Teilzeitanspruch nach § 8 TzBfG und Arbeitszeitmitbestimmung

Professor Dr. Volker Rieble und Dr. Martin Gutzeit, Mannheim

Der bis dato kaum untersuchten Frage nach den kollektivrechtlichen Auswirkungen des § 87 BetrVG auf den „neuen Teilzeitanspruch" gehen die Verfasser des folgenden Beitrags nach. Zunächst tarieren sie das Verhältnis von § 8 TzBfG zu § 87 BetrVG aus, um sich sodann den praktisch wichtigen Problemen der Arbeitszeitreduzierung und -verteilung zu widmen.

I. Einleitung

Seit dem 1. 1. 2001 ist das Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz, im Folgenden: TzBfG) in Kraft[1]. Es gewährt dem Arbeitnehmer gem. § 8 TzBfG einen „Teilzeitanspruch", der sich auf Umfang und Verteilung der Arbeitszeit bezieht: Der Arbeitnehmer kann zum einen verlangen, dass seine vertraglich vereinbarte Arbeitszeit verringert wird[2]. Er hat darüber hinaus aber auch einen Anspruch auf eine seinen Wünschen entsprechende Verteilung der verringerten Arbeitszeit. Der Arbeitgeber kann gegen diesen Anspruch nur „gleich einem Strohhalm" den „betrieblichen Grund" des § 8 IV 1 TzBfG einwenden. Dabei steht zu befürchten, dass die Arbeitsgerichtsbarkeit insoweit die Anforderungen hoch schraubt, obgleich das Gesetz gerade keine „*dringenden* betrieblichen Gründe" verlangt[3]. Die Entscheidung des *ArbG Stuttgart* vom 5. 7. 2001[4] bestätigt solche Befürchtungen: Die Erhöhung des allgemeinen Verwaltungsaufwands durch Planungs- oder Koordinierungszusatzaufwand sei nicht geeignet, einen betrieblichen Grund i. S. des § 8 IV TzBfG allein abzugeben. Dem Arbeitgeber sei trotz seiner unternehmerischen Freiheit auf Grund des TzBfG eine zumutbare Anstrengung der Organisation und Verwirklichung des Teilzeitanspruches aufzuerlegen. Dabei bieten freilich große Organisationen größere Potentiale für die „Selbstverwirklichung" einzelner Arbeitnehmer. Vor allem die Großunternehmen[5] werden also Probleme bekommen. Um im Bild zu bleiben: Je schwerer der Arbeitgeber, desto eher knickt der Strohhalm.

Auch das *ArbG Bonn* trägt nicht zur Beruhigung bei. Im Gegenteil: Es gab in einer Entscheidung vom 9. 2. 2001[6] einer Ergänzungspflegerin eines Kindergartens Recht. Diese wollte ihre Arbeitszeit von 26 auf 10 Wochenstunden reduziert und gleichmäßig auf Donnerstag und Freitag verteilt haben. Dem trat die Arbeitgeberin entgegen. Die Wünsche der Kl. könnten aus „pädagogischen Gründen" nicht erfüllt werden. Die zu betreuenden Kinder bedürften in diesem Alter einer festen Bezugsperson. Ein häufiger Wechsel schade. Das ließ das *ArbG Bonn* nicht genügen. Die Klage hatte Erfolg. Zwar erkannte das Gericht sehr wohl, dass ein „dringender" betrieblicher Grund vom Gesetz gerade nicht verlangt wird. Andererseits muss die Verringerung der Arbeitszeit aber zu einer „wesentlichen" Beeinträchtigung führen[7].

War die Streichung des Begriffs „dringend" also bloße Wortlautkosmetik? Kommt es auf das pädagogische Konzept einer Schule oder eines Kindergartens nicht an? Müssen volkssozialistisch am besten die Kunden – also die Eltern – die Teilzeitlast schultern?

Der „Teilzeitanspruch" wird nicht nur den Arbeitgeber belasten. Auch Arbeitskollegen können von den Teilzeitwünschen nachteilig betroffen sein. Eine Verringerung der Arbeitszeit einzelner Arbeitnehmer wird – jedenfalls soweit es sich um eine nur mäßige Kürzung handelt – nicht vornehmlich durch Neueinstellungen, sondern durch Überstunden und vor allem durch „Arbeitsverdichtung" kompensiert werden[8]. Dabei mutet letztlich der Arbeitgeber durch Zustimmung zum Teilzeitwunsch (Umfang und Verteilung) eines Arbeitnehmers den anderen Arbeitnehmern die daraus resultierenden Nachteile zu. Ein Arbeitgeber im Handel etwa, der einer Teilzeitkraft eine Tätigkeit von nurmehr 20 Stunden am Dienstag, Mittwoch und Don-

1) Vom 21. 12. 2000, BGBl I, 1966.

2) Zum Schicksal der Gegenleistung vgl. *Grobys*, DB 2001, 758; *Kelber/Zeißig*, NZA 2001, 577.

3) Vgl. auch die Begr. des RegE BT-Dr 14/4374, S. 17 (zu Abs. 4): „rationale, nachvollziehbare Gründe genügen". Ein Änderungsantrag der Fraktion der PDS, der – der Fassung des Referentenentwurfs entsprechend – die „betrieblichen Gründe" in § 8 IV TzBfG durch „dringende betriebliche Gründe" ersetzen wollte, konnte sich nicht durchsetzen; dazu BT-Dr 14/4625, S. 15. Der RefE ist in NZA 2000, 1045 ff. abgedruckt – zu ihm vgl. nur *Bauer*, NZA 2000, 1039.

4) NZA 2001, 968.

5) Soweit der Arbeitgeber(!) nicht mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt, haben diese ohnehin keinen Anspruch auf die Verringerung ihrer Arbeitszeit – § 8 VII TzBfG; dazu *Hold*, BuW 2001, 253 (254 f.); *Link/Fink*, AuA 2001, 107 (112).

6) NZA 2001, 973. Aus der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte vgl. ferner *ArbG Essen* (19. 6. 2001), NZA-RR 2001, 573; *ArbG Mönchengladbach* (30. 5. 2001), NZA 2001, 970.

7) Dieser Terminus findet sich freilich – ebenso wie der Begriff der „unverhältnismäßigen" Kosten – nur in den beispielhaft angeführten betrieblichen Gründen. Die Streichung des Wortes „dringend" wird dadurch gleichwohl konterkariert – so zutr. *Richardi/Annuß*, BB 2000, 2201 (2202). Hohe Anforderungen an die Gründe des Arbeitgebers stellen deshalb *Kröll*, PersR 2001, 179 (182); *Viethen*, BArbBl 2/2001, 5 (6); *Wurm*, ZfPR 2001, 56 (59); dagegen mit Recht zurückhaltend *Beckschulze*, DB 2000, 2598; *Hromadka*, NJW 2001, 400 (402); *Kliemt*, NZA 2001, 63 (65 f.); *Rolfs*, RdA 2001, 129 (136); *Preis/Gotthardt*, DB 2001, 145 (147 f.); unentschieden *Däubler*, ZIP 2001, 217 (219). Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen zu hohe Anforderungen an die „betrieblichen Gründe" s. *Rolfs*, RdA 2001, 129 (132 f., 136).

Der Gefahr sozialromantischer Verblendung widerstehend *ArbG Freiburg* (4. 9. 2001 – 7 Ca 143/01) unveröff.: Kein Teilzeitanspruch in Betrieb mit ausschließlich Vollzeitarbeitsplätzen.

8) Auch § 8 IV TzBfG nennt Beeinträchtigungen des Arbeitsablaufs ausdrücklich. Diese stehen dem Teilzeitbegehren eines Arbeitnehmers solange nicht entgegen, solange sie nicht „wesentlich" sind – vgl. dazu soeben Fußn. 7.

Urheberrechte geschützt

nerstag zugesagt hat, müsste die vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer bevorzugt zu den „unerwünschten" Zeiten am Montag, Freitag und vor allem am Samstag einteilen. Das wirft die Frage nach der Rolle des Betriebsrats, insbesondere nach dem Verhältnis der Ansprüche des TzBfG zu dessen Beteiligungsrechten auf.

Das TzBfG sagt hierzu nichts. Es bestimmt in seinem § 7 III nur, dass die Arbeitnehmervertretung über Teilzeitarbeit im Betrieb und Unternehmen vom Arbeitgeber zu informieren ist. Der Arbeitnehmervertretung sind auf Verlangen auch die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Ausdrücklich wird nur § 92 BetrVG genannt, der unberührt bleiben soll, nicht dagegen § 87 BetrVG. Erwähnt wurde § 87 BetrVG allerdings im Regierungsentwurf (Reg-E). Am Ende des § 8 V TzBfG Reg-E fand sich der Hinweis: „§ 87 des Betriebsverfassungsgesetzes bleibt unberührt"[9]. Diesen Passus hat der Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung gestrichen[10] und dazu lapidar festgestellt: „Die Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes sind zu beachten, einer besonderen Erwähnung des § 87 BetrVG bedarf es nicht". Ist aber § 87 BetrVG zu beachten, so bleibt dessen Verhältnis zu § 8 TzBfG gleichwohl klärungsbedürftig.

An anderer Stelle ist jüngst *Schüren*[11] den mitbestimmungsrechtlichen Fragen des TzBfG nachgegangen. Er hat seine Untersuchung auf die Beteiligungsrechte des Betriebsrats aus § 99 BetrVG fokussiert. Hinsichtlich der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten bleiben seine Ausführungen vage:

„Für die Beteiligung des Betriebsrats an der Arbeitszeitverkürzung des einzelnen Arbeitnehmers ist als Anknüpfungspunkt § 99 BetrVG relevant. Soweit gestaltende Eingriffe in das betriebliche Arbeitszeitsystem erfolgen, ist § 87 I Nr. 2 BetrVG einschlägig. Ich halte die Relevanz der Mitbestimmung in diesem Kontext für gering. Es ist betrieblich nicht effizient, neben das allgemeine betriebliche Arbeitszeitsystem individuelle »Sondersysteme« zu stellen"[12].

Weil *Schüren* die Dauer der Arbeitszeit im Blickpunkt hatte, konnten diese Ausführungen als Problemaufriss genügen. § 8 TzBfG enthält aber auch Regelungen über die Verteilung der Arbeitszeit. Insoweit stellt sich Frage nach der Mitbestimmung des Betriebsrats um so dringlicher. Ihr soll im folgenden nachgegangen werden.

II. Keine Mitbestimmung über die Arbeitszeitdauer (Vorrang des Vertrags)

Dass der Betriebsrat hinsichtlich der Dauer der Arbeitszeit nicht generell, sondern nur nach Maßgabe des § 87 I Nr. 3 BetrVG – also nur bei *vorübergehender* Verlängerung oder Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit – mitzubestimmen hat, ist hinreichend gesichert[13] und wegen der insoweit ständigen Rechtsprechung des *BAG*[14] jedenfalls für die Praxis entschieden. § 87 I Nr. 2 BetrVG eröffnet die Mitbestimmung nur hinsichtlich der Lage der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen und der Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage. Das umfasst gerade nicht die Dauer der geschuldeten Arbeitsleistung. Diese ist als Kern des Synallagma dem Arbeitsvertrag (und dem Tarifvertrag) vorbehalten[15]. Sowenig der Betriebsrat verhindern kann, dass ein Arbeitnehmer geht[16], sowenig kann er die Reduktion der Arbeitszeit beeinflussen[17]. Der Vorrang (und Vorbehalt) des Arbeitsvertrages setzt sich durch[18].

Das ist zwar unter Umständen dann ein Verteilungs- und Gleichbehandlungsproblem, wenn etwa für zehn teilzeitwillige Mitarbeiter nur drei Teilzeitarbeitsplätze vorhanden sind. Das BetrVG hat aber nicht jeden Verteilungskonflikt der Mitbestimmung unterworfen. Für das TzBfG heißt das: Der Betriebsrat ist insoweit „außen vor", als es um die Dauer der Arbeitszeit geht. Sowohl hinsichtlich der Verringerung (§ 8 TzBfG) als auch hinsichtlich der Verlängerung (§ 9 TzBfG) der Arbeitszeit sind keine Mitbestimmungsrechte in sozialen Angelegenheiten zu beachten.

III. Mitbestimmungspflichtig: Die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage

1. § 87 I Nr. 2 BetrVG

Anderes gilt hinsichtlich der in § 8 TzBfG gleichfalls angesprochenen Verteilung der Arbeitszeit. Diese Frage verschärft sich, wenn man mit einer aberwitzigen Auffassung contra legem auch demjenigen Arbeitnehmer ein Recht auf wunschgemäße Verteilung der Arbeitszeit einräumt, der gar keine Arbeitszeitreduktion begehrt[19]. Freilich: Das TzBfG hat keinen Mindestverringerungswunsch etwa um 20% der Arbeitzeit vorgegeben[20]. Dementsprechend wird es auch Arbeitnehmer geben, die eine Arbeitzeitreduktion nur um 30 Minuten in der Woche begehren, weil es ihnen vor allem um die Verteilung der Arbeitszeit geht. Die Rechtsprechung ist deshalb aufgerufen einen Mindestreduktionsumfang festzulegen, unterhalb dessen das Reduktions-

9) BT-Dr 14/4374, S. 8.

10) BT-Dr 14/4625, S. 8, 20.

11) AuR 2001, 321.

12) *Schüren*, AuR 2001, 321 (324); auch *Lakies*, DZWiR 2001, 1 (5), weist nur darauf hin, dass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 2 BetrVG besteht.

13) Die weit überwiegende Literaturmeinung verneint die Mitbestimmung über die Dauer der Arbeitszeit: ErfK/*Hanau/Kania*, 2. Aufl. (2001), § 87 BetrVG Rdnr. 25; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, BetrVG, 20. Aufl. (2000), § 87 Rdnr. 104; *Gutzeit*, BB 1996, 106 (109 f.); *Hess/Schlochauer/Glaubitz*, BetrVG, 5. Aufl. (1997), § 87 Rdnr. 155; *Löwisch*, BetrVG, 4. Aufl. (1996), § 87 Rdnr. 44; *Matthes*, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR, 2. Aufl. (2000), § 334 Rdnr. 3; *Stege/Weinspach*, BetrVG, 8. Aufl. (1999), § 87 Rdnr. 62a; *Wiese*, in: GK-BetrVG, 7. Aufl. (erscheint in Kürze), § 87 Rdnrn. 275 ff. m. w. Nachw.; a. M. *Klebe*, in: *Däubler/Kittner/Klebe*, BetrVG, 7. Aufl. (2000), § 87 Rdnrn. 71 ff.; *Farthmann*, RdA 1974, 65 (66 f.).

14) *BAG* (18. 8. 1987), NZA 1987, 779 = AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972 m. zust. Anm. *v. Hoyningen-Huene*; *BAG* (13. 10. 1987), AP Nr. 24 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; *BAG* (27. 1. 1998), NZA 1998, 835 = AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Sozialeinrichtung.

15) Dazu *Richardi*, NZA 1999, 617; *ders.*, ZfA 1992, 307.

16) S. zur Versetzung auf Wunsch des Arbeitnehmers *BAG* (20. 9. 1990), NZA 1991, 195 = AP Nr. 84 zu § 99 BetrVG 1972.

17) Allenfalls im Hinblick auf § 99 I BetrVG ließe sich über die Frage, ob die bloße Arbeitszeitverkürzung als Einstellung zu qualifizieren ist, trefflich streiten: dafür *Schüren*, AuR 2001, 321 (324 f.) m. w. Nachw. auch zu Gegenmeinungen; vgl. ferner *BAG* (28. 4. 1998), NZA 1998, 1352 = AP Nr. 22 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung.

18) An weitere Gründe sei erinnert: Soweit das Gesetz von der „Verteilung der Arbeitszeit" spricht, impliziert dies eine Vorgabe, die verteilt werden muss. Bei dieser Vorgabe kann es sich nur um die Dauer der Arbeitszeit handeln. Wer demgegenüber behauptet, die Mitbestimmung über „Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit" unterwerfe die Dauer der täglichen Arbeitszeit und damit die Dauer der Arbeitszeit insgesamt der Mitbestimmung (so noch *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither*, BetrVG, 17. Aufl. [1992], § 87 Rdnr. 44), verkennt die unterschiedlichen Bezugszeiträume. Die (Gesamt-)Dauer der Arbeitszeit ist regelmäßig nach Wochen bemessen. Auch § 2 I TzBfG nennt ausdrücklich die Wochenarbeitszeit als „Regelbezugszeitraum". Und dass sich die Wochenarbeitszeit von der täglichen Arbeitszeit nicht trennen ließe, wird man ernstlich nicht vertreten können. Besonderes Gewicht haben weiter gesetzessystematische Argumente. § 87 I Nr. 3 BetrVG wäre schlicht überflüssig, wäre die Dauer der Arbeitszeit in Gänze und nicht nur bei „vorübergehender" Änderung schon nach § 87 I Nr. 2 BetrVG mitbestimmungspflichtig. § 87 I Nr. 3 BetrVG bliebe tatbestandlich sogar hinter § 87 I Nr. 2 BetrVG zurück – ein unsinniges Ergebnis (vgl. zum Ganzen zutr. *BAG* [18. 8. 1987], NZA 1987, 779 = AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972).

19) So ernstlich *Straub*, NZA 2001, 919; dagegen zu Recht *Preis/Gotthardt*, DB 2001, 145 (147); *Rolfs*, RdA 2001, 129 (134).

20) Anders dagegen die Entgeltumwandlung nach § 1a II BetrAVG: Mindestumwandlung in Höhe von einem Hundertsechzigstel der Bezugsgröße des § 18 I SGB IV.

begehren des Arbeitnehmers kein ernsthafter Teilzeitwunsch ist. Uns schwebt dabei als absolute Grenze eine Reduktion um mindestens 5 Stunden je Woche vor.

Die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 2 BetrVG. Das sagt das Gesetz ausdrücklich und gilt nicht nur für die vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, sondern auch für Teilzeitbeschäftigte[21]. § 8 IV TzBfG wiederum verpflichtet den Arbeitgeber, die Verteilung der Arbeitszeit entsprechend den Wünschen des Arbeitnehmers festzulegen, soweit betriebliche Gründe nicht entgegenstehen. Dabei ist zunächst durchaus unklar, was genau das TzBfG mit der „Verteilung" der Arbeitszeit meint: Geht es nur um die Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit auf die Tage, oder auch um die Lage der Arbeitszeit am jeweiligen Tag? Mitbestimmungspflichtig ist beides. Aber kann der teilzeitwillige Arbeitnehmer auch einen Lagewunsch anmelden, etwa „DiMiDo" und nur vormittags zwischen 9 und 12 Uhr?

Vom Wortlaut her lässt sich „Verteilung der Arbeitszeit" auch als auf den Tag bezogen ansehen. Die Systematik des § 87 I Nr. 2 BetrVG, der Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit – also die Lage – neben der Verteilung auf die einzelnen Wochentage nennt, spricht eher für das Gegenteil. Auch der Schutzzweck des TzBfG, der die Teilzeit fördern will und nicht in erster Linie der umfassenden Arbeitszeitsouveränität des Arbeitnehmers das Wort spricht, spricht dafür, dass der Arbeitnehmer nur wissen muss, an welchen Tagen er „frei" hat und nicht zu welchen Stunden. In der bislang erschienen Literatur zum TzBfG und den genannten Entscheidungen der *ArbG Bonn* (NZA 2001, 973) und des *ArbG Stuttgart* (NZA 2001, 968) wird das Problem – soweit ersichtlich – nicht erörtert. Die Verteilung der Arbeitszeit wird vielmehr ohne weiteres mit der Lage der Arbeitszeit gleichgesetzt.

Kommt der Arbeitgeber dem Ansinnen des Arbeitnehmers nicht nach und lehnt er den Verteilungswunsch nicht rechtzeitig *schriftlich* ab, so gilt nach den näheren Voraussetzungen des § 8 V TzBfG die Verteilung der Arbeitszeit entsprechend den Wünschen des Arbeitnehmers als festgelegt. Wie verhalten sich nun § 87 I Nr. 2 BetrVG und § 8 TzBfG zueinander? *Preis/Gotthardt* qualifizieren eine nach § 87 I Nr. 2 BetrVG mitbestimmte Arbeitszeitregelung als entgegenstehenden betrieblichen Grund i. S. des § 8 IV TzBfG[22]. Das schlösse einen Anspruch auf wunschgemäße Verteilung der Arbeitszeit aus. Nur hilft das zum einen dann nicht weiter, wenn der Arbeitgeber schweigt. Denn in diesem Fall greift die Fiktion des § 8 V TzBfG, bei der es auf den betrieblichen Grund gerade nicht ankommt[23]. Und was dann mit Blick auf die mitbestimmte Arbeitszeitregelung gilt, ist nach dem Vorschlag von *Preis/Gotthardt* grundsätzlich offen. Zum andern kann der Arbeitgeber dem Ansinnen des Arbeitnehmers auch zustimmen, etwa weil ihm die mitbestimmte Arbeitszeitregelung nicht passt. Vielleicht hat er auf den Arbeitnehmer gar leichten Druck ausgeübt – oder positiver gewendet: ihm „Anreize" gegeben, seine Wünsche entsprechend zu äußern. So könnte er auch Leistungsträger mit besonders attraktiven Arbeitszeitlagen „belohnen". In diesen Fällen würde sich die wohl überwiegende Auffassung auf die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung zurückziehen und die einzelvertragliche Vereinbarung am Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats scheitern lassen. Stimmt der Arbeitgeber zu, macht er sich eben verdächtig. Nur: Was der Arbeitgeber nicht qua ausdrücklicher Vereinbarung erreichen darf, kann er erst recht nicht durch Fristablauf bekommen: Die fingierte Zustimmung kann nicht stärker wirken, als die erklärte.

Die Lösung muss deshalb im Betriebsverfassungsrecht ansetzen. Dabei wird man letztlich an der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung nicht vorbei können – und das aus gutem Grund. Wirklich problematisch ist nur die Vorfrage, ob die Verteilung der Arbeitszeit über § 8 TzBfG auch tatsächlich mitbestimmungspflichtig ist. Die insoweit maßgeblichen Punkte haben *Preis/Gotthardt* benannt: § 8 TzBfG könnte als gesetzliche Regelung i. S. des § 87 I BetrVG Eingangssatz zu qualifizieren sein. Das schlösse die Mitbestimmung aus. Und: Bei der Neuverteilung der Arbeitszeit über § 8 TzBfG könnte es sich um eine mitbestimmungsfreie Individualmaßnahme handeln – fraglich ist also der kollektive Bezug.

2. § 8 TzBfG als abschließende mitbestimmungshindernde gesetzliche Regelung?

Die Mitbestimmung des Betriebsrats ist gem. § 87 I BetrVG Eingangssatz ausgeschlossen, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung besteht. *Preis/Gotthardt*[24] haben die Frage aufgeworfen, ob nicht § 8 TzBfG eine solche, die Mitbestimmung ausschließende gesetzliche Regelung sein könnte. Für den (vergleichbaren) Anspruch des Arbeitnehmers auf die sogenannte Elternzeit gem. § 15 VII BErzGG haben *Gaul/Wisskirchen*[25] das auch bejaht. Zu Unrecht.

Die richtige Antwort folgt aus dem Zweck des Eingangssatzes. Der Eingangssatz soll nicht etwa nur den Vorrang von gesetzlicher oder tariflicher Normsetzung vor der Regelungsbefugnis der Betriebspartner akzentuieren. Sein Zweck erschließt sich vielmehr aus dem Zweck der Mitbestimmung als solcher: Die betriebliche Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten dient dem Schutz der Arbeitnehmer vor den individualrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers – angesprochen sind das Direktionsrecht des Arbeitgebers, aber auch dessen Möglichkeit, seine Interessen über Einzelverträge als Folge gestörter Vertragsparität einseitig durchzusetzen. Dabei erfolgt der Schutz durch eine mitbestimmte Regelung, also durch Teilhabe[26]. Wird hingegen der Schutz der Arbeitnehmer in einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit schon durch eine ranghöhere Regelung gewährleistet, so bedarf es nach der Konzeption des Gesetzes des Schutzes auf der betrieblichen Ebene nicht mehr. Die Mitbestimmung entfällt – deshalb[27]!

---

21) Vgl. nur *BAG* (16. 7. 1991), NZA 1992, 70 = AP Nr. 44 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

22) *Preis/Gotthardt*, DB 2001, 145 (149); ihnen folgend *Straub*, NZA 2001, 919 (924). Dass das Verhältnis des § 8 TzBfG zu § 87 I Nr. 2 BetrVG der Praxis Schwierigkeiten bereiten wird, sieht man an den unorthodoxen Ausführungen von *Straub*, der aus nicht nachvollziehbaren Gründen nach der Zulässigkeit einer Betriebsvereinbarung über die Lage der Arbeitszeit nach dem In-Kraft-Treten des § 8 TzBfG fragt.

23) So richtig *Preis/Gotthardt*, DB 2001, 145 (146).

24) DB 2001, 145 (149).

25) Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes, BB 2000, 2466 (2468).

26) Zu den Zwecken der Mitbestimmung vgl. umf. jüngst *Wiese*, ZfA 2000, 117.

27) Grdl. *Wiese*, in: Festschr. 25 Jahre *BAG*, 1979, S. 661 ff.; *ders.*, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 13), § 87 Rdnrn. 55 ff. Ferner *BAG* (31. 1. 1984), AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang m. Anm. *Wiedemann*; *BAG* (24. 2. 1987), NZA 1987, 639 = AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972; *BAG* (18. 4. 1989), NZA 1989, 887 = AP Nr. 18 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang m. Anm. *Rieble* = SAE 1990, 19 m. krit. Anm. *Hromadka*; *BAG* (4. 7. 1989), NZA 1990, 29 = AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang m. Anm. *Dütz/Rotter*; *BAG* (GS) (3. 12. 1991), NZA 1992, 749 = AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; ErfK/*Hanau/Kania* (o. Fußn. 13), § 87 BetrVG Rdnr. 10; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels* (o. Fußn. 13), § 87 Rdnrn. 27, 37 f.; *Gutzeit*, AR-Blattei SD 530.14.2, Rdnrn. 10 ff.; *Hess/Schlochauer/Glaubitz* (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 46; *Klebe*, in: *Däubler/Kittner/Klebe* (o. Fußn. 13) § 87 Rdnr. 25; *Matthes*, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR, 2. Aufl. (2000), § 332 Rdnrn. 9 ff; a. M. *Stege/Weinspach* (o. Fußn. 13), § 87 Rdnrn. 28 f., die den Zweck des Eingangssatzes im Schutze der Tarifautonomie sehen; unklar *Richardi* (o. Fußn. 13), § 87 Rdnrn. 143 f.

Aus diesem Verständnis des Eingangssatzes folgt hinsichtlich der Anforderungen, die an eine gesetzliche oder tarifliche Regelung gestellt werden müssen, zweierlei:

a) Die gesetzliche oder tarifliche Norm muss die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit *selbst* und *abschließend* regeln[28]. Soweit für den Arbeitgeber ein Regelungsspielraum auch nach der gesetzlichen Regelung besteht, verbleibt es innerhalb des dadurch gezogenen Rahmens grundsätzlich bei der Mitbestimmung des Betriebsrats, um dem Schutzzweck des Mitbestimmungsrechts zu genügen[29]. Konsequent lässt es die herrschende Ansicht nicht einmal genügen, wenn ein Tarifvertrag sich darauf beschränkt, Voraussetzungen näher zu normieren, unter denen der Arbeitgeber in einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit alleine entscheiden kann[30].

An einer eigenen abschließenden Regelung fehlt es evident, wenn eine gesetzliche Norm – wie § 8 TzBfG – die Regelung einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit den Arbeitsvertragsparteien zur Verhandlung, also zur Selbstregelung durch Vertrag überlässt (§ 8 III TzBfG)[31]. Es wäre wirklichkeitsfern, nähme man an, die Verhandlungslösung des TzBfG könnte die gestörte Vertragsparität, der durch die Mitbestimmung begegnet werden soll, beseitigen. Daran ändert auch die Fiktion des § 8 V TzBfG nichts. Sie hilft dem Arbeitnehmer wegen der in § 8 V 4 TzBfG vorgesehenen späteren Änderungsmöglichkeit durch den Arbeitgeber ohnehin nur mäßig. Überdies: Soweit der Arbeitgeber nach der § 87 I BetrVG zu Grunde liegenden Vorstellung gestörter Vertragsparität den Inhalt der vertraglichen Regelung diktieren kann, kann er auch die „Wünsche" des Arbeitnehmers in seinem Sinne beeinflussen. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob der Arbeitgeber einem – wie auch immer zustande gekommenen Verteilungswunsch des Arbeitnehmers – ausdrücklich zustimmt oder schweigt.

Schließlich: § 87 I BetrVG will soziale Konflikte – namentlich Verteilungskonflikte unter den Arbeitnehmern – durch Teilhabe des Betriebsrats angemessen lösen. Eine die Mitbestimmung ausschließende Norm muss also die Verteilungsfrage regeln. Das TzBfG sagt aber zu konfligierenden Teilzeitwünschen unterschiedlicher Arbeitnehmer nichts. Beim Urlaub ist der Konflikt unterschiedlicher Urlaubswünsche sogar in § 7 I BUrlG geregelt; gleichwohl wird dadurch die Mitbestimmung des § 87 I Nr. 5 BetrVG nicht ausgeschlossen, also trotz des schon individualrechtlich gewährleisteten „horizontalen Ausgleichs" beibehalten. Das TzBfG regelt soziale Konflikte unter den Arbeitnehmern nicht; es übersieht und ignoriert sie. Deshalb kann die Mitbestimmung insofern nicht ausgeschlossen sein.

b) Um den Arbeitnehmer vor den individualrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers zu schützen, muss die Schutz gewährende Norm ferner zwingend sein. Dispositive Vorschriften genügen nicht[32]. Auch an diesem Erfordernis mangelt es hinsichtlich § 8 TzBfG. Da diese Vorschrift selbst keine Regelung über die Verteilung der Arbeitszeit enthält, ist die Bindung an eine Verteilungsregelung nur eine vertragliche. Die Arbeitsvertragsparteien sind deshalb durch nichts gehindert, eine zuvor im Rahmen des § 8 TzBfG vereinbarte oder kraft Fiktion zustande gekommene Verteilungsregelung einvernehmlich (oder nach Maßgabe des § 8 V 4 TzBfG auch einseitig) wieder abzuändern[33]. Das kann niemals den Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt des § 87 I BetrVG Eingangssatz genügen.

3. Fälle des § 8 TzBfG – bloß mitbestimmungsfreie Individualmaßnahmen?

Die Einwände gegen die Mitbestimmung des Betriebsrats im Rahmen des § 8 TzBfG knüpfen deshalb überwiegend am kollektiven Tatbestand an. Es ist jedenfalls im Grundsatz weithin anerkannt, dass die Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten nur bei so genannten kollektiven Tatbeständen gegeben ist. Individualmaßnahmen unterliegen nicht der Mitbestimmung[34].

Preis/Gotthardt[35] meinen, der Rechtsanspruch auf Teilzeit trage den individuellen Besonderheiten oder Wünschen des Arbeitnehmers Rechnung. Deshalb werde regelmäßig kein kollektiver Tatbestand vorliegen. Anders sei dies aber jedenfalls dann, wenn aus Anlass des Begehrens eines Arbeitnehmers der Arbeitgeber erstmalig veranlasst wird, betriebliche Gründe i. S. einer Organisationsentscheidung einzuführen,

---

28) *BAG* (17. 12. 1985), AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang m. Anm. *Kraft*; *BAG* (26. 5. 1988), AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes; *BAG*, AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang m. Anm. *Dütz/Rotter*; *BAG* (GS), NZA 1992, 749 = AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; *BAG* (10. 11. 1992), NZA 1993, 570 = AP Nr. 58 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; *BAG* (21. 9. 1993), NZA 1994, 427 = AP Nr. 62 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; *BAG* (14. 12. 1993), NZA 1994, 809 = AP Nr. 65 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels* (o. Fußn. 13), § 87 Rdnrn. 31, 46 ff.; *Gutzeit*, AR-Blattei SD 530.14.2, Rdnrn. 19 ff.; *Hess/Schlochauer/Glaubitz* (o. Fußn. 13), § 87 Rdnrn. 51, 58; *Löwisch*, (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 28; *Matthes*, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR (o. Fußn. 13), § 332 Rdnr. 17; *Richardi*, (o. Fußn. 13), § 87 Rdnrn. 148, 161; *Stege/Weinspach* (o. Fußn. 13), § 87 Rdnrn. 27, 28b (unscharf); *Wiese*, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 13), § 87 Rdnrn. 69 ff. Für das Personalvertretungsrecht vgl. *BVerwG* (17. 6. 1992), NVwZ-RR 1993, 563 = AP Nr. 40 zu § 75 BPersVG; *VGH Mannheim* (19. 5. 1992), AP Nr. 5 zu § 79 LPVG Baden-Württemberg.

29) *Richardi*, (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 144; *Wiese*, in: GK-(o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 70.

30) *BAG* (18. 4. 1989), NZA 1989, 887 = AP Nr. 18 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang = SAE 1990, 19 (m. krit. Anm. *Hromadka*); *Hess/Schlochauer/Glaubitz* (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 60; *Richardi*, BetrVG (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 164. In äußerst engen Grenzen lässt nunmehr das *BAG* gewisse Alleinentscheidungsbefugnisse zu – *BAG* (17. 11. 1998), *BAGE* 90, 194 = NZA 1999, 662 = AP Nr. 79 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; ebenso *Fitting/Kaiser/Heither/Engels* (o. Fußn. 13), § 87 Rdnrn. 46, 54; *Klebe*, in: *Däubler/Kittner/Klebe* (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 29; *Löwisch*, BetrVG, § 87 Rdnr. 30; *Rieble*, Anm. zu *BAG*, AP Nr. 18 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang; *Wiese*, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 81.

31) Zur Verhandlungslösung vgl. nur *Preis/Gotthardt*, DB 2001, 145 (146); viel zu weitgehende individualarbeitsrechtliche Folgen aus der Verhandlungslösung zieht das *ArbG Düsseldorf* (31. 7. 2001), NZA-RR 2001, 571.

32) *BAG* (18. 4. 1989), NZA 1989, 887 = AP Nr. 18 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang; *BAG* (4. 7. 1989), NZA 1990, 29 = AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang; *BAG* (*GS*) (3. 12. 1991), NZA 1992, 29 = AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; *BAG* (21. 9. 1993), NZA 1994, 427 = AP Nr. 62 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; *BAG* (4. 12. 1993), NZA 1994, 809 = AP Nr. 65 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; *BAG* (17. 11. 1998), *BAGE* 90, 194 = NZA 1999, 662 = AP Nr. 79 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels* (o. Fußn. 13), § 87 Rdnrn. 28, 35, 40; *Hess/Schlochauer/Glaubitz* (o. Fußn. 13), § 87 Rdnrn. 48, 53; *Klebe*, in: *Däubler/Kittner/Klebe* (o. Fußn. 13), § 87 Rdnrn. 25, 29 f.; *Löwisch*, BetrVG (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 27; *Matthes*, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR (o. Fußn. 13), § 332 Rdnr. 12; *Richardi*, BetrVG (o. Fußn. 13), § 87 Rdnrn. 146, 151; *Wiese*, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 58; zweifelnd ErfK/*Hanau/Kania*, (o. Fußn. 13), § 87 BetrVG Rdnrn. 11, 15.

33) *Preis/Gotthardt*, DB 2001, 145 (146 f.).

34) Vgl. *BAG* (*GS*) (3. 12. 1991), NZA 1992, 749 = AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; *BAG* (*GS*) (3. 12. 1991), AP Nr. 52 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; ErfK/*Hanau/Kania* (o. Fußn. 13), § 87 BetrVG Rdnr. 6; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels* (o. Fußn. 13), § 87 Rdnrn. 13 ff.; *Gutzeit*, AR-Blattei SD 530.14.2, Rdnrn. 34 ff.; *Löwisch* (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 2; *Matthes*, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR (o. Fußn. 13), § 332 Rdnrn. 24 ff.; *Raab*, ZfA 2001, 31 – mit allerdings weiterreichendem eigenen Ansatz, nach dem abhängig von dem Zweck einzelner Mitbestimmungstatbestände auch Individualmaßnahmen der Mitbestimmung unterliegen können; *Stege/Weinspach* (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 16; *Wank*, in: Festschr. f. *Wiese* (1998), S. 617; *Wiese*, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 13), § 87 Rdnrn. 15 ff.; krit. *Hess/Schlochauer/Glaubitz* (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 19; *Richardi*, BetrVG (o. Fußn. 13), § 87 Rdnrn. 21 ff., der bei einer Beschränkung der Mitbestimmung des Betriebsrats auf kollektive Tatbestände einen „Substanzverlust" der Mitbestimmung befürchtet (Rdnr. 23); unklar *Klebe*, in: *Däubler/Kittner/Klebe* (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 16.

35) DB 2001, 145 (149 f.).

die der vom Arbeitnehmer begehrten Lage der Arbeitszeit entgegenstehen. Entsprechend meint auch *Rolfs*[36], bei einer „individuellen Verhandlungslösung" fehle es an einem kollektiven Tatbestand. Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 2 BetrVG komme regelmäßig nicht in Betracht[37]. Einzig *Richardi/Annuß*[38] konstatieren richtig, dass auf Grund der tatsächlichen „Nicht-Separierbarkeit" der Arbeitszeitverteilungen in den einzelnen Arbeitsverhältnissen die Mitbestimmung so gut wie immer ausgelöst würde.

Die Beschränkung der Mitbestimmung auf kollektive Tatbestände findet sich nicht ausdrücklich im Gesetz. Sie klingt allerdings in der Formulierung einzelner Tatbestände des § 87 I BetrVG an – so etwa wenn in § 87 I Nr. 1 BetrVG von der „Ordnung des Betriebes", in § 87 I Nr. 5 BetrVG von „allgemeinen Urlaubsgrundsätzen" oder in § 87 I Nr. 10 BetrVG von der „betrieblichen Lohngestaltung" die Rede ist. Zudem sind die meisten Tatbestände des § 87 I BetrVG pluralisch gefasst. Gleichwohl gibt der Wortlaut eine Beschränkung auf kollektive Tatbestände nicht zwingend vor[39].

Die Beschränkung folgt aber aus der Konzeption des Gesetzes und der daraus ableitbaren doppelten Aufgabe des Betriebsrats, die diesem gerade in diesem Bereich zukommt: Soweit es ausschließlich um den Schutz eines einzelnen Arbeitnehmers vor der Vorrangstellung des Arbeitgebers geht, ist dem Betriebsrat in den §§ 81 ff. BetrVG grundsätzlich nur eine Hilfsfunktion zugewiesen. Er hat ferner abgeschwächte Beteiligungsrechte hinsichtlich bestimmter personeller Einzelmaßnahmen (vgl. § 99 BetrVG). Schon aus dieser Abstufung, wie auch aus der Bezeichnung der Angelegenheiten des § 87 I BetrVG als „sozial" – also die Gemeinschaft betreffend –, lässt sich folgern, dass sich der Zweck des § 87 I BetrVG nicht in dem Schutz des *einzelnen* Arbeitnehmers vor den individualrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers erschöpft. Aus der Eingliederung des Arbeitnehmers in die arbeitsteilige Organisation des Betriebes folgt nämlich zudem eine wechselseitige Abhängigkeit der einzelnen Arbeitnehmer bei ihrer jeweiligen Interessenverfolgung voneinander. Auch wenn diese nicht dazu führen mag, dass ein einzelner Arbeitnehmer seine Interessen gegenüber dem Arbeitgeber überhaupt nicht mehr wahrnehmen kann, so erschwert die gebotene Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen anderer Arbeitnehmer die eigene Interessenverfolgung gleichwohl erheblich. Soweit es wie hier um die Lage der Arbeitszeit geht, ist die Wechselbezogenheit der Einzelinteressen evident. Interessen eines einzelnen Arbeitnehmers können regelmäßig nicht ohne Rückwirkung auf die Interessen anderer Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber durchgesetzt werden. Eine effektive Interessenwahrnehmung der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber kann deshalb nur abgestimmt erfolgen. Das ist die eigentliche Aufgabe des Betriebsrats. Diesem obliegt deshalb im Bereich der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten zunächst der angemessene Ausgleich der divergierenden (Einzel-) Interessen der Arbeitnehmer untereinander[40]. Treffend wird der damit angesprochene Gemeinschaftsbezug als die „dritte Dimension" des Arbeitsrechts bezeichnet[41].

Erst dann kann in einem zweiten Schritt das daraus ermittelte „kollektive" Interesse gegenüber dem Arbeitgeber vertreten werden. Ohne die Mitbestimmung des Betriebsrats wäre dieser doppelte Interessenausgleich praktisch nicht möglich. Ein Ausgleich nur auf einzelvertraglicher (vertikaler) Ebene zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer könnte die divergierenden Interessen innerhalb der Belegschaft nicht angemessen berücksichtigen. Deshalb ist es sachlich gerechtfertigt, dem Betriebsrat stärkere Beteiligungsrechte einzuräumen[42]. Umgekehrt folgt daraus, dass in den Fällen des § 87 I BetrVG, in denen ausschließlich Einzelinteressen in Rede stehen, die ohne Rückwirkung auf die Interessen anderer Arbeitnehmer des Betriebs verfolgt werden können (Individualmaßnahmen), eine Mitbestimmung des Betriebsrats nicht in Betracht kommen kann[43]. Entscheidend ist mithin, ob eine Maßnahme einen kollektiven Bezug aufweist[44]. Dieser ist nach dem Zweck der Beschränkung der Mitbestimmung auf kollektive Tatbestände immer dann gegeben, wenn eine Maßnahme einen Ausgleich der divergierenden Einzelinteressen der Arbeitnehmer untereinander erfordert. Zutreffend formuliert das *BAG*, ein kollektiver Tatbestand liege immer dann vor, wenn sich eine Regelungsfrage stelle, die kollektive Interessen der Arbeitnehmer des Betriebs berühre[45]. Hinsichtlich der Mitbestimmung des Betriebsrats bei der betrieblichen Lohngestaltung hat das *BAG* ebenfalls in diesem Sinne ausgeführt, dass ein kollektiver Tatbestand nicht gegeben sei, wenn „kein innerer Zusammenhang zur Entlohnung anderer Arbeitnehmer" bestünde[46].

Deshalb kann etwa auch dann ein kollektiver Bezug gegeben sein, wenn von einer Regelung nur ein einzelner Arbeitnehmer betroffen ist. Das ist bei Arbeitszeitfragen oftmals der Fall. So etwa in dem bekannten Schulbeispiel, in dem ein einzelner Arbeitnehmer aus der gesamten Belegschaft, einem Teil von ihr oder einer Gruppe erst ausgewählt werden muss, um Überstunden zu leisten.

---

36) RdA 2001, 129 (137).

37) Zur entsprechenden Problematik im Personalvertretungsrecht vgl. *Kröll*, PersR 2001, 179 (188).

38) BB 2000, 2201 (2203).

39) Zur grammatikalischen Auslegung vgl. *Raab*, ZfA 2001, 31 (34); s. ferner *Richardi*, BetrVG (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 22.

40) Vgl. *Wiese*, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 96. Doch nicht nur bei der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten ist das Belegschaftsinteresse durch den Betriebsrat zu wahren – erinnert sei etwa an den Fall einer fälschlich zu hohen Eingruppierung eines Arbeitnehmers. Auch insoweit kann der Betriebsrat aus Gründen der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit die Zustimmung gem. § 99 II Nr. 1 BetrVG verweigern, selbst wenn dies dem Einzelinteresse des betroffenen Arbeitnehmers zuwiderläuft – vgl. *BAG* (28. 4. 1998), NZA 1999, 52 = SAE 2000, 188 (m. Anm. *Gutzeit*).

41) Zuerst von *Gamillscheg*, in: Festschr. f. Fechner (1973), S. 135 (153).

42) Vgl. *Wiese*, RdA 1995, 355 (358 f.); *ders.*, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 13), § 87 Rdnrn. 24 f., 30; *ders.*, ZfA 2000, 117 (126 f.). Umfassend jüngst *Raab*, ZfA 2001, 31 (35 ff.); allgemein *Fastrich*, RdA 1999, 24 ff.

43) Zur Entstehungsgeschichte, die gleichfalls für die Beschränkung der Mitbestimmung auf kollektive Tatbestände spricht, vgl. *BAG* (*GS*) (3. 12. 1991), NZA 1992, 749 = AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; *Raab*, ZfA 2001, 31 (34 f.); *Wiese*, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 18; krit. *Hess/Schlochauer/Glaubitz* (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 17 a. E.

44) Vgl. *BAG* (22. 10. 1991), NZA 1992, 376 = AP Nr. 48 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; *BAG* (GS) (3.§12. 1991), NZA 1992, 749 = AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; *Löwisch* (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 2; *Matthes*, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR (o. Fußn. 13), § 332 Rdnr. 25; *Wiese*, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 20.

45) Vgl. *BAG* (22. 10. 1991), NZA 1992, 376 = AP Nr. 48 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; *BAG* (17. 11. 1998), NZA 1999, 662 = AP Nr. 79 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; krit. zu dieser Formulierung *Wiese*, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 20, der meint kollektive Interessen könnten auch bei einer Individualmaßnahme betroffen sein, wenn dieser präjudizielle Bedeutung für andere Arbeitsverhältnisse zukomme. Soweit das aber der Fall ist, stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber dann nicht nach einer bestimmten Regel verfährt, wodurch ein kollektiver Bezug geschaffen würde.

46) *BAG* (3. 5. 1994), NZA 1994, 887 = AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 m. Anm. *Richardi*; *BAG*, (20.§1. 1998), NZA 1998, 1237 = AP Nr. 73 zu § 77 BetrVG 1972; *BAG* (29. 2. 2000), NZA 2000, 1066 = AP Nr. 105 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung m. Anm. *Raab*; vgl. auch schon *BAG* (*GS*) (3. 12. 1991), NZA 1992, 749 = AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

Im Rahmen dieser Auswahlentscheidung müssen divergierende Einzelinteressen innerhalb der Belegschaft berücksichtigt werden[47].

Ganz allgemein gilt für Arbeitszeitregelungen: Die Interessen der Belegschaft sind gerade wegen der wechselseitigen Abhängigkeiten im Rahmen einer arbeitsteiligen Organisation in besonderem Maße betroffen. Daran ändert nichts, dass der Arbeitnehmer sich die Verteilung der Arbeitszeit gerade gewünscht hat. Zwar hat etwa das *BAG* einen kollektiven Tatbestand hinsichtlich der Anrechnung einer Tariflohnerhöhung verneint, die gerade auf Wunsch des betroffenen Arbeitnehmers aus steuerlichen Gründen erfolgte[48]. Doch folgt aus dem Zweck der Mitbestimmung des Betriebsrats bei kollektiven Tatbeständen, dass dieser nicht generell schon deshalb zu verneinen ist, weil der Arbeitgeber den Wünschen einzelner Arbeitnehmer folgt[49]. Ein solches Ergebnis berücksichtigte nicht die „dritte Dimension" des Arbeitsrechts, also den Gemeinschaftsbezug der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten.

Der gerne zitierte Schulfall für eine mitbestimmungsfreie Individualmaßnahme, in dem die Mutter mit Billigung des Arbeitgebers jeden Tag zehn Minuten später zur Arbeit kommt, weil sie ihr Kind zur Schule bringen muss[50], ist deshalb nicht anders zu entscheiden: In diesem Fall lässt sich der kollektive Tatbestand gelegentlich verneinen, wenn und soweit die Rückwirkung auf die Interessen anderer Arbeitnehmer gering ist. Anders wäre freilich zu entscheiden, wenn die Mutter wegen ihres schulpflichtigen Kindes nur noch nachmittags arbeiten wollte oder in einer Schicht arbeitet und deshalb die ganze Schicht um 10 Minuten verschoben werden müsste.

Dass zudem der Wunsch der Mutter von Sachgründen getragen ist, *Hans Hanau* spricht gar von einer „sozialen Notlage"[51], die ein Abweichen von der Betriebsvereinbarung rechtfertige, lässt sich nicht fordern. Denn die private Lebensgestaltung des Arbeitnehmers unterliegt keiner Sachlichkeitskontrolle. Verteilungswünsche des teilzeitwilligen Arbeitnehmers im Rahmen von § 8 TzBfG sind regelmäßig mit erheblichen Rückwirkungen auf den Arbeitsablauf verbunden, machen deshalb nahezu stets einen sozialen Ausgleich der Arbeitnehmer untereinander erforderlich. Ihn kann nur die Mitbestimmung des Betriebsrats leisten.

IV. Folge der Mitbestimmungspflicht

Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat bei jeder mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit zu beteiligen und eine mitbestimmte Regelung herbeizuführen. Die (Neu-)Verteilung der Arbeitszeit eines Arbeitnehmers im Zuge dessen Teilzeitwunsches unterfällt der Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 2 BetrVG. Mitbestimmungspflichtig ist dabei nicht der Wunsch des Arbeitnehmers, wohl aber die (erteilte oder fingierte) Zustimmung des Arbeitgebers.

Mitbestimmungswidrige Maßnahmen des Arbeitgebers sind rechtswidrig und (soweit es nicht um eine bloß tatsächliche Maßnahmen geht) unwirksam[52]. Das ist jedenfalls für den Arbeitnehmer belastende Maßnahmen des Arbeitgebers anerkannt und folgt aus dem Zweck der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten. Diese dienen zunächst dem Schutz der Arbeitnehmer vor den individualrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers. Wäre dieser in der Lage, wirksam einseitig Maßnahmen zu treffen, so wäre der Schutz unvollkommen: Die geleistete Überstunde kann nicht mehr ungeschehen, die technische Überwachung des Arbeitnehmers nicht mehr rückgängig gemacht werden. Deshalb ist es sachgerecht, die Mitbestimmung des Betriebsrats als Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Maßnahme in mitbestimmungspflichtige Angelegenheit zu werten.

Das gilt nach zutreffender Ansicht ferner dann, wenn der Arbeitnehmer mit der ihn betreffenden, aber mitbestimmungswidrig vorgenommenen Maßnahme des Arbeitgebers sehr einverstanden ist, er sie vielleicht – wie im Fall des § 8 TzBfG – sogar erbeten hat. Denn die Mitbestimmung dient – wie dargelegt – auch dem Ausgleich der divergierenden Interessen der einzelnen Arbeitnehmer untereinander. Und an ein gemeinsam definiertes Interesse muss auch der einzelne Arbeitnehmer gebunden sein, der nicht über den Umweg des Günstigkeitsprinzips durch einzelvertragliche Vereinbarung mit dem Arbeitgeber davon abweichen kann[53]. Sowenig sich der Kettenraucher mitbestimmungsfrei eine Raucherlaubnis im Großraumbüro mit dem Arbeitgeber vereinbaren darf, sowenig kann sich der teilzeitwillige Arbeitnehmer mit seinem individuellen Verteilungswunsch über eine mitbestimmte Arbeitszeitregelung hinwegsetzen. Eine insoweit abweichende Vereinbarung mit dem Arbeitgeber wäre unwirksam. In Betrieben mit Betriebsrat wird der einzelne Arbeitnehmer eine seinen Vorstellungen entsprechende Verteilung der Arbeitszeit deshalb trotz des § 8 TzBfG nicht realisieren können. Nochmals: der Arbeitgeber kann seinen „Lieblingen" keine Arbeit nur zu angenehmen Zeiten (etwa: nicht an Freitagen und Samstagen, nicht abends oder nachts) zusagen. Der Gesetzgeber hat ebensowenig zu erkennen gegeben, dass die Teilzeitarbeitnehmer seine Lieblinge sind, die unter Verstoß gegen die Gleichbehandlung im Betrieb besser gestellt werden können.

Die Unwirksamkeit erstreckt sich aber nur auf die Verteilungsvereinbarung als solche und nicht auf die vereinbarte Verringerung der Arbeitszeit, weil nur erstere mitbestimmungspflichtig ist. Eine Rückwirkung (oder ein Durchschlagen) der Unwirksamkeit auf den Verringerungswunsch – etwa in Anlehnung an § 139 BGB – ist grundsätzlich abzulehnen. Denn der Arbeitnehmer ist hinsichtlich seiner Verteilungswünsche ohnehin nicht wirklich geschützt. Mit einmonatiger Vorlaufzeit kann der Arbeitgeber nach Maßgabe des § 8 V 4 TzBfG die Verteilung der Arbeitszeit wieder ändern[54]. Das schließt es schon nach der gesetzlichen Wertung aus, den Verringerungswunsch mit dem Verteilungsanliegen „stehen und fallen" zu lassen. Kein Arbeitnehmer kann darauf bauen, dass seine gewünschten Wochentage

47) Darin liegt der kollektive Bezug einer solchen Maßnahme – vgl. *BAG* (21. 12. 1982), AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit m. Anm. *Gast*; *BAG* (10. 6. 1986), NZA 1986, 840 = AP Nr. 18 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; *Wiese*, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 13), § 87 Rdnrn. 28, 30.

48) Vgl. *BAG* (27. 10. 1992), AP Nr. 61 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

49) So richtig *BAG* (10. 6. 1986), NZA 1986, 840 = AP Nr. 18 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; *Löwisch* (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 2; *Stege/Weinspach* (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 18 a; a. M. wohl *Richardi* BetrVG (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 25.

50) Vgl. etwa *Löwisch* (o. Fußn. 13), § 87 Rdnr. 2.

51) Individualautonomie und Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten (1994), S. 140.

52) *BAG* (GS) (3. 12. 1991), NZA 1992, 749 = AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; *Gutzeit*, AR-Blattei SD 530.14.2, Rdnrn. 56 f.; *Wiese*, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 13), § 87 Rdnrn. 98 ff. m. umf. Nachw.

53) Gegen das Günstigkeitsprinzip im Rahmen des § 87 BetrVG vgl. grundlegend *Wiese*, ZfA 2000, 117 (138 ff. m. w. Nachw. in Fußn. 112); ferner *Matthes*, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR, § 327 Rdnr. 78 – anders aber in § 330 Rdnr. 7; *Thomas Schmidt*, Das Günstigkeitsprinzip im Tarifvertrags- und BetriebsverfassungsR, 1994, S. 81 f.; *Wiese*, in: GK-BetrVG, § 87 Rdnr. 117, 127; a. M. *Belling*, DB 1982, 2513 (2515 f.); *Kreutz*, in: GK-BetrVG, § 77 Rdnrn. 205 f.; offengelassen von *BAG* (*GS*) (3. 12. 1991), NZA 1992, 749 = AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung. Für Sozialleistungen a. M. *BAG* (*GS*) (16. 9. 1986), NZA 1987, 168 = AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972. Es ist das Verdienst von *Hans Hanau* (Individualautonomie und Mitbestimmung, 1994), die Diskussion zu diesen wichtigen Fragen neu angestoßen zu haben.

54) *Preis/Gotthardt*, DB 2001, 145 (148), sprechen hierbei von einem Teilkündigungsrecht.

ihm auf Dauer gesichert sind. Selbst wenn etwa einer Verkäuferin die „MoDiMi"-Woche vorerst zugesagt werden kann, weil es Arbeitnehmer gibt, die lieber an den übrigen Tagen arbeiten, muss das nicht so bleiben. So gesehen läuft also jeder Arbeitnehmer das Risiko, dass die mit dem Teilzeitwunsch in erster Linie angestrebte Arbeitszeitverteilung scheitert und ihm die Verdienstminderung bleibt. Ob man dem Arbeitnehmer das Recht zubilligen kann, beide Wünsche voneinander abhängig zu machen – etwa über eine auflösende Bedingung, ist sehr zweifelhaft. Denn auf den Arbeitgeber wird so ein letztlich mitbestimmungswidriger Druck erzeugt, Wunscharbeitszeiten vorzuhalten und damit letztlich die übrigen Arbeitnehmer – also die Vollzeiter und jene die von Anfang an in Teilzeit arbeiten – auf die ungeliebten Restzeiten zu setzen. Auch das besondere Direktionsrecht des § 8 V 4 TzBfG, das dem Arbeitgeber gestattet, von einer vereinbarten (!) Arbeitszeitverteilung durch einseitige Leistungsbestimmung i. S. von § 315 BGB nachträglich wieder abzugehen, spricht gegen den Bedingungszusammenhang. Vor allem aber hat das Gesetz die Rückkehr zur Vollzeit in § 9 TzBfG schwach ausgestaltet; diesen Schutz kann der Arbeitnehmer nicht durch Konditionierung verstärken.

Mithin ist dem Arbeitgeber über die Mitbestimmung des Betriebsrats die Last abgenommen, die Lage der Arbeitszeit im Betrieb „gerecht" zu verteilen und die gegenläufigen Interessen innerhalb der Belegschaft zu berücksichtigen. Das TzBfG macht nun umgekehrt genau dies dem Arbeitgeber in betriebsratslosen Betrieben noch schwerer. Da er an die Wünsche der Arbeitnehmer grundsätzlich gebunden ist, wird dem Arbeitgeber eine gerechte Verteilung qua Direktionsrecht unmöglich. In Betrieben ohne Betriebsrat gibt es keine Wirksamkeitsvoraussetzung. Das Arbeitsvertragsrecht ist nicht in der Lage, soziale Wechselwirkungen umfassend aufzufangen, weil der Individualvertrag nur individuelle Interessen ausgleichen kann.

Insofern bleibt nur der Gleichbehandlungsgrundsatz: Werden Teilzeitarbeitnehmer sachwidrig bevorzugt, können auch Vollzeitarbeitnehmer Gleichstellung verlangen. Die Gleichbehandlung muss dann richtigerweise über § 8 V 4 TzBfG erreicht werden. Das TzBfG befördert so in betriebsratslosen Betrieben ohne Not soziale Konflikte, weil der Gesetzgeber die „dritte Dimension" des Arbeitsrechts offenbar nicht bedacht hat und altem Klassendenken verhaftet, einseitig die Besserstellung des Arbeitnehmers betreibt.

V. Ergebnis

1. Das TzBfG kann dem Arbeitnehmer einen umfassenden individuellen Teilzeitanspruch nur für den Umfang der Arbeitszeit einräumen. Nur das Ausmaß der Arbeitspflicht unterliegt der umfassenden Disposition der Arbeitsvertragsparteien. Die Arbeitszeitreduktion ist schlechthin mitbestimmungsfrei. So wie Arbeitnehmer und Arbeitgeber gegen den Willen von Betriebsrat und Belegschaft einen Aufhebungsvertrag schließen können, so können sie auch die Arbeitszeit reduzieren.

2. Die Verteilung der (reduzierten) Arbeitszeit auf die Wochentage unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 2 BetrVG: Nur der Betriebsrat kann darüber wachen, dass die Arbeitszeit „gerecht" auf die Wochentage verteilt wird. Es gibt keinen Sachgrund dafür, nur Teilzeiter von unangenehmen Tagen (Samstag, Freitag, Montag) freizustellen und diese Tage von Vollzeitarbeitnehmern oder anderen „wunschlosen" Teilzeitern bewältigen zu lassen. Ebenso wenig geht es an, im Betrieb das Prioritätsprinzip greifen zu lassen und diejenigen Arbeitnehmer zu ihren Wunschtagen arbeiten zu lassen, die ihren Arbeitszeitwunsch zuerst geäußert haben. Vielmehr hat der Betriebsrat über die notwendige Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 2 BetrVG auch „Wunschteilzeiter" zur Arbeit an unangenehmen Tagen vorzusehen. Hierüber kann sich der Arbeitgeber wegen der Mitbestimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung nicht durch Individualvertrag hinwegsetzen: Er kann keinen Arbeitnehmer gezielt und ohne Mitbestimmung des Betriebsrats bevorzugen – sei es durch ausdrückliche Regelung, sei es über die Fiktion des § 8 V 2 TzBfG.

3. Die Festlegung der Arbeitszeitlage am jeweiligen Arbeitstag ist nicht Gegenstand des „Teilzeitanspruchs". Der Arbeitgeber braucht insofern dem Wunsch des Arbeitnehmers nicht zu widersprechen. Die Arbeitszeitlage am Tag (vormittags, bestimmte Stunden etc) ist dem Direktionsrecht überantwortet, unterliegt aber zugleich der notwendigen Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 2 BetrVG.

4. Das wird die Attraktivität der Teilzeit „nach Wunsch" schmälern: Wenn der Arbeitnehmer nicht sicher sein kann, nur an Wunschtagen arbeiten oder allenfalls bei „erheblich überwiegendem betrieblichen Interesse" (§ 8 V 4 TzBfG) weichen zu müssen, wenn er vielmehr einkalkulieren muss, dass die Betriebsparteien ungeliebte Zeiten gleichmäßig aufteilen werden, dann wird sich der mit der Arbeitszeitreduktion verbundene Einkommensverlust nicht lohnen.