

Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten

Band 3 – Vergütung

Herausgegeben von

Holger Dahl

A. Mitbestimmung bei Vergütungsgrundsätzen

Abschnitt 1 – Perspektive Arbeitgeberin

I. Einleitung

Die Mitbestimmung in Fragen des Entgelts war und ist in der betriebsverfassungsrechtlichen Beratung von besonderer Bedeutung. Dies ist unter anderem dem Umstand geschuldet, dass sich die Mitbestimmung in Entgeltfragen oft nicht im Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG erschöpft. Je nach Thematik können weitere Mitbestimmungstatbestände einschlägig sein, welche das Recht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG erweitern. Sobald zum Beispiel Sozialleistungen, welche nach heutigem Verständnis „Lohn“ im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG darstellen,¹ von einer Sozialeinrichtung erbracht werden, richten sich Form, Ausgestaltung und Verwaltung derselben nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG. Bei Vermietung von Wohnräumen an Arbeitnehmer wird zusätzlich § 87 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG relevant.² Plant der Arbeitgeber die Einführung eines leistungsbezogenen Entgeltsystems fällt die Festsetzung der Berechnungsfaktoren regelmäßig unter § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG. Zusätzlich zu den genannten Mitbestimmungsrechten sieht sich der Arbeitgeber zudem häufig damit konfrontiert, dass der Betriebsrat einen Anspruch auf umfassende Auskunft gemäß § 80 Abs. 2 BetrVG geltend macht.³

Im Vordergrund steht jedoch, dass sich Arbeitgeber bei der Mitbestimmung in Fragen des Entgelts häufig in der Freiheit unternehmerischer Entscheidung zu Recht unangemessen beschränkt fühlen. Insbesondere bei freiwilligen Leistungen herrscht wenig Verständnis dafür, dass der Betriebsrat sich in die Verteilung der bereitgestellten Mittel einmischen möchte. Nicht selten besteht die Sorge, dass ungeachtet des mitbestimmungsfrei festzulegenden Zweckes der mit einer Leistung verfolgte Zweck nicht erreicht werden oder der Betriebsrat allzu großen Einfluss auf die allgemeine Lohnpolitik des Arbeitgebers nehmen könnte. Diese Sorge scheint berechtigt, wird doch das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG gemeinhin als „**umfassend**“⁴ und „**weitgehend**“⁵ beschrieben. Freilich liest man kaum je eine Beschreibung als **grenzenlos**.

1 Vgl. GK-BetrVG/*Wiese/Gutzeit*, Band II, § 87 Rn. 857 f. m. w. N.

2 Vgl. *Richardi*, in: *Richardi, BetrVG*, § 87 Rn. 754.

3 Vgl. BGH, 21.10.2003 – I ABR 39/02, AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 62.

4 So bereits die amtliche Begründung, BT-Drs. VI/1786, S. 49; siehe auch *Fitting*, *BetrVG*, § 87 Rn. 408.

5 *Hesse/Tischer*, in: *Moll, MAH ArbR*, § 23 Rn. 5.

- 3 Um unberechtigter Besorgnis vorzubeugen und die praktische Diskussion zu vereinfachen, sollen im folgenden Beitrag die notwendigen Grenzen der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hergeleitet werden. Hierzu soll ein allgemeingültiger Maßstab für die Bestimmung dieser Grenzen erarbeitet werden. Notwendiger erster Schritt ist hierbei die Bestimmung des Zwecks des Mitbestimmungstatbestandes. Die Bearbeitung konzentriert sich dabei auf den Grundtatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.⁶ Die flankierenden Mitbestimmungstatbestände werden ausgeklammert.

II. Bestimmung des Normzwecks

- 4 Unabhängig davon, ob sich hieraus bereits konkrete Grenzen des Mitbestimmungsrechts ableiten lassen, ist die Bestimmung des Normzwecks für eine fundierte Argumentation unerlässlich. Hinsichtlich des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG kommt man insofern nicht um die Auswertung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts herum.

1. Begründungsformel: Gewährleistung innerbetrieblicher Lohngerechtigkeit

- 5 Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts soll der Betriebsrat im Fall des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG „mitbestimmen, damit die Grundlagen der Entgeltfindung angemessen, in sich stimmig und durchschaubar gestaltet werden und durch generelle Regelungen entsprechend § 75 Abs. 1 BetrVG eine gleichmäßige Behandlung der Arbeitnehmer gewährleistet ist“.⁷ An anderer Stelle heißt es: „Dieses Mitbestimmungsrecht soll nach der ständigen Rechtspr. des BAG den ArbN vor einer einseitig an den Interessen des Unternehmers orientierten oder willkür. Lohngestaltung schützen. Es soll die Angemessenheit und Durchsichtigkeit des innerbetriebl. Lohngefüges und die Wahrung der innerbetriebl. Lohngerechtigkeit sichern.“⁸
- 6 Oft stellt das Bundesarbeitsgericht solche oder entsprechende Erwägungen den eigentlichen Ausführungen zur konkreten Fallkonstellation voran.⁹ Dabei fällt insbesondere der Verweis auf die Sicherung **innerbetrieblicher Lohngerechtigkeit** ins Auge. Es mag daran liegen, dass dieser Terminus außerordentlich griffig daherkommt oder daran, dass durch ihn gleichzeitig viel und auch nichts ausgesagt werden kann. Fest steht, dass er von der Literatur vielfach ohne kritische Auseinandersetzung aufgegriffen wurde.¹⁰

6 Zur Einordnung als Grundtatbestand *Richardi*, in: *Richardi*, BetrVG, § 87 Rn. 754.

7 BAG, 16.7.1991 – 1 ABR 66/90, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 49 unter B.II.3.b).

8 BAG, 3.12.1991 – GS 2/90, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 51 unter C.III.1.a).

9 *Roloff*, RdA 2014, 228 m. w. N.

10 *Richardi*, in: *Richardi*, BetrVG, § 87 Rn. 752; *Fitting*, BetrVG, § 87 Rn. 407; *Kothe*, in: *Düwell*, BetrVG, § 87 Rn. 111; *ErfK/Kania*, § 87 Rn. 96; *Roloff*, RdA 2014, 228.

Als Maßstab für die Reichweite der Mitbestimmung ist die gesamte Zweckformulierung des Bundesarbeitsgerichts freilich ungeeignet. Dafür ist die Vielzahl der Begriffe zu unbestimmt, geradezu unbestimmbar. Man stelle sich vor, die Betriebsparteien würden versuchen, bei Meinungsverschiedenheiten allein aus dieser Formulierung auf die Reichweite der Mitbestimmung zu schließen. Zu einer Einigung käme es nur in den seltensten Fällen. Manch ein Betriebsratsmitglied hielte das Ergebnis wohl nur für **gerecht**, wenn der Betriebsrat auch über die Regelmäßigkeit betriebsweiter Gehaltserhöhung mitbestimmen dürfte. 7

Schon wegen des wenig konkreten Verweises auf die (Lohn-)Gerechtigkeit können die Ausführungen des Gerichts im Ergebnis daher nicht mehr sein als illustrative Einleitungen in die Besprechung des jeweiligen Einzelfalls.¹¹ Die praktische Handhabung der Rechtsprechung wird hierdurch nicht erleichtert. 8

Dennoch ist dies einem Szenario vorzuziehen, in dem das Bundesarbeitsgericht auch noch versuchte, aus seinen Zweckansätzen konkrete Rechtsfolgen abzuleiten. Denn dass § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG der Gewährleistung von Lohngerechtigkeit diene, leitet das Gericht weder aus der Entstehungsgeschichte der Regelung noch aus dem Normzusammenhang ab.¹² Insbesondere in der amtlichen Begründung des Gesetzesentwurfs finden sich keine entsprechenden Erwägungen.¹³ Dass die Norm der Gewährleistung innerbetrieblicher Lohngerechtigkeit diene, ist zudem in der Literatur keineswegs unbestritten.¹⁴ Indem das Bundesarbeitsgericht seinen Ausführungen zu § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG einen scheinbar nicht begründungsbedürftigen Normzweck voranstellt, verpasst es leider die Gelegenheit, die eigenen Entscheidungen in klar erkennbare Bahnen zu lenken und so zukünftige Entscheidungen vorhersehbarer zu machen. Bedauerlicherweise wird dies von der Literatur vielfach bedenkenlos hingenommen.¹⁵ Als Anhaltspunkt für die Bestimmung der Reichweite des Mitbestimmungsrechts ist die Zweckformulierung im Ergebnis sowohl aus praktischer wie auch aus wissenschaftlicher Sicht ungeeignet. 9

2. Schutz der Arbeitnehmer

Der Wortlaut der Norm gibt unmittelbar keinen Aufschluss darüber, aus welchem Grund der Betriebsrat die „betriebliche Lohngestaltung“ beeinflussen können soll. Einzig aus dem Begriff der „Mitbestimmung“ lässt sich – für sämtliche Mitbestimmungstatbestände – darauf schließen, dass der Gesetzgeber sicherstel- 10

11 Vgl. *Annuß*, RdA 2014, 193, 194.

12 So *Annuß*, RdA 2014, 193, 194 m. w. N.

13 Vgl. die amtliche Begründung, BT-Drs. VI/1786, S. 49.

14 Vgl. *Worzalla*, in: HWGNRH, § 87 Rn. 542; *Annuß*, RdA 2014, 193, 205; vgl. auch v. *Hoyningen-Huene*, NZA 1998, 1081, 1086.

15 *Richardi*, in: *Richardi*, BetrVG, § 87 Rn. 752; *Fitting*, BetrVG, § 87 Rn. 407; *Kothe*, in: *Düwell*, BetrVG, § 87 Rn. 111; *ErfK/Kania*, § 87 Rn. 96; *Roloff*, RdA 2014, 228; kritisch zu dieser bedingungslosen Akzeptanz auch *Annuß*, RdA 2014, 193, 200.

len wollte, dass die Interessen der Arbeitnehmer bei der Festsetzung bestimmter Arbeitsbedingungen nicht außer Acht gelassen werden können. Sicher scheint damit zunächst nur, dass das Mitbestimmungsrecht schlussendlich dem Schutz der Arbeitnehmer und ihrer Interessen zu dienen bestimmt ist.¹⁶ Der Rechtsprechung ist im Ergebnis zumindest zuzubilligen, dass die Arbeitnehmer vor einer **einseitig** an den Interessen des Unternehmens orientierten Lohngestaltung geschützt werden sollen.

- 11 Welche konkreten Interessen der Arbeitnehmer durch die Mitbestimmung geschützt werden sollen, unterscheidet sich nicht nur je nach dem einschlägigen Mitbestimmungstatbestand. Auch bei Anwendung des einzelnen Tatbestandes kann das verfolgte Interesse von Fall zu Fall differieren. In bestimmten Situationen kann die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG lediglich auf Transparenz der abstrakten Lohngestaltung abzielen und den Arbeitnehmern auf diese Weise eine bessere Einschätzung des Marktwerts der eigenen Leistungen ermöglichen. In anderen Fällen kann der Betriebsrat das Mitbestimmungsrecht hingegen mit dem Ziel verfolgen, die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer zu gewährleisten.
- 12 Das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG dient stets dem Schutz der Arbeitnehmer durch erzwingbare Berücksichtigung ihrer Interessen. Der Normzweck ist hierdurch hinreichend umschrieben. Wer bereits auf dieser Ebene versucht, konkretere Interessen in die Formulierung des Normzwecks einfließen zu lassen, nimmt das Ergebnis der Normanwendung vorweg und kann sich schnell dazu verleitet sehen, den Anwendungsbereich des Mitbestimmungsrechts allzu weit zu fassen.¹⁷

III. Maßstab der Grenzziehung

- 13 Aus dem Normzweck allein lässt sich nicht darauf schließen, in welchem Umfang die Arbeitnehmer durch § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG geschützt werden sollen. Der Begriff der „Mitbestimmung“ gibt einzig darüber Aufschluss, dass der Gesetzgeber darauf abzielte, Arbeitnehmer und Arbeitgeber an bestimmten Entscheidungen gleichermaßen zu beteiligen. Der große Senat des Bundesarbeitsgerichts spricht insofern zu Recht von „**gleichberechtigte[r] Teilhabe**“.¹⁸ Diese Teilhabe ist allerdings erst die Folge des Eingreifens eines Mitbestimmungsrechts und sagt – zumindest auf den ersten Blick – nichts über die Reichweite desselben aus.

16 So auch *Fitting*, BetrVG, § 87 Rn. 407.

17 *Worzalla*, in: HWGNRH, § 87 Rn. 542 geht zu Recht davon aus, dass es der Ermittlung eines spezielleren Zwecks für die einzelnen Mitbestimmungstatbestände nicht bedarf.

18 BAG, 3.12.1991 – GS 2/90, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 51 unter C.II.1.a).

1. Bedeutung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit nach Art. 12 GG

Die Herstellung von Gleichberechtigung setzt im betrieblichen Zusammenhang notwendigerweise eine Einschränkung der Rechte des Arbeitgebers voraus. Diesen Rechten liegt die grundrechtlich garantierte unternehmerische Entscheidungsfreiheit zugrunde, welche sich insbesondere aus Art. 12 GG herleiten lässt.¹⁹ Ein Mitbestimmungsrecht muss freilich nicht allein deshalb begrenzt werden, weil hierdurch in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingegriffen wird.²⁰ Die Normierung eines erzwingbaren Mitbestimmungsrechts in sozialen Angelegenheiten setzt einen Eingriff in diese Freiheit denklogisch voraus. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts können sich die Grenzen eines Mitbestimmungsrechts daher nur aus den Regelungen des Mitbestimmungstatbestandes selbst, aus anderen gesetzlichen Vorschriften sowie aus der Systematik und dem Sinnzusammenhang des BetrVG ergeben.²¹ 14

Unterschiedliche Mitbestimmungstatbestände greifen verschieden weit in die unternehmerische Tätigkeit ein.²² Daher wäre es falsch, die unternehmerische Entscheidungsfreiheit als eine immanente Schranke der positiv-rechtlich geregelten Mitbestimmungstatbestände zu verstehen.²³ Dem steht allerdings nicht entgegen, die Wertungen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit in die Auslegung des § 87 Abs. 1 BetrVG einfließen zu lassen. Insofern ist eine verfassungskonforme Auslegung der Norm geboten.²⁴ Zudem liegt der Schutz unternehmerischer Entscheidungsfreiheit dem BetrVG zugrunde und spiegelt sich dementsprechend in der Gesetzessystematik wider.²⁵ 15

Vor diesem Hintergrund kann die Einschränkung der Rechte des Arbeitgebers durch Anwendung eines Mitbestimmungstatbestandes nur gerechtfertigt sein, wenn hierdurch nicht in unverhältnismäßiger Weise in die unternehmerische Freiheit eingegriffen wird.²⁶ Die Entscheidung über die Verhältnismäßigkeit obliegt in Ermangelung einer präziseren Ausgestaltung der Mitbestimmungstatbe- 16

¹⁹ Vgl. *Worzalla*, in: HWGNRH, § 87 Rn. 86.

²⁰ BAG, 26.10.2004 – 1 ABR 31/03 (A), AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 113; BAG, 16.7.1991 – 1 ABR 66/90, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 49; BAG, 4.3.1986 – 1 ABR 15/84, AP BetrVG 1972 § 87 Kurzarbeit Nr. 3; BAG, 31.8.1982 – 1 ABR 27/80, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 8.

²¹ BAG, 31.8.1982 – 1 ABR 27/80, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 8 unter B.III.2.a).

²² *Richardi*, in: *Richardi, BetrVG*, § 87 Rn. 41 verweist zu Recht darauf, dass die Mitbestimmung über eine vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ganz erhebliche unternehmerische Konsequenzen haben kann.

²³ BAG, 31.8.1982 – 1 ABR 27/80, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 8 unter B.III.2.a); krit. hierzu *Worzalla*, in: HWGNRH, § 87 Rn. 85.

²⁴ *Worzalla*, in: HWGNRH, § 87 Rn. 86.

²⁵ Vgl. nur *Richardi*, in: *Richardi, BetrVG*, § 87 Rn. 41.

²⁶ *Roloff*, RdA 2014, 228 spricht davon, dass bei der Grenzziehung die unternehmerische Freiheit, die Vertragsfreiheit und das Mitbestimmungsrecht miteinander in Einklang zu bringen

stände den Gerichten. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Gerichte im Zusammenhang mit der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit grundsätzlich auf eine Plausibilitätskontrolle beschränkt sind.²⁷ Denn diese Beschränkung dient dem Schutz des Unternehmers und kann daher nicht umgekehrt dazu führen, dass dessen Rechte überhaupt nicht zu berücksichtigen sind.

2. Schutzbedürftigkeit in Abhängigkeit der Machtposition des Arbeitgebers

- 17 Die Bewertung der Verhältnismäßigkeit setzt voraus, dass auch die Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer in diese einfließt. Bedürfen die Arbeitnehmer in bestimmten Situationen keines zusätzlichen Schutzes, wäre es nicht verhältnismäßig, den Arbeitgeber in seinen Rechten zu beschneiden. Im Falle der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG kann eine Grenzziehung daher insbesondere dann geboten sein, wenn die Arbeitnehmer auf andere Weise als durch den Betriebsrat hinreichend Einfluss auf die Lohngestaltung nehmen können. Umgekehrt gilt, dass das Mitbestimmungsrecht jedenfalls dann greifen muss, wenn die Arbeitnehmer der Willkür des Arbeitgebers ungeschützt ausgesetzt sind.
- 18 Wann das erforderliche Schutzniveau erreicht ist, hängt daher davon ab, in welchem Maß der Arbeitgeber seine Machtposition ausnutzen kann, die sich daraus ergibt, dass die Arbeitnehmer ihm im Rahmen der betrieblichen Sozialstruktur untergeordnet sind.²⁸ Diese Disparität kann sich in der Anwendung von Vertragsbedingungen ebenso ausdrücken wie in Weisungen oder der sonstigen Gestaltung des betrieblichen Zusammenwirkens. Auf die rechtliche Form kommt es, ebenso wie für eine Benachteiligung im Sinne des § 75 Abs. 1 BetrVG, nicht an. *Annuß* gebraucht insofern zu Recht den Begriff der „**Gestaltungsmacht**“ des Arbeitgebers.²⁹
- 19 Das Ausmaß dieser Gestaltungsmacht des Arbeitgebers ist damit wesentliches Kriterium für die Bewertung der Schutzbedürftigkeit. Agiert der Arbeitgeber nicht aus einer betrieblich bedingten Machtposition, bedürfen die Arbeitnehmer keines besonderen Schutzes. In diesem Fall muss das Mitbestimmungsrecht ausgeschlossen sein.

seien; so auch *Fitting*, BetrVG, § 87 Rn. 407; vgl. zum Initiativrecht auch GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rn. 148.

27 *Arnold*, in: Münchener Hdb. zum Arbeitsrecht, § 315 Rn. 48 geht zu Unrecht davon aus, dass bei Berücksichtigung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit die Grenzen des Mitbestimmungsrechts zur Disposition des Arbeitgebers gestellt seien.

28 *Annuß*, RdA 2014, 193, 202 spricht insofern von einer drohenden „Vergegenständlichung“ der Arbeitnehmer.

29 *Annuß*, RdA 2014, 193, 202.