

1. Der Betriebsrat hat bei der vorübergehenden Verlängerung der Arbeitszeit von Teilzeitbeschäftigten nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG mitzubestimmen. Dieses Mitbestimmungsrecht wird nicht durch eine tarifliche Regelung ausgeschlossen, wonach Mehrarbeit der Teilzeitbeschäftigten nur diejenige Arbeitszeit sein soll, die über die regelmäßige Arbeitszeit vergleichbarer Vollzeitbeschäftigter hinausgeht.

2. Der Senat hält fest an seiner Rechtsprechung zum allgemeinen Unterlassungsanspruch bei Verletzungen des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 BetrVG.

BAG vom 23.07.1996 - 1 ABR 13/96

A. Sachverhalt

Die Beteiligten streiten über das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei vorübergehender Verlängerung der Arbeitszeit von Teilzeitbeschäftigten.

Die Arbeitgeberin ist ein Unternehmen der Metallindustrie. Sie wendet in ihrer Niederlassung Essen die Tarifverträge der nordrhein-westfälischen Metallindustrie an, darunter den MTV vom 29. 2. 1988 in der Fassung vom 6. 5. 1990. Dieser enthält u.a. folgende Regelung:

§ 5

Mehr-, Spät-, Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit

1. Mehrarbeit sind die über die nach den §§ 3 und 4 festgelegte individuelle regelmäßige tägliche Arbeitszeit hinaus geleisteten Arbeitsstunden; hierunter fallen nicht die Arbeitsstunden, die im Rahmen des § 4 Nr. 3 außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit zum Ausgleich ausgefallener Arbeitsstunden vor- oder nachgearbeitet werden.

...

Für Teilzeitbeschäftigte ist Mehrarbeit die Arbeitszeit, die über die Dauer der regelmäßigen täglichen Arbeitszeit vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer hinausgeht. Sind keine vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer vorhanden, ist Mehrarbeit die Arbeitszeit, die über sieben Stunden pro Tag hinausgeht. Daher ist Arbeit an einem sonst für den Teilzeitbeschäftigten arbeitsfreien Tag Mehrarbeit.

2. ...

3. ...

4. ...

5. Notwendige Mehr-, Spät-, Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit ist zwischen Arbeitgeberin und Betriebsrat zu vereinbaren und ist zu leisten, wobei berechnete Wünsche der Arbeitnehmer nach Möglichkeit berücksichtigt werden.

Die Arbeitgeberin beschäftigt in Essen die Teilzeitkräfte M., K., Kr., R. und S. Mit diesen hat sie arbeitsvertraglich eine wöchentliche Arbeitszeit von 25 Stunden vereinbart. In den gleichlautenden Anstellungsverträgen heißt es jeweils unter Nr. 7.:

Ihre wöchentliche Arbeitszeit beträgt 25 Stunden. Sie erklären sich bereit, im Bedarfs- bzw. Vertretungsfall (Krankheit, Urlaub usw.) auch ganztags (zur Zeit 37 Stunden pro Woche) tätig zu sein. Die Bezahlung hierfür erfolgt als Grundvergütung ohne Zuschläge.

Mit der Arbeitnehmerin K. ist diese Regelung im Zusammenhang einer Verkürzung ihrer Arbeitszeit von 37 auf 25 Wochenstunden vereinbart worden. Eine Betriebsvereinbarung über die Regelung der Arbeitszeit von Teilzeitbeschäftigten besteht in Essen nicht.

Die Arbeitgeberin hat in der Vergangenheit die Teilzeitkräfte wiederholt vorübergehend mit voller wöchentlicher Arbeitszeit eingesetzt, und zwar jährlich für die Dauer von jeweils durchschnittlich ca. drei bis vier Monaten. Sie hat hierbei den Betriebsrat nicht beteiligt.

Dieser ist der Auffassung, der Einsatz der Teilzeitkräfte über die vertraglich vorgesehene Regelarbeitszeit hinaus stelle eine gem. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG mitbestimmungspflichtige Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit dar. Es gehe nicht um die gegenseitige Urlaubs- bzw. Krankheitsvertretung zweier Teilzeitkräfte, die sich zusammen einen Vollzeitarbeitsplatz teilten. Dies mache schon der Umfang des erweiterten Einsatzes deutlich. Tatsächlich seien die Teilzeitkräfte auch dann zur vollen Beschäftigung herangezogen worden, wenn der angebliche Arbeitsplatzpartner gar nicht verhindert gewesen sei. Das Mitbestimmungsrecht sei nicht durch tarifliche Regelung ausgeschlossen. Der MTV regule nur, ab wann Teilzeitbeschäftigte für zusätzliche Arbeit einen Überstundenzuschlag beanspruchen könnten.

Der Betriebsrat hat zuletzt beantragt, der Arbeitgeberin aufzugeben, es zu unterlassen, Arbeit bei teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern anzuordnen oder entgegenzunehmen, die deswegen erforderlich wird, weil Krankheits- oder Urlaubsvertretungen vorzunehmen sind oder zusätzlicher Arbeitsanfall vorliegt, soweit das vertragliche Arbeitszeitvolumen überschritten wird, ohne dass der Betriebsrat dem vorher zugestimmt hat bzw. die Einigungsstelle die Einigung zwischen den Beteiligten ersetzt hat.

Die Arbeitgeberin hat beantragt, den Antrag zurückzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates sei durch die tarifliche Regelung ausgeschlossen. Danach sei Mehrarbeit auch für Teilzeitbeschäftigte nur diejenige Arbeit, die die Arbeitszeit einer vergleichbaren Vollzeitkraft übersteige. Hierin komme zum Ausdruck, dass eine vorübergehende Verlängerung der Arbeitszeit innerhalb dieses Rahmens ohne Beteiligung des Betriebsrates möglich sein solle. Im übrigen seien die betroffenen Arbeitnehmer auch keine reinen Teilzeitkräfte, wie aus dem Umfang ihres erweiterten Einsatzes deutlich werde. Frau K. und Frau M. sowie Frau Kr. und Frau S. seien schon bei ihrer Einstellung darauf hingewiesen worden, dass sie sich eine volle Stelle im Sekretariat teilen und bei Ausfall der jeweils anderen Kraft ganztätig tätig sein müssten.

Das ArbG hat dem Antrag stattgegeben, das LAG hat die Beschwerde der Arbeitgeberin unter Neufassung des Tenors entspr. dem zweitinstanzlich präzisierten Antrag zurückgewiesen. Die zugelassene Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin hat keinen Erfolg.

B. Auszug aus den Gründen:

Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Das LAG hat den Unterlassungsanspruch des Betriebsrates zutreffend bejaht.

II. Der Antrag ist begründet. Dem Betriebsrat steht das geltend gemachte Mitbestimmungsrecht zu.

1. Gem. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG hat der Betriebsrat mitzubestimmen bei der Verlängerung oder Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit. Dieses Mitbestimmungsrecht erfasst auch die vorübergehende Verlängerung der Arbeitszeit von Teilzeitbeschäftigten. Unter betriebsüblicher Arbeitszeit ist die regelmäßige Arbeitszeit zu verstehen. Der Begriff der Betriebsüblichkeit ist nicht dahin zu deuten, dass es im Betrieb nur eine betriebsübliche Arbeitszeit - etwa diejenige, die für die Mehrzahl der Beschäftigten gilt - gibt. Vielmehr ist auf die im Betrieb jeweils für bestimmte Arbeitsplätze und Arbeitnehmergruppen geltende Arbeitszeit abzustellen.

Betriebsübliche Arbeitszeit der Teilzeitbeschäftigten ist deren regelmäßig verkürzte Arbeitszeit. Dies gilt auch dann, wenn nicht alle Teilzeitbeschäftigten mit einheitlicher Wochenstundenzahl arbeiten. Betriebsüblich sind dann diejenigen Arbeitszeiten, die jeweils individualrechtlich als die üblich vereinbart wurden. Dem Betriebsrat steht daher grundsätzlich gem. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht zu bei der vorübergehenden Verlängerung der Arbeitszeit von Teilzeitbeschäftigten. Dies entspricht auch der ganz herrschenden Auffassung im Schrifttum.

2. Hiervon abzuweichen, besteht kein Anlass.

Inhalt des Mitbestimmungsrechts ist vielmehr die Regelungsfrage, ob zusätzliche Arbeitsbedarf durch eine vorübergehende Erhöhung der regelmäßigen Arbeitszeit abgedeckt werden soll und welche Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmergruppen zu welchen Zeiten und in welchem Umfang diese Arbeiten leisten sollen. Dieser Schutzzweck verlangt die Einbeziehung der Teilzeitbeschäftigten in gleicher Weise wie die der Vollzeitbeschäftigten. Ob und inwieweit man bei der Zahlung von Zuschlägen Mehrarbeit von Teilzeitbeschäftigten anders als diejenige von Vollzeitbeschäftigten behandeln kann, bedarf hier keiner Erörterung. Es geht nicht nur um die Verhinderung von Überlastungen einzelner Arbeitnehmer. Aus der Zulässigkeit der Beschränkung von Zuschlägen kann daher nichts für den Umfang des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG abgeleitet werden. Etwas anderes lässt sich auch der Entscheidung des BAG vom 20. 6. 1995 nicht entnehmen, die nur die Zulässigkeit tariflichen Zuschlagsregelungen betrifft.

3. Der Beteiligung des Betriebsrates steht nicht entgegen, dass sich die Teilzeitbeschäftigten verpflichtet haben, "im Bedarfs- und Vertretungsfall (Krankheit, Urlaub usw.)" auch ganztags tätig zu sein. Diese einzelvertragliche Regelung schafft nur eine individualrechtliche

Grundlage dafür, dass die Arbeitgeberin einen zeitlich erweiterten Einsatz anordnen kann. Die Zulässigkeit einer erweiterten Beschäftigung ändert nichts daran, dass als betriebsüblich i.S. der regelmäßigen Arbeitszeit diejenige gilt, die die Teilzeitbeschäftigten nach ihren Verträgen "normalerweise" erbringen müssen; nach den hier vorgelegten Verträgen also 25 Wochenstunden. Nr. 7 Satz 1 der Anstellungsverträge bringt dies deutlich zum Ausdruck, wenn es dort heißt: "Ihre wöchentliche Arbeitszeit beträgt 25 Stunden an fünf Tagen in der Woche".

Die Rechtsbeschwerde kann auch nicht gehört werden mit dem Einwand, es gehe in den streitigen Fällen gar nicht um eine vorübergehende Erhöhung der Arbeitszeit, sondern um den mitbestimmungsfreien Wechsel von Teilzeitarbeit zu Vollzeitarbeit. In Betracht käme insoweit nur eine Fallgestaltung, bei der die neue Arbeitszeit zu der auf Dauer zu erbringenden, also regelmäßigen Arbeitszeit wird. Davon kann hier keine Rede sein. Dies wird schon an der zeitlichen Inanspruchnahme der betroffenen Arbeitnehmer deutlich. Selbst wenn der verlängerte Einsatz im Jahr durchschnittlich drei bis vier Monate beträgt, bleibt die Beschäftigung mit 25 Wochenstunden vorherrschend. Das gilt um so mehr, als die genannten drei bis vier Monate nicht als zusammenhängende Zeiträume zu verstehen sind, sondern die Summe mehrerer Erweiterungen des Arbeitszeitvolumens bilden, die zudem nicht immer zum Einsatz als Vollzeitkraft führten. Hieraus ergibt sich das typische Bild eines mit einer bestimmten Regelarbeitszeit beschäftigten Arbeitnehmer, der bei Bedarf vorübergehend zusätzliche Arbeitsstunden erbringt. Es geht vorliegend auch nicht um eine bedarfsabhängige Anpassung der Arbeitszeit an den jeweiligen Arbeitsanfall i.S. des § 4 BeschFG (KAPOVAZ). Der Senat sieht daher keine Veranlassung, zur Mitbestimmungspflichtigkeit bei einem derartigen Vertrag Stellung zu nehmen.

Das Mitbestimmungsrecht ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil sich die Teilzeitbeschäftigten einen Arbeitsplatz "teilten". Es kann dahingestellt bleiben, inwieweit bei einem "Job-Sharing"-Arbeitsverhältnis, bei dem - unbeschadet der nur beschränkten Zulässigkeit einer solchen Regelung gem. § 5 BeschFG - eine Vertretung des jeweils anderen Arbeitsplatzteilhabers vereinbart ist, im Vertretungsfall eine vorübergehende Verlängerung der Arbeitszeit i.S. des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG anzunehmen ist. Das LAG hat nämlich festgestellt, dass mit den Teilzeitkräften Vereinbarungen dieser Art nicht getroffen worden sind. Ferner wurde festgestellt, dass die Teilzeitkräfte auch zur Vertretung anderer Personen als der jeweils von der Arbeitgeberin benannten Partner herangezogen wurden. An diese Feststellungen ist der Senat gebunden. Sie werden von der Rechtsbeschwerde mit Verfahrensrügen nicht angegriffen.

4. Das Mitbestimmungsrecht ist nicht gem. § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG durch eine tarifliche Regelung ausgeschlossen. Die Arbeitgeberin beruft sich zu Unrecht auf § 5 des MTV für die Eisen-, Metall-, Elektro- und Zentralheizungsindustrie Nordrhein-Westfalen.

a) Der Vorrang des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG greift entspr. dem Sinn eines Ausschlusses des Mitbestimmungsrechts bei einer bestehenden gesetzlichen oder tariflichen Regelung nur ein, wenn diese die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit abschließend und zwingend regelt und damit dem Schutzzweck des Mitbestimmungsrechts selbst Genüge tut. Die TVParteien sind hingegen nicht berechtigt, die notwendige Mitbestimmung des Betriebsrates lediglich ersatzlos auszuschließen.

b) Eine diesen Voraussetzungen genügende tarifliche Regelung liegt nicht vor.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die TVParteien mit der in § 5 Abs. 1 MTV enthaltenen Definition auch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der Verlängerung der regelmäßigen Arbeitszeit von Teilzeitbeschäftigten erfassen wollten. Wenn als Mehrarbeit für Teilzeitbeschäftigte diejenige Arbeitszeit festgelegt wird, die über die regelmäßige Arbeitszeit eines vergleichbaren vollbeschäftigten Arbeitnehmers hinausgeht, beinhaltet das zunächst nur eine Definition des Begriffs der Mehrarbeit im tariflichen Sinne, ohne dass daran bereits Rechtsfolgen geknüpft wären. Eine solche Rechtsfolge ergibt sich aber aus § 6 MTV, der die Zuschlagspflichtigkeit regelt. Aus der Definition des § 5 MTV folgt hier, dass Teilzeitkräfte einen Zuschlag erst ab der Überschreitung der Arbeitszeit eines Vollbeschäftigten verlangen können. Damit ist noch keine Aussage zur Mitbestimmung des Betriebsrates bei Änderung der regelmäßigen Arbeitszeit getroffen.

Eine dahingehende Regelung der TVParteien ergibt sich auch nicht zwingend aus § 5 Abs. 1 Nr. 5 MTV. Danach ist notwendige Mehrarbeit zwischen Arbeitgeberin und Betriebsrat zu vereinbaren und zu leisten. Diese Vorschrift enthält eine Verweisung auf das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Es erscheint aber fraglich, ob sie auch Teilzeitbeschäftigte betrifft. Sonst würde sie bedeuten, dass die TVParteien für Teilzeitbeschäftigte die Verpflichtung regeln wollten, bei Bedarf auch über die Arbeitszeit eines vollbeschäftigten Arbeitnehmers hinaus zu arbeiten. Eine Regelung für die viel wichtigere Zwischenstufe (Differenz zwischen regelmäßiger Teilzeit und Vollzeit) fehlte hingegen.

Geht man dennoch davon aus, dass die TVParteien mit der Regelung in § 5 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 5 MTV tatsächlich zugleich die Verlängerung der regelmäßigen Arbeitszeit von Teilzeitbeschäftigten bis hin zur vergleichbaren Vollzeitbeschäftigung abschließend erfassen wollten, hätte eine solche Regelung jedenfalls keine Vorrangwirkung nach § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG. Dies hat das LAG zutreffend gesehen. Wie dargelegt, können sich die TVParteien nicht darauf beschränken, das Mitbestimmungsrecht lediglich auszuschließen. Nur ein solcher Ausschluss der Beteiligung des Betriebsrates hinsichtlich der Verlängerung der regelmäßigen Arbeitszeit von Teilzeitbeschäftigten läge aber vor, wenn man den TV i. S. der Arbeitgeberin verstehen könnte. Er enthält keinerlei Vorgaben für die Anordnung und Durchführung einer verlängerten Arbeitszeit von Teilzeitbeschäftigten. Die tarifliche Regelung überließe damit alle Einzelheiten der einseitigen Anordnung des Arbeitgebers. Soweit sogar die Arbeitszeit eines vollbeschäftigten Arbeitnehmers überschritten würde, bliebe es zwar gem. § 5 Abs. 1 Nr. 5 MTV bei der Mitbestimmung. Das könnte jedoch nur als Ausnahmefall zu betrachten sein. Bei dem für Teilzeitbeschäftigte besonders wichtigen Verlängerungszeitraum bis zur regelmäßigen Arbeitszeit der Vollzeitkräfte wäre das Mitbestimmungsrecht hingegen schlicht ausgeschlossen. Eine solche Regelung genüge dem Schutzzweck des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nicht. Da im Zweifel nicht anzunehmen ist, dass die TVParteien eine unzulässige Negativregelung treffen wollten, spricht alles gegen die Annahme, dass die streitigen Regelungen i.S. des Vortrags der Arbeitgeberin auszulegen sind.

III. Das LAG hat auf dieser Grundlage den vom Betriebsrat geltend gemachten Unterlassungsanspruch zutreffend bejaht.

1. Der Senat hat in seinem Beschluss vom 3. 5. 1994 unter Aufgabe der bis dahin vertretenen gegenteiligen Auffassung angenommen, dass dem Betriebsrat bei Verletzung seiner Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG ein allgemeiner Unterlassungsanspruch zusteht; dieser setzt keine grobe Pflichtverletzung voraus. Dieser Beschluss ist auf Kritik gestoßen. Im Mittelpunkt der Kritik steht der Vorwurf, der Senat habe zu Unrecht und ohne hinreichende Begründung eine Gesetzeslücke angenommen und demzufolge mit der Gewährung eines allgemeinen ungeschriebenen Unterlassungsanspruchs unzulässige Rechtsfortbildung betrieben. Das ist jedoch nicht überzeugend.

Der Senat hat zwar das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung festgestellt, ist dabei aber keineswegs von einer Gesetzeslücke ausgegangen. Er versteht den Unterlassungsanspruch vielmehr als Nebenleistungsanspruch, der sich aus dem durch die einzelnen Mitwirkungstatbestände konkretisierten und einem gesetzlichen Dauerschuldverhältnis ähnlichen Betriebsverhältnis ergibt. Ein derartiger Nebenleistungsanspruch ist ohne ausdrücklich gesetzliche Normierung in anderen Bereichen unbestritten und entspricht allgemeinen Grundsätzen der Privatrechtsordnung. Nicht die Bejahung eines Unterlassungsanspruchs, sondern dessen Verneinung bedarf einer besonderen Begründung, weil dem Gesetzgeber im Zweifel nicht unterstellt werden kann, dass er rechtswidriges Verhalten sanktionslos hinnehmen will. Da das Betriebsverfassungsgesetz bei Verletzung der Mitbestimmungsrechte in sozialen Angelegenheiten keine Sanktionen für alle Fallgestaltungen normiert, müsste die Auslegung ergeben, dass ein lückenhafter Schutz gewollt war. Daran fehlt es.

Der Senat hat im einzelnen dargelegt, warum sich aus § 23 Abs. 3 BetrVG und aus dem in § 87 Abs. 2 BetrVG vorgesehenen Einigungsstellenverfahren sowie der Sanktion der individualrechtliche Unwirksamkeit mitbestimmungswidriger Maßnahmen des Arbeitgebers kein hinreichender Schutz der Mitbestimmungsrechte aus § 87 BetrVG ergibt und dass für

ein absichtlich eingeschränktes Sanktionssystem nichts spricht. Ob dies zutrifft oder ob gerade umgekehrt die vorhandenen Sanktionen dahin zu verstehen sind, dass der Gesetzgeber weitergehenden Schutz gegen Gesetzesverstöße nicht gewähren wollte, sind Fragen, die die Auseinandersetzung mit der früheren Senatsrechtsprechung von Anfang an geprägt und auch jetzt keine grundsätzlich neuen Argumente hervorgebracht haben.

So wirft etwa Konzen dem Senat unzulässige Rechtsfortbildung mit der Begründung vor, der Gesetzgeber habe den Schutz des Betriebsrates als ausreichend, einen Unterlassungsanspruch also als entbehrlich angesehen. Das kann nicht überzeugen. Konzen beruft sich in diesem Zusammenhang vor allem auf die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung, nach der ein Verstoß gegen Mitbestimmungsrechte zur individualrechtlichen Unwirksamkeit der entspr. Maßnahme führt. Diese Sanktion sei als abschließende Regelung zu verstehen. Sie wird aber gleichfalls im Gesetz nicht erwähnt. Es erscheint wenig plausibel, das gesetzgeberische Ziel einer abschließenden Regelung ausgerechnet aus einem Rechtsgrundsatz ableiten zu wollen, der gar nicht normiert ist, sondern seinerseits erst im Wege der Rechtsfortbildung entwickelt werden musste. Dass - wie Konzen betont - dem Gesetzgeber des Betriebsverfassungsgesetzes die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung bekannt war, macht das Argument nicht tragfähiger. Die individualrechtliche Sanktion hat dennoch keinen Ausdruck im Gesetz gefunden. Warum das Sanktionsdefizit im Rahmen des § 87 BetrVG nicht allein durch die individualrechtliche Unwirksamkeitsfolge hinreichend gedeckt ist, diese also auch nicht als abschließende Regelung gemeint sein kann, hat der Senat im Beschluss vom 3. 5. 1994 im einzelnen dargelegt.

2. Angesichts der wiederholten Verstöße gegen das Mitbestimmungsrecht in der Vergangenheit und im Hinblick auf die nach wie vor vertretene Rechtsauffassung der Arbeitgeberin ist auch von einer Wiederholungsfahr auszugehen. Insoweit erhebt die Rechtsbeschwerde keine Einwendungen.