

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

---

Band 170

# Die Abkehr des Arbeitsrechts von der Vertragsfreiheit

Am Beispiel betrieblicher Mitbestimmung  
bei übertariflichen Zulagen

Von

Frank Wittgruber



Duncker & Humblot · Berlin

FRANK WITTGRUBER

Die Abkehr des Arbeitsrechts  
von der Vertragsfreiheit

**Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht**

**Band 170**

# Die Abkehr des Arbeitsrechts von der Vertragsfreiheit

am Beispiel betrieblicher Mitbestimmung  
bei übertariflichen Zulagen

Von

Frank Wittgruber



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Wittgruber, Frank:**

Die Abkehr des Arbeitsrechts von der Vertragsfreiheit : am Beispiel betrieblicher Mitbestimmung bei übertariflichen Zulagen / von Frank Wittgruber. – Berlin : Duncker und Humblot, 1999

(Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht ; Bd. 170)

Zugl.: Bonn, Univ., Diss., 1998

ISBN 3-428-09667-3

Alle Rechte vorbehalten  
© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0582-0227  
ISBN 3-428-09667-3

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde Anfang 1993 begonnen und im Sommersemester 1996 der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Inaugural-Dissertation vorgelegt. Lediglich redaktionelle Änderungen wurden vorgenommen.

An dieser Stelle möchte ich mich bei meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. H. Fenn, für die Anregungen bei der Auswahl des Themas herzlich bedanken. Seine Lehrveranstaltungen zum Arbeitsrecht haben mein Interesse für dieses Rechtsgebiet geweckt.

Für die Übernahme und Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Professor Dr. M. Heinze.

Münster, im Juni 1999

*Frank Wittgruber*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	11
I. Einführung in die Materie und Gang der Untersuchung.....	11
II. Erscheinungsformen übertariflicher Entlohnung.....	16

## *1. Teil*

### **Auslegung des Begriffs "Fragen der betrieblichen Lohngestaltung"**

<b>§ 1 Verwirklichung "innerbetrieblicher Lohngerechtigkeit"</b> .....	21
I. Die Konkretisierung durch die Rechtsprechung.....	21
II. Auslegung nach der klassischen Methodenlehre.....	22
1. Wortlaut und Systematik.....	23
2. Historisch-teleologische Auslegung und Freiwilligkeitsgrundsatz.....	23
3. Objektiv-teleologische Auslegung.....	28
III. Verteilungsgerechtigkeit als sozialpolitisches Anliegen.....	30
IV. Verwirklichung von Gerechtigkeit als Maxime.....	32
<b>§ 2 Die sogenannte "dritte Dimension des Arbeitsrechts"</b> .....	37
I. Das Vorfeld des kollektiven Tatbestands.....	37
II. Kontroverse um die Rechtsstellung des Arbeitnehmers .....	39
III. Eingliederung in den Betrieb .....	42
1. Der Betrieb als soziales System .....	42
a) Interessenkonflikt zwischen den Arbeitnehmern .....	42
b) Ökonomische Schlußfolgerungen.....	43
2. Bedeutung der Rechtssoziologie.....	45
3. Klassenkämpferisches Denken im Arbeitsrecht .....	48
<b>§ 3 Abkehr des Arbeitsrechts vom Privatrecht</b> .....	53
I. Die Abhängigkeit des Arbeitnehmers als Grundsachverhalt.....	53
1. Personenrechtliches Denken .....	53
2. Der Arbeitnehmer als Mitarbeiter .....	58
3. Wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers.....	62
4. Arbeitsrecht als das Recht der Arbeitsverhältnisse .....	66
II. Die Selbstbestimmung des einzelnen Arbeitnehmers.....	70
1. Die Bedeutung des Günstigkeitsprinzips .....	72

2. Privatautonomes Verständnis der Mitbestimmung.....	75
a) Mitbestimmung als Fremdbestimmung .....	75
b) Mitbestimmung als Sozialprivatrecht.....	78
3. Generelle Ohnmächtigkeit des Arbeitnehmers.....	84
a) Gestörte Vertragsparität .....	84
b) Kollision von Individual- und Kollektivinteresse .....	87
4. Freiheit und Gleichheit beim Entgelt .....	90
III. Ergebnis.....	91
<b>§ 4 Der allgemeine Sinn und Zweck der notwendigen Mitbestimmung.....</b>	<b>93</b>
I. Der Schutzzweck im Verhältnis Arbeitgeber/Arbeitnehmer .....	93
II. Der Ordnungszweck im Verhältnis Arbeitnehmer/Arbeitnehmer .....	95
III. Der Teilhabezweck im Verhältnis Arbeitgeber/Belegschaft.....	96
IV. Der Schutzzweck als Begrenzung der Betriebsautonomie.....	97
1. Betriebliche Ordnung .....	98
2. Das Verhältnis von Schutz- und Ausgleichsfunktion.....	98
3. Management by Betriebsverfassung ?.....	99
4. Zwischenergebnis.....	105
V. Ergebnis zum ersten Teil.....	105

## *2. Teil*

### **Voraussetzungen und Grenzen des Mitbestimmungsrechts bei übertariflichen Zulagen**

<b>§ 5 Gesetzlich normierte Schranken eines Mitbestimmungsrechts.....</b>	<b>107</b>
I. Der Tarifvorrang gemäß § 87 I Eingangssatz BetrVG.....	107
1. Bedeutung des Tarifvorrangs .....	107
a) Entbehrlichkeit des doppelten Schutzes der Arbeitnehmer .....	107
b) Sicherung der Tarifautonomie .....	109
aa) Rückgriff auf die ratio des Tarifvorbehalts.....	109
bb) Gefährdung durch betriebliche Mitbestimmung bei übertariflichen Zulagen.....	110
2. Beschaffenheit der tariflichen Regelung.....	115
a) Mindestanforderungen des Schutzes .....	115
b) Bedeutung der Schutzfunktion.....	116
3. Ergebnis .....	118
II. Der Tarifvorbehalt gemäß § 77 III BetrVG.....	118
<b>§ 6 Übertarifliche Zulagen als Einzelfallregelungen .....</b>	<b>120</b>
I. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts .....	121
1. Entwicklung bis zur Entscheidung des Großen Senats .....	121
2. Folgeentscheidungen des 1. Senats.....	122
II. Literaturauffassungen zur Kollektivität des Zulagenbereichs.....	127

1. Grundsätzliche Kollektivität .....	127
2. Subjektive Bestimmung seitens des Arbeitgebers .....	129
III. Stellungnahme .....	130
1. Generalität der Regelung .....	131
2. Kollektiver Bezug der Angelegenheit .....	132
3. Abstraktheit der Regelung .....	135
IV. Folgerungen für den Umfang des Mitbestimmungsrechts .....	139
1. Unbenannte Zulagen .....	139
2. Benannte Zulagen .....	140
3. Einheitliche Zulagen .....	140
4. Nachträgliche Veränderung der Gewährung .....	141
<b>§ 7 Besondere Probleme .....</b>	<b>143</b>
I. Die Änderung der Verteilungsgrundsätze .....	143
1. Bezugspunkt und Bezugsgrößen für die Feststellung einer Veränderung .....	143
a) Die Grundsätze des Großen Senats .....	143
b) Kritik .....	144
2. Entfallen des Mitbestimmungsrechts trotz Änderung der Verteilungsgrundsätze .....	148
a) Rechtliches und tatsächliches Hindernis .....	148
b) Vollständige Reduzierung und Neugewährung .....	149
II. Anknüpfungspunkt für die Mitbestimmung .....	151
1. Anrechnung und Widerruf als Lohngestaltung .....	152
2. Das Verhältnis zum bilateralen Regelungsbereich .....	155
a) Individualrechtliche Folgen unterbliebener Mitbestimmung im Bereich des § 87 I BetrVG .....	155
aa) Theorie der notwendigen Mitbestimmung .....	155
bb) Theorie der erzwingbaren Mitbestimmung .....	157
cc) Würdigung .....	158
b) Grundfall: Erstmalige Gewährung von Zulagen .....	160
c) Übertragung auf die Kürzung der Zulagengewährung .....	165
aa) Die Rechtsprechung zur Festschreibung des sog. Gesamtvolumens .....	165
bb) Unwirksamkeit der Neuverteilungsentscheidung .....	166
cc) Rückwirkung der mitbestimmten Regelung .....	170
III. Ausblick .....	172
<b>Zusammenfassung der Ergebnisse .....</b>	<b>174</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>178</b>
<b>Sachregister .....</b>	<b>198</b>



# Einleitung

## I. Einführung in die Materie und Gang der Untersuchung

Entgegen den Zeichen der Zeit, die im Hinblick auf eine funktionierende und gleichwohl soziale Marktwirtschaft unter anderem eine Flexibilisierung arbeitsrechtlicher Regelungen erfordern, vollzieht sich in der Rechtsprechung durch eine extensive Interpretation betrieblicher Mitbestimmungsrechte die umgekehrte Entwicklung einer fortschreitenden Abkehr des Arbeitsrechts von der Vertragsfreiheit. Zu verwundern mag das nicht, denn es gilt offensichtlich immer noch die Feststellung von *Adomeit*, wonach "der Sozialgedanke der Lebenssaft, schon fast das Herzblut des Arbeitsrechts"<sup>1</sup> ist, und sich dieses "als ein einziges großes Kontrollsystem gegenüber der Vertragsfreiheit begreifen läßt"<sup>2</sup>. Ein Element der Kontrolle stellt der Betriebsrat dar, der mit abgestuften Mitwirkungsrechten von den Arbeitnehmern dem Arbeitgeber an die Seite gestellt wird, wobei die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten nach § 87 I BetrVG mit ihrem Einigungszwang und dem mitumfaßten Initiativrecht die stärkste Beschränkung der einseitigen Entscheidungsbefugnis des Arbeitgebers bedeutet. Gerade dieser Bereich hat in den letzten zwanzig Jahren unter besonderer Federführung des 1. Senats des Bundesarbeitsgerichts eine bedenkliche Ausweitung erfahren. Beispielhaft erwähnt sei die Mitbestimmungspflichtigkeit der Überstunden<sup>3</sup> oder des Schichtwechsels<sup>4</sup> eines einzelnen oder einzelner Arbeitnehmer nach der Nr. 3 des § 87 I BetrVG, und im Bereich der Mitbestimmung in Entgeltfragen nach § 87 I Nr. 10, 11 BetrVG<sup>5</sup> beim Prämienlohn der Verlauf der Lohnkurve<sup>6</sup> und die Gehaltsgruppenbildung für AT-Angestellte durch die Festlegung der Wertunterschiede zwischen den einzelnen Gehaltsgruppen, sowie die Frage nach einer linearen Erhöhung oder aber nach abstrakten Kriterien<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> In: FS-Hilger/Stumpf, S. 1.

<sup>2</sup> In: *Hanau/Adomeit*, Arbeitsrecht, B I 4.

<sup>3</sup> Vgl. BAG v. 10. 6. 1986, AP Nr. 18 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>4</sup> Vgl. BAG v. 27. 6. 1989, AP Nr. 35 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>5</sup> Vgl. dazu *Matthes*, NZA 1987, 289 ff.

<sup>6</sup> Vgl. BAG v. 13. 9. 1983, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie; vgl. auch BAG v. 8. 12. 1981 und v. 25. 5. 1982, AP Nr. 1, 2 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie; kritisch zum ganzen *Lieb*, ZfA 1988, 413 ff.

Ganz auf dieser Linie hat der 1. Senat in mehreren Entscheidungen<sup>8</sup> auch für den übertariflichen Zulagenbereich diese Kehrtwende hin zu einer mitbestimmungsfreundlichen Auslegung vollzogen, indem er die Aufstellung des die konkrete Verteilung der Geldleistungen steuernden Leistungsplans, sowie grundsätzlich dessen nachträgliche Änderung der Regelungskompetenz des Betriebsrats unterwirft, was schließlich in zwei Beschlüssen des Großen Senats vom 3. 12. 1991<sup>9</sup> im wesentlichen bestätigt wurde. Diese zur Anrechnung bzw. Widerruf von über- und außertariflichen Zulagen anlässlich einer Tariflohnerhöhung ergangenen Beschlüsse sind in der Folgezeit im Schrifttum heftig kritisiert worden, wie schon die Rechtsprechung des 1. Senats eine Flut von überwiegend ablehnenden Stellungnahmen hervorgerufen hat. Bevor im 2. Teil der Arbeit auf diese Rechtsprechung eingegangen wird, stellt sich zunächst die grundsätzliche Frage nach der Reichweite des § 87 I Nr. 10 BetrVG, dessen Tatbestandsmerkmal "Fragen der betrieblichen Lohngestaltung" allgemein mit der speziellen ratio legis der Gewährleistung innerbetrieblicher Lohngerechtigkeit näher zu konkretisieren versucht wird (§ 1 - S. 21 ff.). Obgleich dieser Begriff selbst nicht ausfüllbar ist, sondern vielmehr ein Konglomerat der verschiedenen Aspekte des überpositiven Gerechtigkeitsgebots darstellt und damit für eine Interpretation wenig fruchtbar erscheint, steht er für die Rechtsprechung und weiten Teilen der Literatur im Zentrum der Auslegung. Dahinter verbirgt sich eine einseitige Favorisierung der sog. dritten Dimension des Arbeitsrechts als Synonym für den multilateralen Regelungsbereich, der von der Vorstellung eines notwendigen Interessenausgleichs der betriebsangehörigen Arbeitnehmer getragen wird (§ 2 - S. 37 ff.). Die Zufriedenheit der Belegschaft, sprich der Betriebsfrieden, erhält damit eine allein entscheidende Bedeutung für die Interpretation des § 87 I Nr. 10 BetrVG. Nach außen sichtbar

---

<sup>7</sup> Vgl. BAG v. 21. 8. 1990, NZA 1991, 434 ff.; vgl. auch BAG v. 22. 12. 1981, AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; kritisch Lieb, ZfA 1978, 179 ff.; ders., Arbeitsrecht, § 8 III 4, S. 240 ff.; gegen die allgemein extensive Interpretation der Mitbestimmungsstatbestände mit weiteren Beispielen, Lortz, ZfA 1991, 1, 10, 19 ff., 29 f., 31 f.

<sup>8</sup> BAG v. 17. 12. 1985, AP Nr. 5 zu § 87 Tarifvorrang unter Aufgabe der Entscheidung vom 31. 1. 1984, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang; BAG v. 13. 1. 1987, AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG v. 24. 2. 1987, AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972; BAG v. 24. 11. 1987, AP Nr. 31 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG v. 10. 2. 1988, AP Nr. 33 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG v. 6. 12. 1988, AP Nr. 37 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

<sup>9</sup> BAG - GS 1/90 - und - GS 2/90 -, AP Nr. 51, 52 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = DB 1992, 1579 = BB 1992, 1418 = SAE 1993, 97; die Vorlage erfolgte durch den 1. Senat durch die beiden Beschlüsse vom 13. 2. 1990, AP Nr. 43, 44 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

wird die dritte Dimension durch die Eingliederung des Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers, die seit jeher Begründungsansatz für die verschiedensten arbeitsrechtlichen Fragen war. Das indiziert indes das Problem, inwieweit aus dieser zunächst lediglich soziologischen Tatsache rechtliche Schlußfolgerungen gezogen werden dürfen, welche zudem vereinzelt von klassenkämpferischen Thesen überlagert werden. Wie der Name schon sagt, bestehen neben der dritten noch zwei weitere Dimensionen, nämlich zum einen das Verhältnis des Arbeitgebers zu den Kollektivpartnern und zum anderen das - weitaus wichtigere - Verhältnis des Arbeitgebers zum einzelnen Arbeitnehmer, also die individualrechtliche Regelungsebene, die durch die Eingliederung in den Betrieb nicht zur Bedeutungslosigkeit verkommt (§ 3 - S. 53 ff.). Dabei ist die Feststellung nötig, daß es sich trotz Abhängigkeit des Arbeitnehmers um ein reines Schuldverhältnis handelt, ganz im Gegensatz zu den in bester Tradition personenrechtlichen Denkens vertretenen verbands- und gesellschaftsrechtlichen Qualifizierungen. Hand in Hand mit diesen geht der euphemische Begriff des "Mitarbeiters", mit dem die Stellung des Arbeitnehmers auch rechtlich aufgewertet werden soll, aus der aber unversehens eine Fürsprache für eine erweiterte Mitbestimmung des Betriebsrats entsteht, indem dieser mit den Arbeitnehmern gleichgesetzt wird. Dies ist nicht vereinbar mit dessen bloßer Hilfsfunktion für die Privatautonomie der Arbeitnehmer, die sich unter anderem mit Blick auf die durch das Günstigkeitsprinzip geschützte Selbstbestimmung des einzelnen ergibt. In diesem Zusammenhang ist sowohl auf die Thesen von *Reuter* eines privatautonomem Verständnisses der Mitbestimmung<sup>10</sup>, mit der eine bedenkliche Ausweitung der für die Betriebsautonomie bestehenden Innen- und Außenschranken<sup>11</sup> verbunden ist, als auch auf die von *Reichold* vorgenommene Qualifizierung der Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht<sup>12</sup> einzugehen. Neben außerrechtlichen Argumentationen sowie Anleihen bei anderen Rechtsgebieten wie dem Verbands- und Gesellschaftsrecht im Rahmen der ratio legis einer Gewährleistung von Verteilungsgerechtigkeit, erweist sich schließlich als treibende Kraft für eine sich selbstständigende Betriebsautonomie der überwiegend angenommene Teilhabezweck notwendiger Mitbestimmung (§ 4 - S. 93 ff.). Damit werden aus der gesellschaftlichen Diskussion altbekannte sozialpolitische Schlagwörter wie Partnerschaft, Demokratisierung und Mitgestaltung in das Arbeitsrecht hineingetragen, wodurch die Frage aufgeworfen wird, ob das mit den anderen rechtlich gewährleisteten Interessen und Gestaltungsfaktoren des Arbeitsverhältnisses in Einklang gebracht werden kann. Die Annahme eines Teilhabezwecks läßt sich nur halten, wenn man zum einen der Vertragsfreiheit des Ar-

---

<sup>10</sup> RdA 1991, 193 ff.; ZfA 1993, 221 ff.; RdA 1994, 152 ff.; ZfA 1995, 1 ff.

<sup>11</sup> Vgl. *Kreutz*, Betriebsautonomie, S. 4 ff.; *ders.*, in: GK, BetrVG, § 77 Rdnr.250 ff.

<sup>12</sup> So der gleichnamige Titel seiner Habilitationsschrift.