung vom Arbeitgeber zu leisten ist. Es handelt sich damit um eine Ausnahme vom Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ im Sinne des § 326 Abs. 1 BGB, § 44 Abs. 1 S. 2 BetrVG.

b) Gesamtbetriebsrat §§ 47-53 BetrVG

Besteht ein Unternehmen aus mehreren Betrieben mit mehre- ren Betriebsräten, so *ist* ein Gesamtbetriebsrat zu bilden, deren Mitglieder aus den einzelnen Betriebsräten entsandt werden. Der Gesamtbetriebsrat hat keine Amtszeit, sondern besteht solange die Voraussetzungen des § 47 BetrVG vor- liegen.³⁷ Der Gesamtbetriebsrat ist den Einzelbetriebsräten weder über- noch untergeordnet, sondern hat einen eigenen Zuständigkeitsbereich unabhängig von den Einzelbetriebs- räten. Eine Regelung durch den Gesamtbetriebsrat ist jedoch nur möglich, wenn eine unternehmenseinheitliche oder be- triebübergreifende Lösung aus rechtlichen oder technischen Gründen zwingend erforderlich ist.³⁸ Die Kompetenzvertei- lung zwischen Einzel- und Gesamtbetriebsrat ist grundsätz- lich zwingend. Eine andere Kompetenzverteilung durch Tarif- vertrag oder Betriebsvereinbarung ist nicht möglich.³⁹ Aller- dings besteht die Möglichkeit, dass dem Gesamtbetriebsrat bestimmte Angelegenheiten durch den Betriebsrat übertragen werden, § 50 Abs. 2 BetrVG. Darüber hinaus steht es dem Arbeitgeber frei, mit dem Gesamtbetriebsrat im Rahmen der sog. freiwilligen Mitbestimmung Regelungen zu treffen, so- weit sich die Mitbestimmung sich auf einen unternehmens- einheitlichen Tatbestand bezieht. Ansonsten könnte die je- weilige Betriebsratsstätigkeit durch den Gesamtbetriebsrat konterkariert werden.

²⁸ Koch, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2017, § 1 Rn. 20; *Fitting* (Fn. 23), § 1 Rn. 216.

²⁹ Andere Einschränkung über das Erfordernis eines Ver- schuldens *Fitting* (Fn. 23), § 1 Rn. 211 m.w.N.

³⁰ *Fitting* (Fn. 23), § 1 Rn. 209.

³¹ Hierzu *Stoffels/Reiter/Bieder*, Fälle zum kollektiven Arbeits- recht, 2. Aufl. 2016, S. 138 ff.

³² *Franzen* (Fn. 27), § 1 Rn. 79; kritischer auch *Hromadka/ Maschmann* (Fn. 15), § 16 Rn. 75.

³³ v. *Hoyningen-Huene*, in: Münchener Handbuch zum Ar- beitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 212 Rn 15 ff.; *Hromadka/Masch- mann* (Fn. 15), § 16 Rn. 229a.

³⁴ *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2015, § 48 Rn. 51.

³⁵ BAG NZA 2010, 1133 ff. = JA 2011, 708 ff. m. Anm. *Krause*.

³⁶ *Joost* (Fn. 14), § 223 Rn. 17 f.

³⁷ *Löwisch/Caspers/Klumpp* (Fn. 5), Rn. 1249.

³⁸ BAG NZA 2005, 234 ff.; BAG NZA 2012, 1237 ff.

³⁹ BAG NJOZ 2003, 2274 ff.

c) Konzernbetriebsrat §§ 54-59a BetrVG

In einem Konzern im Sinne des § 18 AktG kann ein sog. Konzernbetriebsrat errichtet werden. Die Errichtung erfolgt durch Beschluss der Gesamtbetriebsräte. Die Mitglieder des Konzernbetriebsrats werden zudem von den Gesamtbetriebsräten entsandt. Die Zuständigkeitsregelung des Konzernbetriebsrats gem. § 58 BetrVG entspricht dabei der Struktur des Gesamtbetriebsrats.

d) Jugend- und Auszubildendenvertretung, §§ 60-73b BetrVG

Für Jugendliche und Auszubildende sieht das BetrVG eine Interessenvertretung vor, welche in den §§ 60 ff. BetrVG näher geregelt ist. Es handelt sich jedoch um kein gleichberechtigtes, neben dem Betriebsrat stehendes, betriebsverfassungsrechtliches Organ,⁴⁰ sondern soll die besonderen Belange dieser Arbeitnehmergruppe innerhalb des Betriebsrats vertreten, weshalb es zwar ein aufschiebendes Vetorecht gegenüber dem Betriebsratsbeschluss hat, aber keine eigenen Rechte gegenüber dem Arbeitgeber, sondern für die Durchsetzung auf den Betriebsrat angewiesen ist.⁴¹ Die Interessenvertretung kann nicht nur auf Betriebsebene, sondern auch auf Unternehmens- und Konzernebene bestehen.

e) Wirtschaftsausschuss §§ 106-110 BetrVG

Der Wirtschaftsausschuss ist kein Ausschuss des Betriebsrats nach § 28 BetrVG, sondern ein eigenständiges Organ neben dem Betriebsrat. Er wird gegenüber dem Betriebsrat in beratender und informierender Weise tätig, wobei sich die Beratung nicht auf den Betrieb, sondern das Unternehmen bezieht. Der Wirtschaftsausschuss muss dann gebildet werden, wenn in der Regel 100 ständige Arbeitnehmer im Unternehmen beschäftigt werden.

f) Einigungsstelle, § 76 BetrVG

Die Einigungsstelle ist als selbstständige Schlichtungsstelle der Betriebsverfassung eine betriebsverfassungsrechtliche Institution eigener Art. Sie kommt immer dann zum Einsatz, wenn sich Arbeitgeber und Betriebsrat über eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme nicht einigen können. Es geht bei der Einigungsstelle also grundsätzlich um eine *Regelungsstreitigkeit* („was Rechtens sein soll“) und keine *Rechtsstreitigkeit* („was Rechtens ist“). Letzteres fällt gem. § 2a ArbGG grundsätzlich in die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitsachen.⁴²

V. System der Mitbestimmung und Mitwirkung

Der Vierte Teil des Betriebsverfassungsgesetzes enthält mit der „Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer“ gleichsam das Herzstück des Betriebsverfassungsrechtes.

1. Beteiligungsrechte des Betriebsrates

Das Beteiligungsrecht ist als (ungeschriebener) Oberbegriff für die verschiedenen Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrates zu verstehen, die ihm zur Erfüllung der betrieblichen Teilhabe in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten zur Verfügung stehen.⁴³ Dabei ist der Betriebsrat regelmäßig nicht frei in der Entscheidung, welches Handlungsinstrument er wählt. Vielfach wird dies durch die entsprechende Rechtsvorschrift bereits vorgegeben.

Hinsichtlich der Abgrenzung der verschiedenen Beteiligungsrechte lassen sich diese nach ihrer Wirkungsintensität gedanklich als „gestuftes System“ begreifen.

a) Mitwirkungsrechte

aa) Informations- bzw. Unterrichtspflicht

Sie stellt die schwächste Mitwirkungsform des BetrVG dar. Zum einen kann eine Informationspflicht dahingehend bestehen, dass es dem Betriebsrat erst durch die Mitteilung möglich ist, aufgrund der mitgeteilten Information ein anderes Mitwirkungsrecht – z.B. § 102 Abs. 1 oder § 99 Abs. 1 BetrVG – auszuführen (sog. akzessorische Informationspflicht). Zum anderen bestehen sog. selbstständige Informationspflichten, bei denen es nur um die Information des Betriebsrats als solchem geht, § 80 Abs. 2 oder § 105 BetrVG.⁴⁴ Regelmäßig geht mit der Informations- und Unterrichtspflicht auch die Pflicht zum Zurverfügungstellen der erforderlichen Unterlagen einher, § 80 Abs. 2 S. 2 BetrVG.⁴⁵ Freilich kann der Betriebsrat bei Einsichtnahme in die – zumeist vertraulichen – Unterlagen der Geheimhaltungspflicht unterliegen, § 79 BetrVG.

bb) Anhörungsrecht

Beim Anhörungsrecht (allgemein § 80 Abs. 1 BetrVG oder speziell § 102 Abs. 1 BetrVG) ist der Betriebsrat bei der Willensbildung des Arbeitgebers miteinzubeziehen, indem der Arbeitgeber die Auffassung nicht nur zur Kenntnis zu nehmen, sondern sich mit dieser auseinandersetzen zu hat. So ist eine Anhörung dann nicht erfolgt, wenn der Entschluss des Arbeitgebers vor der Anhörung bereits „endgültig“ – also unumkehrbar – ist. Allerdings bleibt der Arbeitgeber nach der Anhörung letztlich in seiner endgültigen Entscheidung frei.

Vorsicht hat allerdings bei der „Anhörung“ der Arbeitnehmervertretung im europäischen Kontext zu walten. Der Begriff der Anhörung nach Art. 2g) RL 2002/14/EG, auch Konsultation genannt, entspricht in seinem Wesen dem deutschen Beratungsrecht.⁴⁶

⁴⁰ Kamanabrou (Fn. 16), Rn. 2465 m.w.N.

⁴¹ Ähnlich auch die sog. Schwerbehindertenvertretung nach §§ 94 ff. SGB IX (ab. 1.1.2018: §§ 177 ff. SGB IX).

⁴² Dazu Roos, in: Natter/Gross, Kommentar zum ArbGG, 2. Aufl. 2013, § 2a Rn. 10 ff. mit Ausnahmefällen.

⁴³ Für die Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte ist die Terminologie nicht immer einheitlich, siehe hierzu Kamanabrou (Fn. 16), Rn. 2545.

⁴⁴ Edenfeld, Betriebsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2014, Rn. 200.

⁴⁵ BAG NZA 1989, 929 ff.; zum Begriff der Erforderlichkeit BAG NZA 2000, 837 ff.

⁴⁶ Kocher, Europäisches Arbeitsrecht, 2016, § 6 Rn. 16 ff. und Thüsing (Fn. 9), § 10 Rn. 66.

cc) Beratungsrecht

Das Beratungsrecht (allgemein § 74 Abs. 1 BetrVG oder speziell § 111 S. 1 BetrVG) geht über das Anhörungsrecht hinaus. Der Arbeitgeber muss nicht nur die Meinung des Betriebsrats zur Kenntnis nehmen, sondern muss mit dem Betriebsrat das gemeinsame Gespräch suchen und ernsthaft mit diesem über den Beratungsgegenstand die Vor- und Nachteile abwägen.⁴⁷

dd) Widerspruchsrecht

Der Betriebsrat kann im Fall des § 98 Abs. 2 BetrVG und § 102 Abs. 2 BetrVG der Arbeitgebermaßnahme widersprechen. Dieses Widerspruchsrecht ist von dem sog. Zustimmungsverweigerungsrecht zu trennen. Während die Zustimmungsverweigerung als Mitbestimmungsrecht dazu führt, dass der Arbeitgeber die Maßnahme nicht durchführen kann, hat der Widerspruch keine vergleichbare verhindernde Wirkung. Vielmehr bedarf es weiterer Umstände, um eine Rechtsfolge auszulösen, § 98 Abs. 5 und § 102 Abs. 4, Abs. 5 BetrVG.

b) Mitbestimmungsrechte

Unter die Mitbestimmung fallen die stärksten Beteiligungsrechte des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitgeber.

aa) Arten der Mitbestimmung

Die Mitbestimmung lässt sich unterteilen. Zum einen kann die Mitbestimmung seitens des Betriebsrats darin bestehen, dass er einer betrieblichen Maßnahme des Arbeitgebers die Zustimmung verweigern kann (sog. Widerspruchslösung, auch Zustimmungsverweigerungsrecht genannt) oder die betriebliche Maßnahme des Arbeitgebers bedarf von Anfang an der Mitbestimmung durch den Betriebsrat (sog. Verhandlungslösung oder auch echte Mitbestimmung genannt).⁴⁸

Zudem lässt sich bei Letzterem zwischen der freiwilligen Mitbestimmung und der zwingenden Mitbestimmung differenzieren. Im Gegensatz zur freiwilligen Mitbestimmung, die nur dann zustande kommt, wenn Arbeitgeber und Betriebsrat sich einig sind, kommt es bei der sog. zwingenden Mitbestimmung zu einem Spruch der Einigungsstelle, soweit sich Arbeitgeber und Betriebsrat nicht einig werden. Diese versucht zunächst eine Lösung durch Vermittlung zu finden. Schlagen die Vermittlungsversuche fehl, so erfolgt eine verbindliche Entscheidung durch die Einigungsstelle.

bb) Rechtsfolge bei fehlender Betriebsratsbeteiligung.

Führt der Arbeitgeber betriebliche Maßnahmen, die der zwingenden Mitbestimmung nach § 87 BetrVG oder einem Zustimmungsverweigerungsrecht unterliegen, ohne oder gegen den Willen des Betriebsrats durch, so ist nach überwiegender Ansicht die Maßnahme von Anfang an als unwirksam anzusehen (sog. Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung).⁴⁹ Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit hat zwar keine ausdrückliche Regelung in § 87 BetrVG oder § 99 BetrVG gefunden, allerdings dient die Vorschrift dem Schutz der Arbeitnehmer vor einseitigen Maßnahmen des Arbeitgebers.⁵⁰ Die Arbeitnehmer brauchen somit der einseitigen mitbestimmungsbedürftigen Anordnungen (§ 106 GewO) keine Folge zu leisten; eine Vertragsverletzung kommt insoweit nicht in Betracht.

Auf der anderen Seite führt die Unwirksamkeit der einseitigen Arbeitgebermaßnahme nicht dazu, dass es zu keiner Entlohnung einer auf Grundlage der mitbestimmungswidrigen Anordnung erfolgten Mehrarbeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG) kommt oder der Arbeitgeber die auf einer mitbestimmungswidrigen Abrede erbrachten Leistung zurückfordern darf. Der Arbeitgeber kann sich in diesen Fällen wegen des Einwands des *Rechtsmissbrauchs* gem. § 242 BGB seinerseits nicht auf die fehlende Beteiligung des Betriebsrats berufen.⁵¹

Nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung soll nicht nur die einseitige rechtsgeschäftliche Anordnung des Arbeitgebers, sondern auch die rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber unwirksam sein, sofern sie mitbestimmungspflichtwidrig erfolgt ist. Freilich gelten hier auch wieder Ausnahmen, insb. wenn die mitbestimmungspflichtwidrige Regelung zugunsten des Arbeitnehmers oder auf dessen Wunsch hin erfolgt.⁵²

Nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung soll nicht nur die einseitige rechtsgeschäftliche Anordnung des Arbeitgebers, sondern auch die rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber unwirksam sein, sofern sie mitbestimmungspflichtwidrig erfolgt ist. Freilich gelten hier auch wieder Ausnahmen, insb. wenn die mitbestimmungspflichtwidrige Regelung zugunsten des Arbeitnehmers oder auf dessen Wunsch hin erfolgt.⁵²

⁴⁹ Umfassende Nachweis findet sich in *Wiese*, in: Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 10. Aufl. 2014, § 87 Rn. 99.

⁵⁰ Zur § 87 BetrVG *Preis*, Kollektivarbeitsrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 2237; Zu § 99 BetrVG *Fitting* (Fn. 23), § 99; a.A. *Thüsing* (Fn. 14), § 99 Rn. 335, 336.

⁵¹ BAG AP AZO § 12 Nr. 10 m. Anm. *Schlüter; Schwarze*, in: *Gesamtes Arbeitsrecht*, Bd. 1, 2016, BetrVG § 87 Rn. 43 (daher eigentliche „eingeschränkte Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung“).

⁵² *Kania*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 17. Aufl. 2017, § 87 Rn. 136; BAG NZA 1991, 195 ff. Für eine Genehmigung der Maßnahme LAG Nürnberg, Urt. v. 13.1.2009 – 6 Sa 712/07. Beachte auch die Diskrepanz bei der Frage der Wirksamkeit einer Änderungskündigung: Einerseits *Fitting* (Fn. 23), § 87 Rn. 599 und andererseits *Fitting* (Fn. 23), § 99 Rn. 122. Hier liegt ein wesentlicher Kritikpunkt der Gegenansicht. Grundlegend *Dietz*, in: *Festschrift für Carl Hans Nipperdey zum 60. Geburtstag*, 1955, S. 147 ff. und *Richardi*, in: *Richardi, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, 15. Aufl. 2016, § 87 Rn. 109; *Zöllner/Loritz/Hergenröder* (Fn. 34), § 52 Rn. 97 ff., die die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung in Teilen (zu Recht) als inkonsequent ansehen und daher mit der sog. Theorie der erzwingbaren Mitbestimmung eine flexiblere Lösung präferieren. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob den Betriebsparteien tatsächlich das Recht zusteht, die Arbeitsvertragsvertragsfreiheit insoweit zu verkürzen, oder ob es sich nicht doch um ein bloßes Vollzugshindernis der arbeitsvertraglichen Vereinbarung handelt und so die beiden Interessenspositionen in schonenden Ausgleich bringt.

⁴⁷ *Edenfeld* (Fn. 44), Rn. 200.

⁴⁸ *Kamanabrou* (Fn. 16), Rn. 2553; v. *Hoyningen-Huene*, *Betriebsverfassungsrecht*, 6. Aufl. 2007, § 11 Rn. 7 f. spricht von negativen und positiven Konsensprinzip. Inhaltlich ergeben sich jedoch keine Unterschiede.

Darüber hinaus steht dem Betriebsrat ein allgemeiner – d.h. ohne die Voraussetzung der groben Pflichtverletzung im Sinne des § 23 Abs. 3 BetrVG – Unterlassungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber bzgl. einer mitbestimmungswidrigen Maßnahme aus § 87 BetrVG⁵³. Für eine mitbestimmungswidrige Maßnahme aus § 99 BetrVG gilt § 101 BetrVG als „lex specialis“.⁵⁴

c) Erweiterung der Beteiligungsrechte durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung?

Eine Erweiterung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats sieht das BetrVG ausdrücklich nur in § 102 Abs. 6 BetrVG vor. Danach kann die Wirksamkeit der Kündigung von der Zustimmung des Betriebsrats abhängig gemacht und das Anhörungsrecht in ein sog. Zustimmungsverweigerungsrecht umgewandelt werden.

Darüber hinaus nehmen die Rechtsprechung und Teile der Literatur an, dass die Beteiligungsrechte sowohl durch freiwillige Betriebsvereinbarung⁵⁵ als auch durch Tarifvertrag⁵⁶ erweitert werden können.

Beide Erweiterungsbestrebungen sind jedoch abzulehnen. Wenn die Erweiterung des Beteiligungsrechts durch freiwillige Betriebsvereinbarung durch die umfassende Regelkompetenz der Betriebspartner begründet wird, so ist das nicht schon allein deshalb abzulehnen, weil es eine solche umfassende Regelungskompetenz nicht gibt⁵⁷, sondern auch deshalb, weil damit die durch den Gesetzgeber paritätisch verteilte Regelungsmacht auf Betriebs- und Unternehmensebene so zum bloßen disponiblen Modell reduziert wird.⁵⁸ Die Beteiligungsrechte sind durch staatlichen Rechtsakt vorgegeben. Auch eine Erweiterung der Beteiligungsrechte durch Tarifvertrag scheidet an der unterschiedlichen Legitimationsbasis zwischen Tarifautonomie (freiwillige Mitgliedschaft) und Betriebsautonomie (staatliche Delegation).⁵⁹

2. Bereiche

Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats finden in drei verschiedenen Angelegenheitsbereichen Anwendung. So bestehen Beteiligungsrechte in sozialen (§§ 87 f. BetrVG), perso-

nellen (§§ 92 ff. BetrVG) und wirtschaftlichen Angelegenheiten (§§ 106 ff. BetrVG).

Die Besonderheit bei den Beteiligungsrechten in wirtschaftlichen Angelegenheiten ist, dass es hier keine Mitbestimmungsrechte seitens des Betriebsrats gibt. Grund hierfür ist, dass ein Mitbestimmungsrecht einen unzulässigen Eingriff in die freie unternehmerische Sphäre, die der Gestaltungsmacht der betrieblichen Arbeitnehmervertretung entzogen ist, darstellt.⁶⁰ Eine scheinbare Ausnahme bildet § 112 BetrVG. Allerdings handelt es sich hierbei um kein Mitbestimmungsrecht bzgl. der konkreten wirtschaftlichen Entscheidung, sondern um eine Mitbestimmung hinsichtlich der Folgen der Unternehmerentscheidung.

a) Soziale Angelegenheiten

Nach überwiegender Auffassung geht es bei den sozialen Angelegenheiten nicht nur um die sog. betrieblichen Angelegenheiten, u.a. betrieblichen Arbeitsschutz, Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer und Lage der Arbeitszeit im Betrieb, sondern um alle mit der Gestaltung der Arbeitsbedingungen im weitesten Sinne zusammenhängenden Fragen.⁶¹

Wohl die rechtlich relevanteste Norm im gesamten BetrVG stellt der Mitbestimmungskatalog des § 87 BetrVG⁶² dar, bei der es sich um eine zwingende Mitbestimmung handelt. § 88 BetrVG enthält weitere nicht abschließende Tatbestände, die allerdings nur der freiwilligen Mitbestimmung unterliegen.

aa) Soziale Angelegenheiten nach § 87 BetrVG

§ 87 BetrVG bildet gleichsam das Herzstück der sozialen Angelegenheiten und der betrieblichen Mitbestimmung.⁶³ Es handelt sich dabei um einen enumerativen Regelungskatalog, der zwingenden Mitbestimmung. Der Arbeitgeber kann somit keine wirksame Regelung zu diesen aufgezählten Bereichen treffen, ohne dass der Betriebsrat in diesen Fragen mitbestimmt hat.

Charakteristisch für die mitbestimmungspflichtigen Tatbestände ist der kollektive Bezug, d.h. die Regelungen beziehen sich nicht auf das konkrete Arbeitsverhältnis, sondern betreffen die Arbeitsbedingung abstrakt-generell.⁶⁴ Eine Ausnahme hierzu bilden § 87 Abs. 1 Nr. 5 und Nr. 9 BetrVG,

⁵³ BAG NZA 1995, 40 ff.

⁵⁴ BAG NZA 2009, 1430 ff.

⁵⁵ BAG AP Nr. 3 zu § 57 BetrVG; *Fitting* (Fn. 23), § 1 Rn. 249; *Matthes*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 238 Rn. 14; *Richardi* (Fn. 52), Einl. Rn. 140; a.A. *Kamanabrou* (Fn. 16), Rn. 2558.

⁵⁶ BAG NZA 1987, 779 ff.; BAG NZA 1988, 699 ff.; BAG NZA 2005, 371 ff.; *Däubler*, in: Däubler u.a., Kommentar zum BetrVG, 15. Aufl. 2016, Einl. Rn. 89; *Kania* (Fn. 52), § 87 Rn. 139 ff.; *Fitting* (Fn. 23), § 1 Rn. 257; in engen Grenzen auch *Löwisch/Rieble*, Kommentar zum TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 519 ff.

⁵⁷ Dazu sogleich.

⁵⁸ Vgl. *Hromadka/Maschmann* (Fn. 15), § 16 Rn. 8.

⁵⁹ *Richardi*, NZA 1988, 673 (676); zustimmend *Kamanabrou* (Fn. 16), Rn. 2560.

⁶⁰ Diese Aufgabe unterliegt der Unternehmensmitbestimmung. Die Gestaltungsmacht kann nur im Zusammenhang mit dem Arbeitszweck bestehen, welcher maßgebliches Unterscheidungskriterium zwischen dem Betriebs- und Unternehmensbegriff ist.

⁶¹ *Richardi* (Fn. 52), Vor §§ 87 ff. Rn. 3 und Vor §§ 74 ff. Rn. 7.

⁶² Die Kommentierung zu § 87 BetrVG umfasst im Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz 371 Seiten mit 1084 Randnummern.

⁶³ So *Krause*, JA 2013, 388 (389).

⁶⁴ BAG NZA 1995, 857 ff.; *Löwisch/Caspers/Klumpp* (Fn. 5), Rn. 1401.

indem dort auch auf individuelle Maßnahmen abgestellt wird.⁶⁵

Nicht unumstritten ist auch, ob durch § 87 BetrVG eine Änderung des Arbeitsvertragsinhalts möglich ist. So wird überwiegend angenommen, dass bei einer Einführung von Kurzarbeit, welche vom Mitbestimmungstatbestand § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG umfasst ist, durch die Betriebsvereinbarung die Arbeitsverhältnisse entsprechend abgeändert werden und es einer Änderungskündigung des Arbeitgebers insoweit nicht mehr bedarf.⁶⁶

bb) Freiwillige soziale Angelegenheiten nach § 88 BetrVG

Neben der zwingenden Mitbestimmung in § 87 BetrVG bestehen in § 88 BetrVG noch weitere Angelegenheiten, die der freiwilligen Mitbestimmung unterliegen. Die in § 88 BetrVG genannten Angelegenheiten betreffen dabei verschiedene Aspekte in Bezug auf den Betrieb. Im Gegensatz zu § 87 BetrVG ist § 88 BetrVG nicht abschließend. Daraus leitet die überwiegende Ansicht unter anderem eine umfassende Regelungskompetenz der Betriebsratsparteien ab.⁶⁷

b) Personelle Angelegenheiten

Die wesentlichen personellen Angelegenheiten lassen sich im Wesentlichen kurz und prägnant zusammenfassen als Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung, Versetzung und Kündigung, wobei sich nur letztere nach § 102 BetrVG richtet. Alle anderen sind Tatbestände des § 99 BetrVG. Daneben sind in den §§ 92-98 BetrVG die Beteiligungsrechte des Betriebsrats in sog. allgemeinen personellen Angelegenheiten, wie z.B. Personalplanung, Beschäftigungssicherung und Ausschreibung von Arbeitsplätzen näher geregelt.

aa) Personelle Maßnahmen nach § 99 BetrVG

(1) Allgemeines

Nach § 99 hat der Arbeitgeber den Betriebsrat bei den eben genannten Maßnahmen zu unterrichten. Der Betriebsrat hat dann ein Mitbestimmungsrecht im Wege der Widerspruchslösung. Der Betriebsrat kann der Maßnahme widersprechen, wenn ein Grund nach § 99 Abs. 2 BetrVG vorliegt. Den Widerspruch muss der Betriebsrat in Textform innerhalb der Mitteilungsrechte nach § 99 Abs. 3 BetrVG geltend machen.

Der Arbeitgeber hat dann die Möglichkeit eines Zustimmungsersetzungsverfahrens beim zuständigen Arbeitsgericht nach § 99 Abs. 4 BetrVG.

(2) Mitbestimmung bei Einstellung und Versetzung

Die herrschende Meinung unterscheidet zwischen einer Einstellung bzw. Versetzung im individualrechtlichen Sinne (= Abschluss des Arbeitsvertrags bzw. Änderungsvertrags) und der Einstellung bzw. Versetzung im kollektivrechtlichen Sinne (= Eingliederung in die Betriebsstruktur bzw. Zuwei-

sung eines anderen Arbeitsbereichs). Nur bei letzteren hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG.⁶⁸ Der Ansicht, die die Mitbestimmung auch auf den Vertragsabschluss erstrecken will, ist nicht zu folgen.⁶⁹ Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich nicht nur auf den Schutz des künftigen Arbeitnehmers sondern auch auf den Schutz der übrigen Arbeitnehmer im Betrieb.⁷⁰ So kann es sein, dass der künftige Arbeitnehmer aus persönlichen oder betrieblichen Gründen den Betriebsablauf oder die Zusammenarbeit im Betrieb negativ beeinflussen könnte. Mit dem Abschluss des Arbeitsvertrags als solches hat das nichts zu tun. Insoweit fehlt für die Versagung der Wirksamkeit des Arbeitsvertrags durch den Widerspruch des Betriebsrats, was einen Eingriff in die individuelle Vertragsfreiheit bedeutet, die notwendige Rechtfertigung.

Widerspricht der Betriebsrat der Eingliederung, so kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht auf dem Arbeitsplatz einsetzen und kommt damit regelmäßig in Annahmeverzug, wobei ihm natürlich die Möglichkeit der Kündigung offensteht. Widerspricht der Betriebsrat der Versetzung, so kann der Arbeitnehmer der Versetzungsanordnung des Arbeitgebers keine Folge leisten. Die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats führt jedoch nicht dazu, dass der versetzungswillige Arbeitnehmer an seinen alten Arbeitsplatz gebunden ist.⁷¹

bb) Anhörung nach § 102 BetrVG

§ 102 BetrVG ist trotz seiner amtlichen (!) Überschrift kein echtes Mitbestimmungsrecht, sondern lediglich ein Anhörungsrecht.⁷² Wesentlicher Unterschied ist, dass der Widerspruch des Betriebsrates keine Auswirkungen auf die Kündigung hat, wenn die Anhörung durch den Arbeitgeber ordnungsgemäß erfolgt ist. Bei Widerspruch des Betriebsrats kann der betroffene Arbeitnehmer jedoch einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG geltend machen, soweit der Widerspruch ordnungsgemäß erfolgte und die weiteren Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG vorliegen.⁷³

Die Anhörung des jeweils örtlichen Betriebsrates muss vor jeder Kündigung erfolgen, das heißt der Betriebsrat muss vor Ausspruch der Kündigung angehört werden. So ist nach Rechtsprechung des BAG⁷⁴ eine Anhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG dann nicht mehr rechtzeitig erfolgt, wenn die Kündi-

⁶⁵ Kania (Fn. 52), § 87 Rn. 6.

⁶⁶ Richardi (Fn. 52), § 87 Rn. 335; Kania (Fn. 52), § 87 Rn. 31; Seel, JA 2009, 805 (807); kritisch zu Recht Löwisch/Caspers/Klumpp (Fn. 5), Rn. 1420.

⁶⁷ Dazu sogleich.

⁶⁸ Löwisch/Kaiser, Kommentar zum BetrVG, 6. Aufl. 2010, § 99 Rn. 3; Matthes (Fn. 55), § 352 Rn. 7; v. Hoyningen-Huene (Fn. 48), S. 313; Thüsing (Fn. 14), § 99 Rn. 26

⁶⁹ Schlochauer, in: Hess u.a., Kommentar zum BetrVG, 9. Aufl. 2014, § 99 Rn. 22; Raab, in: Gemeinschaftskommen-tar zum Betriebsverfassungsgesetz, 10. Aufl. 2014, § 99 Rn. 23 f. mit ausführlicher Begründung.

⁷⁰ Thüsing (Fn. 14), § 99 Rn. 26.

⁷¹ BAG NZA 1991, 195 ff.

⁷² Eine Ausnahme bildet der bereits erwähnte § 102 Abs. 6 BetrVG.

⁷³ Zum Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 BetrVG Lingemann/Steinhausser, NJW 2015, 844 ff.

⁷⁴ BAG NJW 1976, 1766 ff.

gungserklärung den Machtbereich des Arbeitgebers verlassen hat, bevor die Stellungnahme durch den Betriebsrat erfolgte, dagegen nicht bereits dann, wenn das Kündigungsschreiben lediglich fertiggestellt worden ist.

Auf andere Beendigungstatbestände wie den Aufhebungsvertrag, die Anfechtung oder das Befristungsende findet § 102 BetrVG aufgrund seines eindeutigen Wortlautes keine Anwendung.

Nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG ist die Kündigung ohne Anhörung unwirksam. Die überwiegende Ansicht „erweitert“ zu Recht die Rechtsfolgenanordnung auch auf fehlerhaft erfolgte Anhörungen, sodass § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG als „ohne ordnungsgemäße Anhörung“ zu lesen ist.

Dabei wird hinsichtlich der Unwirksamkeitsfolge zwischen zwei Stadien der Anhörung differenziert. So führen Fehler im sog. Anhörungsverfahren, also Fehler die in der Sphäre des Arbeitgebers liegen, stets zur Unwirksamkeit der Kündigung. Fehler im sog. Beschlussverfahren, also diejenigen Fehler, die in der Sphäre des Betriebsrats liegen, beeinflussen die Anhörung und damit die Wirksamkeit der Kündigung nicht.⁷⁵ Das gilt grds. auch dann, wenn der Arbeitgeber von dem Verfahrensmangel weiß oder nach den Umständen weiß oder wissen muss.⁷⁶ Eine Ausnahme ist zu machen, wenn der Arbeitgeber den Fehler im Beschlussverfahren durch unsachgemäßes Verhalten selbst veranlasst hat.⁷⁷

c) Wirtschaftliche Angelegenheiten

Der Schwerpunkt der wirtschaftlichen Angelegenheiten liegt bei dem Interessenausgleich und dem Sozialplanverfahren, welches sich nach den §§ 111 ff. BetrVG bestimmt. Grundvoraussetzung ist das Vorliegen einer sog. Betriebsänderung. Hierfür muss eine der in den § 111 S. 3 genannten Änderungen vorliegen und die Änderung muss wesentliche Nachteile für die Arbeitnehmer mit sich bringen. Liegt eine Betriebsänderung vor, so besteht eine Beteiligung des Betriebsrats in Gestalt des Interessenausgleichs (§ 112 Abs. 1 S. 1 BetrVG) und Sozialplans (§ 112 Abs. 1 S. 2 BetrVG), wobei beide stets voneinander zu trennen sind. Während der Interessenausgleich gleichsam Ablaufplan hinsichtlich der Durchführung der Betriebsänderung darstellt, soll der Sozialplan einen wirtschaftlichen Ausgleich in Geld für die von der Betriebsänderung betroffenen Arbeitnehmer schaffen.

Zudem ist der Interessenausgleich anders als der Sozialplan keine Betriebsvereinbarung. Auch ist der Interessenausgleich nicht erzwingbar, der Sozialplan schon. Allerdings hat der Arbeitgeber einen Interessenausgleich zu versuchen, um nicht einer Abfindungsverpflichtung gegenüber den von der

Betriebsänderung betroffenen Arbeitnehmern ausgesetzt zu sein, sog. Nachteilsausgleich § 113 Abs. 3 BetrVG. Ob es darüber hinaus einen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitgeber gibt, die Betriebsänderung nicht vor Versuch eines Interessenausgleichs durchzuführen, wird in der Instanzrechtsprechung unterschiedlich beantwortet.⁷⁸

VI. Eigene Rechte des Arbeitnehmers, §§ 81 ff. BetrVG

Die § 81 ff. BetrVG⁷⁹ sehen Individualrechte des einzelnen Arbeitnehmers vor, die unabhängig vom Bestehen eines Betriebsrats sind. Hier findet keine kollektive Mitbestimmung durch den Betriebsrat, sondern eine individuelle durch den Arbeitnehmer statt. Daher sind die Regelungen primär Teil des Arbeitsvertragsrechts, jedoch wegen des Sachzusammenhangs im BetrVG zu finden.⁸⁰

§ 81 Abs. 1 S. 1 BetrVG etwa verpflichtet den Arbeitgeber, den Arbeitnehmer über dessen Aufgaben und die damit einhergehende Verantwortung sowie diesbezügliche Änderungen, § 81 Abs. 2 BetrVG, zu unterrichten. Auch ist der Arbeitnehmer über Unfall- und Gesundheitsgefahren zu belehren, § 81 Abs. 1 S. 2 BetrVG (siehe auch § 12 ArbSchG). Nach § 82 Abs. 2 S. 1 BetrVG kann der Arbeitnehmer verlangen, dass ihm Berechnung und Zusammensetzung seines Lohns dargelegt und mit ihm seine Leistungsbeurteilung und mögliche Aufstiegschancen besprochen werden. In dieser Sache kann der Arbeitnehmer ein Mitglied des Betriebsrats hinzuziehen, § 82 Abs. 2 S. 2 BetrVG. Weiter hat der Arbeitnehmer gem. § 83 Abs. 1 S. 1 BetrVG einen Anspruch auf Einsicht in seine Personalakte inklusive der Möglichkeit, dieser eigene Erklärungen hinzuzufügen, § 83 Abs. 2 BetrVG. Auch hier darf er sich durch ein Mitglied des Betriebsrats unterstützen lassen, § 83 Abs. 1 S. 2 BetrVG.

Erweitert werden die Rechte durch den neuen Auskunftsanspruch des Arbeitnehmers gegen den Betriebsrat – der sich wiederum an den Arbeitgeber wendet – gerichtet auf die Kriterien und Verfahren der Entgeltfindung für Vergleichstätigkeiten und das Vergleichsentgelt als Median einer Gruppe von mind. sechs Arbeitnehmern des jeweils anderen Geschlechts nach §§ 14 Abs. 1, 15 Abs. 2, 10 EntgTranspG⁸¹.

⁷⁸ Hierzu die Übersicht in *Annuß*, in: Richardi, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 15. Aufl. 2016, § 111 Rn. 166.

⁷⁹ Im Folgenden können nur einige Individualrechte exemplarisch dargestellt werden, siehe ausführlich *Fitting* (Fn. 23), §§ 81-86a und Überblick bei *Zöllner/Loritz/Hergenröder* (Fn. 34), § 54.

⁸⁰ *Fitting* (Fn. 23), § 81 Rn. 1 f.; *Buschmann*, in: Däubler u.a., BetrVG Kommentar, 15. Aufl. 2016, § 81 Rn. 1; *Zöllner/Loritz/Hergenröder* (Fn. 34), § 54 Rn. 1: Die Rechte aus den § 81 ff. BetrVG ergeben sich auch schon als Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis.

⁸¹ Eine Einführung in das EntgTranspG geben *Bauer/Romero*, NZA 2017, 409 ff.; sehr kritisch zum EntgTranspG *Thüsing*, BB 2017, 565 ff. Siehe zum EntgTranspG auch die Aufsätze in NZA 13/2017.

⁷⁵ BAG AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 4; BAG NZA 2006, 990 ff. Nicht aber, wenn keine Stellungnahme des Betriebsratsgremiums, sondern nur eine persönliche Äußerung des Betriebsratsvorsitzenden vorliegt. In diesem Fall kommt es zu keiner fehlerhaften, sondern zu gar keiner Anhörung des Betriebsrats, BAG NZA 2013, 665 (669 Rn. 44).

⁷⁶ BAG NZA 2004, 1330 ff.; BAG NZA 2006, 990 ff.; *Thüsing* (Fn. 14), § 102 Rn. 130; *Kania* (Fn. 52), § 102 Rn. 26.

⁷⁷ BAG NZA 2004, 1330 ff.; BAG NZA 2006, 990 ff.; *Thüsing* (Fn. 14), § 102 Rn. 130; *Kania* (Fn. 52), § 102 Rn. 26.

VII. Die Betriebsvereinbarung

1. Entstehung und Wirkung

Das wichtigste Regelungsinstrument für die betriebliche Ordnung ist die Betriebsvereinbarung (BV), von *Fitting* anschaulich als „Gesetz des Betriebs“⁸² bezeichnet. Sie wird als „privatrechtlicher kollektiver Normenvertrag“⁸³ von Arbeitgeber und (Konzern-/Gesamt-)Betriebsrat geschlossen und ist von beiden zu unterzeichnen⁸⁴ sowie schriftlich niederzulegen, § 77 Abs. 2 S. 1, 2 BetrVG. Der Arbeitgeber ist gem. § 77 Abs. 2 S. 3 BetrVG gehalten, sie sodann an geeigneter Stelle im Betrieb auslegen, was allerdings nach überwiegender Ansicht nicht konstitutiv für die Wirksamkeit der BV ist.⁸⁵

Die Normen der BV wirken gem. § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG unmittelbar und zwingend, also ähnlich wie ein Gesetz, auf das Arbeitsverhältnis ein.⁸⁶ Es sind keine weiteren Umsetzungsakte, wie etwa eine Übernahme in den Arbeitsvertrag, erforderlich (unmittelbar). Ein Abweichen zuungunsten der Arbeitnehmer ist nicht möglich (zwingend), es sei denn, die Betriebsparteien haben eine Öffnungsklausel vereinbart.⁸⁷ Auch kann auf Rechte aus einer BV nur mit Zustimmung des BR verzichtet werden, § 77 Abs. 4 S. 2 BetrVG, die Verwirkung ist gem. § 77 Abs. 4 S. 3 BetrVG ausgeschlossen und Ausschlussfristen sowie eine Abkürzung der Verjährungsfristen sind nur im TV oder einer BV möglich, § 77 Abs. 4 S. 4 BetrVG. Im Übrigen gilt das Günstigkeitsprinzip, d.h. zugunsten des Arbeitnehmers darf im Arbeitsvertrag von der BV abgewichen werden. Zwar ist es anders als in § 4 Abs. 3 TVG im Wortlaut des § 77 Abs. 4 BetrVG nicht erwähnt, jedoch auch im Betriebsverfassungsrecht allgemein anerkannt.⁸⁸ Die Auslegung einer BV richtet sich wegen deren normativen Charakters nach den für Gesetze und Tarifverträge geltenden Grundsätzen.⁸⁹

Eine BV kann, wenn nichts anderes vereinbart ist, gem. § 77 Abs. 5 BetrVG mit einer Frist von drei Monaten gekündigt werden. Sie kann auch aus anderen Gründen enden, wie z.B. einer einvernehmlichen Aufhebung oder bei Befristung mit Zeitablauf.⁹⁰ Wenn die BV endet, schließt sich im Falle

einer erzwingbaren BV die Nachwirkung gem. § 77 Abs. 6 BetrVG an.⁹¹

Abzugrenzen ist die Betriebsvereinbarung mit ihrer unmittelbaren und zwingenden Wirkung von der sog. Regelungsabrede, die Arbeitgeber und Betriebsrat nur schuldrechtlich bindet und mangels normativer Wirkung einzeln im jeweiligen Arbeitsverhältnis umgesetzt werden muss, z.B. durch das Direktionsrecht oder individualvertragliche Vereinbarung.⁹²

2. Umfang der Regelungskompetenz

a) Herrschende Meinung: Umfassende Regelungskompetenz

Inhaltlich haben die Betriebsparteien nach herrschender Meinung eine umfassende, „globale“⁹³ Kompetenz zur Regelung von materiellen und formellen Arbeitsbedingungen (Inhalts-, Abschluss-, Beendigungsnormen⁹⁴) sowie betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Fragen, die über die explizit im BetrVG erwähnten Mitbestimmungstatbestände, z.B. in §§ 87 Abs. 1 oder 112 Abs. 1, Abs. 4, 112a, hinausgeht.⁹⁵ Davon ist auch umfasst, in freiwilligen BV für den Arbeitnehmer belastende Regelungen zu vereinbaren.⁹⁶ Das lässt sich einerseits aus § 88 BetrVG ableiten, der eine nicht abschließende („Durch BV können *insbesondere* geregelt werden [...]“) Aufzählung von möglichen Regelungsgegenständen einer freiwilligen, also nicht erzwingbaren, BV enthält. Zum anderen setzt § 77 Abs. 3 BetrVG implizit die umfassende Regelungskompetenz voraus, indem er umgekehrt zum Schutz der Tarifautonomie deren Ausübung beschränkt.⁹⁷ Flankierend dazu wird § 28 Abs. 1 SprAuG angeführt, nach dem Arbeitgeber und Sprecherausschuss Richtlinien über Inhalt, Abschluss oder Beendigung von Arbeitsverhältnissen leitender Angestellter vereinbaren können. Insoweit ist nämlich nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber dem Sprecherausschuss mehr Befugnisse einräumen wollte als dem Betriebsrat.⁹⁸

⁸² *Fitting* (Fn. 23), § 77 Rn. 12.

⁸³ H.M.: BAG NZA 2015, 943 (694 Rn. 35); BAG NZA 2007, 825 (829 Rn. 37); *Fitting* (Fn. 23), § 77 Rn. 13.

⁸⁴ Soweit sie nicht auf Einigungsstellenspruch beruht, § 77 Abs. 2 S. 2 a.E. BetrVG.

⁸⁵ *Kania* (Fn. 52), § 77 Rn. 23; a.A. *Zöllner/Loritz/Hergenröder* (Fn. 34), § 50 Rn. 22 f.

⁸⁶ BAG NZA 2007, 453 (454 f. Rn. 16 f.); *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2016, § 14 Rn. 915; *Fitting* (Fn. 23), § 77 Rn. 124 f.

⁸⁷ *Hromadka/Maschmann* (Fn. 15), § 16 Rn. 403.

⁸⁸ BAG NZA 2013, 916 (920 Rn. 55); *Hromadka/Maschmann* (Fn. 15), § 16 Rn. 403.

⁸⁹ BAG NZA 2016, 1081 (1084 Rn. 20); *Richardi* (Fn. 52), § 77 Rn. 115 f.

⁹⁰ *Kamanabrou* (Fn. 16), Rn. 2591.

⁹¹ § 77 Abs. 6 BetrVG ist dispositiv, d.h. die Betriebspartner können abweichende Vereinbarungen treffen.

⁹² *Zöllner/Loritz/Hergenröder* (Fn. 34), § 50 Rn. 19 ff.; *Hromadka/Maschmann* (Fn. 15), § 16 Rn. 414 ff.

⁹³ BAG NZA 1990, 816 (818).

⁹⁴ Abschlussnormen binden jedoch nur den Arbeitgeber, da der Betriebsrat nicht für Bewerber zuständig ist, sondern nur für Arbeitnehmer, *Hromadka/Maschmann* (Fn. 15), § 16 Rn. 361.

⁹⁵ BAG NZA 2015, 943 (946 Rn. 31 m.w.N.); *Hromadka/Maschmann* (Fn. 15), § 16 Rn. 360 f.; a.A. *Richardi* (Fn. 52), § 77 Rn. 67; *Waltermann*, RdA 2007, 257 (260 ff.), jeweils m.w.N.

⁹⁶ BAG NZA 2007, 453 (454 Rn. 13); *Fitting* (Fn. 23), § 77 Rn. 46.

⁹⁷ BAG NZA 2013, 916 (918 Rn. 23); *Hromadka/Maschmann* (Fn. 15), § 16 Rn. 360.

⁹⁸ BAG NZA 1990, 816 (818 Rn. 27); *Kania* (Fn. 52), § 88 Rn. 1.

b) *Einwände gegen eine umfassende Regelungskompetenz*

Der Annahme einer umfassenden Regelungskompetenz sollte man jedoch nicht unbedenken folgen.⁹⁹

Unabhängig davon, dass es sich bei einer umfassenden Regelungskompetenz schon nicht mehr um bloße soziale Angelegenheiten handelt,¹⁰⁰ spricht bereits die systematische Stellung von § 88 BetrVG gegen eine solche umfassende Regelungskompetenz. Bei einem solchen Verständnis würde nicht nur die allgemeinere Norm nach der spezielleren Norm stehen, sondern würde zudem die gesetzliche Differenzierung zwischen personellen, wirtschaftlichen und sozialen Angelegenheiten ein Stück weit egalisiert.¹⁰¹ Auch weisen die genannten Angelegenheiten – u.a. betrieblicher Umweltschutz, Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit im Betrieb – nicht darauf hin, dass § 88 BetrVG eine umfassende Regelungskompetenz statuieren soll. Gegen einen Erst-Recht-Schluss aus § 28 Abs. 1 SprAusG spricht, dass es sich um eine Sonderregelung handelt und insoweit ein Erst-Recht-Schluss einer besonderen Begründung bedarf.¹⁰² Auch ist ein Umkehrschluss aus § 77 Abs. 3 BetrVG nicht zwingend.¹⁰³ Im Ergebnis würde eine umfassende Regelungskompetenz der Betriebspartner dazu führen, dass sie der Regelungskompetenz der Tarifvertragsparteien im Wesentlichen entsprechen würde. Im Gegensatz zu den Tarifvertragsparteien können die Betriebsparteien ihre Legitimation aber nicht aus der freiwilligen Mitgliedschaft der Arbeitnehmer ziehen; es handelt sich vielmehr um eine zwangskorporatistische Ordnung, die für eine unmittelbare und zwingende Regelung gegenüber dem Arbeitsvertrag und damit für die Beschränkung (Eingriff) der Arbeitsvertragsfreiheit einer gesetzlichen Grundlage als Legitimation bedarf.¹⁰⁴ Die bestehenden materiellrechtlichen Vorgaben aus § 88 oder § 77 Abs. 3 BetrVG reichen für die Beschränkung der Arbeitsvertragsfreiheit mangels hinreichender Bestimmtheit nicht aus. Auch die Wahl des Betriebsrats nach demokratischen Grundsätzen reicht nicht aus, um den Betriebsparteien eine umfassende

Regelungskompetenz zuzusprechen, da sich nicht mit einer tatsächlichen staatlich-demokratischen Legitimation gleichgesetzt werden darf.¹⁰⁵ Die Wahl ist vielmehr Rechtfertigung dafür, dass *der Staat* eine Betriebsautonomie schaffen darf, die die Arbeitsvertragsfreiheit der Arbeitnehmer im gesetzlich vorgesehenen Maße begrenzt.¹⁰⁶

3. *Grenzen der Regelungskompetenz*

a) *Zwingendes staatliches Recht*

Die von der überwiegenden Auffassung angenommene umfassende Regelungskompetenz der Betriebsparteien besteht allerdings nur innerhalb bestimmter Grenzen. Zum einen sind die Vorgaben des zwingenden staatlichen Rechts zu beachten.¹⁰⁷ Als „Magna Charta der Betriebsverfassung“¹⁰⁸ legt § 75 BetrVG, der Arbeitgeber und Betriebsrat darauf verpflichtet die Betriebsangehörigen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit gleich zu behandeln, das Fundament, auf dem die betriebliche Ordnung errichtet werden darf. Über § 75 BetrVG kommt es auch zu einer mittelbaren Grundrechtsbindung der Betriebsparteien, etwa an die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer aus Art. 12 Abs. 1 GG.¹⁰⁹

b) *Inbesondere: Vorrang des Tarifvertrags gem. § 77 Abs. 3 BetrVG*

Zum anderen sperrt § 77 Abs. 3 BetrVG zum Schutze der „ausgeübten und aktualisierten Tarifautonomie“¹¹⁰ die Regelungskompetenz der Betriebsparteien, soweit es sich um „Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden“ handelt. Könnten nämlich Arbeitgeber und Betriebsrat sämtliche Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarung festlegen, würden die Koalitionen auf einem zentralen Betätigungsfeld, nämlich dem Abschluss von Tarifverträgen, massiv in ihrer Funktionsfähigkeit geschwächt.¹¹¹ Der Betriebsrat soll sich nicht als „beitragsfreie Ersatzgewerkschaft“ gerieren dürfen.¹¹² Daher gilt im Verhältnis zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung auch nicht das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG, sprich auch eine für den

⁹⁹ Richardi (Fn. 52), § 77 Rn. 69 m.w.N.

¹⁰⁰ Chr. Picker, in: Bieder/Hartmann (Hrsg.), Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2012, S. 103 (125); kritisch auch Waltermann, Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2016, Rn. 877.

¹⁰¹ Waltermann, NZA 1996, 357 (360).

¹⁰² Zur Analogiefähigkeit von Spezialregelungen instruktiv Würdinger, JuS 2008, 949 ff.

¹⁰³ Linsenmaier, RdA 2008, 1 (4): nicht aussagenlogisch zwingend, aber aufdrängend.

¹⁰⁴ Waltermann, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, 1996, S. 148 ff. *ders.*, RdA 2007, 257 (263). Zum Verständnis: Die Notwendigkeit der Legitimationsgrundlage für den Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit bezieht sich nicht unmittelbar auf die Betriebsparteien, sondern richtet sich gegen den Gesetzgeber, der den Betriebsparteien diese Macht gegenüber den Arbeitsvertragsparteien, insb. dem Arbeitnehmer, einräumt. Die Betriebsparteien unterliegen im Rahmen ihrer Handlung den allg. gesetzlichen Schranken unter Berücksichtigung von § 75 BetrVG.

¹⁰⁵ Auch E. Picker, NZA 2002, 761 (769 f.) und Chr. Picker (Fn. 100), S. 103 (116). Etwas unklar Linsenmaier, RdA 2008, 1 (5): zwar eine „nicht gering zu achtende Legitimation“ aber „kein selbstständiger individualrechtlicher Unterwerfungsakt“.

¹⁰⁶ Vgl. BVerfG NJW 2005, 45 ff.

¹⁰⁷ Wenn es – wie häufig im Arbeitsrecht – eine zu Lasten des Arbeitgebers einseitig zwingende Norm gibt, kann von ihr aber zugunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden, Hromadka/Maschmann (Fn. 15), § 16 Rn. 363.

¹⁰⁸ Maschmann, in: Richardi, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 15. Aufl. 2016, § 75 Rn. 1.

¹⁰⁹ BAG NZA 2013, 916 (918 Rn. 26); Zöllner/Loritz/Hergeneröder (Fn. 34), § 50 Rn. 48.

¹¹⁰ BAG NZA 2017, 522 (523 Rn. 16).

¹¹¹ BAG NZA 2017, 522 (523 Rn. 16).

¹¹² Hromadka, in: Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag, 1998, S. 337 (345).

Arbeitnehmer günstigere Betriebsvereinbarung wäre, soweit sie § 77 Abs. 3 BetrVG unterfällt, unwirksam.¹¹³ Die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG setzt überdies nicht voraus, dass Arbeitgeber oder Arbeitnehmer selbst tarifgebunden sind.¹¹⁴ Der Tarifvertrag kann allerdings ausdrücklich eine Öffnungsklausel vorsehen, die ergänzende (§ 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG) und auch abweichende Betriebsvereinbarungen gestattet.¹¹⁵

Mit Arbeitsentgelt gem. § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG sind vermögenswerte Leistungen des Arbeitgebers gemeint, also insb. der Lohn, aber etwa auch Prämien, Gratifikationen oder Urlaubsgeld.¹¹⁶ Die neben dem Arbeitsentgelt in § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG genannten sonstigen Arbeitsbedingungen sind nach überwiegender Meinung weit zu verstehen und umfassen nicht nur materielle Arbeitsbedingungen als das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, sondern sämtliche Regelungen, die Inhaltsnormen im Sinne des § 1 Abs. 1 TVG sein können¹¹⁷, z.B. über Ausschlussfristen oder die Lage der Arbeitszeit.¹¹⁸

Durch Tarifvertrag geregelt und somit für eine Betriebsvereinbarung gesperrt gem. § 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 BetrVG sind die Arbeitsentgelte und sonstigen Arbeitsbedingungen, wenn sie Teil eines abgeschlossenen Tarifvertrages sind, in dessen räumlichen, betrieblichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich der jeweilige Betrieb fällt.¹¹⁹ Davon abgesehen genügt es für die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 BetrVG bereits, dass die Arbeitsbedingungen üblicherweise tariflich gesetzt werden. Üblich ist eine tarifliche Regelung, wenn sie in der Vergangenheit bereits Teil eines Tarifvertrages war und die Tarifvertragsparteien nun Verhandlungen um einen neuen Tarifvertrag mit dieser Regelung führen.¹²⁰ Die Zeit zwischen dem etwa aufgrund einer Kündigung abgelaufenen und sich in der Nachwirkung gem. § 4 Abs. 5 TVG befindlichen Tarifvertrags und dessen Neuausschluss lässt die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG also nicht entfallen.¹²¹ Die Tarifüblichkeit ist jedoch abzulehnen, soweit die Regelung bislang nicht Bestandteil eines

Tarifvertrags war, selbst wenn durch die Tarifvertragsparteien eine Regelung für die Zukunft angestrebt bzw. diesbezüglich schon verhandelt wird.¹²² Auch wenn eine Tarifvertragspartei z.B. in Folge einer Satzungsänderung tarifunfähig wird oder sich auflöst, besteht keine Tarifüblichkeit mehr.¹²³

Eine Betriebsvereinbarung, die gegen § 77 Abs. 3 BetrVG verstößt, ist unwirksam.¹²⁴ Wird der Tarifvertrag zeitlich nach der Betriebsvereinbarung abgeschlossen, so wird diese ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der tariflichen Regelungen – ex nunc – unwirksam.¹²⁵

Der Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG greift allerdings nicht für betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen. Auch auf Sozialpläne findet er keine Anwendung, § 112 Abs. 1 S. 4 BetrVG.¹²⁶

4. Verhältnis des § 77 Abs. 3 BetrVG zu § 87 Abs. 1 BetrVG

a) Problemaufriss

Im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten nach § 87 Abs. 1 BetrVG ist umstritten, ob die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG neben der Schranke des § 87 Abs. 1 BetrVG – „Der Betriebsrat hat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung *nicht besteht*, in folgenden Angelegenheiten mitzubestimmen [...]“ – Anwendung findet (sog. Zwei-Schranken-Theorie) oder § 87 Abs. 1 BetrVG Vorrang hat (sog. Vorrangtheorie).¹²⁷

Während nämlich für das Eingreifen der Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG schon die Tarifüblichkeit einer Arbeitsbedingung genügt und bei einem bestehenden Tarifvertrag, in dessen Geltungsbereich der Betrieb fällt, die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers nicht Voraussetzung ist (siehe oben), schließt § 87 Abs. 1 BetrVG die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nur dann aus, wenn eine tarifliche Regelung besteht: Der Arbeitgeber muss hier tarifgebunden sein und der Tarifvertrag darf sich nicht bloß in der Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG befinden.¹²⁸

Demnach kann der Streit um das Verhältnis von § 77 Abs. 3 zu § 87 Abs. 1 BetrVG solange auf sich beruhen, als

¹¹³ Hromadka/Maschmann (Fn. 15), § 16 Rn. 364; *Fitting* (Fn. 23), § 77 Rn. 67.

¹¹⁴ BAG NZA 2017, 522 (523 Rn. 16); Hromadka/Maschmann (Fn. 15), § 16 Rn. 369; krit. Richardi (Fn. 52), § 77 Rn. 259 ff.

¹¹⁵ Hromadka/Maschmann (Fn. 15), § 16 Rn. 376; *Fitting* (Fn. 23), § 77 Rn. 121 m.w.N. auch zu kritischen Stimmen.

¹¹⁶ Richardi (Fn. 52), § 77 Rn. 253; *Fitting* (Fn. 23), § 77 Rn. 70.

¹¹⁷ Hromadka/Maschmann (Fn. 15), § 16 Rn. 367; Kania (Fn. 52), § 77 Rn. 44; *Fitting* (Fn. 23), § 77 Rn. 71; a.A. Richardi (Fn. 52), § 77 Rn. 255 f.; Zöllner/Loritz/Hergentröder (Fn. 34), § 50 Rn. 38.

¹¹⁸ Löwisch/Rieble (Fn. 56), § 1 Rn. 298, 323.

¹¹⁹ BAG NZA 2016, 54 (56 Rn. 29); *Fitting* (Fn. 23), § 77 Rn. 75.

¹²⁰ BAG NZA 2013, 916 (917 Rn. 19); *Fitting* (Fn. 23), § 77 Rn. 90.

¹²¹ BAG NZA 2013, 916 (917 Rn. 19); *Fitting* (Fn. 23), § 77 Rn. 90.

¹²² BAG NZA 2008, 1426 (1427 f. Rn. 11); Hromadka/Maschmann (Fn. 15), § 16 Rn. 372.

¹²³ Hromadka/Maschmann (Fn. 15), § 16 Rn. 372; *Kreutz* (Fn. 10), § 77 Rn. 117; *Fitting* (Fn. 23), § 77 Rn. 94.

¹²⁴ BAG NZA 2017, 522 (523 Rn. 16); Kania (Fn. 52) § 77 Rn. 43.

¹²⁵ BAG NZA 2003, 1097 ff.; *Fitting* (Fn. 23), § 77 Rn. 99.

¹²⁶ *Fitting* (Fn. 23), § 77 Rn. 73; Hromadka/Maschmann (Fn. 15), § 16 Rn. 367.

¹²⁷ Knapper Überblick zum Streitstand bei Hromadka/Maschmann (Fn. 15), § 16 Rn. 378 f.; ausführlicher *Fitting* (Fn. 23), § 77 Rn. 109 ff.

¹²⁸ BAG NZA 2012, 990 (991 Rn. 21); BAG AP Nr. 34 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang Rn. 46; Zöllner/Loritz/Hergentröder (Fn. 34), § 51 Rn. 85 ff. Auf die Tarifgebundenheit des Arbeitnehmers kommt es auch bei § 87 Abs. 1 BetrVG nicht an, siehe BAG NZA 2012, 392 (394 f. Rn. 21). Zur daraus folgenden Problematik siehe BAG NZA 2012, 392 (395 f. Rn. 22 ff.).

entweder keine tarifliche Regelung besteht und auch nicht üblich ist. Dann würde auch bei Anwendung der Zwei-Schranken-Theorie keine der beiden Schranken greifen und der Weg zur Betriebsvereinbarung wäre frei. Oder es besteht ein Tarifvertrag und der Arbeitgeber ist tarifgebunden. Dann sperrt bereits § 87 Abs. 1 BetrVG die betriebliche Mitbestimmung und die Anwendung der zweiten potentiellen Schranke des § 77 Abs. 3 BetrVG kann dahinstehen.¹²⁹

Zum Schwur kommt es allerdings, wenn zwar aktuell keine tarifliche Regelung besteht, eine solche aber üblich im Sinne des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG ist oder wenn ein Tarifvertrag besteht, der Arbeitgeber jedoch nicht tarifgebunden ist. Im ersten Fall wäre nämlich die erzwingbare Mitbestimmung mangels tariflicher Regelung nicht durch § 87 Abs. 1 BetrVG ausgeschlossen, allerdings würde § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG wegen der Tarifüblichkeit eine Betriebsvereinbarung sperren, folgte man der Zwei-Schranken-Theorie. Auch im zweiten Fall wären die Mitbestimmungsrechte aus § 87 Abs. 1 BetrVG an sich gegeben, da der Tarifvertrag mangels Tarifgebundenheit des Arbeitgebers nicht zwingend Anwendung fände. § 77 Abs. 3 BetrVG jedoch setzt nur das Bestehen (oder die Üblichkeit) einer tariflichen Regelung voraus, ohne dass der Arbeitgeber tarifgebunden sein müsste. Bei Anwendung der Zwei-Schranken-Theorie wäre demnach ebenfalls keine Betriebsvereinbarung möglich.¹³⁰

b) Zwei-Schranken-Theorie

Für die Zwei-Schranken-Theorie führen Teile des Schrifttums an, dass § 87 Abs. 1 BetrVG kein *lex specialis* zu § 77 Abs. 3 BetrVG sei und somit neben ihm Anwendung finden könne, da sich deren Voraussetzungen und Rechtsfolgen nicht decken würden.¹³¹ Zudem sei § 77 Abs. 3 BetrVG systematisch in den ersten Abschnitt unter „Allgemeines“ eingeordnet, wohingegen § 87 Abs. 1 BetrVG Teil des dritten Abschnitts des vierten Teils des BetrVG ist. Und da das BetrVG die Anwendung des § 77 Abs. 3 BetrVG explizit nur für spezielle Tatbestände, wie den Sozialplan gem. § 112 Abs. 1 S. 4 BetrVG, ausschließe, sei die allgemeine Regel des § 77 Abs. 3 BetrVG mangels abweichender Regelung auch für § 87 Abs. 1 BetrVG anwendbar.¹³² Außerdem diene die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG dem Schutz der Tarifautonomie, die auch durch eine Betriebsvereinbarung im Rahmen des § 87 Abs. 1 BetrVG berührt würde. Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG könne dann immer noch im Wege einer – allerdings nur schuldrechtlich wirkenden – Regelungsabrede zwischen den Betriebsparteien erfolgen.¹³³

¹²⁹ Vgl. Kamanabrou (Fn. 16), Rn. 2641.

¹³⁰ Vgl. Kamanabrou (Fn. 16), Rn. 2642.

¹³¹ Zöllner/Loritz/Hergenröder (Fn. 34), § 51 Rn. 89; Kamanabrou (Fn. 16), Rn. 2646.

¹³² Hromadka/Maschmann (Fn. 15), § 16 Rn. 379; referierend BAG NZA 1992, 749 (754).

¹³³ Hromadka/Maschmann (Fn. 15), § 16 Rn. 37.

c) Vorrangtheorie

Die Zwei-Schranken-Theorie ist allerdings mit der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des BAG und Teilen der Literatur abzulehnen und das Verhältnis zwischen § 87 Abs. 1 BetrVG und § 77 Abs. 3 BetrVG dahingehend zu ordnen, dass § 87 Abs. 1 BetrVG Vorrang hat (sog. Vorrangtheorie).¹³⁴

Zwar ist einzuräumen, dass sich der Vorrang des § 87 Abs. 1 BetrVG gegenüber § 77 Abs. 3 BetrVG angesichts des teils unterschiedlichen Regelungsgegenstandes nicht allein mit dem Verweis auf dessen Spezialität ableiten lässt.¹³⁵ Schwerer wiegt der Sinn und Zweck des § 87 BetrVG: Er soll die erzwingbare Mitbestimmung gewährleisten und lässt diese nur im Falle einer bestehenden gesetzlichen oder tarifvertraglich zwingenden Regelung entfallen; dann nämlich ist der Arbeitnehmer schon anderweitig geschützt.¹³⁶ Eine dazu parallele Anwendung der Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG würde dem zuwiderlaufen, da bei bloßer Tarifüblichkeit einer Regelung oder fehlender Tarifgebundenheit des Arbeitgebers das Instrument der Betriebsvereinbarung ausgeschlossen wäre. Der Hinweis der Gegenansicht auf die Regelungsabrede als verbleibendes Instrument der Mitbestimmung ist ein schwacher. Die Regelungsabrede wirkt nicht wie eine Betriebsvereinbarung gem. § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG unmittelbar und zwingend auf die Arbeitsverhältnisse ein, sondern hat nur schuldrechtliche Wirkung zwischen den Betriebsparteien Arbeitgeber und Betriebsrat. Sie muss sodann in einem weiteren Schritt in die Arbeitsverhältnisse implementiert werden, etwa durch das Direktionsrecht des Arbeitgebers, einvernehmliche Vertragsänderung oder Änderungskündigung, was nicht immer ohne weiteres möglich ist.¹³⁷ Angesichts dessen ist die normativ wirkende Betriebsvereinbarung, mit dem BAG gesprochen, ein so entscheidender Vorteil für die Betriebsparteien, dass sich die Frage, ob Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG bestehen und die Möglichkeit einer Regelung durch Betriebsvereinbarung nicht trennen lassen.¹³⁸

Die oben genannte Problematik stellt sich jedoch nur im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG. Für freiwillige Betriebsvereinbarungen nach § 88 BetrVG bleibt es bei der Anwendung des Tarifvorbehalts aus § 77 Abs. 3 BetrVG.¹³⁹

¹³⁴ BAG NZA 1992, 749 (753); aus jüngerer Zeit BAG AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Rn. 20 m.w.N.; *Fitting* (Fn. 23), § 77 Rn. 111 ff.; *Oberthür/Seitz*, Betriebsvereinbarungen, 2. Aufl. 2016, A. XIII., Rn. 22 ff.; *Löwisch/Caspers/Klumpp* (Fn. 5), Rn. 1412; nur darstellend *Kania* (Fn. 52), § 77 Rn. 53 ff.

¹³⁵ BAG NZA 1992, 749 (754).

¹³⁶ BAG NZA 1992, 749 (754); *Fitting* (Fn. 23), § 77 Rn. 112; *Löwisch/Caspers/Klumpp* (Fn. 5), Rn. 1412.

¹³⁷ *Fitting* (Fn. 23), § 77 Rn. 217.

¹³⁸ BAG NZA 1992, 749 (754).

¹³⁹ *Fitting* (Fn. 23), § 88 Rn. 9; *Kania* (Fn. 52), § 77 Rn. 53. Zur Problematik der sog. teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung, siehe *Zöllner/Loritz/Hergenröder* (Fn. 34), § 51 Rn. 91; *Kania* (Fn. 52), § 77 Rn. 57.