



Franziska von Kummer

Die Nichtausübung
betriebsverfassungsrechtlicher
Beteiligungsrechte



PETER LANG

Teil 1: Einleitung

§ 1 – Das Phänomen der Nichtausübung von Beteiligungsrechten

Viele wissenschaftliche Arbeiten haben sich bereits mit zahlreichen Rechtsfragen im Zusammenhang mit den Beteiligungsrechten des Betriebsrats befaßt. Nur sehr wenige davon haben sich aber bisher der Nichtausübung von Beteiligungsrechten gewidmet¹. Die vorliegende Arbeit hat sich zum Ziel gesetzt, die Nichtausübung von Beteiligungsrechten nicht nur systematisch darzustellen, sondern insbesondere einen Lösungsansatz zu entwickeln, der sich sowohl rechtssicher an den Vorgaben des Betriebsverfassungsgesetzes orientiert als auch praxistauglich ist.

Auf den ersten Blick mag es erstaunlich wirken, daß eine Nichtausübung von Beteiligungsrechten einer detaillierten Erörterung bedarf. Man könnte der Auffassung sein, daß sich Probleme eher in den Situationen ergeben, in denen der Betriebsrat umfangreicher mitbestimmen möchte, als dies vom Gesetz vorgesehen ist. Aber auch Fälle, in denen der Betriebsrat – statt zu weit zu gehen – die Ausübung seiner Rechte (teilweise) unterläßt, bereiten erhebliche Beurteilungsschwierigkeiten. Somit ist generell die Thematik, welche Rolle der Betriebsrat spielt und welche Kompetenzgrenzen greifen, von großem Interesse. Kompetenzgrenzen bestehen nämlich nicht nur bei einer „Überdehnung“ der Rechte, sondern auch bei einer „Reduktion“, da sich aus der besonderen Stellung des Betriebsrats ergibt, daß „seine“ Rechte nicht vollumfänglich zu „seiner“ Disposition stehen. Die Reichweite der Dispositionsmöglichkeiten soll daher näher untersucht werden.

In einzelnen Fällen kann sich die Frage stellen, inwieweit sich der Betriebsrat – insbesondere angesichts der Verantwortung gegenüber der von ihm repräsentierten Belegschaft – zurücknehmen kann, um dem Arbeitgeber² entgegen zu kommen und/oder die Organisation zu erleichtern. In diesem Zusammenhang sei nur auf die umfangreich diskutierte Problematik der „betrieblichen Bündnisse für Arbeit“ verwiesen³, bei denen die Beteiligten nicht selten *praeter legem* agie-

1 Vgl. dazu insbesondere *Lehmpuhl* (1973) und *Schmidt* (1995).

2 Der Einfachheit halber wird in der Folge bei Personenangaben immer die männliche Form gewählt; die weibliche Form ist dabei jeweils als mit umfaßt zu verstehen.

3 Ausführlich dazu u. a. *Bauer*, NZA 1999, 957 ff.; *Bauer/Haußmann*, NZA-Beil. 2000, 42; *Hromadka*, DB 2003, 42 ff.; *Kast/Freihube*, BB 2003, 2569 ff.; *Kast/Stuhlmann*, BB 2000,

ren. Im Gegensatz zu den dortigen Konstellationen geht es vorliegend allerdings nicht um ein Übergreifen des Betriebsrats in den Kompetenzbereich der Träger der Koalitionsfreiheit. Dennoch besteht insofern eine gewisse Ähnlichkeit zu den hier zu behandelnden Fällen, als es auch auf andere Weise vorkommen kann, daß der Betriebsrat aus bestimmten Gründen Maßnahmen ergreift, die auf den ersten Blick zu Lasten der Arbeitnehmer zu gehen scheinen. Diese Gründe sind hier vor allem im Bereich der Effizienz und Zweckmäßigkeit zu suchen.

Immer häufiger werden Regelungen getroffen, in denen auf Teile von Mitbestimmungsrechten verzichtet wird mit dem Ziel, daß der Arbeitgeber insoweit zur einseitigen Gestaltung befugt sein soll⁴. Jedoch ist der in der Literatur häufiger erörterte „Verzicht“ bei weitem nicht der einzige Anwendungsfall einer Nichtausübung von Teilweisungsrechten, nur werden andere Nichtausübungsfälle eher selten systematisch untersucht. Teilweise unterbleibt die Wahrnehmung von Rechten nur deswegen, weil dem Betriebsrat nicht bewußt ist, daß ihm solche Rechte zustehen. Unter Umständen übt der Betriebsrat seine Rechte „kommentarlos“ nicht aus, entscheidet sich also für eine wissentliche und willentliche Nichtausübung von Teilweisungsrechten, ohne dies vorher anzukündigen oder zuzusagen. Dieses Bewußtsein der Nichtausübung erfordert allerdings, daß der Betriebsrat Kenntnis von der fraglichen Maßnahme hat und sich darüber im Klaren ist, daß ihm das Teilweisungsrecht im konkreten Fall zusteht. Schließlich kann es ebenso vorkommen, daß der Betriebsrat einen anderen – z. B. seinen Vorsitzenden oder einen Ausschuß – mit der Wahrnehmung einzelner Rechte betraut, um Zeit zu sparen und ein effizienteres Vorgehen zu ermöglichen und somit jedenfalls Teile des Betriebsrats die Rechte nicht ausüben.

Ziel der Arbeit ist es zunächst, einen Überblick über die verschiedenen Auffassungen zur rechtlichen Beurteilung der Nichtausübung von Teilweisungsrechten zu geben, ihre Vor- und Nachteile zu skizzieren und sodann einen eigenen dogmatisch tragfähigen und praktikablen Vorschlag zur Systematisierung und Lösung zu unterbreiten. Die unterschiedlichen Ansätze und Argumente sollen zu diesem Zweck näher aufbereitet und analysiert werden. Dies ist nicht möglich ohne eine nähere Diskussion allgemeiner Fragen des Betriebsverfassungsrechts, die ebenfalls – soweit vorliegend relevant – systematisch dargestellt werden. Anschließend wird, abgeleitet aus den Erkenntnissen der Systematisierung der zulässigen Nichtausübungsfälle, der Ansatz der „Reduktionskompetenzen“ entwickelt. Es wird nicht nach einem „Schwarz oder Weiß“-Prinzip darauf ankommen, ob und wann der Betriebsrat auf Rechte verzichten darf, sondern unter welchen Voraussetzungen eine gewillkürte Reduktion seiner Rechte zulässig ist.

614 ff.; Kort, NJW 1997, 1476 ff.; Raab, ZfA 2004, 371 ff.; Rehder (2003), passim; Schwarzbach (2006), passim; Walker, FS Wiese (1998), S. 603 ff.

4 Ausführlich dazu Schmidt (1995), S. 1; vgl. auch Jousen, RdA 2005, 31 ff.

Dies auch vor dem praktischen Hintergrund, daß die Verringerung des Umfangs eines Beteiligungsrechts den Arbeitgeberinteressen an einer Effizienzsteigerung und Erhöhung der Flexibilität gerecht werden kann.

§ 2 – Fallbeispiele

Zur Illustration der Thematik mögen folgende Fallbeispiele dienen, in denen sich jeweils die Frage stellt, ob sich der Betriebsrat in (noch) zulässiger Weise zurückgenommen hat.

Fall 1⁵: Ein im Unternehmen anwendbarer Tarifvertrag enthält folgende Passage: *„Mehrarbeit kann nach Vereinbarung mit dem Betriebsrat unter Beachtung der Arbeitszeitvorschriften eingeführt werden. Kommt eine Vereinbarung mit dem Betriebsrat nicht zustande, entscheidet eine Schlichtungsstelle im Schnellverfahren binnen sechs Tagen endgültig. Sollte die Schlichtungsstelle innerhalb von sechs Tagen keine Entscheidung treffen, so ist der ursprüngliche Zustand wieder herzustellen.“*. In den Anmerkungen zum Tarifvertrag heißt es weiter: *„Mehrarbeit ist zu leisten, falls a) die wirtschaftlichen Belange des Betriebes einem Aufschub der Überstundenleistung bis zur Entscheidung der Schlichtungsstelle entgegen stehen oder b) infolge einer Betriebsstörung ein unterbrochener Arbeitsprozeß nicht mehr weitergeführt werden kann oder c) ein außergewöhnlicher Fall vorliegt. Ein außergewöhnlicher Fall liegt nicht vor bei Ereignissen, mit deren regelmäßiger Wiederkehr zu rechnen ist.“* Der Arbeitgeber ordnet nun ohne Mitwirkung des Betriebsrats Mehrarbeit an und beruft sich – zu Recht – auf Eilbedürftigkeit. Ein Arbeitnehmer, der entsprechend angewiesen wurde, ist der Auffassung, die Anweisung sei mangels Beteiligung des Betriebsrats unwirksam, da das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG verletzt worden sei.

Fall 2⁶: Der Arbeitgeber beabsichtigt, gegenüber einem seiner Mitarbeiter eine Kündigung wegen Arbeitsverweigerung auszusprechen. Er konfrontiert den Mitarbeiter im Beisein des stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden eines insgesamt fünfköpfigen Betriebsrats mit den Vorwürfen; der Mitarbeiter hält seine Verweigerungshaltung aufrecht. Daraufhin setzt der Arbeitgeber mit Einverständnis des stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden ein Kündigungsschreiben auf, welches letzterer mit dem handschriftlichen Vermerk *„Der Betriebsrat stimmt der Kündigung zu.“* ebenfalls unterschreibt. Das Schreiben wird dem

5 Nach BAG vom 17.11.1998, AP Nr. 79 zu § 87 BetrVG Arbeitszeit.

6 Nach BAG vom 28.02.1974, BAGE 26, 27 ff.

Mitarbeiter ausgehändigt, ohne daß vorher noch die anderen vier Betriebsratsmitglieder, die bei auswärtigen Terminen weilen, zu dem Kündigungssachverhalt angehört werden. Während der Arbeitgeber meint, der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende habe den Betriebsrat hinreichend vertreten, beruft sich der Arbeitnehmer auf Unwirksamkeit der Kündigung wegen Verletzung von § 102 BetrVG. Dem hält der Arbeitgeber im anschließenden Prozeß wiederum – inhaltlich zutreffend – entgegen, daß sämtliche Betriebsratsmitglieder nach ihrer Rückkehr in den Betrieb ihr Einverständnis mit dem Handeln des stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden erklärt haben.

Fall 3⁷: Der Arbeitgeber und der Betriebsrat schließen eine Betriebsvereinbarung über Leistungsprämien. Danach wird von der Geschäftsführung jährlich neu über die Gewährung einer Leistungsprämie und die Festlegung der Gesamtausüttungssumme entschieden. Zur Ausgestaltung im Einzelnen, insbesondere zu Fragen der Bewertungsbereiche, der Verteilungsmaßstäbe, des zugrundeliegenden Punkteschemas etc. wird in den Abteilungen jeweils eine Kommission gebildet, deren Mitglieder paritätisch von Arbeitgeber und Betriebsrat bestellt werden. Den Vorsitz übernimmt der jeweilige Abteilungsleiter. Für den Fall, daß keine Einigung erzielt wird, sieht die Betriebsvereinbarung vor, daß eine weitere Sitzung der Kommission einzuberufen ist, in welcher dann dem Vorsitzenden der Kommission zur Vermeidung einer Patt-Situation ein doppeltes Stimmrecht zusteht. In der Folge entscheidet wie vorgesehen allein die Kommission in der genannten Besetzung über die Leistungsprämien der Arbeitnehmer, ohne daß sich der Betriebsrat noch einmal als vollständiges Gremium mit der Angelegenheit befaßt. Ein Arbeitnehmer beanstandet die Entscheidungen der Kommission und macht eine Verletzung von § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG geltend.

Fall 4⁸: Der Betriebsrat schließt mit dem Arbeitgeber eine Betriebsvereinbarung darüber, unter welchen Voraussetzungen Mehrarbeit angeordnet werden kann. Die Betriebsvereinbarung enthält einen Katalog mit mehreren Tatbeständen, wann Mehrarbeit der Zustimmung des Betriebsrats bedarf. Danach besteht Zustimmungsbedarf bei Mehrarbeit aus Anlaß von Urlaub von Mitarbeitern, der mindestens eine Woche vor Antritt beantragt wurde und bei krankheitsbedingten Abwesenheiten, soweit sie mindestens eine Woche vorher bekannt und somit hinsichtlich des Personaleinsatzes planbar sind. Der Arbeitgeber ordnet nun Mehrarbeit an, weil ein Mitarbeiter aus persönlichen Gründen einen tariflich zulässigen dreitägigen Sonderurlaub zwei Tage vor Antritt beantragte hatte und ein weiterer Mitarbeiter kurzfristig für den übernächsten Tag einen Operationstermin im

7 Nach BAG vom 26.04.2005, NZA 2005, 892 ff.

8 Nach BAG vom 12.01.1988, NZA 1988, 517 ff.

Krankenhaus bekommen hatte, der eine dreitägige Krankschreibung nach sich zieht. Die zur Mehrarbeit angewiesenen Kollegen der beiden abwesenden Mitarbeiter möchten wissen, ob diese Anordnung ohne Mitwirkung des Betriebsrats wirksam ist.

Fall 5⁹: Der Arbeitgeber möchte eine Stelle neu besetzen und bittet am 15.11. den Betriebsrat um Zustimmung zur Einstellung des Arbeitnehmers A, übersendet die Bewerbungsunterlagen sämtlicher Bewerber und begründet, warum er sich für A entschieden hat. Als der Betriebsrat auch am 30.11. noch nicht reagiert hat, stellt der Arbeitgeber A ein. Der Betriebsrat beruft sich nunmehr am 03.12. darauf, eine Zustimmungsfiktion sei nicht eingetreten, da er nicht ordnungsgemäß unterrichtet worden sei. Insbesondere habe die Unterrichtung des Arbeitgebers keine Informationen darüber enthalten, welche teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer dem Arbeitgeber gegenüber Wünsche auf Arbeitszeitaufstockung geäußert haben und welche befristet Beschäftigten den Arbeitgeber um Entfristung ihrer Arbeitsverhältnisse gebeten haben. Der Arbeitgeber ist der Ansicht, diese Informationen im Zusammenhang mit der Einstellung des A nicht liefern zu müssen und beruft sich auf den Eintritt einer Zustimmungsfiktion durch das Schweigen des Betriebsrats.

Bereits diese Fälle verdeutlichen, daß es in der Praxis durchaus vorkommt, daß die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nicht entsprechend dem gesetzlichen „Normalfall“ ausgeübt werden. In Fall 1 ist der Betriebsrat untätig, weil der Tarifvertrag dies so vorsah. In Fall 2 waren Teile des Betriebsrats untätig, und es stellt sich die Frage, ob der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende alleine für den Betriebsrat handeln durfte. Hinsichtlich der Sachverhaltskonstellation in Fall 3 ist insbesondere die Möglichkeit eines indirekten Verzichts auf betriebsverfassungsrechtliche Beteiligungsrechte von Bedeutung. In Fall 4 ist die Wirksamkeit der Erklärung des Betriebsrats, in bestimmten Fällen im voraus zuzustimmen, näher zu untersuchen. In Fall 5 ist entscheidend, ob die Passivität des Betriebsrats möglicherweise unbeachtlich war. Gemeinsam ist allen fünf Fällen, daß es bestimmte Gründe dafür gab, daß die Mitbestimmungsrechte nicht wie vorgesehen wahrgenommen wurden. Inwieweit dies zulässig und wirksam ist und welche Rechtsfolgen sich daran knüpfen, ist Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

9 Angelehnt an BAG vom 14.03.1989, NZA 1989, 639 ff.

§ 3 – Problemaufriß und Gang der Darstellung

Während es im allgemeinen Rechtsverkehr in der Regel dem Rechtsinhaber selbst überlassen bleibt, ob er bestimmte ihm zustehende Rechte geltend machen will, stellen sich für den Betriebsrat zusätzliche Fragen. Insoweit ist zu bedenken, daß Beteiligungsrechte unter anderem zu Arbeitnehmerschutzzwecken¹⁰ eingeführt wurden und deshalb unter Umständen der Disposition des Betriebsrats entzogen sind. Es ist offensichtlich, daß die Besonderheiten des Betriebsverfassungsrechts bei diesen Fragen Probleme aufwerfen können.

In der Folge sollen daher die zentralen BetrVG-Normen herausgearbeitet werden, die für die Beurteilung der Frage relevant sind. Es geht dabei ausdrücklich nur um die Mitbestimmung im Betrieb, nicht hingegen um Unternehmensmitbestimmung – letztere fällt unter den Begriff „Unternehmensverfassung“¹¹ und soll hier nicht weiter behandelt werden.

Das Thema „Die Nichtausübung betriebsverfassungsrechtlicher Beteiligungsrechte“ hat nach seinem Titel drei Hauptelemente:

1. Betriebsrat
2. betriebsverfassungsrechtliche Beteiligungsrechte
3. Nichtausübung

Dementsprechend ist jedem dieser Begriffe ein Teil der Arbeit gewidmet.

Im folgenden Teil 2 werden zunächst die Grundsätze und Strukturen des Betriebsratsamtes herausgearbeitet. Die Beantwortung der Frage, inwieweit der Betriebsrat die Ausübung seiner Beteiligungsrechte unterlassen kann oder darf und welche Folgen diese Nichtausübung hat, hängt davon ab, welche Funktion der Betriebsrat überhaupt hat, aus welchen Gründen ihm Rechte zugewiesen wurden und wie er sich in das Gesamtgefüge des Betriebs einordnet. Um zu beurteilen, ob und wann eine Nichtausübung von Mitbestimmungsrechten zulässig ist, muß zunächst der Rahmen abgesteckt werden, in dem der Betriebsrat agiert, und ermittelt werden, welche Stellung der Betriebsrat im Verhältnis zur Belegschaft hat. Hervorzuheben ist dabei, daß die Existenz des Betriebsrats kein Selbstzweck ist, sondern der Repräsentation, dem Schutz und der Teilhabe der Belegschaft und damit letztendlich, wie noch näher auszuführen ist¹², einer Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips dient. Auch wenn es neben dem Betriebsrat noch andere Gremien gibt, die eine ähnliche Funktion erfüllen (Personalrat, Sprecherausschuß etc.), soll vorliegend das Augenmerk nur auf dem Betriebsrat liegen. Die

10 Ausführlich zur Ratio der Beteiligungsrechte s. unten § 4 – III.

11 Dazu gehören die Bestimmungen über die wirtschaftliche Mitbestimmung der Arbeitnehmer und die Beteiligung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten, vgl. nur *Schaub/Koch*, § 257 Rdn. 1.

12 S. dazu unten § 4 – I. 2.

Rechtslage bei anderen Mitarbeitervertretungen wird hier deshalb nicht näher erörtert.

Hinsichtlich der Beteiligungsrechte (Teil 3 der Arbeit) ist zunächst zu analysieren, welche Arten es hierbei gibt und von welcher Intensität die Rechte sind. Insoweit bedarf es einer Klärung, welche Kompetenzen der Betriebsrat bei der Beteiligung hat und wo die Grenzen seiner diesbezüglichen Tätigkeit zu sehen sind. Dabei spielt es auch eine Rolle, zu welchem Zweck die jeweiligen Beteiligungsrechte eingeräumt werden. Je intensiver das Beteiligungsrecht ist, desto wichtiger ist dieses in der Regel, um die Funktionen der Betriebsverfassung zu realisieren. Dementsprechend unterschiedlich ist eine Nichtausübung zu beurteilen. Handelt es sich um ein aus Arbeitgeberperspektive eher „harmloses“ Beteiligungsrecht, mit dem der Betriebsrat ohnehin „wenig ausrichten“ kann, so ist die Lage möglicherweise anders zu beurteilen als bei solchen Rechten, mit denen der Betriebsrat nachhaltig und ggf. gegen den Willen des Arbeitgebers bestimmte Regelungen durchsetzen kann. Daher bedarf es vorab einer Klärung der „Intensitätsstufen“ der verschiedenen gesetzlich vorgesehenen Beteiligungsrechte. Gegenstand der Arbeit sind ausschließlich Beteiligungsrechte – der Verzicht des Betriebsrats auf sonstige Rechte¹³ (z. B. Wahlrechte, Erstattungsansprüche, Schulumteilnahme) und deren Nichtausübung bleibt hier außer Betracht.

Bei der „Nichtausübung“ von Beteiligungsrechten (Teil 4 der Arbeit) wird sich zeigen, daß es außer einem Verzicht noch weitere Arten von Nichtausübung gibt. Auch wenn der Betriebsrat seine Beteiligungsrechte ohne Verzichtserklärung nicht ausübt, sie auf andere Akteure überträgt, sich aus anderen Gründen an der Ausübung gehindert sieht oder sie durch Vereinbarung mit dem Arbeitgeber reduziert, liegt letztendlich eine Nichtausübung vor. In den entsprechenden Kapiteln wird gezeigt, wie die verschiedenen Arten der Nichtausübung rechtlich zu beurteilen sind und in welchen Fällen sie zulässig oder unzulässig sind.

Abschließend¹⁴ wird in einer Übersicht die Rechtslage hinsichtlich der einzelnen Beteiligungsrechte dargestellt. Im Mittelpunkt werden dabei dann nicht mehr die einzelnen Nichtausübungsgründe stehen, sondern die einzelnen Beteiligungsrechte und ihr Schicksal im Fall einer wie auch immer zu erklärenden Nichtausübung.

13 Ausführlich dazu *Schmidt* (1995), passim.

14 S. dazu unten § 20.

Teil 2: Das Betriebsratsamt

§ 4 – Die Betriebsverfassung

Die wesentliche Regelung des Betriebsverfassungsrechts stellt das BetrVG¹⁵ dar, das – wie der Name schon sagt – die Verfassung des Betriebs gestaltet. Für das Verständnis der Materie ist es erforderlich, sich die rechtlichen Grundlagen dieses Rechtsgebiets vor Augen zu führen. Sollte die Betriebsverfassung in dieser Form oder zumindest in Teilbereichen verfassungsrechtlich oder sollten einzelne Beteiligungsrechte zumindest betriebsverfassungsrechtlich zwingend sein, so schränkt dies die Handlungsmöglichkeiten der Akteure in diesem Rahmen ein. Ist hingegen *de lege lata* nicht einmal ein „Kernbereich“ des Betriebsverfassungsrechts erforderlich und wäre unter den gegebenen verfassungsrechtlichen Vorgaben theoretisch auch eine Arbeitsverfassung ganz ohne betriebsverfassungsrechtliche Regelungen denkbar, so könnte sich dadurch die Flexibilität der Betriebspartner erhöhen, weil möglicherweise viel mehr zu ihrer Disposition steht. Es wird sich zeigen, daß zwar nicht alle Aspekte der Betriebsverfassung zwingend vorgegeben sind, daß es aber dennoch grundgesetzliche Prinzipien gibt, deren Realisierung das Betriebsverfassungsrecht dient und deretwegen eine Einschränkung betriebsverfassungsrechtlicher Rechte und Pflichten nur in Grenzen möglich ist. Neben der Beurteilung der verfassungsrechtlichen Grundlagen (dazu unter I.) sind außerdem Grundkenntnisse zur historischen Entwicklung erforderlich (dazu unter II.), um anhand der Entstehungsgeschichte die Bedeutung der Beteiligungsrechte im BetrVG richtig einzuschätzen. Insbesondere ist es wichtig, die Funktionen der Betriebsverfassung, vor allem das *Telos* des Gesetzes, näher zu untersuchen (dazu unter III.). Abschließend sind die bisher gewonnenen Erkenntnisse im Kontext ihrer praktischen Bedeutung für die hier aufgeworfene Fragestellung einzuordnen (dazu unter IV.).

15 Betriebsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. September 2001 (BGBl. I S. 2518), zuletzt geändert durch Gesetz vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2424).