

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Begriffsbestimmungen
3. Reichweite der Mitbestimmung
4. Regelungsmöglichkeiten der Betriebspartner
5. Folgen unterbliebener Mitbestimmung
6. Rechtsprechungs-ABC
 - 6.1 Abgeltung von Überstunden
 - 6.2 Alleinentscheidungsrecht
 - 6.3 Arbeitskampf - 1
 - 6.4 Arbeitskampf - 2
 - 6.5 Arbeitskampf - 3
 - 6.6 Betriebsratsstätigkeit - Abgeltungsanspruch
 - 6.7 Einsichts-/Unterrichtungsrecht
 - 6.8 Einstweiliger Rechtsschutz
 - 6.9 Freigestelltes Betriebsratsmitglied
 - 6.10 Freiwillige Überstunden
 - 6.11 Gesetzliche Regelung
 - 6.12 Kollektiver Bezug
 - 6.13 Pauschalvergütung durch Betriebsvereinbarung?
 - 6.14 Prozesstaktik
 - 6.15 Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung - 1
 - 6.16 Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung - 2
 - 6.17 Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung - 3
 - 6.18 Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung - 4
 - 6.19 Überwachungsaufgabe
 - 6.20 Unterlassungsanspruch
 - 6.21 Vollstreckungsabwehrklage
 - 6.22 Zusatzvereinbarung
 - 6.23 Zweck der Mitbestimmung

Information

1. Allgemeines

Der Arbeitgeber muss bei Überstunden das Mitbestimmungsrecht seines Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG beachten. Die Arbeitnehmervertretung hat bei der Anordnung von Überstunden zwingend mitzubestimmen. Das heißt: Die Betriebspartner müssen eine "Einigung" (§ 87 Abs. 2 BetrVG) finden, wenn der Arbeitgeber vorübergehend die betriebsübliche Arbeitszeit verlängern will. Dabei setzt die Mitbestimmung allerdings voraus, dass kollektive Interessen der Beschäftigten berührt sind - und keine Einzelinteressen eines Mitarbeiters.

Praxistipp:

Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG besteht nicht allein um der Mitbestimmung Willen. Der Betriebsrat hat hier Gelegenheit, sich bei Klärung der Frage, ob

überhaupt Bedarf für Überstunden da ist, einzubringen. Im schlimmsten Fall kann er die vom Arbeitgeber verlangten Überstunden über die Einigungsstelle auf die lange Bank schieben oder über das Arbeitsgericht verbieten lassen. Der Arbeitgeber sollte also für den angenommenen Mehrbedarf an Arbeitskräften zu dem von ihm vorgesehenen Zeitpunkt immer gute - und auch bei einer gerichtlichen Überprüfung nachvollziehbare - Argumente haben.

Die dauerhafte Verlängerung der Arbeitszeit ist keine Frage des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG . Über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage bestimmt der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG mit. Missachtet der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG , ist die durch Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht erfolgte Verlängerung der Arbeitszeit kollektivrechtlich unwirksam - und nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung individualrechtlich ebenfalls. Mitbestimmungswidrig angeordnete Überstunden braucht ein Arbeitnehmer nicht zu leisten.

2. Begriffsbestimmungen

Während § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG den Betriebsrat

- bei Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen und
- der Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage

mitbestimmen lässt, macht § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG die

- "vorübergehende Verlängerung"
- "der betriebsüblichen Arbeitszeit"

mitbestimmungspflichtig (zum Begriff Arbeitszeit s. die Stichwörter Arbeitszeit - Allgemeines und Arbeitszeit - Begriffsbestimmungen).

Betriebsübliche Arbeitszeit ist "die im Betrieb regelmäßig geleistete Arbeitszeit". Dabei entscheidet "der vertraglich geschuldete regelmäßige zeitliche Umfang der Arbeitsleistung". Das wiederum hat zur Folge, dass die betriebsübliche Arbeitszeit in einem Betrieb nicht notwendig einheitlich ist, sondern - je nach Abmachung - "für verschiedene Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen unterschiedlich sein" kann. So ist es durchaus möglich, dass es in einem Betrieb mehrere betriebsübliche Arbeitszeiten gibt (BAG, 24.04.2007 - 1 ABR 47/06).

Vorübergehende Verlängerung heißt, es wird für einen überschaubaren Zeitraum - nicht auf Dauer - vom sonst maßgeblichen Arbeitszeitvolumen abgewichen, um im Anschluss daran wieder zur betriebsüblichen Dauer der Arbeitszeit zurückzukehren. Ausschlaggebend ist dabei die Planung des Arbeitgebers. "Beabsichtigt er, nach einem bestimmten Zeitraum oder nach dem Wegfall des Anlasses zur Veränderung zum vorherigen Umfang zurückzukehren, ist die ..." Veränderung "vorübergehend" (BAG, 24.04.2007 - 1 ABR 47/06). Bei einer dauerhaften - also nicht nur vorübergehenden - Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit greift § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG .

3. Reichweite der Mitbestimmung

Für die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist es unerheblich, ob die vorübergehende Veränderung der Arbeitszeit

- vom Arbeitgeber **einseitig angeordnet oder**
- mit den in Frage kommenden Mitarbeitern **zweiseitig vereinbart**

wird (BAG, 24.04.2007 - 1 ABR 47/06). Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht **unabhängig von der Rechtsgrundlage**, die die individualrechtliche Änderung der Arbeitszeitdauer ermöglicht (BAG, 24.04.2007 - 1 ABR 47/06).

Beispiel:

Die Immamea GmbH vereinbart im Arbeitsvertrag ihrer Mitarbeiter, von ihnen je Woche maximal fünf Überstunden abrufen zu dürfen. In der 42. KW ordnet die Immamea GmbH für die 43. und 44. KW Überstunden an. Der Betriebsrat weist die Geschäftsführung gleich darauf hin, dass sie ohne sein Okay keine Überstunden fahren darf. Die Geschäftsführung ist der Ansicht, sie habe mit der vertraglichen Abmachung eine ausreichende - mitbestimmungsfreie - Grundlage für die Anordnung von Überstunden getroffen - zu Unrecht: Für § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitgeber individualrechtlich berechtigt ist, Überstunden anzuordnen. Der Betriebsrat *hat* mitzubestimmen, wenn die betriebsübliche Arbeitszeit vorübergehend verlängert werden soll, sagt das Gesetz.

Der **Betriebsrat** soll im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG

- darauf aufpassen, dass der Arbeitgeber einschlägige arbeitszeitrechtliche Bestimmungen einhält;
- helfen, die berechtigten Interessen der Mitarbeiter an der gleichmäßigen Verteilung von Arbeits- und Freizeit zu wahren;
- die gerechte Verteilung des durch Überstunden und - eventuelle Überstundenzuschläge - erhöhten Arbeitsentgelts kontrollieren und
- sicherstellen, dass die Gesundheit der Mitarbeiter durch Überstunden nicht übermäßig beeinträchtigt wird.

Selbst wenn sich die Arbeitnehmer freiwillig bereit erklären, Überstunden zu machen, greift § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Schließlich kommt es für die Mitbestimmung auch nicht darauf an, ob der Arbeitgeber überhaupt etwas von geleisteten Überstunden weiß (LAG Hamm, 24.05.2002 - 10 TaBV 154/01). Es muss aber immer eine **kollektive Maßnahme** vorliegen, die Arbeitnehmerinteressen unabhängig von der Person und den individuellen Wünschen des einzelnen Mitarbeiters trifft. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG lässt den Betriebsrat sowohl bei Überstunden von Vollzeit- als auch bei den Überstunden von Teilzeitarbeitnehmern mitbestimmen.

§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist als **Abwehrrecht** ausgestaltet. Auch wenn der Betriebsrat in den sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG ein **Initiativrecht** hat: man wird ihm kaum ernsthaft die Möglichkeit einräumen, von sich aus vom Arbeitgeber Überstunden zu verlangen. Das würde Sinn und Zweck der Mitbestimmung bei einer vorübergehenden Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit wohl entgegenstehen.

4. Regelungsmöglichkeiten der Betriebspartner

§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG sagt, dass der Betriebsrat bei einer vorübergehenden Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit mitzubestimmen hat. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG sagt nicht, wie das passieren soll. § 87 Abs. 2 BetrVG spricht eine "Einigung" der Betriebspartner an, macht aber nicht klar, wie diese Einigung auszusehen hat. Grundsätzlich können Arbeitgeber und Betriebsrat die "*Einigung*" mit

- einer **Regelungsabrede** oder
- einer Betriebsvereinbarung

vornehmen.

Beispiel:

Die Remmy & Demmy KG plant am Jahresanfang, einige Produktionsschienen umzustellen. Diese Umstellung soll in den Monaten August und September erfolgen, damit die Produktion zum Weihnachtsgeschäft hin wieder reibungslos anlaufen kann. Dabei ist absehbar, dass in diesen beiden Monaten infolge der Umstellungsarbeiten erhebliche Überstunden anfallen werden. Bis zur geplanten Umstellung ist am Jahresanfang noch ausreichend Zeit - und so geht die Remmy & Demmy KG mit dem Wunsch auf ihren Betriebsrat zu, für die Zeit der Umstellung eine Betriebsvereinbarung zu schließen, die das Thema Überstunden geregelt - zu Recht. Die betriebsübliche Arbeitszeit soll in den Monaten August und September vorübergehend verlängert werden. Das erfordert eine "*Einigung*" der Betriebspartner. Und diese Einigung kann in die Form Betriebsvereinbarung gepackt werden.

Ordnet der Arbeitgeber **Mehrarbeit** an, **ohne sich** zuvor mit dem Betriebsrat darüber **geeinigt zu haben**, muss der Betriebsrat aktiv werden und sein Mitbestimmungsrecht durchsetzen. Tut der Betriebsrat nichts, ist das keine Mitbestimmung. Die **widerspruchslose Hinnahme** mitbestimmungswidrig angeordneter Überstunden macht diese Überstunden kollektivrechtlich nicht wirksam. Widerspruchslose Hinnahme von Arbeitgebermaßnahmen ist **keine Mitbestimmung**.

Beispiel:

Die Lottow und Tottow GmbH ordnet für die Dienstage und Donnerstag der 22., 23. und 24. KW Überstunden an. Ihr Betriebsrat bekommt davon Kenntnis, unternimmt jedoch zunächst nichts. In der 23. KW beschwerten sich einige Mitarbeiter über die späten Feierabende und Betriebsrat B fordert die Lottow und Tottow GmbH auf, mit ihm über die angeordneten Überstunden zu verhandeln. Das lehnt die Geschäftsführung mit Hinweis auf die bisherige Untätigkeit des Betriebsrats, die sie als Zustimmung werte, ab - zu Unrecht. Die bloße Duldung von mitbestimmungswidrig angeordneten Überstunden ist keine Mitbestimmung. Mitbestimmung muss aktiv angegangen werden - passive Mitbestimmung geht nicht. Der Betriebsrat der Lottow & Tottow GmbH ist also durchaus berechtigt, mit ihr noch über die Überstunden in der 23. und 24. KW zu verhandeln - vielleicht sogar mit der Folge, dass der Arbeitgeber die Anordnung für die noch nicht geleisteten Überstunden zurücknehmen muss und keine Überstunden geleistet werden dürfen.

Praxistipp:

Vom Grundsatz her ist immer eine Betriebsvereinbarung empfehlenswert. Sie hat nach § 77 Abs. 4 BetrVG normative Wirkung: "*Betriebsvereinbarungen gelten unmittelbar und zwingend*". Auf der anderen Seite hat eine formlose Regelungsabrede den Vorteil, schneller und flexibler als eine förmliche Betriebsvereinbarung zu sein. In der Praxis kommt es darauf an, wie schnell und mit welchem Inhalt der Arbeitgeber eine "*Einigung*" mit dem Betriebsrat braucht.

Der Betriebsrat darf dem Arbeitgeber in den Fällen des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG kein Alleinentscheidungsrecht einräumen. Das würde Sinn und Zweck der Mitbestimmung zuwiderlaufen - der Arbeitgeber hätte gewissermaßen eine Blankovollmacht, die er nach Belieben nutzen könnte. Was der Betriebsrat allerdings machen kann: Er darf dem Arbeitgeber ein - zuvor mitbestimmtes - **Entscheidungsrecht in konkret festgelegten Anlässen** einräumen, in denen er dann ohne nochmalige Beteiligung des Betriebsrats Überstunden anordnen kann: zum Beispiel **in Eil- oder Notfällen** oder in Fällen voraussehbarer saisonaler Arbeitsspitzen.

Praxistipp:

Auch wenn der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht nicht aus der Hand geben und dem Arbeitgeber ein Alleinentscheidungsrecht einräumen darf: Die Betriebspartner haben die Möglichkeit, eine Rahmenvereinbarung zu schließen. Im abgesteckten Regelungsspielraum dieser - vorab - mitbestimmten Rahmenvereinbarung kann der Arbeitgeber dann Überstunden allein und ohne nochmalige oder weitere Mitbestimmung anordnen und abrufen.

Nach § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG greift das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nur, "*soweit eine*

- gesetzliche oder
- tarifliche

Regelung nicht besteht". Während gesetzliche Überstundenregelungen wohl die Ausnahme sind, ist es durchaus üblich, dass ein Tarifvertrag unter bestimmten Voraussetzungen Überstunden zulässt. Enthält er eine verbindliche und in sich abgeschlossene Regelung, bei der weder Arbeitgeber noch Betriebsrat einen Gestaltungsspielraum haben, schließt diese Regelung die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG aus.

5. Folgen unterbliebener Mitbestimmung

Hat der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG missachtet, ist die **Anordnung** (oder Duldung etc.) von Überstunden **kollektivrechtlich unwirksam**. Der Betriebsrat hat die Möglichkeit,

- nichts zu tun - was die mitbestimmungswidrige Maßnahme allerdings nicht rechtmäßig macht;
- mit dem Arbeitgeber zu verhandeln, um so zu der von § 87 Abs. 2 BetrVG angesprochenen *"Einigung"* zu kommen;
- vom Arbeitgeber die Unterlassung der mitbestimmungswidrigen Maßnahme zu verlangen;
- den Arbeitgeber vor das Arbeitsgericht zu ziehen, wenn er die mitbestimmungswidrige Maßnahme nicht unterlässt.

Praxistipp:

Ein Rechtsstreit mit dem Betriebsrat ist nicht immer die beste Lösung für das Miteinander und die vertrauensvolle Zusammenarbeit. Schon gar nicht, wenn der Betriebsrat Recht hat und die Mitbestimmungswidrigkeit der angeordneten oder geduldeten Überstunden schon im Vorfeld klar ist. Was der Arbeitgeber im Vorfeld immer bedenken muss: Er trägt nach § 40 BetrVG die *"durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten"* - und dazu gehören eben auch die Kosten, die bei einem vom Betriebsrat eingeleiteten arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren entstehen.

Individualrechtlich gilt nach der BAG-Rechtsprechung die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung: Nach ihr sind mitbestimmungswidrige - kollektivrechtlich unwirksame - Maßnahmen auch individualrechtlich unwirksam. Das bedeutet für mitbestimmungswidrige Überstunden: Der Arbeitnehmer braucht sie nicht zu leisten - und muss dafür - zumindest rechtlich - keine Sanktionen des Arbeitgebers fürchten.

Mehr zu diesem Thema im Stichwort Überstunden - Rechtsschutz .

6. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten Entscheidungen zum Thema Überstunden und Mitbestimmung in alphabetischer Reihenfolge nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

6.1 Abgeltung von Überstunden

Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BetrVG betreffen **Beginn und Ende** der täglichen Arbeitszeit sowie deren **Verkürzung, Verlängerung und/oder Verteilung**, aber nicht eine vom Arbeitgeber durchgeführte Abgeltung geleisteter Überstunden oder bestehender Freizeitansprüche. Beginn und Ende der Arbeitszeit verändern sich durch die Abgeltung ebenso wenig wie die Verkürzung, Verlängerung und/oder Verteilung der Arbeitszeit. Der Betriebsrat kann gemäß § 80 BetrVG allenfalls einen Verstoß gegen eine bestehende Betriebsvereinbarung oder tarifliche Regelungen **beanstanden**, die der vom Arbeitgeber vorgenommenen Abgeltung entgegenstehen, und auf Abhilfe drängen (BAG, 22.08.2017 - 1 ABR 24/16 - mit dem weiteren Ergebnis, dass § 80 Abs. 1 BetrVG dem Betriebsrat keinen Unterlassungsanspruch gibt).

6.2 Alleinentscheidungsrecht

Die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist zwingend. Das heißt: Der Betriebsrat darf dem Arbeitgeber bei § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG kein Alleinentscheidungsrecht einräumen und damit sein Mitbestimmungsrecht in der Substanz aufgeben. Ebenso wenig kann das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG mit einer Betriebsvereinbarung aufgehoben oder eingeschränkt werden. Eine Betriebsvereinbarung kann aber vorsehen, "dass der Arbeitgeber berechtigt ist, unter bestimmten - in der Vereinbarung geregelten - Voraussetzungen eine Maßnahme allein zu treffen" (BAG, 26.08.2008 - 1 AZR 349/07 - hier: Vorabzustimmung zur Anordnung von Überstunden, wenn ein erhöhter Arbeitskräftebedarf besteht).

6.3 Arbeitskampf - 1

Auch wenn die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ansonsten zwingend ist: Bei einem Arbeitskampf ist sie einzuschränken, wenn Mitbestimmung unmittelbar und zwangsläufig die Folge hätte, "dass die Freiheit des Arbeitgebers, Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen oder Folgen eines Arbeitskampfs zu begegnen, ernsthaft beeinträchtigt würde". Das heißt: Möchte ein Arbeitgeber arbeitswillige Mitarbeiter während eines Streiks aus streikbedingten Gründen Überstunden machen lassen, braucht er dafür keine Einigung mit dem Betriebsrat. Wäre es anders, könnte der Betriebsrat "eine dem Arbeitgeber sonst mögliche Abwehrmaßnahme verhindern oder bis zur Herbeiführung einer Entscheidung der Einigungsstelle erheblich hinauszögern" (BAG, 10.12.2002 - 1 ABR 7/02).

6.4 Arbeitskampf - 2

"Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der vorübergehenden **Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit** nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist nicht aus arbeitskampfrechtlichen Gründen suspendiert, wenn der Arbeitgeber Mehrarbeit gegenüber allen dienstplanmäßig eingeteilten Arbeitnehmern zur **Aufarbeitung streikbedingter Arbeitsrückstände** nach Beendigung der Arbeitsniederlegung anordnet . Gleiches gilt, wenn mit der Mehrarbeitsanordnung in einer von Warnstreiks begleiteten Verhandlungsphase der Tarifvertragsparteien dem **Streikdruck vorgebeugt** werden soll und der Arbeitgeber nicht deutlich macht, dass er die Maßnahme auf arbeitswillige, einem gewerkschaftlichen Streikaufruf nicht Folge leistende Arbeitnehmer beschränkt" (BAG, 20.03.2018 - 1 ABR 70/16 - Leitsatz).

6.5 Arbeitskampf - 3

Möchte ein Arbeitgeber für arbeitswillige und zur Mehrarbeit bereite Mitarbeiter während eines laufenden Streiks in seinem Betrieb vorübergehend die Arbeitszeit verlängern , braucht er dafür **nicht die Zustimmung seines Betriebsrats** einzuholen (s. dazu BAG, 24.04.1979 - 1 ABR 43/77). Bei dieser Sachlage dient die Tätigkeit dieser Mitarbeiter ersichtlich der unmittelbaren **Streikabwehr**. Der Arbeitgeber darf davon ausgehen, dass Mitarbeiter, die nicht am Streik teilnehmen und wie gewohnt zur Arbeit kommen, bereit sind, ihrer Arbeitspflicht zu erfüllen. Sie sind arbeitswillig. Was allerdings immer zu beachten ist: Der Arbeitgeber darf "Mehrarbeit zur Streikabwehr gegenüber arbeitswilligen Arbeitnehmern nicht ohne eine darauf gerichtete ausdrückliche **individualvertragliche Befugnis** einseitig anordnen ; auch unterliegt sein darauf bezogenes Direktionsrecht arbeitskampfbedingten Beschränkungen (...). Arbeitswillige Arbeitnehmer sind nicht verpflichtet, die Arbeitsleistung 'direkt' auf Arbeitsplätzen zu erbringen, die durch die Streikteilnahme anderer Arbeitnehmer unbesetzt bleiben" (BAG, 20.03.2018 - 1 ABR 70/16 - mit Hinweis auf BAG, 25.07.1957 - 1 AZR 194/56).

6.6 Betriebsratstätigkeit - Abgeltungsanspruch

Aus dem Anspruch auf Arbeitsbefreiung nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG wird allein durch Ablauf der Monatsfrist oder bloße Untätigkeit des Arbeitgebers noch kein finanzieller Abgeltungsanspruch. Der Anspruch auf Entgelt statt Freizeit entsteht erst dann, wenn die Arbeitsbefreiung aus betriebsbedingten Gründen scheitert. Davon ist auszugehen, wenn sich der Arbeitgeber auf diese Gründe beruft und den Ausgleich in Freizeit deswegen verweigert. Ohne diese Weigerung ist das Betriebsratsmitglied gehalten, seinen Freizeitanspruch - notfalls gerichtlich - geltend zu machen und durchzusetzen. Dazu reicht die bloße Anzeige während der Freizeit geleisteter Betriebsratstätigkeit nicht - der Freizeitausgleich muss vom Arbeitgeber verlangt werden. Danach ist der Arbeitgeber gehalten, zu entscheiden, ob er die Arbeitsbefreiung gewähren kann oder Mehrarbeitsvergütung zahlen muss, weil er die Arbeitskraft des Betriebsratsmitglieds braucht (BAG, 28.05.2014 - 7 AZR 404/12) .

6.7 Einsichts-/Unterrichtungsrecht

Das BetrVG verpflichtet Arbeitgeber in § 80 Abs. 2 Satz 1 und 2, den Betriebsrat zur Durchführung seiner Aufgaben zu unterrichten und ihm auf Verlangen Einsicht in die erforderlichen Unterlagen zu gewähren. Der darauf zielende Anspruch des Betriebsrats ist aber nur begründet, wenn die gewünschten Informationen **zur Wahrnehmung der Betriebsratsaufgaben** erforderlich sind. Das heißt: Zunächst muss überhaupt eine Aufgabe des Betriebsrats vorliegen. Dann muss die verlangte Information **im Einzelfall zur Aufgabenwahrnehmung erforderlich** sein. Beides hat der Betriebsrat darzulegen. Der Arbeitgeber - bzw. später das Arbeitsgericht - kann erst nach der Darlegung prüfen, ob tatsächlich die Voraussetzungen einer Auskunfts-, Einsichtsgewährungs- oder Vorlagepflicht vorliegen (s. dazu BAG, 07.02.2012 - 1 ABR 46/10).

Dem Betriebsrat soll mit der Regelung in § 80 BetrVG die Möglichkeit gegeben werden, "in eigener Verantwortung zu **prüfen**, ob sich Aufgaben im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes ergeben und ob er zur Wahrnehmung dieser Aufgaben tätig werden muss" (BAG, 24.04.2018 - 1 ABR 6/16 - mit Hinweis auf BAG, 15.12.1998 - 1 ABR 9/98).

6.8 Einstweiliger Rechtsschutz

Verletzt der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG , hat der Betriebsrat gegen ihn einen Unterlassungsanspruch. Dabei ergibt sich aus einer Vielzahl von zurückliegenden Verstößen in der Vergangenheit die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr = Verfügungsanspruch. Ein Verfügungsgrund lässt sich für den einstweiligen Rechtsschutz bejahen, "wenn die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung eines Rechts ohne alsbaldige einstweilige Regelung vereitelt oder wesentlich erschwert wird" und zur Abwendung dieser Gefahr eine einstweilige Verfügung notwendig ist (LAG Hamm, 06.02.2001 - 13 TaBV 132/00).

6.9 Freigestelltes Betriebsratsmitglied

Der vereinfachte Fall: In Arbeitgeber G's Betrieb gab es eine "**Rahmenbetriebsvereinbarung Flexible Arbeitszeit**" (nachfolgend RBV). Nach dieser RBV konnten **Plus- und Minusstunden** angesammelt werden, die zum Ende des Bezugszeitraums saldiert und gutgeschrieben wurden. Dazu sah § 7 Abs. 3 RBV vor: "Am Ende des Bezugszeitraumes bestehende Plusstunden des Flexikontos oberhalb von +75 Stunden sind Überarbeit; sie werden faktoriert als Arbeitszeit dem Überstundenkonto gutgeschrieben und in den folgenden Bezugszeitraum vorgetragen. Zeitsalden zwischen 0 und +75 Stunden werden auf das Differenzstundenkonto übertragen." Das freigestellte Betriebsratsmitglied M verlangte, **Stunden aus der Betriebsratstätigkeit** zu faktorieren und seinem Überstundenkonto gutzuschreiben. Das LAG Hamburg (27.02.2014 - 7 Sa 57/13) wies die Klage ab. M's Revision war erfolglos.

Üben freigestellte Betriebsratsmitglieder ihre - ehrenamtliche - Betriebsratstätigkeit aus, leisten sie damit nicht ihre arbeitsvertraglich geschuldete und mit Arbeitsentgelt als Gegenleistung des Arbeitgebers zu vergütende Arbeit. Die im Arbeitszeitkonto erfassten **Anwesenheitszeiten** werden bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern nicht mit geleisteter Arbeit, sondern **mit Betriebsratstätigkeiten** aufgefüllt. Diese Zeiten sind weder "Überarbeit" i.S.d. § 7 Abs. 3 RBV noch können sie "als Arbeitszeit" gutgeschrieben werden. § 7 Abs. 3 RBV ist nicht auf erfasste Zeitguthaben freigestellter Betriebsratsmitglieder anzuwenden. Möglich ist ein Ausgleichsanspruch nach § 37 Abs. 3 BetrVG , wenn die Betriebsratstätigkeit "aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchzuführen ist" - diese Voraussetzungen hatte M in diesem Fall jedoch nicht ausreichend dargelegt. Er hätte dazu vortragen und unter Beweis stellen müssen, dass seine Betriebsratstätigkeit "aus betriebsbedingten Gründen nicht in der zur Verfügung stehenden individuellen Arbeitszeit erbracht werden konnte" (BAG, 28.09.2016 - 7 AZR 248/14) .

6.10 Freiwillige Überstunden

Die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist zwingend. Deswegen muss der Arbeitgeber sie selbst dann beachten, wenn Überstunden von den Mitarbeitern von sich aus gemacht werden. So fällt denn auch die Duldung freiwilliger Überstunden durch den Arbeitgeber unter das Mitbestimmungsrecht. Nicht einmal das Einverständnis betroffener Arbeitnehmer beseitigt die Mitbestimmung. Der Arbeitgeber ist Herr seines Betriebs - und er muss diesen Betrieb organisieren. Daher gilt: "Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ist selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn dem Arbeitgeber die Verlängerung der Arbeitszeit im Einzelfall verborgen bleibt" (LAG Hamm, 24.05.2002 - 10 TaBV 154/01).

6.11 Gesetzliche Regelung

"Ein Unterlassungsanspruch zur Sicherung der Mitbestimmung ist dann nicht gegeben, wenn durch eine gesetzliche Regelung bereits ein Individualanspruch der Arbeitnehmer besteht. Mehrarbeit, die ausschließlich dadurch entsteht, dass Arbeitnehmer die gesetzliche Mindestpause nicht wahrnehmen/nicht wahrnehmen können, eröffnet keine Mitbestimmung durch den Betriebsrat, denn er könnte den Verzicht auf die Pause nicht regeln. Der Betriebsrat kann nur auf die Einhaltung der Vorschriften drängen und den Arbeitgeber dazu anhalten" (LAG Köln, 27.09.2010 - 2 TaBV 11/10).

6.12 Kollektiver Bezug

§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG verlangt einen kollektiven Tatbestand. Er lässt sich nur bei einer kollektive Interessen der Arbeitnehmer berührenden Regelungsfrage bejahen. Soll ein zusätzlicher Arbeitsbedarf aufgefangen werden, muss geregelt sein, "ob und in welchem Umfang zur Abdeckung dieses Arbeitsbedarfs Überstunden geleistet werden sollen". Das ist eine Frage, die sich unabhängig von der Person eines einzelnen Mitarbeiters und seinen individuellen Wünschen stellt. Trotzdem kommt es nicht allein auf die Zahl der Arbeitnehmer, die Überstunden leisten sollen, an (BAG, 24.04.2007 - 1 ABR 47/06).

6.13 Pauschalvergütung durch Betriebsvereinbarung?

"Eine **tarifvertragsersetzende Gesamtbetriebsvereinbarung** zwischen einer Gewerkschaft und ihrem Gesamtbetriebsrat ist unwirksam, soweit sie bestimmt, dass Gewerkschaftssekretäre, die im Rahmen vereinbarter **Vertrauensarbeitszeit** regelmäßig Mehrarbeit leisten, als Ausgleich hierfür pauschal eine näher bestimmte Anzahl freier Arbeitstage im Kalenderjahr erhalten. Sie bestimmt die Voraussetzungen des Mehrarbeitsausgleichs nicht hinreichend klar und verletzt zudem den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz." Für die Beschäftigten ist nicht hinreichend ersichtlich, in welchen Fällen "regelmäßig Mehrarbeit" anzunehmen ist und in welchen Fällen nicht. Regelmäßigkeit von Überstunden ist kein geeignetes Kriterium für die Differenzierung **zwischen Pauschalierung und Spitzabrechnung** (BAG, 26.06.2019 - 5 AZR 452/18 - Pressemitteilung).

6.14 Prozesstaktik

Klagt der Betriebsrat auf Unterlassung mitbestimmungswidrig angeordneter Überstunden, kann sich der Arbeitgeber nicht damit herausreden, seine Anordnung sei wegen des Verstoßes gegen § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ohnehin unverbindlich, seine Mitarbeiter bräuchten die mitbestimmungswidrig ergangene Anordnung nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung eh nicht zu befolgen. Es kann kein rechtlich schützenswertes Interesse des Arbeitgebers an der Abweisung der Betriebsratsanträge bejaht werden, nur weil er sich mitbestimmungs- und damit rechtswidrig verhält. "Auf die Unverbindlichkeit einer etwaigen Anordnung von Überstunden kann die Arbeitgeberin sich mindestens dann nicht berufen, wenn sie den betroffenen Mitarbeitern nicht einmal mitteilt, dass ihre Weisung rechtswidrig und damit unverbindlich ist" (LAG Hamm, 22.10.2010 - 10 TaBVGa 19/10).

6.15 Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung - 1

Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung führt zu dem Ergebnis: "Die Rechtsunwirksamkeit von arbeitsvertraglichen Maßnahmen und Abreden soll eine Sanktion dafür sein, dass der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats verletzt hat. Derjenige, der sich betriebsverfassungswidrig verhält, soll sich Dritten (den Arbeitnehmern) gegenüber nicht auf die Verletzung berufen können mit dem Ziel, sich so seiner vertraglich eingegangenen Verpflichtung zu entledigen. Dementsprechend ist die Unwirksamkeitsfolge einer Maßnahme die geeignete Sanktion, wenn der Arbeitgeber bei einer belastenden Maßnahme ein Mitbestimmungsrecht verletzt hat" (BAG, 20.08.1991 - 1 AZR 326/90).

6.16 Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung - 2

Nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung sind mitbestimmungswidrig erfolgte nachteilige Maßnahmen auch individualrechtlich unwirksam. Die Verletzung des Mitbestimmungsrechts führt individualrechtlich aber nicht dazu, dass der betroffene Arbeitnehmer nun Ansprüche bekommt, die vor der mitbestimmungspflichtigen Maßnahme nicht bestanden haben und bei Beachtung der Mitbestimmungsrechte nicht entstanden wären. "Auch bei Nichtbeachtung des Mitbestimmungsrechts erhält der Arbeitnehmer keinen Erfüllungsanspruch auf Leistungen, die der Arbeitgeber nach dem Arbeitsvertrag nicht schuldet" (LAG Köln, 06.12.2007 - 13 Sa 804/07).

6.17 Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung - 3

Verletzt der Arbeitgeber ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, hat das nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung das Ergebnis, dass jedenfalls Maßnahmen oder Rechtsgeschäfte, die den Arbeitnehmer belasten, unwirksam sind. Der Arbeitgeber kann dem vom BetrVG vorgegebenen

Einigungszwang nicht dadurch ausweichen, dass er auf arbeitsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten zurückgreift. "Dem Arbeitgeber darf aus einer betriebsverfassungsrechtlichen Pflichtwidrigkeit auch im Rahmen des Arbeitsverhältnisses kein Vorteil erwachsen" (BAG, 22.06.2010 - 1 AZR 857/08).

6.18 Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung - 4

Das BAG hat die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung noch einmal zusammengefasst: "Nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung führt die Verletzung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer jedenfalls zur Unwirksamkeit von Maßnahmen oder Rechtsgeschäften, die den Arbeitnehmer belasten. Das soll verhindern, dass der Arbeitgeber dem Einigungszwang mit dem Betriebsrat durch Rückgriff auf arbeitsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten ausweicht. Dem Arbeitgeber darf aus einer betriebsverfassungsrechtlichen Pflichtwidrigkeit im Rahmen des Arbeitsverhältnisses kein Vorteil erwachsen. Maßnahmen zum Nachteil der Arbeitnehmer sind dabei nur solche, die bereits bestehende Rechtspositionen der Arbeitnehmer schmälern. Die Verletzung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats führt allerdings nicht dazu, dass sich individualrechtliche Ansprüche der betroffenen Arbeitnehmer ergeben, die zuvor nicht bestanden haben" (BAG, 22.10.2014 - 5 AZR 750/12).

6.19 Überwachungsaufgabe

Der Betriebsrat hat nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG die Aufgabe, darüber zu wachen, dass die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Betriebsvereinbarungen durchgeführt werden (s. dazu BAG, 20.12.1988 - 1 ABR 63/87). Diese Überwachungsaufgabe ist auf die **Gegenwart** und die **Zukunft** bezogen. Der Arbeitgeber muss gegebenenfalls mit Druck dazu gebracht werden, die Regelungen aus der Betriebsvereinbarung einzuhalten. Ein auf die **Vergangenheit** gerichteter Auskunftsanspruch ist daher nur anzunehmen, wenn sich aus den zu erteilenden Auskünften Rückschlüsse für das gegenwärtige und zukünftige Verhalten des Arbeitgebers herleiten lassen können. Kann der Betriebsrat aus den gewünschten Informationen keine sachgerechten Folgerungen mehr für sein Handeln ziehen, setzt das die zeitliche Grenze für einen rückwärts gerichteten Anspruch (BAG, 24.04.2018 - 1 ABR 6/16).

6.20 Unterlassungsanspruch

Der betriebsverfassungsrechtliche Unterlassungsanspruch aus § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG setzt einen groben Verstoß des Arbeitgebers gegen seine BetrVG -Pflichten voraus. Darüber hinaus hat der Betriebsrat einen allgemeinen Unterlassungsanspruch, wenn der Arbeitgeber Mitbestimmungsrechte aus § 87 Abs. 1 BetrVG verletzt. Das wiederum setzt voraus, dass sich der Betriebsrat gegen zu erwartende - erstmalige oder wiederholte - Verstöße des Arbeitgebers gegen § 87 Abs. 1 BetrVG wehren will (BAG, 13.03.2007 - 1 ABR 22/06 - mit dem Hinweis, dass die Frage, welche Tätigkeit ein Arbeitnehmer in der für ihn maßgeblichen Arbeitszeit ausüben soll, den Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nicht berührt).

6.21 Vollstreckungsabwehrklage

Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit, sich gegen die Vollstreckung eines Unterlassungstitels mit der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO zu wehren. So eine Vollstreckungsabwehrklage ist zulässig, wenn die Gründe für die Einwendungen des Arbeitgebers "erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung, in der Einwendungen ... [gegen den behaupteten Anspruch] spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können". Schuldet der Arbeitgeber die Unterlassung der "Anordnung von Überstunden ohne Einhaltung des Mitbestimmungsverfahrens gem. § 87 BetrVG", ist die Vollstreckung gemäß § 85 Abs. 1 Satz 3 ArbGG in Verbindung mit § 767 ZPO für unzulässig zu erklären, wenn sich der Sachverhalt, der dem Verfahren zugrunde lag, im Nachhinein maßgeblich geändert hat. Was beispielsweise der Fall ist, wenn die Betriebspartner eine Betriebsvereinbarung geschlossen haben, die es dem Arbeitgeber **in Eilfällen erlaubt**, Überstunden anzuordnen (BAG, 19.06.2012 - 1 ABR 35/11 - mit dem Ergebnis, dass der Arbeitgeber vom Betriebsrat sogar die Herausgabe des Vollstreckungstitels verlangen kann).

6.22 Zusatzvereinbarung

Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben die Möglichkeit, im Arbeitsvertrag gleich ein bestimmtes Überstundenvolumen zu vereinbaren, für das der Arbeitgeber dann eine bestimmte Überstundenpauschale

zahlt - zum Beispiel: "Sie erhalten deshalb für den Zeitraum von <Datum> bis <Datum> für die zusätzlichen vier Stunden/Woche eine Überstundenpauschale in Höhe von <Betrag> brutto/Monat. Ab <Datum> wird Ihr Arbeitsverhältnis auf 40 Stunden/Woche umgestellt mit einem Bruttomonatsentgelt von <Betrag>". Der Arbeitgeber muss seinen Betriebsrat über diese Pauschalregelung nicht informieren. Der Betriebsrat braucht diese Information nicht, um sein Mitbestimmungsrecht nach § 99 Abs. 2 BetrVG sachgerecht ausüben zu können (BAG, 27.10.2010 - 7 ABR 36/09).

6.23 Zweck der Mitbestimmung

Das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG greift nicht nur zum Schutz betroffener Arbeitnehmer. Es geht genauso um die gerechte Verteilung der mit der vorübergehenden Änderung der Arbeitszeit verbundenen Belastungen und Vorteile. So ist es für die Mitbestimmung völlig unerheblich, ob die einzelnen Arbeitnehmer bereit sind, Überstunden zu machen. Insoweit ist nicht bloß die Anordnung von Überstunden mitbestimmungspflichtig, sondern auch die Duldung freiwillig geleisteter Überstunden (BAG, 24.04.2007 - 1 ABR 47/06).