

Tarifliche Erweiterung der Beteiligung des Betriebsrats [Urteilsanmerkung]

Herbert Buchner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Buchner, Herbert. 1991. "Tarifliche Erweiterung der Beteiligung des Betriebsrats
[Urteilsanmerkung]." *Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (SAE)* 45 (8): 356–64.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



nicht angeordnet hat, daß die Arbeitnehmerschutzbestimmungen ausnahmsweise zweiseitig zwingende Wirkung haben sollen.

Die Regelung des § 2 Abs. 5 RTV begegnet auch unter dem Gesichtspunkt des Eingriffs in die Unternehmensautonomie keinen rechtlichen Bedenken. Insoweit ist entscheidungserheblich, daß dem BR kein Mitbestimmungsrecht bei der Entscheidung zugebilligt wird, *ob* ein ArbN eingestellt wird, sondern nur bei der Frage, *welchem* Bewerber der Vorzug zu geben ist. Auch durch diese Regelung wird zwar die unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingeschränkt. Das ist aber unschädlich, weil bei fehlender Übereinstimmung von ArbGeb und BR nach § 2 Abs. 6 RTV die Einigungsstelle verbindlich entscheidet. Diese ist verpflichtet, ihre Beschlüsse unter angemessener Berücksichtigung der Belange des Betriebs und der betroffenen ArbN nach billigem Ermessen zu fassen. Bei Überschreitung des Ermessens steht der Rechtsweg zu den ArbGen offen. Damit haben die TV-Parteien dafür Sorge getragen, daß in jedem Falle eine Übereinstimmung zwischen den gegenläufigen Interessen des ArbGeb und der bei ihm beschäftigten ArbN, die sich beiderseits auf die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG berufen können, gewährleistet ist (BVerfG Beschluß vom 18. 12. 1985, aaO).

c) Bedenken gegen die Wirksamkeit der tariflichen Regelungen bestehen auch nicht unter Berücksichtigung der Rechtsstellung der einzelnen ArbN. Die Vereinbarung eines echten Mitbestimmungsrechts des BR in § 2 Abs. 5 RTV regelt allein die Rechtsbeziehungen zwischen ArbGeb und BR. In die Rechtsstellung einzelner ArbN bzw. Bewerber wird nicht eingegriffen. Die Mitwirkung bei personellen Einzelmaßnahmen hat zwar auch gewisse Rückwirkungen auf den einzelnen ArbN. Diese bestehen aber unabhängig davon, ob nach § 99 Abs. 4 BetrVG über die Zustimmungsverweigerung das ArbG oder bei fehlender Einigung gemäß § 2 Abs. 5 RTV die Einigungsstelle entscheidet (§ 2 Abs. 6 RTV).

4. Sind also § 2 Abs. 5 und § 2 Abs. 6 RTV rechtswirksam, waren auf Antrag des BR Haupt- und Hilfsantrag des ArbGeb abzuweisen, weil dieser, statt das ArbG anzurufen, die fehlende Einigung durch Beschluß der Einigungsstelle hätte ersetzen lassen müssen.

Anmerkung:

Gegen die Entscheidung ist sowohl hinsichtlich der gewonnenen Lösung wie ihrer Begründung Widerspruch zu erheben.

1. Im Anschluß an die Entscheidung vom 18. 8. 1987 (SAE 1988, S. 97 mit Anm. von Löwisch/Rieble) befaßt sich der 1. Senat neuerlich mit der Frage der Erweiterbarkeit der Mitbestimmungsrechte des BR, nunmehr im Bereich der personellen Angelegenheiten, nachdem in der Entscheidung vom 18. 8. 1987 die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten inmitten gestanden hatte.

a) Das BAG verkündet in Leitsatz 1 der vorstehenden Entscheidung, daß die Beteiligungsrechte des BR nach dem

BetrVG durch TV erweitert und verstärkt werden könnten. In dieser Allgemeinheit ist die leitsatzmäßige Aussage schon von den Entscheidungsgründen her nicht abgedeckt. Diese nehmen bezüglich der sozialen Angelegenheiten auf die Entscheidung vom 18. 8. 1987 Bezug. Deren Leitsatz 2.2, wonach durch TV bestimmt werden kann, daß der Spruch der Einigungsstelle die Einigung zwischen ArbGeb und BR ersetzt, bezog sich, wie der Sachzusammenhang mit Leitsatz 2.1 ergibt, eindeutig auf den Mitbestimmungsbereich des § 87 Abs. 1 BetrVG. Im vorstehenden Beschluß wird die Übernahme der in der Entscheidung vom 18. 8. 1987 gewonnenen Lösung für den Bereich der personellen Angelegenheiten geprüft und befürwortet. Nicht angesprochen wird der Bereich der wirtschaftlichen Angelegenheiten. Leitsatz 1 formuliert gleichwohl umfassend – also auch die wirtschaftlichen Angelegenheiten mit einschließend – die Erweiterbarkeit und Verstärkbarkeit der Beteiligungsrechte. Daß aber gerade im Bereich der wirtschaftlichen Angelegenheiten die der Erweiterung der Mitbestimmungsrechte entgegenstehenden Gesichtspunkte besonders schwerwiegend sind, kann wohl kaum bestritten werden. Will der 1. Senat des BAG wirklich die Beteiligungsrechte auch im Bereich der wirtschaftlichen Angelegenheiten durch TV verstärken lassen, also z. B. eine Betriebsstillegung oder eine grundlegende Änderung der Betriebsorganisation an die Zustimmung des BR bzw. den Spruch der Einigungsstelle binden, oder gar eine tarifvertragliche Erweiterung der Beteiligungsrechte, z. B. ein Mitbestimmungsrecht zu Investitionsprogrammen, Betriebsveräußerungen oder unternehmens- bzw. gesellschaftsrechtlicher Umstrukturierung zubilligen? Dies ist kaum anzunehmen. Die leitsatzmäßige Äußerung des 1. Senats schließt dies jedoch nicht aus. Auf der Grundlage seiner vorgelegten Argumentation wird das BAG Schwierigkeiten haben, entsprechenden Mitbestimmungsbegehren die rechtlichen Grenzen aufzuzeigen.

b) Es hat sich in der Entscheidungsbegründung allerdings wohl ein Kriterium in Reserve gehalten, mit Hilfe dessen es möglicherweise tariflichen Mitbestimmungsregelungen die Anerkennung verweigern wird, wenn es dies rechtspolitisch für erforderlich hält. Es spricht unter B II 3 b letzter Absatz den Gesichtspunkt des Eingriffs in die Unternehmensautonomie an. Die ihm konkret vorliegende tarifliche Regelung soll nach Meinung des BAG auch unter diesem Gesichtspunkt keinen Bedenken begegnen. Hierfür sei entscheidungserheblich, daß dem BR kein Mitbestimmungsrecht bei der Entscheidung zugebilligt wird, ob ein ArbN eingestellt wird, sondern nur bei der Frage, welchem Bewerber der Vorzug zu geben ist. Diese Äußerung kann nur dahin verstanden werden, daß das BAG den tarifvertraglichen Regelungsspielraum doch irgendwie begrenzt sehen möchte; offensichtlich gibt es Regelungen, wie z. B. ein Mitbestimmungsrecht über das Ob einer Einstellung, die tarifvertraglich nicht mehr eingeführt werden können. Wo die Grenze zu ziehen ist, läßt die Entscheidung aber völlig offen. Man muß zunächst davon ausgehen, daß das BAG bezogen auf einzelne betriebsverfassungsrechtliche Tarifnormen in eine Prüfung eintreten möchte, ob sie wegen Eingriffs in die Unternehmensautonomie rechtlichen Bedenken begegnen und ihnen deshalb die Anerkennung zu versagen ist.

c) Mit der Schranke, daß durch tarifvertragliche Regelung nicht über das Ob der Einstellung befunden werden darf, markiert das BAG eine Einschränkung der tariflichen Regelungsautonomie, die wesentlich weitreichender ist, als dies aus den Leitsätzen zu entnehmen und bei erster Lektüre der Entscheidung zu vermuten ist. Die Entscheidung erweckt zunächst den Eindruck, eine tarifliche Erweiterung der Mitbestimmungsrechte in personellen Angelegenheiten sei schlechthin zulässig, tarifliche Regelungen müßten nur unter dem Gesichtspunkt kontrolliert werden, ob im Einzelfall in die Unternehmensautonomie eingegriffen wird. Wird das Ob der Einstellung dem Unternehmer vorbehalten und kann ein Mitbestimmungsrecht des BR tarifvertraglich nur bezüglich der Auswahl der einzustellenden ArbN eingeführt werden, hält sich der Regelungsspielraum der TV-Parteien doch in recht engen Grenzen. Schließlich kann der BR bereits nach dem Gesetz selbst – siehe § 95 Abs. 1 und 2 BetrVG – die Vereinbarung von Auswahlrichtlinien für den Bereich der Einstellung erzwingen. Die vom BAG angebotene tarifvertragliche Lösung bestünde also nur darin, daß nunmehr durch TV dem BR ein Mitbestimmungsrecht für die Entscheidung eingeräumt wird, welchem von mehreren Bewerbern der Vorzug zu geben ist; im Falle der Nichteinigung wäre die Einigungsstelle einzuschalten. Nach dem BetrVG kann der BR die Vereinbarung der für die Auswahlentscheidung maßgeblichen Kriterien verlangen; auch hierüber hätte im Nichteinigungsfall die Einigungsstelle zu entscheiden. Die konkrete Einstellungsentscheidung ist nach dem Betriebsverfassungsrecht allerdings vom ArbGeb zu treffen, der hierfür jedoch die Zustimmung des BR braucht, der diese seinerseits nur nach Maßgabe der Auswahlrichtlinien verweigern darf. Die TV-Parteien können danach also zwar ein anderes Schema für die Mitwirkung des BR bei Einstellungen einführen, jedoch keine grundsätzliche Umverteilung der Kompetenzen auf betrieblicher Ebene bewirken.

Irritieren muß allerdings, daß der der Entscheidung zugrunde liegende Rahmen-TV sich keineswegs darauf beschränkt, dem BR ein Mitbestimmungsrecht nur bezüglich der Auswahlentscheidung einzuräumen. Vielmehr wurde dem BR zunächst ein Mitbestimmungsrecht für die Erstellung des Stellenplanes eingeräumt (§ 2 Abs. 1 des in der Entscheidung wiedergegebenen Rahmen-TV vom 27. 9. 1984). Der Stellenplan soll zwischen der Direktion und dem BR „festgestellt“ werden; dadurch sollen die Arbeitsplätze „festgestellt und abschließend geregelt werden“. Neueinstellungen sollen nach § 2 Abs. 2 des Rahmen-TV nur möglich sein, wenn eine Planstelle frei ist. Ausnahmen sind nur im Einvernehmen zwischen Direktion und BR möglich. Nach § 2 Abs. 5 des Rahmen-TV bestimmt der BR bei allen personellen Entscheidungen mit. Kommt eine Einigung nicht zustande, entscheidet die Einigungsstelle endgültig und verbindlich (§ 2 Abs. 6 des Rahmen-TV). Wie das BAG angesichts dieser Regelung zu der Bewertung kommen kann, daß dem BR durch den TV kein Mitbestimmungsrecht bei der Entscheidung zugebilligt wird, ob ein ArbN eingestellt wird, sondern nur bei der Frage, welchem Bewerber der Vorzug zu geben ist, ist nicht ersichtlich. Der BR erhält durch § 2 Abs. 1 und 2 des Rahmen-TV bereits ein paritätisches Mitbestimmungsrecht bei der für alle Einstellungen verbindlichen Personalplanung – eine wahrlich singuläre tarifliche Regelung. Der ArbGeb

kann den Stellenplan nur zusammen mit dem BR aufstellen und Einstellungen überhaupt nur nach Maßgabe dieses Stellenplanes vornehmen. Für Ausnahmen braucht er das Einvernehmen mit dem BR, das – so muß der TV wohl ausgelegt werden – gemäß § 2 Abs. 6 auch wiederum nur durch die Einigungsstelle ersetzt werden kann.

In dem konkret entschiedenen Fall hatte der BR die Zustimmung zur Einstellung eines Kassierers verweigert und diese Verweigerung mit der angeblich durch die Schwerbehinderung des Einstellungsbewerbers bedingten verminderten Leistungsfähigkeit begründet. Daß noch andere Bewerber zur Verfügung gestanden hätten, kann der Entscheidung nicht entnommen werden. Es ging offensichtlich nicht darum, daß über den Vorzug zwischen mehreren Bewerbern zu entscheiden gewesen wäre, sondern – jedenfalls ist dies nach dem Sachverhalt nicht ausgeschlossen – um die Ablehnung der Einstellung des einzigen Bewerbers. Das BAG hat auch keine Feststellungen darüber getroffen, ob die Einstellung im Rahmen des vorgegebenen Stellenplanes lag oder diesem widersprach.

Zu verdeutlichen ist also: Der Rahmen-TV begründet ein volles Mitbestimmungsrecht bei der für die Einstellungsentscheidungen verbindlichen Stellenplanung. Der ArbGeb wird damit gerade in der Entscheidung über das Ob der Einstellung gebunden, und zwar in ganz ungewöhnlicher Weise. Es ist aus der Entscheidung keineswegs ersichtlich, daß der BR im konkreten Falle sich darauf beschränkt hätte, nur auf die Auswahl zwischen mehreren Bewerbern Einfluß zu nehmen, vielmehr muß man nach dem Sachverhalt davon ausgehen, daß er die Einstellung schlechthin vereitelt hat.

d) Der Zugriff auf die Personalplanung ist ein ganz massiver Eingriff in die Unternehmensautonomie. Die Personalplanung ist Teil der Unternehmensplanung. Die Mitbestimmungsfreiheit bei der Unternehmensplanung gehört zu den Grundelementen der marktwirtschaftlichen Ordnung. Die vorliegende tarifliche Regelung begegnet deshalb größten Bedenken. Daß sie nicht schlechthin Beispiel einer zulässigen tariflichen Gestaltung sein kann, sondern allenfalls aus den Besonderheiten des Vergütungssystems im Spielbankenbereich zu erklären ist, hätte in der Entscheidung klar herausgestellt werden müssen und nicht verdeckt werden dürfen. Im Spielbankbereich kann allerdings ein spezielles Interesse der ArbN, den Kreis der Belegschaftsmitglieder zahlenmäßig zu begrenzen und die vorhandenen Stellen möglichst nach Leistungsgesichtspunkten zu besetzen, nicht geleugnet werden, da die Bezahlung nach der wohl auch derzeit noch geübten Praxis aus dem Troncaufkommen erfolgt, das nach bestimmten Kriterien auf die ArbN aufgeteilt wird; je mehr daran partizipieren, desto geringer wird der dem einzelnen zufließende Betrag. Eine Erhöhung der Zahl der Mitarbeiter belastet finanziell diese selbst, nicht das Unternehmen – also eine völlig atypische Lage. Ein ArbGeb, der sich eines solchen Vergütungssystems bedient, kann wohl letztlich nicht verwehren, daß die Mitarbeiter auf die Einstellungen, und zwar insbesondere auf die Zahl der Planstellen, Einfluß zu nehmen versuchen. Man wird hier eine den Besonderheiten des speziellen Vergütungssystems Rechnung tragende Lösung suchen müssen. Die Entscheidung der Grundsatzfrage der Erweiterbarkeit der Mitbestimmungsrechte darf nicht durch

Billigkeitsüberlegungen präjudiziert werden, die sich bei der Lösung von Sonderfällen aufdrängen. Die zwei Besonderheiten der konkreten Situation hätten vom BAG herausgestellt und in ihrer Relevanz für die Entscheidung angesprochen werden müssen, nämlich

- aa) daß die Vergütung der einzelnen ArbN unmittelbar von der Gesamtzahl der Beschäftigten abhängt, und
- bb) daß der ArbGeb selbst Partei des TV war, also die in der tariflichen Regelung liegenden Abstriche von der Personalkompetenz selbst zugestanden, nicht von einem tarifschließenden Verband aufoktroziert bekommen hat.

2. Auf der Grundlage des vom BAG eingenommenen Standpunktes, daß allein die Unternehmensautonomie der tariflichen Regelungskompetenz Schranken setzt, wird man nicht umhinkommen zu überlegen, ob dann nicht dem Firmen-TV ein weiterer Regelungsspielraum zugebilligt werden muß als dem Verbands-TV. Es liegt zumindest nahe, dem ArbGeb, der selbst einen TV abschließt, eine weitergehende Disposition über die ihm zustehenden personellen Entscheidungskompetenzen zuzubilligen als einem tarifschließenden Arbeitgeberverband zu Lasten seiner Mitglieder. Dies würde allerdings bedeuten, daß der Umfang und die Reichweite der tariflichen Regelungen für Firmen-TV und Verbands-TV unterschiedlich festzulegen wären. Dies wäre sicher keine erfreuliche Lösung, jedoch notwendige Konsequenz der unterschiedlichen Dispositionsmöglichkeiten. Vermeiden ließe sich dieses Ergebnis nur dann, wenn auch dem einzelnen ArbGeb für Dispositionen über seine unternehmerischen Kompetenzen Grenzen gesetzt würden und zugleich davon auszugehen wäre, daß der ArbGeb, der dem Verband beiträgt, in gleichem Umfang – d. h. im Umfang der ihm selbst zustehenden Dispositionsmöglichkeiten – dem Verband die Befugnis überträgt, über die unternehmerischen Kompetenzen zu verfügen. Auch hierzu äußert sich das BAG nicht. Wenn es den Eingriff in die Unternehmensautonomie als immanente Grenze der tariflichen Rechtsetzungsbefugnis sieht, hätte dazu jedoch aller Anlaß bestanden. Das BAG hätte sich der Frage auch kaum entziehen können, wenn es berücksichtigt hätte, daß nach der Regelung des von ihm zu prüfenden Rahmen-TV dem BR sehr wohl auch ein Mitbestimmungsrecht über das „Ob“ von Einstellungen, nicht nur bei der Auswahl zwischen mehreren Bewerbern zustehen soll. Mit seiner nicht näher begründeten, mehr als restriktiven Auslegung des § 2 Abs. 5 des Rahmen-TV ist es der zentralen Problematik ausgewichen. Damit drückt sich das BAG um die klare Stellungnahme, daß eine Regelung des vorliegend zu beurteilenden Musters (§ 2 Rahmen-TV) jedenfalls als Inhalt eines Verbands-TV nicht in Frage kommen kann.

3. Zum Stellenwert der Tarifautonomie als Grenze der tariflichen Regelungsbefugnis ist im übrigen gegenüber der BAG-Entscheidung noch auf zwei Aspekte hinzuweisen.

- a) Das BAG sieht den Unternehmer qualitativ unterschiedlich betroffen, je nachdem, ob das Mitbestimmungsrecht das „Ob“ der Einteilung betrifft oder nur die Auswahl unter mehreren Bewerbern. Dies ist, soweit es um die Intensität des Eingriffs in die Unternehmensautonomie geht, zweifellos zutreffend. Nicht zuletzt deshalb hat der Gesetzgeber mit der

Regelung im BetrVG das „Ob“ der Einstellung der Entscheidung des ArbGeb vorbehalten. Der BR kann Einstellungen nicht erzwingen und auch die Schaffung oder Besetzung von Arbeitsplätzen nicht verhindern. Soweit er nach § 99 Abs. 2 BetrVG ein Zustimmungsverweigerungsrecht hat, ist dies an spezifizierte tatbestandsmäßige Voraussetzungen gebunden, bei denen es im übrigen überwiegend auch nur um die Berücksichtigung von Eigenschaften oder Schutzbedürfnissen bestimmter Einstellungsbewerber geht, also nicht um die Besetzung von Arbeitsplätzen als solche, sondern um die Personalauswahl – eine gewisse Ausnahme bedeutet lediglich die Regelung in § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG. Der BR ist also bereits nach dem Gesetz im wesentlichen auf die Mitwirkung bei der Personalauswahl beschränkt; außer durch den Katalog in § 99 Abs. 2 BetrVG wird dies insbesondere durch § 95 Abs. 1, 2 BetrVG verdeutlicht. Die Personalplanung ist dem BR verschlossen; zu dieser gehören nicht nur die Festlegung der Zahl der einzurichtenden Arbeitsplätze, sondern auch deren qualifikationsmäßige Anforderungen. Das Gesetz trägt also bereits selbst der unterschiedlich schweren Beeinträchtigung der Unternehmensautonomie durch eine Mitbestimmung beim „Ob“ der Einstellung einerseits, bei der bloßen Bewerberauswahl andererseits Rechnung, indem es bezüglich der Personalplanung nur ein Unterrichts- und Beratungsrecht, bezüglich der Personalauswahl ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 BetrVG gewährt, im übrigen weitergehende Mitwirkungsmöglichkeiten über § 95 Abs. 1, 2 BetrVG eröffnet.

Das Problem ist, ob mit dieser differenzierten und differenzierenden gesetzlichen Regelung nicht bereits die Spielräume ausgeschöpft wurden, die dem Gesetzgeber bezüglich der Bindung der unternehmerischen Disposition im personellen Entscheidungsbereich offenstehen. Davon war bislang auszugehen. Die Argumentation des BAG selbst deutete in diese Richtung. In einer Entscheidung vom 31. 8. 1982, AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit (= SAE 1983, 134 [Löwisch]), hatte sich das BAG bereits mit dem Spannungsverhältnis von Unternehmensautonomie und betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechten zu befassen gehabt. Es ging dort um die Frage, ob unter dem Gesichtspunkt der Unternehmensautonomie eine Einschränkung der Anwendung einzelner gesetzlicher Mitbestimmungstatbestände geboten sein kann. Das BAG hat dies verneint. Es bestätigte zwar den Ausgangspunkt des Gesetzgebers, daß durch die Gewährung von Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechten nicht in die „eigentlich unternehmerischen Entscheidungen“ eingegriffen werden dürfe, betonte jedoch zugleich, daß diese Grundentscheidung des Gesetzgebers nicht die Annahme rechtfertige, daß das positivrechtlich geregelte Mitbestimmungsrecht des BR immanent begrenzt wäre, vielmehr erfolge die Abgleichung zwischen zu sichern der Unternehmensautonomie und gebotener Mitwirkung der Arbeitnehmer gerade durch die differenzierende Ausgestaltung der Mitwirkungsrechte:

„Der Gesetzgeber hat gesehen, daß durch die Beteiligung des BR an Entscheidungen des Unternehmers dieser in seiner Entscheidungsfreiheit grundsätzlich berührt wird. Er hat daher im BetrVG die Beteiligungsrechte des BR an den einzelnen Entscheidungen und Maßnahmen unterschiedlich stark ausgestaltet und damit selbst seiner Grundentscheidung Rechnung getragen, indem er schwächere Beteiligungsrechte dort gewährt hat, wo ihm die Erhaltung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit ganz oder in größerem Umfang geboten erschien, als dies bei der Gewährung von

Zustimmungs- oder echten Mitbestimmungsrechten möglich gewesen wäre. Er hat damit den Konflikt zwischen einer aus einer Beteiligung des BR an unternehmerischen Entscheidungen notwendig folgenden Beschränkung dieser Entscheidungsfreiheit und seiner Grundkonzeption, in „eigentlich unternehmerische Entscheidungen, insbesondere auf wirtschaftlichem Gebiet“ nicht einzugreifen, selbst entschieden. Soweit Mitbestimmungsrechte des BR zu einer Beschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit führen, liegt daher nicht ein ‚Wertungswiderspruch‘ vor, der eine Beschränkung der Mitbestimmungsrechte des BR erforderlich machen könnte. Die Gewährung von Mitbestimmungsrechten auch mit einer solchen Auswirkung stellt vielmehr die gesetzliche Lösung des Wertungswiderspruches zwischen Mitbestimmung und Freiheit der unternehmerischen Entscheidung selbst dar. Diese Entscheidung des Gesetzgebers haben die Gerichte zu respektieren. Sie kann nicht, auch nicht in gravierenden Fällen, korrigiert werden, weil der aufgezeigte Wertungswiderspruch anders hätte gelöst werden können oder müssen.“

Das BAG hat deshalb nicht zugelassen, gesetzlich normierte Beteiligungsrechte des BR mit der Begründung zu beschränken, durch sie werde die unternehmerische Entscheidungsfreiheit in einem den Grundentscheidungen des BetrVG widersprechenden Umfang beeinträchtigt. Umgekehrt bedeutet dies aber auch, daß die Unternehmensautonomie nur die Einschränkungen erfahren darf, die durch das System der betriebsverfassungsgesetzlichen Mitwirkungsrechte festgelegt werden. Wo nur schwächere Beteiligungsrechte gewährt werden, war dies, wie die Argumentation des BAG deutlich erkennen läßt, durch die notwendige Erhaltung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit geboten.

Die betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechte finden, soweit sie die Unternehmerautonomie beschränken, ihre Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt der sozialen Bindung des Unternehmenseigentums (s. insoweit BVerfG in der Entscheidung zum Mitbestimmungsgesetz 1976, Urteil vom 1. 3. 1979, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG). Der Gesetzgeber hat diese soziale Bindung mit dem BetrVG 1972 konkretisiert. Mit der vorgelegten Regelung hat er den ihm nach Verfassungsrecht zur Verfügung stehenden Gestaltungsspielraum im wesentlichen ausgeschöpft. Die Regelung des BetrVG 1972 war bei der Verabschiedung des Gesetzes nicht nur rechtspolitisch, sondern auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ausführlich diskutiert worden. Das sorgsame, durch die verfassungsrechtlichen Anforderungen gebotene Austarieren der grundsätzlich zu wahrenen Unternehmensautonomie mit den sozialstaatlich gebotenen Mitwirkungsmöglichkeiten der Arbeitnehmerseite war nicht zuletzt maßgeblich für die Annahme, es handle sich beim BetrVG, auch soweit es um die Mitbestimmungsrechte geht, um zwingendes Recht, um eine Unternehmensautonomie und Partizipationsinteressen im Interesse der sozialstaatlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zum Ausgleich bringende verbindliche Regelung. Warum der in der Entscheidung vom 31. 8. 1982 überzeugend gewählte Ausgangspunkt nicht mehr zu beachten sein sollte, wird vom BAG in der vorstehenden Entscheidung nicht dargelegt.

b) Daß die tarifliche Regelung, die weitergehende Mitbestimmungsrechte vorsieht, für den Nichteinigungsfall die Entscheidung durch die betriebliche Einigungsstelle vorsieht, kann entgegen der Bewertung des BAG nicht schon die unter dem Gesichtspunkt der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit bestehenden Bedenken entschärfen. Sicher ist die Einigungsstelle verpflichtet, unter Berücksichtigung der Belange des Betriebs und der betroffenen ArbN zu entscheiden. Aber für deren Einschätzung und Gewichtung besteht

ein weiter Bewertungsspielraum. Vor allem ist es ein fundamentaler Unterschied, ob der Unternehmer selbst nach seiner Einschätzung der wirtschaftlichen Entwicklung und der personalpolitischen Bedürfnisse unter Inkaufnahme oder Vermeidung mehr oder weniger großer Risiken seine Entscheidung trifft – was wohl allein unternehmerischer Entscheidungsfreiheit entspricht – oder ob ein paritätisch zusammengesetztes Gremium mit einem betriebsfremden, u. U. arbeitsgerichtlich aufgezwungenen Vorsitzenden auf der Grundlage einer ausfüllungsbedürftigen Generalklausel mehr oder weniger justizförmig Entscheidungen für das Unternehmen trifft. Im übrigen sollte allein schon der lange Zeitraum, der oft verstreicht, bis ein verbindlicher Einigungsstellenanspruch ergeht, zur Vorsicht mahnen.

Die These des BAG, daß Einschränkungen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit „unschädlich“ seien, weil die Einigungsstelle verbindlich entscheidet und diese verpflichtet ist, die Beschlüsse unter angemessener Berücksichtigung der beiderseitigen Belange zu fassen, erscheint deshalb mehr als mißglückt. Sollte der Entzug der Entscheidungsbefugnis unter dem Gesichtspunkt der Privatautonomie wirklich immer schon dann unschädlich sein, wenn derjenige, der die Kuratel auszuüben hat, durch eine rechtliche Formel gehalten wird, die Interessen derer mit zu berücksichtigen, denen die Entscheidungsbefugnis entzogen wird? Gegen eine solche Argumentation wären doch ganz grundsätzliche Bedenken geltend zu machen. Privatautonomie, die auch die unternehmerische Entscheidungsfreiheit umschließt, bedeutet selbstverantwortliche, auch Risiken einschließende Entscheidungsbefugnis, nicht Sicherstellung einer die Interessen der Betroffenen gerade noch wahrenen erträglichen Entscheidung durch Dritte – dies entspräche einem wohlfahrtsstaatlich/gemeinwirtschaftlichen Muster, gerade dem Gegenteil privatautonomer Gestaltung. Die Einigungsstelle hat als Institut zur Konfliktlösung dort ihre Funktion, wo der Gesetzgeber in Abwägung von Unternehmerfreiheit und Belegschaftsbelangen die Einräumung eines paritätischen Mitbestimmungsrechtes für zulässig und geboten erachtet. Er muß dann im Interesse von Betrieb und Belegschaft einen Weg aus der in der paritätischen Entscheidung angelegten Entscheidungsblockade weisen. Entscheidend ist aber der Eingriff in die unternehmerische Dispositionsfreiheit, die in der Bindung des Unternehmers an das Mitbestimmungsrecht des BR liegt. Ein solcher Eingriff verliert nicht dadurch sein freiheitsbeschränkendes Gewicht, daß ein Konfliktlösungsmechanismus für die Pattsituation zur Verfügung gestellt wird. Ist der Eingriff als solcher, d. h. die Einräumung eines Mitbestimmungsrechtes, nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wird der Eingriff auch durch Einschaltung der Einigungsstelle nicht geheilt.

4. Die Regelung in §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 2 TVG kann die tarifvertragliche Erweiterung der Mitbestimmungsrechte nicht schon tragen. Daß die Bestimmungen des TVG weder 1952 noch 1972 vom Gesetzgeber aufgehoben worden sind, besagt noch nichts darüber, ob die Regelungsautonomie der TV-Parteien durch die Kodifikation des Betriebsverfassungsrechts nicht geschrumpft sein könnte. Zur Aufhebung der §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 2 TVG hatte der Gesetzgeber schon deshalb keinen Anlaß, weil das BetrVG selbst in verschiedenen Bestim-

mungen, die vom BAG in vorstehender Entscheidung genannt werden, eine tarifvertragliche Ausgestaltung der Betriebsverfassung vorsieht; es bestand also auch nach 1952 bzw. 1972 noch Bedarf, die TV-Parteien zum Erlaß betriebsverfassungsrechtlicher Normen in die Lage zu versetzen. Damit steht nicht in Widerspruch, daß sich der Spielraum für eine Gestaltung der Betriebsverfassung durch die TV-Parteien als Folge der gesetzlichen Regelung der Betriebsverfassung wesentlich verengt hat.

Daß das TVG betriebsverfassungsrechtliche Normen als Regelungsinstrument zur Verfügung stellt, sagt noch nichts darüber, in welchem Umfang von diesem Gebrauch gemacht werden kann. Selbst bei der Vereinbarung von Inhaltsnormen müssen immanente Schranken der tarifvertraglichen Gestaltungsbefugnis beachtet werden. Letztere reicht hier allerdings weit, weil der Gesetzgeber von der Regelung der Arbeitsbedingungen weitgehend abgesehen hat und im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Garantie der Tarifautonomie auch absehen mußte. Die Festlegung der Arbeitsbedingungen gehört zu dem den Koalitionen garantierten Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigung. Die Betriebsverfassung konnte vom Gesetzgeber hingegen unter Ausschluß der TV-Parteien gesetzlich gestaltet werden. Garantiert ist den Koalitionen zwar auch ein „Kernbereich der Koalitionsbetätigung“ im Bereich der betrieblichen Interessenvertretung (s. die entsprechende Feststellung des BVerfG, Beschluß vom 30. 11. 1965, AP Nr. 7 zu Art. 9 GG zum Personalvertretungswesen = SAE 1966, 157 [Zöllner]). Die Gestaltung des rechtlichen Rahmens der betrieblichen Interessenvertretung kann der Gesetzgeber jedoch vornehmen. In seiner Entscheidung zum Mitbestimmungsgesetz 1976 hat das BVerfG (Urteil vom 1. 3. 1979, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG) das Nebeneinander von TV-System und gesetzlich geregelter Mitbestimmungsordnung ausdrücklich als verfassungsgemäß – auch im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 GG – gebilligt. Zum Kernbereich der Koalitionsfreiheit der Tarifparteien i. S. Art. 9 Abs. 3 GG gehört deshalb auch nicht, ihnen gesetzlich die Möglichkeit offenzuhalten, durch tarifvertragliche Regelung die gesetzlich festgelegte betriebsverfassungsrechtliche Ordnung umzugestalten.

Unstrittig ist deshalb § 3 BPersVG, der jede vom BPersVG abweichende Regelung durch TV untersagt, verfassungsgemäß. Zum Betriebsverfassungsrecht konnte eine solche gesetzliche Regelung nicht erwartet werden, da es Abweichungen durch TV an verschiedenen Stellen selbst vorsieht. Den damit durchaus veranlaßten Umkehrschluß, daß außerhalb der genannten Ermächtigungsgrundlagen eine tarifliche Modifizierung des Betriebsverfassungsrechtes unzulässig sein muß – da es andernfalls einer gesetzlichen Öffnungsklausel für einzelne spezielle tarifliche Regelungen nicht bedurft hätte –, möchte das BAG auf den organisatorischen Teil des BetrVG beschränken. Hier geht das BAG wie selbstverständlich davon aus, daß die Regelungen des BetrVG zweiseitig zwingend sind, obwohl es etwa bei der Frage der Freistellung von BR-Mitgliedern (ein vom BAG selbst erwähnter Gesichtspunkt) auch nicht schlechthin ausgeschlossen erscheint, die gesetzliche Regelung nur als einseitig zwingend anzusehen.

5. Die Regelungen über die Mitwirkung des BR sollen hingegen als Arbeitnehmerschutzbestimmungen nur einseitig

zwingender Natur sein. Auf dieser grundsätzlichen Differenzierung der Normen des BetrVG beruht die Entscheidung. Der Argumentation, daß das Betriebsverfassungsrecht vom Gesetzgeber als verbindliche Ordnung für Zusammenarbeit von ArbGeb und Belegschaft in den Betrieben vorgegeben ist und tarifliche Variationsmöglichkeiten durch entsprechende Öffnungsklausel markiert werden, weicht das BAG dadurch aus, daß es dies für den organisatorischen Teil des BetrVG kurzerhand zugesteht. Für die mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften des BetrVG soll grundsätzlich anderes gelten. Warum die Regelungen über die Mitwirkung des BR Arbeitnehmerschutzbestimmungen sein sollen, die über den organisatorischen Teil offensichtlich nicht, legt das BAG nicht dar. Es kann wohl kaum in Frage gestellt werden, daß auch die organisatorischen Vorschriften als notwendige Grundlage der Mitbestimmungsregelungen arbeitnehmerschützenden Charakter im weiteren Sinne haben. Was den arbeitnehmerschützenden Charakter betrifft, kann zwischen dem organisatorischen Teil des BetrVG und den Mitbestimmungsvorschriften nicht unterschieden werden, da die Mitbestimmungsrechte überhaupt nur über die betriebsverfassungsrechtlichen Organe realisiert werden können, die betriebsverfassungsrechtlichen Organe letztlich um der Mitwirkungsmöglichkeiten der Belegschaft willen geschaffen werden. Warum die Organisationsnormen deshalb weniger arbeitnehmerschützend sein sollen als die Mitbestimmungsregelungen, ist nicht zu ersehen. Mit dieser Differenzierung kann die Erweiterbarkeit der Mitbestimmungsrechte durch TV bei gleichzeitiger Ablehnung tarifvertraglicher Änderungen der betriebsverfassungsrechtlichen Organisationsvorschriften nicht plausibel gemacht werden.

6. Mit der Bewertung als Arbeitnehmerschutzbestimmungen soll der einseitig zwingende Charakter präjudiziert sein. Dies mahnt um so mehr, bei der Qualifizierung behutsam zu sein.

Jede Bestimmung der arbeitsrechtlichen Ordnung kann im weiteren Sinne als arbeitnehmerschützend bezeichnet werden, wenn man das Arbeitsrecht insgesamt als Arbeitnehmerschutzrecht sieht. Dies darf aber nicht den Blick dafür verstellen, daß arbeitsrechtliche Normen – auch als Bestandteil der die ArbN schützenden Ordnung – durchaus auch Interessenkonflikte und vor allem Konfliktlösungsverfahren verbindlich für Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite entscheiden können. Sie dienen dann immer noch dem Arbeitnehmerschutz, d. h. aber nicht, daß sie den Tarif- oder Einzelarbeitsvertragsparteien zur Disposition stehen müßten. Die pauschale Bewertung als arbeitnehmerschützend besagt deshalb noch nichts gegen eine eventuell zwingende Wirkung. Über diese kann nur durch Auslegung der Norm selbst entschieden werden. Dabei ist auf Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Norm abzustellen, aber auch auf ihren Sinn und Zweck. Letzteres wird offensichtlich zu wenig bedacht, wie gerade die Verweisung des BAG auf die Entscheidung des 7. Senats des BAG zu Art. 1 § 1 BeschFG (Urteil vom 25. 9. 1987, AP Nr. 1 zu § 1 BeschFG 1985) demonstriert.

In dieser Entscheidung wurden tarifvertragliche Klauseln anerkannt, die entgegen der Regelung des Art. 1 § 1 BeschFG die Wirksamkeit von Befristungen weiterhin vom Vorliegen eines sachlichen Grundes abhängig machen. Auch hier argu-

mentiert das BAG damit, daß jedenfalls bei arbeitnehmerschützenden Normen davon ausgegangen werden müsse, daß sie für die ArbN günstigere abweichende tarifliche Regelungen nicht ausschließen wollen. Mit der Qualifizierung des Art. 1 § 1 BeschFG als arbeitnehmerschützende Norm wird die Funktion dieser Vorschrift – d. h. der Sinn und Zweck der Norm – nicht hinreichend präzise erfaßt. Mit der gegenüber der BAG-Rechtsprechung erleichterten Zulassung befristeter Arbeitsverhältnisse sollten die ArbGeb für vermehrte Neueinstellungen gewonnen werden. Gewisse Abstriche vom arbeitsvertraglichen Bestandsschutz sollten die Aufnahme von Arbeitsvertragsbeziehungen erleichtern und damit fördern. Gegenüber der Rechtslage nach der BAG-Rechtsprechung bedeutet die Regelung in Art. 1 § 1 BeschFG für die eingestellten ArbN eine Verschlechterung ihres arbeitsvertraglichen Status. Nur mittels dieser Reduzierung des Bestandsschutzes glaubte der Gesetzgeber, das Einstellungsverhalten der ArbGeb zugunsten der Arbeitslosen positiv beeinflussen zu können. Wenn eine tarifliche Regelung Befristungen weiterhin an das Vorliegen eines sachlichen Grundes bindet, wird zwar der vertragliche Status der in ein Arbeitsverhältnis aufgenommenen ArbN verbessert, dem Anliegen des Gesetzgebers wird jedoch gerade entgegengearbeitet. Natürlich kann der Gesetzgeber den TV-Parteien die Entscheidung darüber überantworten, ob sie für ihre Branche eine den Arbeitsmarkt in Bewegung bringende Regelung unter Inkaufnahme von Abstrichen für den Bestandsschutz der einzelnen ArbN für sachgerecht und geboten erachten oder nicht und entsprechend abweichende tarifliche Regelungen zulassen. Ob der Gesetzgeber dies getan hat, muß letztlich wiederum durch Auslegung ermittelt werden. Die Qualifizierung des Art. 1 § 1 BeschFG als Arbeitnehmerschutznorm kann jedoch für die Frage der tariflichen Abdingbarkeit der Regelung nichts hergeben. Der Gesetzgeber will den Bestandsschutz der im Arbeitsverhältnis stehenden ArbN gerade einschränken, um Arbeitslosen den Eintritt in das Arbeitsleben zu erleichtern. Den einzelnen ArbN, die angestellt worden sind, werden also Abstriche von ihrem vom BAG weitergehend zugestandenem Bestandsschutz im Arbeitsverhältnis im Interesse derer zugemutet, die den Zugang zu einem Arbeitsverhältnis noch suchen. Es geht bei Art. 1 § 1 BeschFG also um die Lösung eines Interessenkonfliktes zwischen verschiedenen Arbeitnehmergruppen, es geht nicht primär um die Interessen des ArbGeb. Vom Standpunkt des im Arbeitsverhältnis stehenden ArbN erscheint Art. 1 § 1 BeschFG gar nicht als arbeitnehmerschützende Norm; denn sie gewährt ihm keinen Schutz, entzieht vielmehr – und das war ihr Ziel – den von der BAG-Rechtsprechung gewährten Bestandsschutz. Letzterer erwies sich jedoch, wie manch andere Arbeitnehmerschutzregelung, als durchaus ambivalent; sie brachte bereits eingestellten ArbN ein Mehr an Bestandsschutz, schlug für andere, die den Zugang zum Beschäftigungsverhältnis noch nicht gefunden hatten, ins Gegenteil um. Der Gesetzgeber sah deshalb eine Korrektur der BAG-Rechtsprechung zum befristeten Arbeitsverhältnis als geboten. Angesichts dieser Situation überzeugt es nicht, wenn Art. 1 § 1 BeschFG recht verkürzt als Arbeitnehmerschutznorm qualifiziert und daraus die Folge abgeleitet wird, ihre (tarifvertragliche) Abdingung müßte, weil die Rechtsstellung der ArbN verbessert werde, ohne weiteres zulässig sein. Es wird dabei nicht berücksichtigt, daß mit Art. 1

§ 1 BeschFG nicht nur die Rechtsbeziehung ArbGeb/ArbN geregelt, sondern ein weiter gespannter Interessenkonflikt einer aus der Sicht des Gesetzgebers geboten erscheinenden Lösung zugeführt wurde.

Bei aller Unterschiedlichkeit der Regelungstatbestände gilt Entsprechendes auch für die betriebsverfassungsrechtlichen Normen. Sie legen das betriebsverfassungsrechtliche Mitwirkungs- und Kooperationsverfahren nicht nur im Interesse der Arbeitnehmerseite, sondern auch im Interesse der Unternehmer und darüber hinausreichend auch Drittbetroffener fest, insbesondere etwa außenstehender Einstellungsbewerber, die das BAG am Ende seiner Entscheidungsbegründung selbst noch kurz anspricht. Es spricht auch keineswegs eine Vermutung dafür, daß die Mitbestimmungsregelung des BetrVG zur tarifvertraglichen Disposition stünde, solange der Gesetzgeber nicht durch „klare Regelung“ anderes festlegt. Das Argument, daß für eine bestimmte Rechtslage eine „klare Regelung“ durch den Gesetzgeber vorauszusetzen wäre, ist generell bedenklich, zumal damit in der Regel gleichzeitig in Anspruch genommen wird, daß über die Anforderungen an eine solche Klarheit der Regelung gleich mit befunden wird. Jedes rechtliche Ergebnis muß aber unter Auslegung der zur Verfügung stehenden gesetzlichen Normen gewonnen werden. Warum sollte es Rechtsfragen geben, für deren Lösung eine „klare“ Aussage des Gesetzgebers beansprucht wird?

7. Das BAG beruft sich für seine Bewertung sowohl auf zahlreiche Äußerungen im Schrifttum wie auch auf frühere Entscheidungen. Dazu ist folgendes anzumerken:

a) Zunächst spricht das BAG unter B II 2 b, 2. Absatz, allgemein davon, daß die Bestimmungen des BetrVG 1972 über die Mitwirkung des BR nur einseitig zwingend sind. Dazu beruft es sich auf verschiedene Autoren, die jedoch überwiegend eine durchaus differenzierte Bewertung vertreten. Wiedemann/Stumpf etwa befürworten eine umfassende tarifliche Regelungsbefugnis nur für die sozialen Angelegenheiten; im personellen Bereich müsse sich ein TV an dem abgestuften System der Mitwirkungsrechte und an dem Sachcharakter der Ablehnungsrechte nach den §§ 99 Abs. 2, 102 Abs. 3 BetrVG orientieren; die Zulässigkeit einer tarifvertraglichen Erweiterung müsse deshalb in jedem Einzelfall überprüft werden. Aus Galperin/Löwisch wird überhaupt nur deren Stellungnahme im Rahmen des § 87 BetrVG zitiert; für den Bereich der wirtschaftlichen Angelegenheiten wird eine Erweiterbarkeit der Mitbestimmungsrechte von Galperin/Löwisch entschieden abgelehnt (vgl. Vorbem. 9 ff. vor § 106 BetrVG). Aus Hess/Schlochauer/Glaubit wird die Kommentarstelle § 2 Rdziff. 124 zitiert, dabei aber nicht berücksichtigt, daß Hess dort die Erweiterung der Beteiligungsrechte durch TV davon abhängig macht, daß die Zustimmung des ArbGeb zu einer solchen Regelung eingeholt wird. Nicht berücksichtigt wird des weiteren, daß die Erweiterung der Mitbestimmungsrechte in personellen Angelegenheiten generell abgelehnt wird (s. Vorbem. 85 vor § 1 BetrVG). Im Gemeinschaftskommentar zum BetrVG wird die Erweiterbarkeit der Mitbestimmungsrechte in sozialen Angelegenheiten grundsätzlich bejaht, allerdings an Schranken gebunden (siehe § 87 Anm. 11). Für personelle Angelegenheiten wird die Erweiterbarkeit generell verneint (s. Vorbem. 21 ff. vor § 92

BetrVG). Die These, daß die Bestimmungen über „die Mitwirkung“ des BR nur einseitig zwingend, dementsprechend tarifvertraglich erweiterbar seien, wird in dieser Allgemeinheit also nicht einmal durch die vom BAG angeführten Schriftumsbelege gestützt.

b) Auch auf die vom Gericht herangezogenen beiden Entscheidungen aus dem Jahre 1959 kann kaum die allgemeine These gestützt werden, daß die Mitbestimmungsrechte des BR generell durch TV erweiterbar seien. Genaugenommen ging es in beiden Entscheidungen in Wirklichkeit nicht um die Erweiterung des Mitbestimmungsrechts des BR.

aa) Im Urteil vom 8. 10. 1959 (= SAE 1961, 140 [Wiedemann]) stand eine tarifvertragliche Klausel inmitten, nach der an Werktagen vor und nach gesetzlichen Feiertagen „im Einvernehmen mit dem BR“ Arbeitsschichten entfallen konnten. Damit wurde dem BR nicht schlechthin ein Mitbestimmungsrecht in Arbeitszeitfragen eingeräumt, vielmehr wurde die tarifliche Arbeitszeit für bestimmte Fallkonstellationen modifiziert; der ArbGeb kann sich im Zusammenwirken mit dem BR über tarifliche Arbeitszeitregelungen hinwegsetzen. Das BAG hat auch ausdrücklich dahinstehen lassen, ob eine Erweiterung des Mitbestimmungsrechtes mit § 1 Abs. 1 TVG begründet werden kann und hat die Entscheidung auf den Einleitungssatz des damaligen § 56 BetrVG 1952 gestützt, der nach Meinung des BAG die Reichweite der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten zur Disposition der TV-Parteien stellte.

bb) Auf der gleichen Linie lag die Entscheidung vom 24. 9. 1959. Dort ging es um eine tarifliche Regelung, nach der der Tariflohn in Fällen einer Minderleistung vom ArbGeb im Einvernehmen mit dem BR gekürzt werden konnte. Auch bei einer solchen tariflichen Regelung geht es nicht um die Erweiterung der Mitbestimmungsrechte, sondern um die Postulierung von Voraussetzungen, unter denen tarifliche Rechte vom ArbGeb suspendiert werden können. Völlig zu Recht hat das BAG in dieser Entscheidung darauf hingewiesen, daß es „nach der Fassung des TV nicht auszuschließen ist“, daß dem BR gar keine betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmungsfunktion eingeräumt werden sollte, sondern daß ihm zusammen mit dem ArbGeb eine individualrechtliche Bestimmungsbefugnis im Hinblick auf § 317 BGB zugewiesen wird. In diesem Sinne muß die tarifliche Klausel sogar verstanden werden, denn es geht bei der Regelung allein um die Konkretisierung des unter einen Vorbehalt gestellten Tariflohnes.

cc) Ein Votum für eine generelle Erweiterbarkeit der Mitbestimmungsrechte läßt sich beiden Entscheidungen nicht entnehmen; soweit sie eine Erweiterung für soziale Angelegenheiten – mit ganz beschränkter Funktion – in Betracht ziehen, stützen sie sich auf den speziellen Vorbehalt im damaligen § 56 BetrVG 1952. Diese Entscheidungen zwangen den Gesetzgeber entgegen der Bewertung des BAG keineswegs dazu, bei der Novellierung 1972 eine klare Regelung zu treffen, wenn er die Erweiterung der Mitbestimmungsrechte durch TV untersagen wollte. Die Auseinandersetzung um die richtige Auslegung einer Norm kann nicht schon immer

dann beendet sein, wenn der Gesetzgeber auf gerichtliche Entscheidungen nicht mit einer gegenteiligen klarstellenden Regelung reagiert. Ein Gericht kann schon generell den Gesetzgeber nicht dergestalt in Zugzwang bringen. Sicher gab es Fälle, in denen der Gesetzgeber auf von ihm nicht gebilligte Gerichtsentscheidungen mit gesetzlichen Regelungen reagierte, aber das ist keineswegs der regelmäßige Verlauf. Der Gesetzgeber hat 1972 und später eine Reihe ganz wichtiger Streitfragen nicht entschieden, ohne daß dies als Bestätigung der in Gerichtsurteilen oder in der Kommentarliteratur vertretenen Rechtsauffassung bewertet werden könnte. Jedenfalls kann dies unter Berücksichtigung ihres beschränkten Streitgegenstandes für die beiden Entscheidungen aus dem Jahre 1959 – bezogen auf das generelle Thema der Erweiterung der Mitbestimmungsrechte – nicht in Frage kommen.

c) In der Entscheidung vom 18. 8. 1987 hatte sich der 1. Senat allerdings bereits mit der Zulassung betriebsverfassungsrechtlicher Normen i. S. § 1 Abs. 1 TVG befaßt und diese bejaht. Das damalige Regelungsproblem lag allerdings dem der Entscheidungen aus dem Jahre 1959 sehr nahe. Es ging um die den Betriebsparteien tarifvertraglich zugewiesene Festlegung der individuellen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit auf der Grundlage der Manteltarifverträge der Metallindustrie aus den Jahren 1984/1987, die eine Verkürzung der tariflichen Wochenarbeitszeit mit der Maßgabe einführten, daß die Betriebsparteien sie modifizieren und zwischen verschiedenen Arbeitnehmergruppen differenzieren konnten. Wenn es bei einer bloßen Ermächtigung der Betriebsparteien zu einvernehmlichem Handeln geblieben wäre, hätten sich kaum Probleme ergeben, daß die Betriebsparteien solche differenzierenden Arbeitszeitregelungen auf der Grundlage ihrer funktionellen Zuständigkeit festlegen können. Die besondere Problematik ergab sich daraus, daß eine betriebliche Gestaltung durch Anrufung der Einigungsstelle erzwungen werden konnte. Dies mußte dazu verlocken, die entsprechende tarifliche Regelung als betriebsverfassungsrechtliche Norm zu bewerten. Richtigerweise konnte und mußte aber auch sie als tarifvertragliche Bestimmungsklausel gesehen werden (s. des näheren in meinem Beitrag „Rechtswirksamkeit der tarifvertraglichen Regelung über die Flexibilisierung der Arbeitszeit in der Metallindustrie“, DB 1985, S. 913, 922); es ging auch hier ausschließlich um die Konkretisierung der tariflichen Rechte, speziell der Arbeitszeitregelung.

Die Aussagekraft der vom BAG in bezug genommenen Entscheidungen ist also bereits für den Komplex der sozialen Angelegenheiten sehr zu relativieren. Für den Bereich der personellen Angelegenheiten geben sie überhaupt nichts her. Die verallgemeinernden Formulierungen über die Erweiterbarkeit der Mitbestimmungsrechte sind durch die bisherige Rechtsprechung deshalb auch überhaupt nicht gedeckt.

8. Das BAG wendet sich unter Ziff. 3 der Entscheidungsgründe dann noch speziell dem Komplex der personellen Angelegenheiten zu. Hier wird dann auch schon deutlich, daß der Meinungsstand im Schrifttum recht differenziert ist.

a) Zum Angelpunkt der BAG-Entscheidung wird § 102 Abs. 6 BetrVG. Was den Betriebsparteien vom Gesetzgeber ermöglicht wird, soll den TV-Parteien nicht verwehrt sein.

Dies ist aber – gerade auch unter dem Gesichtspunkt der Unternehmensautonomie – keineswegs so selbstverständlich, wie das BAG unterstellt. Eine Betriebsvereinbarung wird vom ArbGeb selbst abgeschlossen. Er verfügt also selbst über ein Stück seiner unternehmerischen Dispositionsbefugnisse. Die Vereinbarung nach § 102 Abs. 6 BetrVG kann nicht erzwungen werden, muß also notwendig dem freiwilligen Entschluß des ArbGeb entsprechen. Daß die Zulässigkeit solcher Betriebsvereinbarungen angesichts des gesetzlich geregelten Mitbestimmungssystems keineswegs selbstverständlich ist, wird schon dadurch demonstriert, daß der Gesetzgeber in § 102 BetrVG die Öffnungsklausel zugunsten der Betriebsvereinbarung aufgenommen hat. Aus dem Arbeitnehmerschutzcharakter der Mitbestimmungsrechte folgt die Vereinbarungsbefugnis der Betriebsparteien aus der Sicht des Gesetzgebers also offensichtlich nicht, sonst hätte es der Regelung in § 102 Abs. 6 BetrVG nicht bedurft.

Zugunsten tarifvertraglicher Regelung besteht eine Öffnungsklausel gerade nicht. Unter dem Gesichtspunkt der Unternehmensautonomie ist eine tarifvertragliche Regelung keineswegs von gleicher Qualität wie die vom Gesetz zugelassene Betriebsvereinbarung. Soweit eine Mitbestimmungsrechte erweiternde Regelung in einem Verbands-TV vorgesehen ist, werden die ArbGeb ohne ihr Zutun und auch gegen ihren Willen den erweiterten Mitbestimmungsrechten unterworfen. Ungeklärt ist auch, ob um eine solche tarifvertragliche Regelung gestreikt werden darf. Dies muß zumindest in Rechnung gestellt werden, da grundsätzlich tarifierbare Fragen auch als zulässiges Kampfziel gesehen werden. Zwar wurde die Überlegung, solche betriebsverfassungsrechtlichen Tarifklauseln nicht erstreiken zu lassen, schon diskutiert (s. Lund, Anm. zu der hier besprochenen Entscheidung in AP Nr. 53 zu § 99 BetrVG 1972), das BAG hat jedoch hierzu noch nicht Stellung genommen und sich der Problematik in der vorstehenden Entscheidung auch überhaupt nicht geöffnet. Ließe man den Arbeitskampf um betriebsverfassungsrechtliche Normen zu und wären diese auch möglicher Gegenstand eines Firmen-TV, würde sich die Frage stellen, ob dann auch die einzelnen Unternehmen kampfwise auf eine solche Regelung in Anspruch genommen werden können. Die gesetzliche Betriebsverfassung als verbindliche Grundlage für die betriebliche Kooperation wäre bei Zulassung tariflicher Regelungen über erweiterte Mitbestimmungsrechte in ihrer Funktion massiv tangiert.

b) Während für die Erweiterung der Mitbestimmungsrechte bei Kündigung auf der Grundlage des § 102 Abs. 6 BetrVG noch aus der Öffnungsklausel zugunsten der Betriebsparteien auch auf eine entsprechende tarifliche Regelungsbefugnis argumentiert wird, wird diesem Gesichtspunkt im Zusammenhang mit § 95 BetrVG jegliche Relevanz abgesprochen; ob eine die Betriebsvereinbarung ermöglichende gesetzliche Regelung besteht, soll für die Frage der tariflichen Regelungsbefugnis ohne Bedeutung sein. Auch dies mutet seltsam an.

9. Überhaupt nicht behandelt wird der Bereich der wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechte. Er ist nach allgemeiner Meinung aber, soweit es um die Erweiterbarkeit der Mitbestimmungsrechte geht, der kritischste Bereich (s. nur Fit-

ting/Auffarth/Kaiser/Heither, BetrVG, § 1 Anm. 133). Solange die spezielle Problematik der Mitwirkung in wirtschaftlichen Angelegenheiten in die Prüfung noch nicht einmal einbezogen wurde, erscheint die generelle und einschränkungslose Fassung des Leitsatzes, daß „die Beteiligungsrechte des BR nach dem BetrVG“ durch TV erweitert und verstärkt werden können, doch mehr als bedenklich.

10. Angesprochen wird vom BAG schließlich noch die Position der einzelnen, von der personellen Maßnahme betroffenen ArbN, insbesondere der Einstellungsbewerber. Sie werden bereits durch das Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 BetrVG in ihren Interessen berührt. § 99 Abs. 2 BetrVG bindet den BR bei der Zustimmungsverweigerung aber immerhin an einen eng begrenzten Katalog von Verweigerungsgründen, deren Vorliegen zur arbeitsgerichtlichen Überprüfung gestellt werden kann. Bei einer Regelung, wie sie in § 2 Abs. 5 des vorliegenden Rahmen-TV vorgesehen ist, wäre der BR bei der Entscheidung über die Zustimmung zur Kündigung nicht an die Regelung des § 99 Abs. 2 BetrVG gebunden, jedenfalls läßt sich dies § 2 Abs. 5, 6 des Rahmen-TV nicht entnehmen. Damit geht es nicht nur darum, daß statt des ArbG die Einigungsstelle entscheidet, sondern um die Erweiterung des Mitwirkungstatbestandes des § 99 BetrVG zu einem paritätischen Mitbestimmungsrecht. Die Rückwirkungen einer nur durch § 76 Abs. 5 Sätze 3, 4 BetrVG gebundenen Entscheidung von BR und Einigungsstelle auf die Rechtsstellung von Einstellungsbewerbern sind zweifellos von anderer Intensität als rechtlich gebundene Mitwirkungsrechte i. S. § 99 BetrVG. Allerdings geht das BAG möglicherweise davon aus, daß auch auf der Grundlage des § 2 Abs. 5, 6 des vorliegenden Rahmen-TV der BR die Zustimmung nur gemäß der Beschränkung des § 99 Abs. 2 BetrVG verweigern darf (so schon die Vermutung von Löwisch in seiner Anm. zu der Entscheidung in AR-Blattei, Betriebsverfassung XIV A, Entsch. 34, der im übrigen bereits die Regelungsautonomie der TV-Parteien in diesem Sinne begrenzt sieht; seiner Meinung nach müssen sich die TV-Parteien an das abgestufte Mitbestimmungssystem in personellen Angelegenheiten halten). Für diese Auffassung könnte sich das Gericht allerdings allein auf die Formulierung des § 2 Abs. 6 des Rahmen-TV stützen, daß die Einigungsstelle „nach den Vorschriften des BetrVG“ – also nach § 99 Abs. 2 BetrVG? – entscheidet; dies wäre allerdings angesichts des § 2 Abs. 5 Satz 1 des Rahmen-TV bereits eine recht streitbare Interpretation, die doch jedenfalls einer Erläuterung bedürfte. Das BAG läßt jedoch den Gang seiner Überlegungen dazu nicht erkennen.

11. Zusammenfassend ist folgendes festzuhalten:

a) In der Allgemeinheit, wie die Entscheidung die Erweiterbarkeit der Mitbestimmungsrechte durch TV zunächst – vor allem in ihrem Leitsatz 1 – zu eröffnen scheint, kommt dies schon nach den Entscheidungsgründen nicht in Betracht. Das BAG erkennt durchaus an, daß unter dem Gesichtspunkt der unternehmerischen Entscheidungsautonomie der Erweiterung der Mitbestimmungsrechte Grenzen zu ziehen sind.

b) Die differenzierende Mitbestimmungsregelung des BetrVG wird aber nicht schon als solche als rechtlich verbind-

licher verfassungsgemäßer Ausgleich der Partizipationsinteressen der ArbN mit der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit gesehen. Vielmehr möchte das BAG tarifvertraglicher Regelung noch Spielraum eröffnen, ohne zugleich die Grenzen festzulegen; diese sollen offensichtlich nur im Einzelfall gegenüber tarifvertraglichen Mitbestimmungsklauseln entwickelt werden – hierfür gibt das BAG aber zu wenig mit auf den Weg.

c) In der alten Streitfrage der Erweiterbarkeit der Mitbestimmungsrechte durch TV bezieht das BAG zwar klar Stellung, überzeugen kann es mit seiner Argumentation allerdings nicht. Seine Grundsatzüberlegungen (Stichworte: Entwicklungsgeschichte, Arbeitnehmerschutzcharakter des Betriebsverfassungsrechts) tragen seine weitreichende These nicht. Der bei Zubilligung tarifvertraglicher Regelungsbefugnis jedenfalls gebotenen differenzierenden Bewertung (unterschiedliche Regelungsspielräume für soziale, personelle und wirtschaftliche Angelegenheiten, für Firmen- und Verbands-tarifverträge) verschließt sich das Gericht.

d) Die Entscheidung kann deshalb für die Zukunft kaum richtungweisend sein. Tarifpolitischen Entscheidungen kann sie nur mit großen Vorbehalten zugrunde gelegt werden.

Prof. Dr. *Herbert Buchner*, Augsburg

Hinweis der Redaktion:

Vgl. außer den im Beschluß genannten Entscheidungen zur Mitbestimmung des Betriebsrats bei Einstellungen BAG vom 14. II. 1989 – 1 ABR 88/88 = AP Nr. 77 zu § 99 BetrVG 1972 = SAE 1990, 192 mit Anm. Pottmeyer; BAG vom 3. 7. 1990 – 1 ABR 36/89 = AP Nr. 81 zu § 99 BetrVG 1972 = SAE 1991, 189 mit Anm. Kreßel.