

Betriebsverfassung und Drittbeziehung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades einer
Doktorin der Rechte
der juristischen Fakultät
der Justus-Liebig-Universität Gießen

vorgelegt von
Jamila Pfeifer

Stand der Arbeit: September 2020

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
Kapitel 1: Drittbeziehungen des Arbeitgebers und ihre Auswirkungen auf die Beteiligungsrechte des Betriebsrats	4
A. Unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers	4
I. Begriff der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit	5
II. Verfassungsrechtlicher Schutz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit	6
1. Art. 14 Abs. 1 GG	6
2. Art. 12 Abs. 1 GG	7
3. Art. 2 Abs. 1 GG	7
III. Mitbestimmungsrechte als Schranke der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit	8
1. Ausgangslage	8
2. Absolute Bindung der Arbeitgeberentscheidungen an Mitbestimmungsrechte	8
3. Schranken durch abgestufte Mitbestimmungsordnung	10
4. Eigene Auffassung	11
B. Bindungen des Arbeitgebers mit Drittbezug	11
I. Rechtsgeschäftliche Bindungen des Arbeitgebers	12
II. Bindung des Arbeitgebers durch Vorgaben der ausländischen Konzernmutter	12
1. Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes im Rahmen der Umsetzung der Vorgaben der ausländischen Konzernmutter	13
2. Zuständiger Betriebsrat bei der Umsetzung der Vorgaben der ausländischen Konzernmutter	17
III. Sonstige Bindungen	17
1. Gesetzliche und tarifliche Normen	17
2. Richterrecht	18
3. Verwaltungsakt	19
C. Vertragsfreiheit und die Pflicht zu einer die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte gewährleistenden Vertragsgestaltung mit Dritten	20
I. Vertragsfreiheit bei Drittbeziehungen des Arbeitgebers	20

1. Grundsatz und verfassungsrechtlicher Schutz der Vertragsfreiheit	21
2. Das Betriebsverfassungsrecht als Schranke der Vertragsfreiheit	21
II. Pflicht des Arbeitgebers zu einer Vertragsgestaltung, um die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte zu gewährleisten?	22
1. Ausgangslage	23
2. Judikatur des Bundesarbeitsgerichts	23
3. Stimmen der Literatur	24
a) Wirklichkeitsfremde „Propaganda“	24
b) Keine verallgemeinerungsfähige Sicherungspflicht des Arbeitgebers zur Förderung von Betriebsratsinteressen	25
aa) Verpachtung einer Sozialeinrichtung an Dritte	26
bb) Abschluss von Rechtsgeschäften einer Sozialeinrichtung mit Dritten	27
cc) Übertragung von Berufsbildungsmaßnahmen i.S.d. § 98 Abs. 1 BetrVG auf Dritte	27
c) Sicherung der Mitbestimmung durch Kontrolle des Betriebsrats auf den Vertragsinhalt	28
d) Förderungspflicht des Arbeitgebers	28
e) Sicherung der Mitbestimmung durch Mitbestimmungsdurchgriff	29
4. Rechtsnatur der Förderungspflicht	29
a) Bedeutung der schuldrechtlichen Verpflichtung	29
b) Bedeutung der Obliegenheit	30
c) Förderungspflicht als Obliegenheit	30
5. Rechtsgrundlage der Förderungspflicht	31
a) Auslegung der Formulierungen „sicherstellen“ und „gewährleisten“	32
aa) Unterlassen mitbestimmungswidriger Vertragsgestaltung	32
bb) Aktive Förderung der Betriebsratsinteressen	32
b) Rechtsgrundlage für ein Unterlassen mitbestimmungswidriger Vertragsgestaltung	32
aa) These	33
bb) Diskussion	33

(1)	Regelungsinhalt von § 2 Abs. 1 BetrVG	33
(2)	Keine Begründung neuer Rechte	34
(3)	Verhaltenspflichten gemäß § 2 Abs. 1 BetrVG	34
c)	Rechtsgrundlage für eine Förderungspflicht	35
aa)	Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit, § 2 Abs. 1 BetrVG	36
(1)	Regelungsinhalt von § 2 Abs. 1 BetrVG	36
(2)	Regelungsinhalt erfasst nicht Förderungspflicht	36
(3)	Förderungspflicht im Verhältnis zum Wohl des Betriebs	38
bb)	Rechtsbeziehung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber	39
(1)	Betriebsverhältnis	39
(a)	Grundlage und Inhalt des Betriebsverhältnisses	39
(b)	Geltungsbereich des Betriebsverhältnisses	40
(c)	Arbeitgeber als alleiniger Entscheidungsträger	41
(2)	Treuhandverhältnis	42
cc)	Mitbestimmungsrechte	43
(1)	Sinn und Zweck und Geltungsbereich der Mitbestimmungsrechte	43
(2)	Mitbestimmungsrechte als unvollkommene Verbindlichkeiten	44
(3)	Mitbestimmungsrechte abschließend	45
(4)	Vorrang der innerbetrieblichen Konfliktlösung	46
dd)	Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	47
(1)	Zweck	47
(2)	Tatbestandsmerkmale	48
(3)	Drittbeziehung als wirtschaftliche Einheit	49
(4)	Stellungnahme	49
(a)	Keine Leistungsnähe	50
(b)	Keine Erkennbarkeit	50
(c)	Kein ausgleichsfähiger Schaden	51
(d)	Unterschiedliche Zielrichtung	51
(e)	Systematik der Betriebsverfassung	51
6.	Zwischenergebnis	52

D. Auswirkungen von Drittbeziehungen des Arbeitgebers auf die betriebliche Mitbestimmung	54
I. Mitbestimmungsfreiheit als Abgrenzungskriterium	54
II. Reichweite der Beteiligungsrechte bei Einbeziehung Dritter	55
1. In allgemeinen Angelegenheiten, §§ 75 Abs. 1, 80 Abs. 2 BetrVG	55
2. In sozialen Angelegenheiten	56
a) Arbeitnehmerüberwachung durch Dritte, § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 6 BetrVG	57
aa) Biometrische Zugangskontrollen der Arbeitnehmer im Kundenbetrieb	58
(1) Judikatur des Bundesarbeitsgerichts	59
(a) Verletzung von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG	59
(b) Verletzung von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG	60
(2) Literatur	61
(a) Einschränkung des Mitbestimmungserfordernisses bei Gefährdung der Auftragserteilung	61
(b) Beschränkung des funktionalen Betriebsbegriffs durch Richterrecht	63
(c) Ausschluss der Mitbestimmung bei fehlendem Entscheidungsspielraum des Arbeitgebers	64
(d) Faktische Zustimmungspflicht des Betriebsrats	65
(3) Stellungnahme	65
(a) Einzelfallabhängige Bewertung der Reichweite der Mitbestimmungsrechte	65
(b) Stärkere Berücksichtigung des Betriebswohls	68
bb) Bankschaltertests durch Drittunternehmen	69
cc) Testkäufe durch Fremdunternehmen	71
(1) Überprüfung der Beratungs- und Bedienungsqualität	71
(2) Überprüfung des Ehrlichkeitsverhaltens	73
dd) Arbeitnehmerüberwachung durch Privatdetektive	74
ee) Vereinbarkeit der „Überwachung“-Rechtsprechung mit der „Sicherheitswettbewerb“-Entscheidung des	77

Bundesarbeitsgerichts	
(1) Hintergrund	77
(2) Vergleich	78
b) Einsatz von Fremdfirmenbeschäftigten, §§ 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG	80
c) Fremdfirmenbeschäftigte und Arbeitssicherheit, § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG	82
d) Auftragsdatenverarbeitung durch Dritte, §§ 80 Abs. 2, 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG	85
e) Betrieb einer Sozialeinrichtung durch Dritte, § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG	87
aa) Form der Sozialeinrichtung	87
bb) Verwaltung einer unselbständigen Sozialeinrichtung	89
cc) Verwaltung einer selbständigen Sozialeinrichtung	90
dd) Sonderfall: Stiftungen	92
f) Drittbeziehungen bei Werksmietwohnungen, § 87 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG	93
g) Entgeltzuwendungen durch Dritte, § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG	95
3. In personellen Angelegenheiten, §§ 98, 99 BetrVG	96
a) Personelle Einzelmaßnahmen, § 99 Abs. 1 BetrVG	96
aa) Fremdfirmeneinsatz	96
(1) Kriterien der Eingliederung	97
(2) Verhinderung des Fremdfirmeneinsatzes durch Mitbestimmungsrechte?	99
bb) Einsatz von Privatdetektiven	100
b) Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung, § 98 BetrVG	101
4. In wirtschaftlichen Angelegenheiten	102
5. Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG und unregulierter Fremdfirmeneinsatz – sachgrundlose Ungleichbehandlung?	103
a) Vergleichbarkeit der Fälle und unterschiedliche rechtliche Behandlung	103
b) Sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung?	105

E. Rechtsfolgen mitbestimmungswidriger Maßnahmen bei Drittbeziehungen des Arbeitgebers	106
I. Mitbestimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung	106
1. Grundlagen	107
2. Kritik	108
a) Entmündigung der Arbeitnehmer	108
b) Systematik des Betriebsverfassungsgesetzes	108
c) Schutz der Arbeitnehmer	109
3. Stellungnahme	109
II. Rechtsfolgen mitbestimmungswidriger Maßnahmen im Verhältnis Arbeitgeber – Arbeitnehmer	110
III. Rechtsfolgen mitbestimmungswidriger Maßnahmen im Verhältnis Arbeitgeber – Betriebsrat	111
1. Verfahren vor der Einigungsstelle	112
2. Verfahren vor dem Arbeitsgericht	114
a) Feststellungsantrag	114
b) Leistungs- und Unterlassungsantrag	115
3. Straf- und Bußgeldtatbestände	116
IV. Rechtsfolgen mitbestimmungswidriger Maßnahmen im Verhältnis Arbeitgeber – Dritte	117
1. Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts	117
2. Kritik	119
a) Wirksamkeitsfolge beeinträchtigt Belange des Rechtsverkehrs	119
b) Betriebsverfassungsrechtliche Einigung auch Wirksamkeitsvoraussetzung für rechtsgeschäftliche Drittbeziehungen des Arbeitgebers	120
3. Stellungnahme	120
a) Innerbetriebliche Geltung der Mitbestimmungsrechte	120
b) Regelung der innerbetrieblichen Ordnung	121
c) Realisierbarkeit der Verpflichtung als Risiko des Arbeitgebers	121
F. Ergebnis	122
Kapitel 2: Drittbeziehungen des Betriebsrats	124

A. Rechtsgeschäftliche Beziehungen des Betriebsrats	124
I. Der Betriebsrat als Vertragspartner	125
1. Rechtsfähigkeit des Betriebsrats	125
a) Bedeutung und Herleitung	125
b) Auswirkung auf Teilnahme am Rechtsverkehr	126
2. Vermögensfähigkeit des Betriebsrats	127
a) Vermögensgegenstand	127
b) Umfang der Vermögensfähigkeit	128
c) Praktische Auswirkung der Vermögensfähigkeit auf rechtsgeschäftliche Drittbeziehungen	129
3. Sonderfall: Volle Rechtsfähigkeit bei Vereinbarung zu Gunsten Dritter?	130
II. Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage	132
1. Grundrechte als Grundlage einer Generalermächtigung?	132
2. Überwindung der fehlenden Rechtsfähigkeit durch Engagement einzelner Betriebsratsmitglieder?	133
3. Bewegungsspielraum innerhalb der Grenzen der Betriebsverfassung	134
4. Normen der Betriebsverfassung als Ermächtigungsgrundlage für Außenkontakte und Drittbeziehungen	135
5. Subsidiarität der Hinzuziehung Dritter	136
III. Rechtsgeschäftliche Hinzuziehung von externen Dritten nach dem Betriebsverfassungsgesetz	137
1. Beauftragung gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG	137
a) Voraussetzungen	138
aa) Erforderlichkeit	138
bb) Ordnungsgemäßer Betriebsratsbeschluss	139
cc) Gescheiterter innerbetrieblicher Einigungsversuch	140
b) Kostentragung gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG	140
2. Beauftragung gemäß § 80 Abs. 3 BetrVG	141
a) Voraussetzungen	141
aa) Erforderlichkeit der Hinzuziehung	142
bb) Nähere Vereinbarung mit dem Arbeitgeber	143
b) Kostentragung bei Beauftragung gemäß § 80 Abs. 3 BetrVG	144

3. Beauftragung gemäß § 111 S. 2 BetrVG	145
a) Voraussetzungen	146
aa) Unternehmensgröße	146
bb) Ordnungsgemäßer Betriebsratsbeschluss	146
cc) Erforderlichkeit der Hinzuziehung	147
dd) Qualifikation der Berater	148
ee) Anzahl der Berater	148
b) Kostentragung bei Beauftragung gemäß § 111 S. 3 BetrVG	149
4. Besonderheit: Hinzuziehung von externen Beisitzern im Einigungsstellenverfahren gemäß § 76 a BetrVG	150
IV. Haftung aus vertraglichen Drittbeziehungen des Betriebsrats	151
1. Richtiger Schuldner	152
a) Betriebsrat als Gremium	152
b) Mitglieder des Betriebsrats persönlich	153
aa) Überschreiten der Erforderlichkeitsgrenze	153
bb) Haftungsbeschränkung	155
(1) Analog § 179 Abs. 2 und 3 BGB	155
(2) Beurteilung der Erforderlichkeit aus ex ante Sicht	156
(3) Haftungsbeschränkung	durch 156
Fortbildungsmöglichkeiten	
(4) Haftungsprivilegierung aufgrund unentgeltlichen Ehrenamts?	156
(5) Haftpflichtversicherung	157
c) Arbeitgeber	157
V. Durchsetzbarkeit der Vergütungsansprüche	158
B. Drittbeziehungen des Betriebsrats zu Behörden und Gerichten	158
I. Arbeitsschutz und Arbeitssicherheit	159
1. Arbeitsschutz	160
a) Zuständige Behörden	161
b) Umsetzung des Arbeitsschutzes	162
c) Sonderfall: Arbeitsplatzgestaltung bei Schwangeren und stillenden Müttern	163
2. Arbeitssicherheit	164
II. Entlassungen und Kündigungen	165

1. Anzeigepflichtige Entlassungen	165
2. Beteiligungsbedürftige Kündigungen	166
a) Schwerbehinderte	166
b) Schwangere	167
III. Datenschutz	168
1. Externer Datenschutzbeauftragter	169
a) Mitbestimmungsrecht bei Bestellung und Abberufung	169
b) Kontroll- und Überwachungsrecht	170
2. Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit	171
IV. Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten	172
1. Ahndung von Straftaten	173
2. Ahndung von Ordnungswidrigkeiten	173
V. Außenkontakte als Druckmittel	174
Kapitel 3: Zusammenfassung	176

Einleitung

Die Betriebsverfassung hat vornehmlich die bilaterale Beziehung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat im Blick. Aufgrund der sich fortentwickelnden wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen und der damit einhergehenden Herausforderungen unterliegt auch dieses bilaterale Verhältnis einer Dynamik. Die Wirtschaft ist zunehmend wettbewerbsorientiert und international ausgerichtet. Kosteneffizienz hat dabei einen wesentlichen Stellenwert. „Do what you can do best – outsource the rest“¹ ist ein Element der unternehmerischen Strategie, um dieses Ziel zu erreichen. Auch überbetriebliche Formen der Kooperation durch Rückgriff auf externe Kompetenzen nehmen vermehrt zu.² Unternehmerfunktionen werden damit kurzfristig oder dauerhaft verlagert, temporäre Zusammenarbeit beendet und neue Verbindungen eingegangen. Ein Unternehmensstandort mit fest definierten Grenzen und dauerhaften Organisationsstrukturen als von der Betriebsverfassung vorausgesetzte Norm öffnet sich diesem Wandel.³ Die heutige Arbeitswelt ist damit nicht mehr auf den traditionellen Einsatz der Arbeitskraft im heimischen Betrieb beschränkt. Insbesondere der Dienstleistungssektor ist geprägt vom Einsatz der Mitarbeiter im Außendienst und in Kundenbetrieben.⁴ Eine räumliche Trennung der externen und der „eigenen“ Arbeitnehmer schwimmt dadurch, weshalb im Rahmen dieses Wandels beispielsweise der räumliche durch den funktionalen Betriebsbegriff ersetzt worden ist.⁵

Wenn zunehmend mehr Dritte in das Verhältnis der „Hauptakteure der Betriebsverfassung“⁶ einbezogen werden, berührt dies unmittelbar das betriebliche Zusammenleben der Arbeitnehmer und wirft Fragen nach der Mitbestimmung des Betriebsrats auf. Das heutige Ausmaß der

¹ Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 112.

² Lange, BB 1998, 1165 (1165).

³ D/K/W/Klebe, § 87 Rn. 158.

⁴ Besgen/Langner, SAE 2006, 233 (234).

⁵ Vgl. BAG v. 19.6.2001 – 1 ABR 43/00 – NZA 2001, 1263 (1264).

⁶ V. Hoyningen-Huene, RdA 1992, 355 (357).

drittbezogenen Sachverhalte hat der Gesetzgeber der Betriebsverfassung wohl kaum vorhergesehen. Jedenfalls sind Drittbeziehungen der Betriebspartner allenfalls punktuell im Betriebsverfassungsgesetz geregelt. Von einer erheblichen Machtverschiebung zugunsten der Arbeitgeber, sowie der Schwächung des Betriebsrats⁷ als Folgen der Veränderung des Betriebs in seiner ursprünglichen Bedeutung, kann jedoch nicht gesprochen werden. Neben dem Arbeitgeber übt auch der Betriebsrat seine Rechte aus und tritt Dritten als Vertrags- oder Verhandlungspartner gegenüber. Normen wie § 80 Abs. 3 BetrVG, wonach der Betriebsrat bei der Durchführung seiner Aufgaben Sachverständige hinzuziehen kann, oder § 111 S. 2 BetrVG, der dem Betriebsrat bei Interessenausgleichsverhandlungen im Rahmen von Betriebsänderungen ebenfalls die Beauftragung eines Beraters gestattet, regeln ausdrücklich Drittbeziehungen des Betriebsrats.

Die rechtlichen Herausforderungen solcher Drittbeziehungen zeigen sich an dem Spannungsfeld der widerstreitenden Interessen der Betriebspartner. Hier stehen sich die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers und die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats im Rahmen einer effektiven Interessenvertretung der Belegschaft gegenüber. Ebenfalls problematisch erscheint die Wahrnehmung des Betriebsratsamtes als unentgeltliches Ehrenamt und eine mögliche persönliche Haftung des Betriebsrats oder seiner Mitglieder, wenn sie die Unterstützung Dritter in Anspruch nehmen.

Das Betriebsverfassungsgesetz könnte insgesamt unter dem Aspekt der Drittbeziehungen abgehandelt werden.⁸ Im Fokus dieser Arbeit stehen jedoch die Auswirkungen der rechtlichen und tatsächlichen Drittbeziehungen der Betriebspartner auf ihre betriebsverfassungsrechtlichen Rechte und Pflichten. Kapitel 1 befasst sich mit Drittbeziehungen des Arbeitgebers. Rechtliche und tatsächliche Drittbeziehungen des Betriebsrats und deren Folgen werden in Kapitel 2

⁷ So D/K/W/Klebe, § 87 Rn. 161.

⁸ V. Hoyningen-Huene, RdA 1992, 355 (356).

untersucht. Diese Arbeit schließt in Kapitel 3 mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen ab.

Kapitel 1: Drittbeziehungen des Arbeitgebers und ihre Auswirkungen auf die Beteiligungsrechte des Betriebsrats

Der Arbeitgeber ist regelmäßig faktisch und zumeist auch rechtlich Bindungen gegenüber betriebsexternen Dritten ausgesetzt. Solche Dritte können außerbetriebliche natürliche oder juristische Personen wie Lieferanten oder Kunden sein. Auch die Konzernmutter oder Dienstleister, derer sich der Arbeitgeber zur Durchführung einzelner Tätigkeiten bedient, sowie staatliche Stellen (Behörden) gehören zu dem hier zu untersuchenden Kreis der externen Dritten. Gegenstand dieses Kapitels ist die Untersuchung der Auswirkungen von Drittbeziehungen des Arbeitgebers auf die Beteiligungsrechte des Betriebsrats. In diesem Zusammenhang wird die Bedeutung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers reflektiert. Anhand unterschiedlicher Fallkonstellationen wird zudem diskutiert, ob und inwieweit Beteiligungsrechte sich auf die Drittbeziehungen des Arbeitgebers erstrecken. Ausgangspunkt ist dabei der Grundsatz der Mitbestimmungsfreiheit unternehmerischer Entscheidungen. Schließlich wird eine mögliche Pflicht des Arbeitgebers zu einer die Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte sicherstellenden Vertragsgestaltung mit Dritten, sowie die Rechtsfolgen mitbestimmungswidriger Maßnahmen auf der Grundlage von Verträgen mit Dritten, erörtert.

A. Unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers

Unternehmerische Entscheidungen sind mitbestimmungsfrei, solange kein Mitbestimmungstatbestand greift.⁹ Hat der Betriebsrat dagegen ein Mitbestimmungsrecht, ist grundsätzlich von einer Beschränkung des wirtschaftlich-unternehmerischen Bereichs auszugehen.¹⁰ Dies entspricht dem Zweck der Mitbestimmung, dem Betriebsrat den Einfluss auf die Entscheidungen und Maßnahmen des Arbeitgebers zu sichern und die

⁹ Grundsätzliche Wertentscheidung des Gesetzgebers, dass eigentliche unternehmerische Entscheidungen von Beteiligungsrechten frei bleiben sollen, BR-Drs. 715/70, S. 31; Richardi/*Richardi*, § 87 Rn 41 f.

¹⁰ GK-BetrVG/*Wiese*, Einl. Rn. 42.

unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers, sowie dessen Herrschafts- und Leitungsmacht durch gesetzlich festgelegte Mitwirkung einzuschränken.¹¹ Dem Arbeitgeber soll dadurch verwehrt werden, bestehende Beteiligungsrechte durch individualvertragliche Regelungen zu umgehen.¹² Im Zusammenhang mit Drittbeziehungen stellt sich die Frage, ob und inwieweit die unternehmerische Entscheidungsfreiheit durch betriebliche Mitbestimmung eingeschränkt werden kann.¹³ Diese Frage ist im Rahmen einer Güter- und Interessenabwägung zwischen der Unternehmensautonomie und den betrieblichen Interessen des Arbeitgebers, sowie dem Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer zu diskutieren.¹⁴

I. Begriff der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit

Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit findet keine ausdrückliche Erwähnung im Betriebsverfassungsgesetz.¹⁵ Insofern könnte man behaupten, die unternehmerische Entscheidungsfreiheit sei im Gegensatz zu den ausdrücklich geregelten Mitbestimmungsrechten „nur ein den Materialien und dem Sinnzusammenhang des Gesetzes zu entnehmendes Grundprinzip der Betriebsverfassung“. ¹⁶ Der Begriff der unternehmerischen Entscheidung wird beispielsweise in § 93 AktG genannt. Diese Vorschrift regelt die Sorgfaltspflichten und die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft. Gemäß § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ist eine Pflichtverletzung und damit eine Haftung ausgeschlossen, „wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“. Unternehmerische Entscheidungen zeichnen

¹¹ BAG v. 16.9.1986 – GS 1/82 – NZA 1987, 168 (173); 26.5.1988 - 1 ABR 9/87 – NZA 1988, 811 (813); v. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 11 Rn. 2.

¹² Richardi/*Richardi*, § 87 Rn. 8 f.

¹³ Vgl. GK-BetrVG/*Wiese*, Einl. Rn. 42.

¹⁴ BAG v. 18.11.1999 – 2 AZR 743/98 – DB 2000, 726 (727) i. Zshg. m. der Durchführung sog. Ehrlichkeitskontrollen.

¹⁵ § 76 Abs. 5 S. 3 BetrVG spricht von den Belangen des Betriebs und § 112 Abs. 5 S. 1 BetrVG von der wirtschaftlichen Vertretbarkeit für das Unternehmen.

¹⁶ GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rn. 147.

sich demnach dadurch aus, dass sie stets einen gewissen Risikobezug haben.¹⁷

II. Verfassungsrechtlicher Schutz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit

Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit wird durch Art. 14 Abs. 1 (Eigentumsfreiheit), Art. 12 Abs. 1 (Berufsausübungsfreiheit), Art. 2 Abs. 1 (allgemeine Entscheidungsfreiheit), sowie durch Art. 9 Abs. 3 GG (Koalitionsfreiheit) verfassungsrechtlich geschützt.¹⁸ Dieser Rückgriff auf das Grundgesetz ermöglicht es, den Betriebsrat zur Berücksichtigung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit zu verpflichten.¹⁹

1. Art. 14 Abs. 1 GG

Die Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 GG dient dem Schutz des Freiraums des Grundrechtsträgers in vermögensrechtlichen Fragen, um ihm eine eigenverantwortliche Gestaltung seiner vermögensrechtlichen Verhältnisse zu ermöglichen.²⁰ Daneben erfasst Art. 14 Abs. 1 GG auch die Existenz von Gütern und Rechten eines Unternehmens.²¹ Inhalt und Schranken der Eigentumsfreiheit ergeben sich gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 GG aus Gesetzen sowie der Sozialbindung des Eigentums²², was den Gesetzgeber zu einer weitreichenden Einschränkung der Eigentumsfreiheit legitimiert.²³ Diese Legitimation ist umso weitreichender, je stärker das Eigentum einen sozialen Bezug oder eine

¹⁷ Semler, FS Ulmer, 2003, 627 (627).

¹⁸ Vgl. dazu BAG v. 13.3.1973 – 1 ABR 16/72 – NJW 1973, 1900 (1901); 29.3.1977 – 1 ABR 123/74 – NJW 1977, 1654 (1656); Rütters, ZfA 1973, 399 (421 f.); H/W/G/N/R/H/Worzalla, § 87 Rn. 86.

¹⁹ Gutzeit, BB 1996, 106 (109); Papier, NJW 1987, 988 (991); H/W/G/N/R/H/Worzalla, § 87 Rn. 86.

²⁰ BVerfG v. 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 – 1 BvR 533/77 u.a. – AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG (m. Anm. Wiedemann) unter C. III. 1. a); 18.1.2006 – 2 BvR 2194/99 – WM 2006, 648 (649); GK-BetrVG/Wiese, Einl. Rn. 55.

²¹ BVerfG v. 29.11.1961 – 1 BvR 148/57 – NJW 1962, 100 (101); 31.10.1984 – 1 BvR 35/82 – NJW 1985, 1385 (1389).

²² So auch GK-BetrVG/Wiese, Einl. Rn. 55.

²³ BVerfG v. 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 – 1 BvR 533/77 u.a. – AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG (m. Anm. Wiedemann) unter C. III. 1. a).

soziale Funktion aufweist.²⁴ Dieser soziale Bezug des Eigentums besteht insbesondere bei Unternehmen mit Arbeitnehmerbeteiligung.²⁵

2. Art. 12 Abs. 1 GG

Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Unternehmerfreiheit, die dem Arbeitgeber die freie Gründung eines Unternehmens gewährt.²⁶ Die darauf gerichtete unternehmerische Tätigkeit ist ebenfalls durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.²⁷ Dies umfasst die Vertrags- und Dispositionsfreiheit, sowie das Direktionsrecht des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern.²⁸ Diese Rechte werden durch die Beteiligungsrechte im Interesse der Arbeitnehmer und als Ausgleich zum unmittelbaren Eingriff des Arbeitgebers in die soziale Ordnung infolge seiner Berufsausübung beschränkt.²⁹ Diese Beschränkung steht ihrerseits unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit, wonach das Interesse des Arbeitgebers an einer ungestörten Berufsausübung mit dem Interesse der Allgemeinheit in Einklang zu bringen ist.³⁰

3. Art. 2 Abs. 1 GG

Art. 2 Abs. 1 GG gewährt den Schutz der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit und Initiative, der dem Einzelnen angemessenen und unantastbaren Spielraum belässt, sich als Unternehmer wirtschaftlich frei zu entfalten.³¹ Soweit es um die unternehmerische Tätigkeit des

²⁴ BVerfG v. 1.3.1978 – 1 BvR 532/77 – 1 BvR 533/77 u.a. – AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG (m. Anm. Wiedemann) unter C. III. 1. a).

²⁵ Wie z.B. § 1 MitbestG, vgl. GK-BetrVG/Wiese, Einl. Rn. 55.

²⁶ BVerfG v. 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 – 1 BvR 533/77 u.a. – AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG (m. Anm. Wiedemann) unter C. III. 3. a) aa).

²⁷ BVerfG v. 16.3.1971 – 1 BvR 52/66, 1 BvR 665/66, 1 BvR 667/66, 1 BvR 754/66 – AP Nr. 48 zu Art. 12 GG unter C. II. 2. a).

²⁸ GK-BetrVG/Wiese, Einl. Rn. 54, 58.

²⁹ BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56 – NJW 1958, 1035 (1037); GK-BetrVG/Wiese, Einl. Rn. 54, 58.

³⁰ BVerfG v. 23.1.1968 – 1 BvR 709/66 – VerwRspr 1969, 257 (258); GK-BetrVG/Wiese, Einl. Rn. 58 ff.

³¹ BVerfG v. 20.7.1954 – 20.7.1954/52 u.a. – NJW 1954, 1235 (1235 f.); 16.5.1961 – 2 BvF 1/60 – NJW 1961, 1395 (1359); 14.10.1970 – 1 BvR 306/68 – NJW 1971, 368 (369).

Arbeitgebers geht, schließt Art. 12 Abs. 1 GG als *lex specialis* den Grundrechtsschutz aus Art. 2 Abs. 1 GG aus.³²

III. Mitbestimmungsrechte als Schranke der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit

1. Ausgangslage

Das Betriebsverfassungsrecht, als Teil des Arbeitsrechts, stellt Arbeitnehmerschutzrecht dar, womit eine Beeinträchtigung der Unternehmerfreiheit zwangsläufig einhergeht.³³ Mitbestimmungsrechte stehen deshalb nicht unter dem allgemeinen Vorbehalt, dass durch sie nicht in die unternehmerische Entscheidungsautonomie eingegriffen werden darf.³⁴ Die Ausübung der Mitbestimmungsrechte führt zur Einschränkung der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit bezüglich Angelegenheiten, die der Arbeitgeber ansonsten alleine regeln könnte.³⁵ Die Reichweite dieser Schranke ist jedoch umstritten.

2. Absolute Bindung der Arbeitgeberentscheidungen an Mitbestimmungsrechte

Eine Auffassung geht von einer absoluten Bindung der Arbeitgeberentscheidungen an Mitbestimmungsrechte aus. Die Ansicht, dass Mitbestimmungsrechte ihre Grenze in der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit finden, würde demnach zur Unklarheit über diese Grenze führen.³⁶ Darüber hinaus wäre die Klärung der Rechtsfrage, ob die unternehmerische Entscheidungsfreiheit nun unmittelbar oder in

³² BVerfG v. 7.1.1959 – 1 BvR 100/57 – NJW 1959, 667 (667); 22.5.1996 – 1 BvR 744/88 – NJW 1996, 3067 (3067); 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04 – BB 2007, 617 (617).

³³ MünchHdbArbR/Boemke, § 283 Rn. 19; Raab, ZfA 2001, 31 (40); Walker, ZfA 2004, 501 (503).

³⁴ BAG v. 31.8.1982 – 1 ABR 27/80 – NJW 1983, 953 (953); 26.10.2004 – 1 ABR 31/03 (A) – NZA 2005, 538 (541); bestätigt von BVerfG v. 18.12.1985 – 1 BvR 143/83 – NZA 1986, 199 (200); Beuthien, ZfA 1988, 1 (10); Fitting, § 87 Rn. 586; Richardi/Richardi § 87 Rn. 42, 71.

³⁵ Raab, ZfA 2001, 31 (40).

³⁶ MünchHdbArbR2009/Matthes, § 238 Rn. 44.

ihrem Kern³⁷ berührt sei, für die Gerichte unmöglich.³⁸ Denn die Aussage des Arbeitgebers, die Änderung einer für das Unternehmen wesentlichen Entscheidung infolge der Beachtung der Mitbestimmungsrechte berühre den Kern seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit, könne „allenfalls“³⁹ Gegenstand „einer gewissen Plausibilitätskontrolle“⁴⁰ sein.⁴¹ Dies würde jedoch dazu führen, dass der Arbeitgeber über die Grenzen der Mitbestimmungsrechte frei disponieren kann.⁴² Vielmehr sei der Arbeitgeber im Rahmen seiner die Mitbestimmung auslösenden unternehmerischen Entscheidungen stets an die Beteiligung des Betriebsrats gebunden und kann seine unternehmerische Entscheidungsfreiheit deshalb nur innerhalb der Grenzen der Mitbestimmungsrechte ausüben.⁴³

Der Umfang der Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit durch Mitbestimmungsrechte ergibt sich aus den jeweiligen Mitbestimmungstatbeständen.⁴⁴ Dies entspricht der Funktion der Mitbestimmungsrechte, die unternehmerische Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers einzuschränken, damit die Arbeitnehmerinteressen bei allen sie betreffenden betrieblichen Entscheidungen Berücksichtigung finden, um im Interesse der Belegschaft einseitige Entscheidungen des Arbeitgebers zu vermeiden.⁴⁵ Grundrechte des Arbeitgebers würden dadurch nicht verletzt⁴⁶, weil die Einschränkung der Unternehmensautonomie i.S.d. Art. 14 Abs. 1 GG durch

³⁷ Dazu BAG v. 31.8.1982 – 1 ABR 27/80 – NJW 1983, 953 (955); v. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 1 Rn., wonach sich der Schutz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit nur auf ihren Kern bezieht.

³⁸ MünchHdbArbR2009/Matthes, § 238 Rn. 44.

³⁹ MünchHdbArbR2009/Matthes, § 238 Rn. 44.

⁴⁰ MünchHdbArbR2009/Matthes, § 238 Rn. 44.

⁴¹ MünchHdbArbR2009/Matthes, § 238 Rn. 44, der diese Fallkonstellation mit der Überprüfung der arbeitgeberischen Maßnahme oder Entscheidung im Kündigungsschutzprozess vergleicht, die von den Gerichten nur auf offensichtliche Unsachlichkeit oder Willkür überprüft werden kann.

⁴² MünchHdbArbR2009/Matthes, § 238 Rn. 44.

⁴³ Fitting, § 87 Rn. 22.

⁴⁴ BAG v. 31.8.1982 – 1 ABR 27/80 – NJW 1983, 953 (954); Gutzeit, BB 1996, 106 (109); v. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 1 Rn. 19.

⁴⁵ BAG v. 31.8.1982 – 1 ABR 27/80 – NJW 1983, 953 (954); 16.7.1991 – 1 ABR 66/90 – NZA 1992, 178 (179); D/K/W/Klebe, § 87 Rn. 27; Fitting, § 87 Rn. 586; Löwisch/Kaiser, § 87 Rn. 3.

⁴⁶ BVerfG v. 18.12.1985 – 1 BvR 143/83 – NZA 1986, 199 (200).

Beteiligungsrechte keinen unverhältnismäßigen und verfassungswidrigen Eingriff darstellt.⁴⁷

3. Schranken durch abgestufte Mitbestimmungsordnung

Das Betriebsverfassungsgesetz enthält keine die unternehmerische Entscheidungsfreiheit absichernde Norm. Dies kann nach einer vermittelnden Ansicht jedoch nicht dazu führen, dass die Wahrung wirtschaftlicher Belange durch den Arbeitgeber vollständig hinter den Belangen der Belegschaft zurückbleiben muss.⁴⁸ Um diesen Konflikt zwischen unternehmerischer Entscheidungsfreiheit und Mitbestimmungsrechten zu lösen und diese scheinbar gegenläufigen Interessenlagen in Einklang zu bringen⁴⁹, differenziert eine „abgestufte Mitbestimmungsordnung“⁵⁰ anhand der unterschiedlich stark ausgeprägten Beteiligungsrechte danach, wie stark die unternehmerische Entscheidungsfreiheit durch Beteiligungsrechte eingeschränkt werden darf.⁵¹

So seien wesentliche Fragen der unternehmerischen Entscheidung der Mitbestimmung entzogen und dem Betriebsrat lediglich Unterrichts- und Informationsrechte eingeräumt worden.⁵² Die wirtschaftlichen Belange des Betriebs würden zudem dadurch gewahrt, indem Mitbestimmungsrechte nicht über die vom Gesetz gewährten Beteiligungsformen hinaus begründet werden können.⁵³ Im Rahmen der Abwägung zwischen den sozialen Belangen der betroffenen Arbeitnehmer und dem vom Arbeitgeber beigemessenen Vorteil einer Maßnahme ist schließlich neben dem Grundsatz der vertrauensvollen

⁴⁷ GK-BetrVG/Wiese, Einl. Rn. 55.

⁴⁸ Löwisch, AuR 1987, 96 (99).

⁴⁹ Das BVerfG v. 18.12.1985 – 1 BvR 143/83 – NZA 1986, 199 (200) spricht von einer Konkordanz der Berufsfreiheit des Arbeitgebers und den Interessen seiner Beschäftigten.

⁵⁰ H/W/G/N/R/H/Worzalla, § 87 Rn. 84.

⁵¹ BAG v. 31. 8. 1982 – 1 ABR 27/80 – NJW 1983, 953 (953);

H/W/G/N/R/H/Worzalla, § 87 Rn. 84.

⁵² Z.B. in §§ 90, 92, 106, 111 BetrVG, vgl. Gutzeit, BB 1996, 106 (108).

⁵³ Wiese, Initiativrecht, S. 39; so bleibt z.B. auch die unternehmerische Entscheidung über die Vergabe von Aufgaben an Drittfirmen mitbestimmungsfrei, BAG v. 5.1.1991 – 1 ABR 39/90 – NZA 1991, 686 (689).

Zusammenarbeit und der angemessenen Berücksichtigung der betrieblichen Belange gemäß § 76 Abs. 5 S. 3 BetrVG, auch der Rückgriff auf einschlägige Vorschriften der Verfassung für die Wahrung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit von Bedeutung.⁵⁴

4. Eigene Auffassung

Die Unternehmensbegründung und –beendigung ist mitbestimmungsfrei.⁵⁵ Auch die eigentliche Unternehmensführung ist von Beteiligungsrechten freizuhalten.⁵⁶ Da auf Seiten der Arbeitnehmer keine äquivalente Risikobeteiligung besteht, endet die Reichweite der Mitbestimmungsrechte jedenfalls dort, wo infolge ihrer Ausübung in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit derart eingegriffen wird, dass sie unmittelbar oder in ihrem Kernbereich berührt wird.⁵⁷ Mitbestimmungsrechte dürfen somit nicht in den allgemein-unternehmensbezogenen Bereich hineinreichen.⁵⁸ Betreffen unternehmerische Entscheidungen Maßnahmen außerhalb dieses Kernbereichs, ist die Reichweite der Mitbestimmungsrechte für jeden Einzelfall zu ermitteln.⁵⁹ Die dazwischenliegenden Gestaltungsmöglichkeiten sollen jedoch auf Grund des Leitprinzips der Betriebsverfassung der grundsätzlich mitbestimmungs- und initiativrechtsfreien Unternehmerentscheidungen, einem angemessenen unternehmerischen Spielraum des Arbeitgebers vorbehalten bleiben.⁶⁰

B. Bindungen des Arbeitgebers mit Drittbezug

⁵⁴ Gutzeit, BB 1996, 106 (109), der diese Normen der Betriebsverfassung nicht als taugliche Faktoren für eine qualifizierte Interessenabwägung ansieht; Löwisch, AuR 1987, 96 (100).

⁵⁵ Walker, ZfA 2004, 501 (513).

⁵⁶ BR-Drs. 715/70, S. 31; BAG v. 31.8.1982 – 1 ABR 27/80 – NJW 1983, 953 (953); Löwisch, AuR 1987, 96 (100).

⁵⁷ Vgl. Kalb, BB 1979, 1829 (1830); Rütters, ZfA 1973, 399 (418); GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 146 f., 154; H/W/G/N/R/H/Worzalla, § 87 Rn. 58, 84; Richardi/Richardi, § 87 Rn. 43.

⁵⁸ Beuthien, ZfA 1988, 1 (10).

⁵⁹ Walker, ZfA 2004, 501 (512 f.).

⁶⁰ Vogt, RdA 1984, 140 (144); Walker, ZfA 2004, 501 (512).

Bindungen des Arbeitgebers mit Drittbezug ergeben sich insbesondere aus Rechtsgeschäften und verbindlichen Vorgaben von übergeordneten privaten oder öffentlich-rechtlichen Dritten.

I. Rechtsgeschäftliche Bindungen des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber unterliegt grundsätzlich der betriebsverfassungsrechtlichen Pflicht, seine Befugnisse in Übereinstimmung mit dem Betriebsrat auszuüben, sobald durch die Maßnahme Mitbestimmungsrechte ausgelöst werden.⁶¹ Es bleibt ihm jedoch unbenommen, die Ausführung von grundsätzlich der Mitbestimmung unterliegenden Aufgaben durch Rechtsgeschäft auf Dritte zu übertragen. Die Auswirkungen rechtsgeschäftlicher Bindungen des Arbeitgebers werden im Detail in Abschnitt D. beleuchtet. Generell können vertragliche Bindungen des Arbeitgebers Mitbestimmungsrechte jedoch dann einschränken, wenn der Arbeitgeber die Vertragsinhalte nicht allein vorgibt.⁶² Ansonsten kann sich der Arbeitgeber in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten gegenüber Dritten nicht in einer Weise binden, um eine Einflussnahme des Betriebsrats unter dem Hinweis bestehender vertraglicher Beziehungen bewusst zu vereiteln.⁶³

II. Bindung des Arbeitgebers durch Vorgaben der ausländischen Konzernmutter

Betriebe, die Teil eines internationalen Konzerns mit einer ausländischen Muttergesellschaft und inländischen Tochtergesellschaften sind, werden häufig nach einheitlichen Grundsätzen und Strategien zentral gesteuert. Damit soll eine regional oder weltweit einheitliche Wirkung von

⁶¹ Wiese, NZA 2003, 1113 (1117).

⁶² Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 40; die pauschale Aussage von D/K/W/Klebe, § 87 Rn. 21, 43, wonach der Arbeitgeber sich nicht auf eine vertragliche Bindung mit Dritten berufen darf, um Mitbestimmungsrechte einzuschränken oder auszuschließen, ist wegen der Undifferenziertheit abzulehnen.

⁶³ BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 22/99 – NZA 2000, 1176 (1177); Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 40.

zentralen Entscheidungen entfaltet werden.⁶⁴ Weisungsrechte werden dabei regelmäßig nach den Regeln der Stellvertretung gemäß §§ 164 ff. BGB delegiert.⁶⁵ Die Entscheidungen werden im Ausland (mangels eines der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerinteressenvertretung ähnelnden Systems) häufig ohne vorherige Arbeitnehmerbeteiligung getroffen.⁶⁶ Diese Entscheidungen sind dann im Rahmen einer „Entscheidungskaskade“ in den nationalen Betrieben umzusetzen.⁶⁷ Konzernspitzen sind als betriebsfremde Dritte anzusehen, wenn sie ihren Sitz im Ausland haben und der nationale Betrieb aufgrund der internationalen Konzernstrukturen und dessen organisatorischen und funktionalen Erwägungen zur Umsetzung der Vorgaben der Konzernzentrale verpflichtet ist. Fraglich ist, welcher Einfluss dem Betriebsverfassungsrecht und den Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats bei der Umsetzung dieser Entscheidungen verbleibt.

1. Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes im Rahmen der Umsetzung der Vorgaben der ausländischen Konzernmutter

Der Wirkungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes erstreckt sich auf Grund des Territorialitätsprinzips⁶⁸ nur für in Deutschland ansässige Betriebe, unabhängig davon, ob die Leitungsorgane oder die

⁶⁴ Baeck/Diller, DB 1998, 1405 (1411); Fischer, BB 2000, 562 (562), der Unternehmen der Systemgastronomie, Fluggesellschaften und Autovermietungen als Beispiele aufführt; Kort, NZA 2013, 1318 ff. und Schumacher, NZA 2015, 587 ff. sprechen von einer „Matrixstruktur“. Diese soll „durch eine vom Vertragsarbeitgeber unabhängig gestaltete Arbeitsorganisation gekennzeichnet“ sein, Kort, NZA 2013, 1318 (1319).

⁶⁵ Vgl. BAG v. 10.3.1998 – 1 AZR 658/97 – NZA 1998, 1242 (1243); Kort, NZA 2013, 1318 (1319 f.); Schumacher, NZA 2015, 587 (587); bei sog. Matrixstrukturen wird auch von einer „weisungsbezogenen Mehrfachunterstellung“ der Arbeitnehmer gesprochen, Neufeld/Michels, KSzW 2012, 49 (50).

⁶⁶ Fischer, BB 2000, 562 (562).

⁶⁷ Diese Abhängigkeit wird von Baeck/Diller metaphorisch mit dem Satz „Der Schwanz kann (...) nicht mit dem Hund wedeln“ beschrieben, DB 1998, 1405 (1411); Kort, NZA 2013, 1318 (1318); Weller, AuA 2013, 344 (344).

⁶⁸ BAG v. 9.11.1977 – 5 AZR 132/76 – NJW 1978, 1124 (1124); 21.10.1980 – 6 AZR 640/79 – NJW 1981, 1175 (1176); 22.3.2000 – 7 ABR 34/98 – NZA 2000, 1119 (1121); Däubler, S. 24 f., 64; Fitting, § 1 Rn. 12 f.; GK-BetrVG/Franzen, § 1 Rn. 4; leitet die Anwendbarkeit aus dem Grundgedanken des Betriebsverfassungsgesetzes ab, D/K/W/Däubler, Einl. Rn. 234; kritisch zum Territorialitätsprinzip i.R.d. Betriebsverfassung D/K/W/Trümner, § 1 Rn. 23 ff. m.w.N.

Muttergesellschaft ihren Sitz im Ausland haben.⁶⁹ Maßgeblich ist das Vorliegen eines betriebsratsfähigen Betriebs im Sinne der Betriebsverfassung.⁷⁰ Dies macht eine Rechtswahl durch die Arbeitsvertragsparteien und einen gewillkürten Ausschluss der Anwendbarkeit des Betriebsverfassungsgesetzes unmöglich.⁷¹ Die Frage nach Beteiligungsrechten von Arbeitnehmervertretungen von in Deutschland tätigen Tochterunternehmen richtet sich somit nach deutschem Betriebsverfassungsrecht, auch wenn wesentliche Entscheidungen außerhalb des deutschen Territoriums getroffen werden.⁷² Entsprechend sind Entscheidungen der ausländischen Konzernobergesellschaft, die keinen Sitz in Deutschland hat, frei von Mitbestimmungsrechten des deutschen Betriebsrats.⁷³ Ein unmittelbarer Durchgriff der Mitbestimmungsrechte auf die ausländische Konzernmutter ist damit ausgeschlossen.⁷⁴

Mittelbar unterliegen Entscheidungen der Konzernmutter jedoch dann der Mitbestimmung, wenn die Tochtergesellschaft diese Entscheidungen im eigenen Betrieb umsetzen soll und die Entscheidungen der Muttergesellschaft wie eigene Entscheidungen behandelt.⁷⁵ Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes greifen somit unabhängig davon ein, wo die Entscheidungen getroffen werden, als vielmehr danach, wo sie sich tatsächlich auswirken.⁷⁶ Für eine Beteiligung des Betriebsrats ist somit ohne Bedeutung, ob der Maßnahme eine Weisung einer übergeordneten

⁶⁹ BAG v. 1.10.1974 – 1 ABR 77/73 – NJW 1975, 1091 (1092); 31.10.1975 – 1 ABR 4/74 – AP Nr. 2 zu § 106 BetrVG 1972 (m. Anm. Hinz) unter II. 4.; Fischer, DB 1998, 2606 (2607); ders. BB 2000, 562 (562); Kort, NZA 2013, 1318 (1321).

⁷⁰ BAG v. 1.10.1974 – 1 ABR 77/73 – NJW 1975, 1091 (1092); 31.10.1975 – 1 ABR 4/74 – AP Nr. 2 zu § 106 BetrVG 1972 (m. Anm. Hinz) unter II. 4.; Fischer, AuR 1999, 169 (169); zum Betriebsbegriff in Matrix-Strukturen vgl. Kort, NZA 2013, 1318 (1321) m.w.N.

⁷¹ BAG v. 9.11.1977 – 5 AZR 132/76 – NJW 1978, 1124 (1124); Grasmann, ZGR 1973, 317 (319 f.); Schumacher, NZA 2015, 587 (588); Simitis, FS Kegel, 1977, 153 (173); Fitting, § 1 Rn. 15; GK-BetrVG/*Franzen*, § 1 Rn. 5.

⁷² BAG v. 22.7.2008 – 1 ABR 40/07 – NZA 2008, 1248 (1254) m.w.N.; D/K/W/*Däubler*, Einl. Rn. 234.

⁷³ Schumacher, NZA 2015, 587 (588).

⁷⁴ Schumacher, NZA 2015, 587 (588).

⁷⁵ Schumacher, NZA 2015, 587 (588).

⁷⁶ BAG v. 31.10.1975 – 1 ABR 4/74 – AP Nr. 2 zu § 106 BetrVG 1972 (m. Anm. Hinz) unter II. 4.; Fischer, AuR 1999, 169 (170); Birk, FS Schnorr von Carolsfeld, 1972, 61 (72 f.); Simitis, FS Kegel, 1977, 153 (178).

Einheit zu Grunde liegt.⁷⁷ Vielmehr kommt es darauf an, dass sich die Entscheidung der Konzernmutter auch auf den inländischen Betrieb auswirkt.⁷⁸ In diesem Fall richten sich die Informations- und Mitbestimmungsrechte gegen die im Inland ansässige Tochtergesellschaft.⁷⁹ Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat in diesem Zusammenhang rechtzeitig über geplante Maßnahmen zu unterrichten und das Mitbestimmungsverfahren durchzuführen, bevor er die Planung für den deutschen Betrieb als beschlossen ankündigt oder umsetzt.⁸⁰ Diese Auseinandersetzung mit dem Betriebsrat hindert die Konzernmutter regelmäßig an schnellen und flexiblen Entscheidungen⁸¹ und bindet den ausländischen Arbeitgeber grundsätzlich an die nationale Rechtsordnung des jeweiligen Aufnahmestaates⁸². Das Betriebsverfassungsgesetz erfasst deshalb die Folgen inländischer Unternehmensaktivitäten, die auf im Ausland getroffenen und die Tatbestände des Betriebsverfassungsgesetzes auslösenden Entscheidungen beruhen.⁸³ Darüber hinaus erstreckt sich der Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes auch auf Entscheidungen und Maßnahmen, die nur für alle internationalen Betriebe einheitlich getroffen werden können.⁸⁴ Dies macht eine „Flucht“ vor dem Betriebsverfassungsgesetz generell unmöglich.⁸⁵ Im Übrigen

⁷⁷ BAG v. 9.2.1993 – 1 ABR 33/92 – NZA 1993, 906 (908).

⁷⁸ BAG v. 31.10.1975 – 1 ABR 4/74 – AP Nr. 2 zu § 106 BetrVG 1972 (m. Anm. Hinz) unter II. 4.; Fischer, BB 2000, 562 (562).

⁷⁹ Schumacher, NZA 2015, 587 (588).

⁸⁰ Fischer, BB 2000, 562 (562).

⁸¹ Schumacher, NZA 2015, 587 (588), die als mögliche Lösung eine intensivere innerbetriebliche Zusammenarbeit zwischen der ausländischen Konzernmutter und dem Betriebsrat des inländischen Tochterunternehmens vorschlägt.

⁸² BVerfG v. 8.10.1996 – 1 BvL 15/91 – NJW 1997, 1359 (1359); BAG v. 11. 12. 2007 – 1 ABR 67/06 – NZA-RR 2008, 333 (336); 22.7.2008 – 1 ABR 40/07 – NZA 2008, 1248 (1254).

⁸³ Vgl. Däubler, *RabelsZ* 39 1975, 444 (447 f.); Fischer, *AuR* 1999, 169 (172); Richardi/*Annuß*, § 106 Rn. 14.

⁸⁴ BAG v. 14.2.1989 – 3 AZR 191/97 – NZA 1989, 844 (845); Fischer, BB 2000, 562 (562), wonach es dem Arbeitgeber zuzumuten ist, auch die die Arbeitnehmervertretung betreffenden nationalen Gesetze im Rahmen von Unternehmensentscheidungen zu beachten.

⁸⁵ Kort, NZA 2013, 1318 (1321); vgl. BAG v. 9.2.1993 – 1 ABR 33/92 – NZA 1993, 906 (906, 909) zum Beteiligungsrecht nach dem BPersVG bei Anordnung einer Maßnahme durch eine im Entsendestaats ansässigen Behörde. Unabhängig von den Besonderheiten des NATO-Truppen-Statuts soll dies auch im Geltungsbereich des BetrVG gelten; LAG Hessen v. 5.7.2001 – 5 Ta BV 153/00 – DB 2001, 2254 (2254 f.); kein Machtvorsprung des Arbeitgebers infolge des Grundsatzes „teile und herrsche“ nach D/K/W/Däubler, *Einl. Rn.* 239, 241; Fischer, BB 2000, 562 (564).

kommen ausländische arbeits- und tarifrechtliche Vorschriften in Deutschland genauso wenig zur Anwendung.⁸⁶

In der Praxis kann sich zudem das Problem ergeben, dass der im Inland ansässige Arbeitgeber die Vorgaben der Konzernmutter lediglich auszuführen hat, ohne auf die eigentliche Entscheidung Einfluss nehmen zu können.⁸⁷ In dieser Situation könnte der Arbeitgeber gegen eine Beteiligung des Betriebsrats einwenden, dass er hinsichtlich seiner unternehmerischen Entscheidung keinen Verhandlungsspielraum hat, weil es sich um eine weltweite Maßnahme handele, die einen „deutschen Sonderweg“⁸⁸ ausschließt.⁸⁹ Die allgemeine Pflicht zur Beachtung der Mitbestimmungsrechte kann dieser Einwand nicht vollständig ausschließen⁹⁰, jedoch die Durchsetzung der Mitbestimmungsrechte erschweren. Zur Konfliktlösung und zur Wahrung der Konformität der Unternehmensführung kann die Einigungsstelle angerufen werden. Diese fasst ihre Beschlüsse gemäß § 76 Abs. 5 S. 3 BetrVG unter angemessener Berücksichtigung der Belange des Betriebs und der betroffenen Arbeitnehmer nach billigem Ermessen. Dabei ist die Einordnung eines Betriebs in internationale Konzernstrukturen eine von der Einigungsstelle bei der Fassung ihres Spruchs gemäß § 76 Abs. 5 S. 3 BetrVG zu berücksichtigende Tatsache.⁹¹ Dies folgt aus der Eingliederung des Betriebs in internationale Unternehmens- oder Konzernstrukturen, deren Interessen mittelbar auch die Interessen des Betriebs sind.⁹² Die Bedeutung des internationalen Konzerns ist auch dann zu berücksichtigen, wenn der Betriebsrat eine weltweit geltende Regelung für den deutschen Betrieb verhindern möchte, weil er den dann gesteigerten Anforderungen an die Begründung entsprechen muss.⁹³

⁸⁶ Fischer, BB 2000, 562 (563); zu den Ausnahmen vgl. ders., AuR 1999, 169 (170 f.).

⁸⁷ Schumacher, NZA 2015, 587 (588), die von einem Auseinanderfallen des Ansprechpartners des Betriebsrats und des Entscheidungsträgers spricht, sodass der inländische Arbeitgeber in eine Vermittlerrolle degradiert wird.

⁸⁸ Fischer, BB 2000, 562 (563).

⁸⁹ Baeck/Diller, DB 1998, 1405 (1411).

⁹⁰ Fischer, BB 2000, 562 (563).

⁹¹ LAG Hessen v. 5.7.2001 – 5 Ta BV 153/00 – DB 2001, 2254 (2255); Fischer, BB 2000, 562 (564).

⁹² Fiebig, S. 89.

⁹³ Fischer, BB 2000, 562 (564).

2. Zuständiger Betriebsrat bei der Umsetzung der Vorgaben der ausländischen Konzernmutter

Nach der allgemeinen Zuständigkeitsordnung des Betriebsverfassungsgesetzes ist primär der örtliche Betriebsrat zuständig.⁹⁴ Der Gesamt- bzw. Konzernbetriebsrat ist gemäß §§ 50, 58 BetrVG zuständig, wenn es um unternehmens- oder konzernweite Maßnahmen geht.⁹⁵ Bei internationalen Konzernen können für die in Deutschland angesiedelten Betriebe Gesamt- und Konzernbetriebsräte gebildet werden.⁹⁶ Die Bildung eines Konzernbetriebsrats ist wegen des Territorialitätsprinzips allerdings ausgeschlossen, wenn die Konzernobergesellschaft ihren Sitz im Ausland hat.⁹⁷ Eine Ausnahme stellt der sog. „Konzern im Konzern“ dar, d.h. im Inland ansässige Teilkonzernspitzen mit eigenständigen Leitungsbefugnissen gegenüber untergeordneten Unternehmen in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten, die gegenüber der Konzernmutter nicht weisungsgebunden sind.⁹⁸ Ein Konzernbetriebsrat kann dann unter den Voraussetzungen von § 18 Abs. 1 AktG in dem „Unterkonzern“⁹⁹ errichtet werden.¹⁰⁰

III. Sonstige Bindungen

1. Gesetzliche und tarifliche Normen

Gemäß § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG steht die Ausübung des Mitbestimmungsrechts unter dem Vorbehalt, dass eine entsprechende

⁹⁴ BAG v. 22.7.2008 – 1 ABR 40/07 – NZA 2008, 1248 (1255); Kock/Francke, NZA 2009, 646 (649).

⁹⁵ Baeck/Diller, DB 1998, 1405 (1412).

⁹⁶ Fischer, AuR 1999, 169 (171); ders. BB 2000, 562 (562).

⁹⁷ BAG v. 14.2.2007 – 7 ABR 26/06 – NZA 2007, 999 (1004); 16.5.2007 – 7 ABR 63/06 – NJOZ 2008, 726 (732).

⁹⁸ BAG v. 21.10.1980 – 6 ABR 41/78 – AP Nr. 1 zu § 54 BetrVG 1972 (m. Anm. Fabricius) unter III. 2c bb.; 14.2.2007 – 7 ABR 26/06 – NZA 2007, 999 (1004); 16.5.2007 – 7 ABR 63/06 – NJOZ 2008, 726 (733); Schmidbauer, S. 257 f.

⁹⁹ Schmidbauer, S. 258.

¹⁰⁰ Fischer, AuR 1999, 169 (171).

gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht existiert.¹⁰¹ Eine solche Regelung muss zwingend sein.¹⁰² Die gesetzlichen oder tariflichen Normen müssen die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit zudem abschließend regeln.¹⁰³ Anderenfalls verbleibt es bei dem Mitbestimmungsrecht, um den Schutzzweck der betrieblichen Mitbestimmung zu erfüllen.¹⁰⁴ Besteht eine solche den Arbeitgeber bindende ranghöhere Regelung, sind die Arbeitnehmer hierdurch hinreichend geschützt.¹⁰⁵ Ausländische Vorschriften, die in Deutschland tätigen Unternehmen Pflichten auferlegen, stellen jedenfalls dann keine die Mitbestimmungsrechte ausschließenden gesetzlichen Regelungen im Sinne des Eingangssatzes dar, wenn sie nicht wirksam in das deutsche Arbeitsrecht transformiert wurden.¹⁰⁶

2. Richterrecht

Eine Bindung des Arbeitgebers durch Richterrecht kann sich jedenfalls dann ergeben, wenn sich das Richterrecht zu einer gefestigten Rechtsprechung entwickelt hat, an der sich die Praxis orientiert.¹⁰⁷ Dies

¹⁰¹ Umstritten ist, ob hinsichtlich der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten neben der Schranke des § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG auch § 77 Abs. 3 BetrVG als Schranke zu beachten ist (Zwei-Schranken-Theorie) oder nicht (Vorrangtheorie), umfassend zum Streitstand statt aller GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rn. 54 ff. m.w.N. Zu beachten sind demnach die Funktionen der Regelungen: der Gesetzes- und Tarifvorbehalt in § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG soll einen Mindestschutz für die Arbeitnehmer gewährleisten, Zweck von § 77 Abs. 3 BetrVG ist die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Koalitionen durch Schaffung eines Normsetzungsmonopols, GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rn. 56 f. § 77 Abs. 3 BetrVG schließt die Mitbestimmung nicht aus, sondern hindert nur die Ausübung der Mitbestimmungsrechte in Form einer Betriebsvereinbarung. Der Abschluss formloser Betriebsabsprachen bleibt den Betriebspartnern unbenommen, vgl. dazu Gutzeit, BB 1996, 106 (108) m.w.N.

¹⁰² BAG v. 13. 3. 1973 – 1 ABR 16/72 – AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen unter II. B. 1.; 29.3.1977 – 1 ABR 123/74 – AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Provision (m. Anm. Schulze-Osterloh) unter IV. 1. a); Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 20; Fitting, § 87 Rn. 32; Richardi/*Richardi*, § 87 Rn. 146; a.A. ErfK/*Kania*, § 87 Rn. 11, der bezüglich der gesetzlichen Regelungen damit argumentiert, dass die besondere Sperrwirkung gegenüber der Mitbestimmung sinnlos sei, weil zwingendes Recht ohnehin unabänderlich ist.

¹⁰³ BAG v. 13.3.1973 – 1 ABR 16/72 – NJW 1973, 1900 (1900); 17.12.1985 – 1 ABR 6/84 – NZA 1986, 364 (365); *Wiese*, 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, 1979, 661 (669, 672); Fitting, § 87 Rn. 31.

¹⁰⁴ Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 36; Richardi/*Richardi*, § 87 Rn. 148.

¹⁰⁵ BAG v. 31.1.1984 – 1 ABR 46/81 – NZA 1984, 47 (48); GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rn. 56; Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 19; J/R/H/*Hesse*, Kapitel 9 Rn. 15.

¹⁰⁶ BAG v. 22.7.2008 – 1 ABR 40/07 – NZA 2008, 1248 (1254).

¹⁰⁷ Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 25 m.w.N., vgl. auch ders. zum Streitstand über die Gleichstellung des Richterrechts mit zwingenden gesetzlichen Regelungen.

ist bei Grundsatzentscheidungen des Bundesarbeitsgerichts regelmäßig der Fall.¹⁰⁸ Die Wirkung des Richterrechts ist mit der einer zwingenden gesetzlichen Regelung i.S.d. § 87 Abs. 1 Einleitungssatz Betriebsverfassungsgesetz vergleichbar.¹⁰⁹ Dem Betriebsrat ist es damit verwehrt, vom Arbeitgeber ein Abweichen von dieser Praxis zu verlangen.¹¹⁰ Weicht der Arbeitgeber seinerseits von der geltenden Praxis ab, handelt er rechtswidrig.¹¹¹

3. Verwaltungsakt

Ein in Vollzug gesetzlicher Vorschriften rechtmäßig erlassener Verwaltungsakt kann in seiner Wirkung gesetzlichen Vorschriften gleichstehen, soweit er dem Arbeitgeber keinen Regelungsspielraum lässt und bestandskräftig geworden ist.¹¹² Der Arbeitgeber ist dann verpflichtet, eine bestimmte Regelung zu treffen, womit es an einer der Mitbestimmung zugänglichen Arbeitgeberentscheidung fehlt.¹¹³ Verbleibt dem Arbeitgeber dagegen ein Spielraum bei der Umsetzung seiner Entscheidung, bestehen Mitbestimmungsrechte fort.¹¹⁴ Eine faktische Zwangslage des Arbeitgebers, z.B. infolge einer Pflicht, behördliche Auflagen zu beachten, lässt die Mitbestimmungsrechte grundsätzlich unberührt¹¹⁵, verpflichtet den Betriebsrat jedoch, bei der

Hervorzuheben ist *Fitting*, wonach der Richter keine Regelung mit der Wirkung eines allgemeingültigen Gesetzes schaffen könne, denn bei seiner Entscheidung handele es sich lediglich um eine Rechtserkenntnisquelle, nicht um eine Rechtsquelle, *Fitting*, § 87 Rn. 33.

¹⁰⁸ H/W/G/N/R/H/*Worzalla*, § 87 Rn. 61.

¹⁰⁹ Gutzeit, BB 1996, 106 (108).

¹¹⁰ Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 25.

¹¹¹ Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 25.

¹¹² BAG v. 26.5.1988 – 1 ABR 9/87 – NZA 1988, 811 (813); 11.12. 2012 – 1 ABR 78/11 – NZA 2013, 913 (913); ErfK/*Kania*, § 87 Rn. 12; GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rn. 61 m.w.N.; a.A. D/K/W/*Klebe*, § 87 Rn. 43 f.

¹¹³ BAG v. 9.7.1991 – 1 ABR 57/90 – NZA 1992, 126 (128); 11.12. 2012 – 1 ABR 78/11 – NZA 2013, 913 (913); diese rechtliche Würdigung ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, BVerfG v. 22.8.1994 – 1 BvR 1767/91, 1 BvR 1117/92 – NZA 1995, 129 (129); *Fitting*, § 87 Rn. 35.

¹¹⁴ BAG v. 26.5.1988 – 1 ABR 9/87 – NZA 1988, 811 (812); 9.7.1991 – 1 ABR 57/90 – NZA 1992, 126 (128); *Fitting*, § 87 Rn. 35.

¹¹⁵ BAG v. 24.11.1987 – 1 ABR 25/86 – NZA 1988, 405 (406); 8.8.1989 – 1 ABR 62/88 – NZA 1990, 322 (323); 9.2.1993 – 1 ABR 33/92 – NZA 1993, 906 (908); GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rn. 61.

Wahrnehmung seiner Mitbestimmungsrechte verstärkt die Belange des Betriebes zu berücksichtigen.¹¹⁶

C. Vertragsfreiheit und die Pflicht zu einer die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte gewährleistenden Vertragsgestaltung mit Dritten

Der Vertragsschluss zwischen dem Arbeitgeber und seinem Vertragspartner, also das „Ob“ eines Rechtsgeschäfts, ist mitbestimmungsfrei.¹¹⁷ Auch die inhaltliche Vertragsgestaltung unterliegt grundsätzlich der Privatautonomie.¹¹⁸ Fraglich ist jedoch, inwieweit Mitbestimmungsrechte bei der inhaltlichen Ausgestaltung des Rechtsgeschäfts zu berücksichtigen sind, wenn das Rechtsgeschäft mit einem Dritten mitbestimmungspflichtige Maßnahmen umfasst. Die Forderung nach einer die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte gewährleistenden Vertragsgestaltung mit Dritten könnte das Prinzip der Vertragsfreiheit relativieren. Darüber hinaus könnte es den Ausbau der Intensität der Mitbestimmungsrechte bedeuten, die sich über das bilaterale Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat hinaus auch auf Drittbeziehungen des Arbeitgebers erstrecken würden. In diesem Abschnitt wird unter besonderer Berücksichtigung der Judikatur des Bundesarbeitsgerichts der Frage nachgegangen, ob und inwieweit Mitbestimmungsrechte die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers gegenüber seinen Vertragspartnern beeinflussen können.

I. Vertragsfreiheit bei Drittbeziehungen des Arbeitgebers

Nachfolgend werden der Umfang und die Schranken der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers bei Rechtsgeschäften mit Dritten diskutiert.

¹¹⁶ BAG v. 24.11.1987 – 1 ABR 25/86 – NZA 1988, 405 (406); 8.8.1989 – 1 ABR 62/88 – NZA 1990, 322 (323).

¹¹⁷ BAG v. 22.10.1985 – 1 ABR 47/83 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen unter B. III. 1.; Wiese, NZA 2003, 1113 (1119).

¹¹⁸ BAG v. 22.10.1985 – 1 ABR 47/83 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen unter B. III. 1.; Bauschke, NZA 2000, 1201 (1202).

1. Grundsatz und verfassungsrechtlicher Schutz der Vertragsfreiheit

Die Privatautonomie ist Grundlage der Vertragsfreiheit, welche es jedem Einzelnen erlaubt, innerhalb der zivilrechtlichen Ordnung Verträge mit Dritten zu schließen oder aufzuheben.¹¹⁹ Dieser Schutz gewährleistet die Regelung privatrechtlicher Innenbeziehungen ohne staatliche Einflussnahme.¹²⁰ Die Vertragsfreiheit wird deshalb als das traditionelle Ordnungsinstrument der Privatautonomie bezeichnet.¹²¹ Als Grundlage der sozialen Marktwirtschaft wird sie von Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich garantiert.¹²² Die Vertragsfreiheit umfasst neben der negativen und positiven Vertragsfreiheit auch die freie und eigenverantwortliche Gestaltung von Rechtsbeziehungen, was sie zum zivilrechtlichen Pendant der allgemeinen Handlungsfreiheit macht¹²³ und die Selbstbestimmung somit auch im Rechtsverkehr gewährleistet¹²⁴.

2. Das Betriebsverfassungsrecht als Schranke der Vertragsfreiheit

Schranken der Vertragsfreiheit können sich aus der Orientierung am Gemeinwohl als Teil der verfassungsmäßigen Ordnung i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG¹²⁵, oder aus der Entscheidung in Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 GG für einen Sozialstaat zur Abwehr von Missbrauch oder unsozialem Verhalten¹²⁶ ergeben. Insofern kann das zum Zivilrecht einzuordnende¹²⁷ Betriebsverfassungsgesetz als Umsetzung der

¹¹⁹ Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 GG Rn. 101; Konzen, ZfA 1985, 469 (481).

¹²⁰ Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 GG Rn. 101.

¹²¹ Reuter, ZfA 1975, 85 (85).

¹²² BVerfG v. 19.10.1983 – 2 BvR 298/81 – NJW 1984, 476 (477); 8.4.1997 – 1 BvR 48/94 – NJW 1997, 1975 (1976); Manssen, S. 130 f.; Canaris, JZ 1987, 993 (994); Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 GG Rn. 101.

¹²³ BVerfG v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 u.a. – NJW 1994, 36 (38); Manssen, S. 119 f.; Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 GG Rn. 101 f.

¹²⁴ BVerfG v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 u. a. – NJW 1994, 36 (38); 2.5.1996 – 1 BvR 696/96 – NJW 1996, 2021 (2021); Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 GG Rn. 101; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 145.

¹²⁵ BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56 – NJW 1958, 1035 (1037 f.); 3.4.2001 – 1 BvR 2014/95 – NJW 2001, 1709 (1711); Wiese, FS Kraft, 1998, 683 (684).

¹²⁶ BVerfG v. 3.4.2001 – 1 BvR 2014/95 – NJW 2001, 1709 (1711); Manssen, S. 4 f.; Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 GG Rn. 104.

¹²⁷ Lobinger, RdA 2011, 76 (76 f.) m.w.N.

Entscheidung für einen Sozialstaat eine Schranke der Vertragsfreiheit darstellen.¹²⁸

Die Vertragsfreiheit setzt ein annäherndes Gleichgewicht der Vertragspartner voraus, damit die beiderseitigen Interessen möglichst gleichmäßig berücksichtigt werden.¹²⁹ Während dies bei rechtsgeschäftlichen Beziehungen des Arbeitgebers mit Dritten regelmäßig der Fall sein dürfte, fehlt es normalerweise an einem Gleichgewicht im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Dieses Ungleichgewicht soll dadurch ausgeglichen werden, indem der Betriebsrat seine Mitbestimmungsrechte stellvertretend für die Arbeitnehmer als deren verlängerter Arm¹³⁰ gegenüber dem Arbeitgeber wahrnimmt.¹³¹ Diese arbeits- und sozialrechtlichen Implikationen im betrieblichen Innenverhältnis könnten sich bei mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen auf Drittbeziehungen des Arbeitgebers auswirken und zu Restriktionen der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers gegenüber Dritten führen.¹³² Solche Einschränkungen bedürfen einer Rechtfertigung¹³³, die unverhältnismäßige Eingriffe verbietet¹³⁴. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Mitbestimmungsrechte nur eine Hilfsfunktion bei dem Ausgleich zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen haben sollten.¹³⁵

II. Pflicht des Arbeitgebers zu einer Vertragsgestaltung, um die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte zu gewährleisten?

Durch die Bejahung einer Pflicht zu einer die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte gewährleistenden

¹²⁸ V. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 1 Rn. 19; Konzen, ZfA 1985, 469 (490).

¹²⁹ Reuter, ZfA 1975, 85 (86).

¹³⁰ Bauschke, NZA 2000, 1201 (1203).

¹³¹ V. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 1 Rn. 13, 19; Konzen, ZfA 1985, 469 (490).

¹³² Bauschke, NZA 2000, 1201 (1204).

¹³³ Manssen, S. 131; vgl. Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 GG Rn. 102 f. m.w.N.

¹³⁴ Karthaus/Klebe, NZA 2012, 417 (429) zur missbräuchlichen Ausübung von Mitbestimmungsrechten.

¹³⁵ Richardi, Festgabe v. Lübtow, 1970, 755 (782).

Vertragsgestaltung wäre der Arbeitgeber gebunden, die Reichweite der ihn bindenden Mitbestimmungsrechte auf das Drittverhältnis zu erstrecken. Ob der Arbeitgeber tatsächlich, wie vom Bundesarbeitsgericht formuliert¹³⁶, dazu verpflichtet werden kann, wird nachfolgend erörtert.

1. Ausgangslage

Grundsätzlich unterliegen Rechtsgeschäfte des Arbeitgebers mit Dritten keinen betriebsverfassungsrechtlichen Beschränkungen, sind also mitbestimmungsfrei.¹³⁷ Der Arbeitgeber kann deshalb Verträge beliebigen Inhalts abschließen, selbst wenn der Inhalt mitbestimmungspflichtige Maßnahme betrifft.¹³⁸ Dies umfasst insbesondere mitbestimmungsfrei vertragliche Regelungen darüber zu treffen, absonderbare Tätigkeiten, die der Arbeitgeber bisher selbst ausgeführt hat, von Dritten ausführen zu lassen, eigene Belegschaftsmitglieder zur Verrichtung vertraglich geschuldeter Tätigkeiten in den Einsatzbetrieb zu entsenden, oder Fremdfirmenbeschäftigte im eigenen Betrieb einzusetzen.¹³⁹ Zudem begründet das Betriebsverfassungsgesetz keine Rechte des Betriebsrats gegenüber außerbetrieblichen Dritten, die in einem Rechtsverhältnis zum Arbeitgeber stehen.¹⁴⁰ Ob und gegebenenfalls inwieweit Mitbestimmungsrechte bei der Gestaltung von Verträgen mit Dritten zu berücksichtigen oder gar zu sichern sind, ist angesichts der damit einhergehenden Einschränkung der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers kritisch zu sehen. Der Streitstand wird nachfolgend dargestellt und diskutiert.

2. Judikatur des Bundesarbeitsgerichts

¹³⁶ BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 22/99 – NZA 2000, 1176 (1177).

¹³⁷ BAG v. 22.10.1985 – 1 ABR 47/83 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen unter B. III. 1.; Wiese, NZA 2003, 1113 (1119).

¹³⁸ BAG v. 22.10.1985 – 1 ABR 47/83 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen unter B. III. 1.; Wiese, NZA 2003, 1113 (1119).

¹³⁹ BAG v. 22.10.1991 – 1 ABR 28/91 – NZA 1992, 376 (377); Wiese, NZA 2003, 1113 (1119).

¹⁴⁰ BAG v. 13.6.1989 – 1 ABR 4/88 – NZA 1989, 934 (935).

Das Bundesarbeitsgericht hat in einer Entscheidung vom 18.4.2000¹⁴¹ ausgeführt, dass Mitbestimmungsrechte nicht dadurch ausgeschlossen würden, wenn eine Maßnahme von einem Drittunternehmen durchgeführt wird. Der Arbeitgeber könne sich in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten Dritten gegenüber nicht in einer Weise binden, die eine Einflussnahme der zuständigen Arbeitnehmervertretung faktisch ausschließe. Denn die Mitbestimmung könne nicht schon deshalb entfallen, weil durch sie die unternehmerische Entscheidungsfreiheit betroffen wird. Vielmehr sei der Arbeitgeber verpflichtet, durch entsprechende Vertragsgestaltung mit Dritten sicherzustellen, dass die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte gewährleistet bleibt.¹⁴² Dadurch werde der Arbeitgeber nicht unzulässig in seiner unternehmerischen Freiheit eingeschränkt.¹⁴³

3. Stimmen der Literatur

Die Literatur steht dieser Judikatur des Bundesarbeitsgerichts überwiegend kritisch bis ablehnend gegenüber. Es gibt jedoch auch vereinzelte Stimmen, die über das vom Bundesarbeitsgericht formulierte Postulat hinausgehen wollen.

a) Wirklichkeitsfremde „Propaganda“

Worzalla bezeichnet die vom Bundesarbeitsgericht geforderte Verpflichtung des Arbeitgebers zu einer Vertragsgestaltung, die die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte sicherstellen

¹⁴¹ BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 22/99 – NZA 2000, 1176 (1177).

¹⁴² BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 22/99 – NZA 2000, 1176 (1177) m.w.N.; Kock/Francke, NZA 2009, 646 (651); Fitting, § 87 Rn. 250; Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 41, 113, der eine solche Verpflichtung jedenfalls aus § 2 Abs. 1 BetrVG ableitet.

¹⁴³ Verweisend auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, wonach die Mitbestimmungsrechte nicht unter dem allgemeinen Vorbehalt stünden, durch sie dürfe nicht in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingegriffen werden, Wiese, Anm. zu BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – AP Nr. 40 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung unter I.

soll, als „Propaganda“, die sich in der wirtschaftlichen Realität als „lebensfremd“¹⁴⁴ darstellt.¹⁴⁵

Besgen/Langner sehen in einer solchen Verpflichtung einen erheblichen Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers.¹⁴⁶

b) Keine verallgemeinerungsfähige Sicherungspflicht des Arbeitgebers zur Förderung von Betriebsratsinteressen

Nach *Wiese*¹⁴⁷ ist die Aussage des Bundesarbeitsgerichts in seiner Entscheidung vom 18.4.2000¹⁴⁸ unter Berücksichtigung seiner bisherigen Rechtsprechung nicht auf alle Fälle der Vertragsgestaltung mit Dritten übertragbar, sondern müsse für jede Fallgestaltung der vertraglichen Drittbeziehung des Arbeitgebers gesondert überprüft werden.¹⁴⁹ Grundsätzlich soll jedoch Folgendes gelten: solange der Arbeitgeber nicht rechtsmissbräuchlich oder kollusiv handelt¹⁵⁰, er vielmehr selbst bei Zuhilfenahme Dritter als Hilfspersonen Herr der Maßnahme bleibt und Entscheidungen eigenständig trifft, d.h. betriebsverfassungsrechtlich verantwortlich ist, habe er den Vertrag so auszugestaltet, dass von dem Rechtsgeschäft keine Beeinträchtigung der Mitbestimmungsrechte ausgeht.¹⁵¹

Eine Pflicht des Arbeitgebers zur aktiven Förderung von Interessen oder Rechten des Betriebsrats bei dessen Rechtsbeziehungen mit Dritten schließt *Wiese* dagegen wegen fehlender rechtlicher Grundlage aus.¹⁵²

¹⁴⁴ H/W/G/N/R/H/*Worzalla*, § 87 Rn. 130.

¹⁴⁵ H/W/G/N/R/H/*Worzalla*, § 87 Rn. 130.

¹⁴⁶ *Besgen/Langner*, SAE 2006, 233 (234).

¹⁴⁷ *Wiese*, NZA 2003, 1113 ff.

¹⁴⁸ BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 22/99 – NZA 2000, 1176 (1177).

¹⁴⁹ *Wiese*, NZA 2003, 1113 (1119).

¹⁵⁰ Dieses objektiv funktionswidrige Rechtsgeschäft würde kraft Gesetzes zu dessen Unbeachtlichkeit und der Anwendung der umgangenen gesetzlichen Regelung führen, vgl. BAG v. 12.10.1960 – 3 AZR 65/59 – AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag unter C.3.; *Wiese*, NZA 2003, 1113 (1120).

¹⁵¹ *Wiese*, NZA 2003, 1113 (1120).

¹⁵² *Wiese*, NZA 2003, 1113 (1120 f.).

Das Bundesarbeitsgericht lässt in seiner Entscheidung vom 13.6.1989¹⁵³ offen, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, den Betriebsrat bei der Erwirkung eines eigenständigen Zutrittsrechts zu einem von Belegschaftsangehörigen bewachten Betrieb eines Auftraggebers zu unterstützen. *Wiese* zieht daraus den Schluss, dass die Unterstützung des Betriebsrats nicht mit einer Verpflichtung gleichzusetzen sei, die Mitbestimmungsrechte durch entsprechende Vertragsgestaltung sicherzustellen.¹⁵⁴ Für einzelne Mitbestimmungsrechte ergibt sich laut *Wiese* folgendes:

aa) Verpachtung einer Sozialeinrichtung an Dritte

Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG bei der Verpachtung einer Sozialeinrichtung an Dritte in einem möglichst hohen Maß sicherzustellen.¹⁵⁵ Denn bereits bei der Gestaltung der Bedingungen des Pachtvertrages hinsichtlich Form und Ausgestaltung der Einrichtung hat der Betriebsrat eine hinreichende Möglichkeit zur Einflussnahme, womit seine Interessen in angemessener Weise berücksichtigt werden. Eine darüber hinausgehende Sicherung seiner Mitbestimmungsrechte ist deshalb nicht erforderlich.¹⁵⁶ Beteiligt der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht ordnungsgemäß, lässt dies die Wirksamkeit des geschlossenen Vertrages unberührt. Allerdings kann der Arbeitgeber den vertraglichen Zweck nicht im Betrieb umsetzen, womit er sich dem Dritten gegenüber schadensersatzpflichtig machen kann. Nach *Wiese* würde der Arbeitgeber in einem solchen Fall auf eigenes Risiko handeln.¹⁵⁷ Mit dieser Rechtsfolge sei der Mitbestimmung Genüge getan.¹⁵⁸ Über diese Rechtsfolge hinaus wäre nicht ersichtlich, wieso die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers gegenüber Dritten beschränkt oder ihm die Verpflichtung auferlegt werden müsste, bei Vertragsschluss mit Dritten die

¹⁵³ BAG v. 13.6.1989 – 1 ABR 4/88 – NZA 1989, 934 f.

¹⁵⁴ *Wiese*, NZA 2003, 1113 (1118 f.).

¹⁵⁵ *Wiese*, NZA 2003, 1113 (1117); GK-BetrVG/*Wiese/Gutzeit*, § 87 Rn. 775; zustimmend H/W/G/N/R/H/*Worzalla*, § 87 Rn. 478.

¹⁵⁶ *Wiese*, NZA 2003, 1113 (1117).

¹⁵⁷ *Wiese*, NZA 2003, 1113 (1116).

¹⁵⁸ *Wiese*, NZA 2003, 1113 (1116).

Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte durch entsprechende Vertragsgestaltung sicherzustellen.¹⁵⁹

bb) Abschluss von Rechtsgeschäften einer Sozialeinrichtung mit Dritten

Das Gleiche soll auch im Zusammenhang mit dem Abschluss von Rechtsgeschäften einer Sozialeinrichtung mit Dritten gelten.¹⁶⁰ Bei Verwirklichung der Mitbestimmung nach der zweistufigen Lösung sei der Betriebsrat bei fehlender Einigung der Betriebspartner durch die Unwirksamkeitsfolge des Rechtsgeschäfts im Innenverhältnis zwischen Betriebsrat, Arbeitgeber und Sozialeinrichtung hinreichend geschützt. Einer „zusätzlichen Verpflichtung des Arbeitgebers, bei rechtsgeschäftlichem Handeln die Wahrnehmung der Mitbestimmung des Betriebsrats zu gewährleisten“¹⁶¹ bedarf es nach *Wiese* auch hier nicht.¹⁶²

cc) Übertragung von Berufsbildungsmaßnahmen i.S.d. § 98 Abs. 1 BetrVG auf Dritte

Auch bei der Übertragung von Berufsbildungsmaßnahmen i.S.d. § 98 Abs. 1 BetrVG auf Dritte zur selbständigen Durchführung sieht *Wiese* keinen Anlass zu einer besonderen Sicherung der Mitbestimmungsrechte.¹⁶³ Solche Sicherungsmaßnahmen müsste der Arbeitgeber schließlich auch nicht bei Kooperationsvereinbarungen treffen, auf Basis derer Berufsbildungsmaßnahmen von einem Kreis kooperierender Partner auf Dritte übertragen werden. In einem solchen Fall bejahe das Bundesarbeitsgericht¹⁶⁴ das Mitbestimmungsrecht lediglich im Zusammenhang mit der Begründung des Kooperationsvertrages.¹⁶⁵ Eine Bindung des Arbeitgebers bei der

¹⁵⁹ *Wiese*, NZA 2003, 1113 (1116).

¹⁶⁰ *Wiese*, NZA 2003, 1113 (1116).

¹⁶¹ *Wiese*, NZA 2003, 1113 (1116).

¹⁶² *Wiese*, NZA 2003, 1113 (1116).

¹⁶³ *Wiese*, NZA 2003, 1113 (1118).

¹⁶⁴ BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 28/99 – NZA 2001, 167 ff.

¹⁶⁵ BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 28/99 – NZA 2001, 167 (169); *Wiese*, NZA 2003, 1113 (1118).

inhaltlichen Gestaltung des Kooperationsvertrages begründe diese Rechtsprechung dagegen nicht.¹⁶⁶

- c) Sicherung der Mitbestimmung durch Kontrolle des Betriebsrats auf den Vertragsinhalt

Gumpert spricht sich im Zusammenhang mit § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG gegen das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats gegenüber einer selbständigen Einrichtung, d.h. Dritten, aus.¹⁶⁷ Stattdessen soll der Betriebsrat in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten vom Arbeitgeber verlangen können, Verträge mit Dritten entsprechend seinen Vorstellungen über den Inhalt und nach vorheriger Zustimmung abzuschließen.¹⁶⁸

- d) Förderungspflicht des Arbeitgebers

*Gutzeit*¹⁶⁹ stellt fest, dass Bindungen des Arbeitgebers, insbesondere durch Vertrag oder Verwaltungsakt, jedenfalls dann nicht die Mitbestimmung ausschließen können, wenn der Arbeitgeber diese Bindungen selbst schafft und die inhaltlichen Vorgaben aus dieser Bindung mit beeinflusst oder gar alleine bestimmt. Dabei bezieht sich *Gutzeit* auf den Zweck der Mitbestimmungsrechte.¹⁷⁰ Daraus folgt, dass der Arbeitgeber diese zu beachten hat und nicht versuchen darf, sie zu umgehen. Zu Recht stütze das Bundesarbeitsgericht demnach seine Forderung nach einer aktiven Förderungspflicht von Mitbestimmungsrechten in sozialen Angelegenheiten darauf, dass der Arbeitgeber die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nicht unter Hinweis auf bestehende vertragliche Bindungen leer laufen lassen kann.¹⁷¹ Gleichzeitig weist *Gutzeit* jedoch darauf hin, dass diese Förderungspflicht nichts an der Wirksamkeit der mitbestimmungswidrig

¹⁶⁶ Wiese, NZA 2003, 1113 (1118).

¹⁶⁷ Gumpert, BB 1978, 968 (970 f.).

¹⁶⁸ Gumpert, BB 1978, 968 (970, 971).

¹⁶⁹ Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 19 ff., 40, 41.

¹⁷⁰ Schutz der Arbeitnehmer vor den individualrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers durch gleichberechtigte Teilhabe, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 40.

¹⁷¹ Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 40.

eingegangenen Verpflichtung des Arbeitgebers im Außenverhältnis gegenüber Dritten ändere.¹⁷²

e) Sicherung der Mitbestimmung durch Mitbestimmungsdurchgriff

Kittner geht über die bloße vertragliche Sicherstellung der Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte hinaus und spricht sich dafür aus, einem Arbeitgeber die Tätigkeit des anderen Arbeitgebers zuzurechnen, wenn die Zusammenarbeit Auswirkungen auf die eigene Belegschaft und interne Arbeitsvorgänge hat.¹⁷³ Dies soll durch das sog. verlängerte Gebot der Wirksamkeitsvoraussetzung, das zu einem „Mitbestimmungsdurchgriff“ führt, umgesetzt werden.¹⁷⁴ *Kittner* ist damit der Auffassung, dass die Mitbestimmungsrechte aufgrund vertraglicher Bindungen des Arbeitgebers nicht geschmälert werden dürfen.

4. Rechtsnatur der Förderungspflicht

Die vom Bundesarbeitsgericht formulierte Förderungspflicht wird teilweise als „die betriebliche Wirklichkeit“¹⁷⁵ bezeichnet. Fraglich ist jedoch, ob es sich tatsächlich um eine echte schuldrechtliche Leistungspflicht aus der Sonderverbindung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat oder um eine bloße Obliegenheit handelt.

a) Bedeutung der schuldrechtlichen Verpflichtung

Ein Schuldverhältnis ist eine Sonderverbindung zwischen mindestens zwei oder mehr Personen, auf deren Grundlage der Gläubiger berechtigt ist, vom Schuldner eine Leistung zu fordern.¹⁷⁶ Das Schuldverhältnis begründet darüber hinaus Verhaltens- und Schutzpflichten, die die Parteien zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des

¹⁷² Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 114.

¹⁷³ Kittner, AuR 1998, 98 (105).

¹⁷⁴ Kittner, AuR 1998, 98 (105).

¹⁷⁵ Richardi/*Richardi/Maschmann*, § 2 Rn. 6.

¹⁷⁶ Palandt/*Grüneberg*, Einl. v. § 241 Rn. 3.

anderen Teils verpflichtet.¹⁷⁷ Diese Sonderverbindung kann neben Vertrag und einseitigem Rechtsgeschäft insbesondere durch Gesetz begründet werden.¹⁷⁸

b) Bedeutung der Obliegenheit

Obliegenheiten begründen die Motivation des Betroffenen, das eigene Interesse zu wahren, indem er Handlungen nur zum Schutz seiner Rechtsgüter wahrnimmt, um Rechtsverluste oder rechtliche Nachteile zu vermeiden.¹⁷⁹ Der Betroffene handelt ausschließlich im eigenen Interesse und aus freiem Willen und nicht, weil er dazu (gegenüber Dritten) verpflichtet ist.¹⁸⁰ Denn im Gegensatz zu einer schuldrechtlichen Verpflichtung, die der in ihren Rechten verletzten Partei einen Ausgleichsanspruch gewährt, führt die Verletzung von Obliegenheiten nur auf Seiten des Verletzers zu einer Schmälerung seiner Rechtspositionen.¹⁸¹ Die Erfüllung einer Obliegenheit ist nicht gerichtlich erzwingbar und begründet bei deren Verletzung auch keine Schadensersatzforderungen.¹⁸²

c) Förderungspflicht als Obliegenheit

Insbesondere die erzwingbaren Mitbestimmungsrechte verpflichten den Arbeitgeber, Beteiligungsrechte des Betriebsrats zu beachten. Im Innenverhältnis zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber könnte man deshalb von einer schuldrechtlichen Verpflichtung des Arbeitgebers sprechen. Im Verhältnis des Arbeitgebers zu Dritten lässt sich eine Verpflichtung des Arbeitgebers, seine Verträge mitbestimmungswahrend zu gestalten, allerdings nicht rechtfertigen. Verträge mit Dritten mitbestimmungsverträglich zu konzipieren, ist eine Pflicht des Arbeitgebers, die allenfalls allein im Innenverhältnis zwischen den

¹⁷⁷ Vgl. § 241 Abs. 1 BGB; Palandt/*Grüneberg*, Einl. v. § 241 Rn. 4.

¹⁷⁸ Palandt/*Grüneberg*, Einl. v. § 241 Rn. 3; ders. Überbl. v. § 311 Rn. 3.

¹⁷⁹ Palandt/*Grüneberg*, Einl. v. § 241 Rn. 13; Staudinger/*Olzen*, § 241 Rn. 122.

¹⁸⁰ Palandt/*Grüneberg*, Einl. v. § 241 Rn. 13; Staudinger/*Olzen*, § 241 Rn. 128.

¹⁸¹ BGH v. 11.10.2007 – VII ZR 99/06 – NJW 2008, 145 (145); Staudinger/*Olzen*, § 241 Rn. 123.

¹⁸² Palandt/*Grüneberg*, Einl. v. § 241 Rn. 13; Staudinger/*Olzen*, § 241 Rn. 123.

Betriebspartnern bestehen könnte. Die Umsetzung einer entsprechenden Vertragsgestaltung im Außenverhältnis dürfte deshalb regelmäßig allein im Interesse des Arbeitgebers liegen, um die mit dem Dritten vertraglich vereinbarte Maßnahme auch im eigenen Betrieb umsetzen zu können. Deshalb kann es sich bei der vom Bundesarbeitsgericht geforderten Vertragsgestaltung nur um eine Obliegenheit des Arbeitgebers handeln.

Genauso wie die Einhaltung des Gebots der vertrauensvollen Zusammenarbeit¹⁸³, kann der Betriebsrat eine solche Vertragsgestaltung auch nicht erzwingen. Die bei Nichtbefolgung drohenden Sanktionen im Innenverhältnis dürften den Arbeitgeber jedoch dazu bewegen, diese Obliegenheit zu erfüllen.¹⁸⁴ Insofern kann man von einer mittelbaren Durchsetzung einer entsprechenden Vertragsgestaltung sprechen.¹⁸⁵ Unterlässt es der Arbeitgeber, Verträge mit Dritten entsprechend der bestehenden Mitbestimmungsrechte zu gestalten, oder hat die gewählte Vertragsgestaltung zur Folge, dass Mitbestimmungsrechte übergangen werden, beeinflusst dies nicht die Wirksamkeit des geschlossenen Rechtsgeschäfts.¹⁸⁶

5. Rechtsgrundlage der Förderungspflicht

Auf welche Rechtsgrundlage das Bundesarbeitsgericht die Förderpflicht stützt, ist den Entscheidungsgründen nicht zu entnehmen. Auch im Betriebsverfassungsgesetz existiert keine ausdrückliche Regelung, wonach der Arbeitgeber durch entsprechende Vertragsgestaltung sicherstellen muss, dass die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte gewährleistet ist.¹⁸⁷

¹⁸³ Ebenso wie Mitbestimmungsrechte, vgl. v. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 4 Rn. 51; MünchHdbArbR2009/v. *Hoyningen-Huene*, § 213 Rn. 44.

¹⁸⁴ Zum Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit, v. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 4 Rn. 51.

¹⁸⁵ Zum Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit, v. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 4 Rn. 51.

¹⁸⁶ BAG v. 13.7.1978 – 3 ABR 108/77 – NJW 1979, 2534 (2536); 22.10.1985 – 1 ABR 47/83 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen unter B. III. 1.; v. Hoyningen-Huene, DB 1987, 1426 (1430 f.); GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rn. 114.

¹⁸⁷ So Wiese, NZA 2003, 1113 (1119).

- a) Auslegung der Formulierungen „sicherstellen“ und „gewährleisten“

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, wie die Formulierungen „sicherstellen“ und „gewährleistet“ zu verstehen sind. Dies kann als Unterlassen oder als aktives Fördern interpretiert werden.

- aa) Unterlassen mitbestimmungswidriger Vertragsgestaltung

Denkbar ist, dass der Arbeitgeber bei der vertraglichen Gestaltung mit Dritten die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte dergestalt sicherstellt, indem er mit dem Dritten zumindest keine den Mitbestimmungsrechten zuwiderlaufenden oder diese beeinträchtigenden vertraglichen Regelungen trifft, die den Betriebsrat an der Ausübung seiner Beteiligungsrechte hindern könnten. Es würde also das Unterlassen mitbestimmungswidriger Absprachen gefordert werden. Auch ein bloßer Hinweis des Arbeitgebers auf die Existenz eines Betriebsrats und auf dessen (noch nicht ordnungsgemäß ausgeübte) Mitbestimmungsrechte könnte damit gemeint sein.

- bb) Aktive Förderung der Betriebsratsinteressen

Das Postulat des Bundesarbeitsgerichts könnte auch so verstanden werden, dass der Arbeitgeber die Betriebsratsinteressen an der effektiven Durchsetzung seiner Mitbestimmungsrechte in Verträgen mit Dritten aktiv fördern muss, indem er z.B. die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts unter die aufschiebende Bedingung der ordnungsgemäßen Beteiligung und Zustimmung des Betriebsrats stellt. Der Arbeitgeber würde diese Rechte damit gegenüber Dritten im Sinne einer übergeordneten Verpflichtung wahrnehmen.¹⁸⁸

- b) Rechtsgrundlage für ein Unterlassen mitbestimmungswidriger Vertragsgestaltung

¹⁸⁸ Eine Differenzierung nach Regelungspflicht und Förderungspflicht trifft auch Wiese, NZA 2003, 1113 (1120 f.).

Dieser Abschnitt setzt sich damit auseinander, auf welcher Rechtsgrundlage das Unterlassen einer Vertragsgestaltung zwischen dem Arbeitgeber und dem Dritten, die die Mitbestimmungsrechte beschränkt, beruhen könnte.

aa) These

Eine Rechtsgrundlage könnte § 2 Abs. 1 BetrVG darstellen.¹⁸⁹ Das darin¹⁹⁰ enthaltene Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit bringt zum Ausdruck, dass das Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs für die Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat maßgebend ist.¹⁹¹

bb) Diskussion

(1) Regelungsinhalt von § 2 Abs. 1 BetrVG

Das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit begründet Verhaltens- und Nebenpflichten der Betriebspartner, insbesondere zu gegenseitiger Loyalität und Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen des anderen.¹⁹² Arbeitgeber und Betriebsrat sind im Rahmen ihrer Interessenverfolgung dazu verpflichtet, vertrauensvoll innerhalb der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung, orientiert am Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs, zusammenzuarbeiten und sich dabei nicht gegenseitig zu behindern und bei der Verfolgung ihrer Interessen die Rechte des anderen nicht gänzlich zu übergehen.¹⁹³ Auch wenn die innere Einstellung etwas anderes sagt, müssen sich die Betriebspartner entsprechend diesen Regeln verhalten.¹⁹⁴ Arbeitgeber und Betriebsrat sollen daraus unmittelbar verpflichtet und ihr Verhalten verbindlich

¹⁸⁹ So Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 113.

¹⁹⁰ In Verbindung mit § 74 BetrVG.

¹⁹¹ V. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 4 Rn. 23.

¹⁹² BAG v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 (m. Anm. Richardi) unter II. B. III. 1.; v. Hoyningen-Huene, NZA 1989, 121 (123); Richardi/Richardi/Maschmann, § 2 Rn. 20.

¹⁹³ BAG v. 2.11.1955 – 1 ABR 30/54 – BAGE 2, 175 (179); Wiese, NZA 2003, 1113 (1120); Fitting, § 2 Rn. 20 f.; GK-BetrVG/Franzen, § 2 Rn. 12.

¹⁹⁴ Dietz, RdA 1969, 1 (2).

geregelt werden.¹⁹⁵ Darüber hinaus dient § 2 Abs. 1 BetrVG als Konkretisierung des zivilrechtlichen Gebots von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene, sowie als Auslegungsregel, wenn es um Fragen der Abgrenzung und des Inhalts einzelner Rechte der Betriebspartner geht.¹⁹⁶

(2) Keine Begründung neuer Rechte

Gleichwohl ist § 2 Abs. 1 BetrVG keine Anspruchsnorm.¹⁹⁷ Aus dieser Vorschrift lassen sich keine Beteiligungs- oder Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats begründen, die von der Betriebsverfassung nicht vorgesehen sind.¹⁹⁸ Vielmehr bezieht sich § 2 Abs. 1 BetrVG in seiner Ergänzungs- und Konkretisierungsfunktion als Richtlinie ausschließlich auf die Wahrnehmung bestehender Beteiligungsrechte.¹⁹⁹ In der Folge kann das allenfalls zu einer inhaltlichen Ausweitung des Anspruchsumfangs bereits existierender Rechte führen.²⁰⁰ Eigenständige Rechte und Pflichten können die Betriebspartner aus § 2 Abs. 1 BetrVG nicht ableiten.²⁰¹

(3) Verhaltenspflichten aus § 2 Abs. 1 BetrVG

§ 2 Abs. 1 BetrVG konkretisiert demnach bestimmte Verhaltenspflichten der Betriebspartner bei der Wahrnehmung ihrer

¹⁹⁵ BAG v. 21.2.1978 – 1 ABR 54/76 – AP Nr. 1 zu § 74 BetrVG 1972 (m. Anm. Löwisch) unter II. 2. b. aa); Konzen, NZA 1995, 865 (870); Freckmann/Koller-van Delden, BB 2006, 490 (491); D/K/W/Berg, § 2 Rn. 4; Fitting, § 2 Rn. 23; GK-BetrVG/Franzen, § 2 Rn. 5.

¹⁹⁶ Fitting, § 2 Rn. 16, 22; GK-BetrVG/Franzen, § 2 Rn. 13;

Richardi/Richardi/Maschmann, § 2 Rn. 7, 18.

¹⁹⁷ BAG v. 21.4.1983 – 6 ABR 70/82 – AP Nr. 20 zu § 40 BetrVG 1972 unter III. 3. c.; 26.6.1973 – 1 ABR 24/72 – AP Nr. 2 zu § 2 BetrVG 1972 unter III. 2.; Konzen, NZA 1995, 865 (870); Richardi/Richardi/Maschmann, § 2 Rn. 20.

¹⁹⁸ BAG v. 6.12.1963 – 1 ABR 9/63 – NJW 1964, 515 (515); 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 (m. Anm. Richardi) unter B. III. 1.; Freckmann/Koller-van Delden, BB 2006, 490 (491); Fitting, § 2 Rn. 23; GK-BetrVG/Franzen, § 2 Rn. 13; Richardi/Richardi/Maschmann, § 2 Rn. 20.

¹⁹⁹ Konzen, NZA 1995, 865 (870); Wiese, NZA 2003, 1113 (1120); ErfK/Koch, § 2 Rn. 1.

²⁰⁰ Konzen, NZA 1995, 865 (870); Wiese, NZA 2003, 1113 (1120).

²⁰¹ BAG v. 21.4.1983 – 6 ABR 70/82 – AP Nr. 20 zu § 40 BetrVG 1972 unter III. 3. c.; Hueck/Nipperdey, S. 1336 f.; Wiese, NZA 2003, 1113 (1120).

betriebsverfassungsrechtlichen Rechte.²⁰² Dazu gehört insbesondere, dass der Arbeitgeber keine Regelungen treffen darf, die darauf gerichtet sind, den Betriebsrat an der Wahrnehmung seiner Mitbestimmungsrechte zu behindern oder Mitbestimmungsrechte zu vereiteln.²⁰³ Insofern sind alle den Mitbestimmungsrechten entgegenstehende Handlungen zu unterlassen.²⁰⁴ Dazu gehören die Mitbestimmungsrechte verletzende Absprachen des Arbeitgebers mit Dritten. Als Konsequenz dieser Konkretisierung im Lichte von § 2 Abs. 1 BetrVG ergibt sich die schuldrechtliche Nebenpflicht des Arbeitgebers, sich dafür einzusetzen, seinen Verpflichtungen gegenüber dem Betriebsrat ordnungsgemäß nachzukommen.²⁰⁵ Die Ausführung des Bundesarbeitsgerichts scheinen diese Verhaltenspflichten widerzuspiegeln, wonach sich der Arbeitgeber in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten Dritten gegenüber nicht in einer Weise binden kann, die eine Einflussnahme der zuständigen Arbeitnehmervertretung faktisch ausschließen.²⁰⁶ Das Unterlassen mitbestimmungswidriger oder die Mitbestimmungsrechte beschränkender Vertragsgestaltung ergibt sich somit aus der Konkretisierung durch § 2 Abs. 1 BetrVG.

c) Rechtsgrundlage für eine Förderungspflicht

Eine Vorschrift im Betriebsverfassungsgesetz, die ausdrücklich die Förderung von Interessen anspricht, ist § 75 Abs. 2 BetrVG. Darin werden Arbeitgeber und Betriebsrat ausdrücklich zur Förderung von Interessen der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer angehalten. Darüber hinaus enthält das Betriebsverfassungsgesetz keine vergleichbare Regelung über die Pflicht des Arbeitgebers,

²⁰² Von einer „Pflichtbindung“ spricht Konzen, ZfA 1985, 469 (482).

²⁰³ LAG Rheinland-Pfalz v. 19.2.2009 – 11 TaBV 29/08 – BeckRS 2009, 61406 unter II. B. 2. d) bb); D/K/W/Berg, § 2 Rn. 9; Fitting, § 2 Rn. 26, spricht davon, dass der Arbeitgeber keine vollendeten Tatsachen schaffen darf.

²⁰⁴ BAG v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 (m. Anm. Richardi) unter II. B. III. 1.

²⁰⁵ Wiese, NZA 2003, 1113 (1120).

²⁰⁶ BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 22/99 – NZA 2000, 1176 (1177) m.w.N.; Kock/Francke, NZA 2009, 646 (651); Fitting, § 87 Rn. 250; Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 41, 113, der eine solche Verpflichtung jedenfalls aus § 2 Abs. 1 BetrVG ableitet.

Betriebsratsinteressen aktiv zu fördern.²⁰⁷ Im Zivilrecht existieren beispielsweise gesteigerte Rücksichtnahme- und Treuepflichten, welche sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben oder aus Fällen ergeben, bei denen die Berücksichtigung fremder Interessen Teil der eingegangenen Verpflichtung darstellt.²⁰⁸ Dies ist insbesondere bei einem Treuhandverhältnis, dem Auftrag, oder bei einem Gesellschafts- oder Arbeitsverhältnis der Fall, bei dem ein Zusammenwirken der Parteien vorausgesetzt wird.²⁰⁹ Ob ähnliche Rechtsgrundsätze in der Betriebsverfassung auch für das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat gelten und eine Rechtsgrundlage für eine aktive Pflicht des Arbeitgebers zur Förderung von Betriebsratsinteressen in Verträgen mit Dritten konstituieren, wird nachfolgend diskutiert.

aa) Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit, § 2 Abs. 1 BetrVG

Eine Förderungspflicht könnte sich aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit gemäß § 2 Abs. 1 BetrVG ableiten lassen.

(1) Regelungsinhalt von § 2 Abs. 1 BetrVG

Über das oben zu § 2 Abs. 1 BetrVG Gesagte hinaus, ist diese Vorschrift auf die beidseitige Regeltreue, d.h. die Einhaltung der Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes, gerichtet.²¹⁰ Die vertrauensvolle Zusammenarbeit soll geprägt sein von Ehrlichkeit und Offenheit.²¹¹ Diese Maximen betreffen ausschließlich die Zusammenarbeit der Betriebspartner im Betrieb.²¹²

(2) Regelungsinhalt erfasst nicht Förderungspflicht

²⁰⁷ Wiese, NZA 2003, 1113 (1119 f.), der von einer „Regelungspflicht“ spricht.

²⁰⁸ Wiese, NZA 2003, 1113 (1120); Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 41.

²⁰⁹ Wiese, NZA 2003, 1113 (1120); Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 41.

²¹⁰ V. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 4 Rn. 51, der von der Einhaltung eines „fair play“ spricht.

²¹¹ Dietz, RdA 1969, 1 (2); Söllner, DB 1968, 571 (573); ErfK/*Koch*, § 2 Rn. 1; Fitting, § 2 Rn. 21; Richardi/*Richardi/Maschmann*, § 2 Rn. 14.

²¹² V. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 4 Rn. 51.

Über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus lassen sich aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit keine weitergehenden Rechte des Betriebsrats herleiten.²¹³ In seiner Funktion als ergänzende Verhaltens- und Auslegungsregel bezieht dieses Gebot nur auf die Wahrnehmung bestehender Beteiligungsrechte.²¹⁴ Das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit verpflichtet Arbeitgeber und Betriebsrat insbesondere nicht, die Interessen und Rechte der anderen Partei wahrzunehmen und aktiv zu fördern, insbesondere nicht in Verträgen mit Dritten.²¹⁵ Hierfür greift die Reichweite der diesem Gebot immanenten und nur im Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat geltenden Verhaltens- und Nebenpflichten (z.B. Rücksichtnahme und Loyalität) im Rahmen der Wahrnehmung und Erfüllung betriebsverfassungsrechtlicher Rechte und Pflichten²¹⁶ zu kurz. Es ist kein Grund ersichtlich, den klaren Regelungsinhalt einer Verhaltensregel, welche ausschließlich die Wahrnehmung der Interessen des Arbeitgebers und des Betriebsrats im Innenverhältnis zum Gegenstand hat²¹⁷, auf Drittbeziehungen zu übertragen.

Einem gegenteiligen Ergebnis würde das mitbestimmungsfreie Recht des Arbeitgebers widersprechen, Tätigkeiten auf Dritte zu übertragen und damit seine betriebsverfassungsrechtliche Verantwortlichkeit und die Mitbestimmung des Betriebsrats auszuschließen.²¹⁸ Auch wäre es aufgrund des generellen Interessengegensatzes der Betriebspartner kaum denkbar, über seine Loyalitäts- und Rücksichtnahmepflicht hinaus, umgekehrt vom Betriebsrat zu verlangen, die Interessen des Arbeitgebers, gleichermaßen aktiv zu fördern.²¹⁹ Dies würde dem Sinn und Zweck der Betriebsverfassung und § 2 Abs. 1 BetrVG widersprechen, die gerade einen Interessengegensatz der zwei Lager

²¹³ Hueck/Nipperdey, S. 1336 f.; Wiese, NZA 2003, 1113 (1120).

²¹⁴ Wiese, NZA 2003, 1113 (1120).

²¹⁵ Wiese, NZA 2003, 1113 (1121).

²¹⁶ Fitting, § 2 Rn. 23; MünchHdbArbR2009/v. Hoyningen-Huene, § 213 Rn. 17.

²¹⁷ Richardi/Richardi/Maschmann, § 2 Rn. 12.

²¹⁸ Wiese, NZA 2003, 1113 (1121).

²¹⁹ Wiese, NZA 2003, 1113 (1121).

vorsehen und voraussetzen.²²⁰ Müsste der Betriebsrat umgekehrt auch die unternehmerische Entscheidungs- und Vertragsfreiheit des Arbeitgebers fördern, würden sich vermeintliche Förderungspflichten gegenseitig aufheben und die Organisation der Betriebsverfassung ins Leere laufen.²²¹

Im Gegensatz zum Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, das die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern begründet, bei jeder Maßnahme das Wohl und die Rechtsgüter der Arbeitnehmer zu berücksichtigen²²², wird das Betriebsverhältnis durch Maximen geleitet, die solch eine gegenseitige Fürsorgepflicht der Betriebspartner gerade nicht vorsieht, sondern sich auf das Regeln der Zusammenarbeit beschränkt. Das aus § 2 Abs. 1 BetrVG hervorgehende Gebot, zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs vertrauensvoll zusammenzuarbeiten, kann somit nicht zu einer gegenseitigen Pflicht zur Interessenwahrung ausgedehnt werden.²²³

(3) Förderungspflicht im Verhältnis zum Wohl des Betriebs

Das Wohl des Betriebs sollte trotz aller Interessengegensätze im Fokus der Zusammenarbeit der Betriebspartner stehen. Gemäß § 2 Abs. 1 BetrVG hat der Betriebsrat das Wohl des Betriebs zu beachten, wozu auch die wirtschaftlichen Interessen und die Unternehmensziele des Arbeitgebers zählen.²²⁴ Eine Pflicht des Arbeitgebers zur aktiven Förderung der Rechte und Interessen des Betriebsrats in Verträgen mit Dritten könnte diese Rechtsbeziehungen gefährden und somit im Widerspruch zu dessen vornehmlicher unternehmerischer Pflicht stehen, für das wirtschaftliche Wohl des Unternehmens zu sorgen, was die

²²⁰ BAG v. 2.11.1955 – 1 ABR 30/54 – BAGE 2, 175 (179); Fitting, § 2 Rn. 21; GK-BetrVG/*Franzen*, § 2 Rn. 12; von einem „Spannungsverhältnis zwischen Interessenwahrung und Kooperation mit dem Arbeitgeber“ spricht Konzen, ZfA 1985, 469 (483).

²²¹ Wiese, NZA 2003, 1113 (1121).

²²² BAG v. 12.9.2006 – 9 AZR 271/06 – NZA 2007, 269 (271); 16.5.2007 – 8 AZR 709/06 – NZA 2007, 1154 (1160); HK-ArbR/*Boemke*, BGB, § 611 Rn. 378; ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 615 f.; MüKoBGB/*Spinner*, § 611a Rn. 901.

²²³ Belling, S. 306; v. Hoyningen-Huene, FS Wiese, 1998, 175 (182).

²²⁴ V. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 4 Rn. 52; Krause, BB 1951, 677 (678 f.).

Grundlage für die Ausübung der Beteiligungsrechte in personellen, wirtschaftlichen und sozialen Angelegenheiten erst ermöglicht.²²⁵ Ein solches Ungleichgewicht zu Lasten der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit könnte damit die Funktionsfähigkeit des Betriebs gefährden, was im Widerspruch zu § 2 Abs. 1 BetrVG stünde.

bb) Rechtsbeziehung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber

Die Rechtsbeziehung zwischen dem Arbeitgeber und Betriebsrat begründet verschiedene Rechte und Pflichten. Ob der Arbeitgeber daraus verpflichtet werden kann, aktiv die Rechte und Interessen des Betriebsrats bei der Vertragsgestaltung mit Dritten zum Gegenstand des Rechtsgeschäfts zu machen und dadurch zu fördern, wird im Folgenden untersucht.

(1) Betriebsverhältnis

Die Einschränkung der vertraglichen Gestaltungsfreiheit durch eine Förderungspflicht könnte sich aus dem besonderen Rechtsverhältnis zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber, dem sog. Betriebsverhältnis²²⁶, ergeben.²²⁷

(a) Grundlage und Inhalt des Betriebsverhältnisses

Mangels ausdrücklicher Regelung im Betriebsverfassungsgesetz lässt sich das Betriebsverhältnis nur auf Grundlage einer Zusammenschau der Vorschriften über die gegenseitigen Rechte und Pflichten der

²²⁵ V. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 4 Rn. 52.

²²⁶ Hueck/Nipperdey, S. 1093 „übergeordnete Rechtsbeziehung“; Neumann-Duesberg, NJW 1954, 617 (618) „sozialrechtliches, gesetzliches Schuldverhältnis“; Heinze, ZfA 1988, 53 (76) „betriebsverfassungsrechtliche(s) Treuhandverhältnis“; v. Hoyningen-Huene, FS Wiese 1998, 175 ff.; ders. RdA 1992, 355 (357 f.); ders. NZA 1989, 121 ff.; Wiese differenziert nach den einzelnen Rechtsverhältnissen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat und spricht von einem „Dauerrechtsverhältnis unter Einschluss von Schuldverhältnissen“, GK-BetrVG/Wiese, Einl. Rn. 101; MünchHdbArbR2009/v. Hoyningen-Huene, § 213 Rn. 1 ff.

²²⁷ Vgl. dazu Wiese, NZA 2003, 1113 (1119).

Betriebspartner genauer definieren.²²⁸ Demnach ist das Betriebsverhältnis als betriebsverfassungsrechtliches Kooperationsverhältnis „ein gesetzliches, unabhängig vom Arbeitgeber begründetes, unkündbares, zweiseitiges, kollektivrechtliches Dauerschuldverhältnis eigener Art mit Schutzwirkung für Dritte und gesteigerten Verhaltenspflichten, die aber bei Mitbestimmungspflichten indirekt durchsetzbare, für den Betriebsrat regelmäßig nur unvollkommene Verbindlichkeiten darstellen und keine Haftung auslösen“²²⁹. Im Unterschied zu anderen Schuldverhältnissen begründet dieses Dauerverhältnis²³⁰ bzw. betriebsverfassungsrechtliches Dauerrechtsverhältnis²³¹ eine engere Bindung zwischen den Betriebspartnern.²³² Aus dieser rechtlichen Sonderverbindung erwächst die gegenseitige Verpflichtung, die Rechte und Rechtsgüter des anderen Beteiligten nicht zu gefährden.²³³ Positiv formuliert verpflichtet diese Sonderverbindung die Betriebspartner zu einer gesteigerten gegenseitigen Loyalität und Rücksichtnahme unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben i.S.d. § 242 BGB.²³⁴

(b) Geltungsbereich des Betriebsverhältnisses

Das Betriebsverhältnis wirkt sich als reines Innenverhältnis²³⁵ grundsätzlich nur innerhalb des Betriebs²³⁶ und grundsätzlich²³⁷ nur im

²²⁸ Vgl. v. Hoyningen-Huene, NZA 1989, 121 (122).

²²⁹ V. Hoyningen-Huene, FS Wiese, 1998, 175 (177); MünchHdbArbR2009/v. *Hoyningen-Huene*, § 213 Rn. 3, 22; ähnlich auch ders., NZA 1989, 121 (122); ders., RdA 1992, 355 (357).

²³⁰ BAG v. 31.10.1975 – 1 ABR 64/74 – AP Nr. 3 zu § 118 BetrVG 1972 (m. Anm. Mayer-Maly) unter II. 3.

²³¹ BAG v. 31.10.1975 - 1 ABR 64/74 – AP Nr. 3 zu § 118 BetrVG 1972 (m. Anm. Mayer-Maly) unter I. LS.; v. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 4 Rn. 24; Wiese, NZA 2003, 1113 (1119).

²³² V. Hoyningen-Huene, NZA 1989, 121 (123).

²³³ Staudinger/*Olzen*, § 241 Rn. 122.

²³⁴ MünchHdbArbR2009/v. *Hoyningen-Huene*, § 213 Rn. 17; v. Hoyningen-Huene, NZA 1989, 121 (123, 125).

²³⁵ Herschel, GS Kahn-Freund, 1980, 115 (117), der von einem „Internum von Betrieb und Unternehmen“ spricht; v. Hoyningen-Huene, RdA 1992, 355 (357, 366); a.A. Brill, AuR 1981, 202 (202).

²³⁶ MünchHdbArbR2009/v. *Hoyningen-Huene*, § 213 Rn. 13, 14.

Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat aus und besitzt somit keine Drittwirkung²³⁸. Man kann insofern von der „Relativität des Betriebsverhältnisses“²³⁹ sprechen. Die Grundsätze aus dem Betriebsverhältnis sind ihrem Sinn und Zweck entsprechend dafür geschaffen, um das Miteinander der Betriebspartner bei ihrer Zusammenarbeit im Betrieb zu regeln. Verhältnisse zu Dritten hingegen unterliegen nicht diesem Regelungszweck. Eine Förderungspflicht des Arbeitgebers, die er nur im Außenverhältnis gegenüber dem Dritten durch entsprechende Vertragsgestaltung erfüllen könnte, würde über diese Grenze hinausgehen und damit nicht vom Geltungsbereich des Betriebsverhältnisses erfasst werden.

(c) Arbeitgeber als alleiniger Entscheidungsträger

Trotz der Gestaltungsaufgabe, die der Betriebsrat im Betrieb paritätisch durch Mitbestimmungsrechte und Betriebsvereinbarungen wahrnimmt, bleibt der Betriebsrat im Verhältnis zum Arbeitgeber Repräsentant der Belegschaft ohne Bezug zu vertraglichen Bindungen des Arbeitgebers.²⁴⁰ Der Betriebsrat nimmt „eigene Rechte, aber fremde Interessen wahr“²⁴¹. Aus § 77 Abs. 1 S. 2 BetrVG ergibt sich, dass der Betriebsrat verpflichtet ist, Eingriffe in die Betriebsleitung durch einseitige Handlungen zu unterlassen.²⁴² Dies betrifft sowohl mitbestimmungsfreie als auch beteiligungspflichtige Entscheidungen des Arbeitgebers.²⁴³ Daraus folgt, dass allein der Arbeitgeber den Betrieb leitet.²⁴⁴ Missachtet der Arbeitgeber Mitbestimmungsrechte, beispielsweise in Verträgen mit

²³⁷ Das Betriebsverhältnis entfaltet eine Schutzwirkung zu Gunsten der Arbeitnehmer, wie sich aus § 2 Abs. 1 BetrVG ergibt, vgl. v. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 4 Rn. 22.

²³⁸ V. Hoyningen-Huene, RdA 1992, 355 (357); MünchHdbArbR2009/v. Hoyningen-Huene, § 213 Rn. 13, 14.

²³⁹ V. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 4 Rn. 22; ders., RdA 1992, 355 (357); MünchHdbArbR2009/v. Hoyningen-Huene, § 213 Rn. 22 ff.

²⁴⁰ V. Hoyningen-Huene, NZA 1989, 121 (125), der richtigerweise feststellt, dass der Betriebsrat trotz der gemeinsamen Gestaltungsaufgabe für den Betrieb kein „Mitunternehmer“ oder „Manager mit Führungsaufgaben“ wird; MünchHdbArbR2009/v. Hoyningen-Huene, § 213 Rn. 18.

²⁴¹ Heinze, DB Beil. 9/83, 1 (7).

²⁴² V. Hoyningen-Huene, NZA 1991, 7 (10); Fitting, § 77 Rn. 8; H/W/G/N/R/H/Worzalla, § 77 Rn. 214.

²⁴³ Fitting, § 77 Rn. 8.

²⁴⁴ Fitting, § 77 Rn. 8.

Dritten, steht dem Betriebsrat als Mittel der Konfliktlösung der Rechtsweg offen.²⁴⁵

(2) Treuhandverhältnis

Ob das Treuhandverhältnis die Rechtsgrundlage für eine Förderungspflicht des Arbeitgebers begründen kann, hängt davon ab, ob das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat als Treuhandverhältnis zu qualifizieren ist. Dazu müsste „der Betriebsrat in seiner Doppelfunktion als Beauftragter wie als Treuhänder fremder Interessen sowie andererseits der Arbeitgeber in seiner Doppelfunktion als Sachwalter eigener wie fremder Interessen einbezogen“²⁴⁶ sein. Die Betriebspartner müssten somit bei ihrem Handeln wie ein Treuhänder stets fremde Interessen verwalten.²⁴⁷ Diese dogmatische Einordnung der Rechtsbeziehung der Betriebspartner ist abzulehnen.²⁴⁸ Der Treuhänder ist als Begriff gesetzlich nicht geregelt.²⁴⁹ Sie zeichnen sich jedoch dadurch aus, dass der Treugeber auf den Treuhänder eine Rechtsposition überträgt, die der Treuhänder im Interesse des Treugebers im eigenen Namen ausüben soll.²⁵⁰ Angesichts der regelmäßig entgegengesetzten Interessen von Arbeitgeber und Betriebsrat kann jedoch kaum davon ausgegangen werden, dass einer der Betriebspartner die Interessen des jeweils anderen ausübt.²⁵¹

Das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit begründet letztlich auch keine Treuepflicht oder ein Treuhandverhältnis²⁵² zwischen den

²⁴⁵ D/K/W/Berg, § 77 Rn. 10; Fitting, § 77 Rn. 8; GK-BetrVG/Kreutz, § 77 Rn. 31.

²⁴⁶ Heinze, ZfA 1988, 53 (81).

²⁴⁷ Heinze, ZfA 1988, 53 (75 f., 84 f.).

²⁴⁸ So auch Belling, S. 306, der ein Treuhandverhältnis als „Überdehnung“ der Aufgaben des Betriebsrats bezeichnet; v. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 4 Rn. 25; ders. FS Wiese, 1998, 175 (182); Wiese, NZA 2003, 1113 (1121); GK-BetrVG/Franzen, § 2 Rn. 11.

²⁴⁹ Staudinger/Schilken, Vorb. §§ 164 ff. Rn. 48.

²⁵⁰ Staudinger/Singer, § 117 Rn. 22; Staudinger/Schilken, Vorb. §§ 164 ff. Rn. 48.

²⁵¹ V. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 4 Rn. 25; ders. FS Wiese, 1998, 175 (182); Fitting, § 2 Rn. 21; MünchHdbArbR2009/v. Hoyningen-Huene, § 213 Rn. 16.

²⁵² So aber Heinze, ZfA 1988, 53 (71 ff.)

Betriebspartnern.²⁵³ Es kann allenfalls von einer „gewisse(n) Treubindung der Betriebspartner“²⁵⁴ oder einer „Treuebindung“²⁵⁵ gesprochen werden, die nicht mit einer tiefgreifenden Treuepflicht gleichzusetzen ist.²⁵⁶ Vielmehr ist es im Sinne einer Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen Teils zu verstehen.²⁵⁷ Eine Pflicht des Arbeitgebers zur aktiven Förderung von Mitbestimmungsrechten bei Rechtsgeschäften mit Dritten lässt sich deshalb nicht auf ein Treuhandverhältnis oder eine Treubindung der Betriebspartner stützen.

cc) Mitbestimmungsrechte

Aus den Mitbestimmungstatbeständen entstehen gegenseitige Rechte und Pflichten, die zwischen den Betriebspartnern eine Sonderverbindung begründen.²⁵⁸ Das Bundesarbeitsgericht hat bereits in zahlreichen Entscheidungen ausgesprochen, dass Mitbestimmung gleiche Rechte für beide Betriebspartner bedeutet.²⁵⁹ Insbesondere aus § 87 Abs. 1 BetrVG ergibt sich die Pflicht des Arbeitgebers, keine Regelungen ohne die Zustimmung des Betriebsrats zu treffen.²⁶⁰ Eine Pflicht des Arbeitgebers, die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in Verträgen mit Dritten aktiv zu fördern könnte sich deshalb aus den Mitbestimmungsrechten selbst ergeben.²⁶¹

(1) Sinn und Zweck und Geltungsbereich der Mitbestimmungsrechte

²⁵³ Konzen, FS Zöllner, 1998, 799 (816); v. Hoyningen-Huene, NZA 1989, 121 (124); Wiese, NZA 2003, 1113 (1121); Zöllner/Loritz, § 46 IX 1. b); Fitting, § 2 Rn. 21; GK-BetrVG/*Franzen*, § 2 Rn. 11.

²⁵⁴ GK-BetrVG/*Franzen*, § 2 Rn. 11.

²⁵⁵ Zöllner/Loritz, § 46 IX 1. b).

²⁵⁶ Zöllner/Loritz, § 46 IX 1. b).

²⁵⁷ Zöllner/Loritz, § 46 IX 1. b); zustimmend Wiese, NZA 2003, 1113 (1121); Fitting, § 2 Rn. 23.

²⁵⁸ V. Hoyningen-Huene, NZA 1989, 121 (123).

²⁵⁹ Vgl. statt aller GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rn. 97.

²⁶⁰ Schlüter, DB 1972, 139 (143).

²⁶¹ Ähnlich wie bei dem allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruch, vgl. dazu BAG v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 (m. Anm. Richardi).

Der Sinn und Zweck der Mitbestimmung liegt darin, dem Betriebsrat eine gleichberechtigte Mitwirkung und Mitgestaltung an Entscheidungen des Arbeitgebers in den im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen zu gewähren.²⁶² Dadurch soll der Schutz der Arbeitnehmer vor einseitigen Anordnungen des Arbeitgebers im Wege seines Direktionsrechts sowie die gleichberechtigte kollektive Teilhabe an den die Arbeitnehmer betreffenden Entscheidungen des Arbeitgebers sichergestellt werden.²⁶³ Der Betriebsrat übt die Mitbestimmungsrechte im eigenen Namen aus und nimmt dabei fremdnützig die Interessen der von ihm repräsentierten Belegschaft wahr.²⁶⁴

(2) Mitbestimmungsrechte als unvollkommene Verbindlichkeiten

Man könnte die Ansicht vertreten, dass der Betriebsrat als Träger von Mitbestimmungsrechten²⁶⁵ aus der Verpflichtung des Arbeitgebers, ihn zu beteiligen, einen Rechtsanspruch i.S.d. § 194 BGB auf Beteiligung ableiten kann.²⁶⁶ Dieser Anspruch wäre auf gleichberechtigte Teilhabe an den die Belegschaft betreffenden Entscheidungen bezogen.²⁶⁷ Mitbestimmungsrechte begründen Rechte und Pflichten zwischen den Betriebspartnern.²⁶⁸ Einen Rechtsanspruch des Betriebsrats i.S.d. § 194 BGB auf Durchführung der Mitbestimmung beinhalten Mitbestimmungsrechte jedoch nicht.²⁶⁹ Der Betriebsrat kann sein Recht auf Beteiligung durch den Arbeitgeber nicht im Wege eines Leistungsantrags durchsetzen, sondern nur mittels eines

²⁶² Vgl. BAG v. 11.6.2002 – 1 ABR 46/01 – NZA 2002, 1299 (1299); 23.7.1996 – 1 ABR 17/96 – NZA 1997, 216 (217 f.); Burkert, S. 42; v. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 11 Rn. 8.

²⁶³ BAG v. 24.2.1987 – 1 ABR 18/85 – NZA 1987, 639 (641); 18.4.1989 – 1 ABR 100/87 – NZA 1989, 887 (888); 3.12.1991 – GS 2/90 – NZA 1992, 749 (755); 22.7.2008 – 1 ABR 40/07 – NZA 2008, 1248 (1254); 25.9.2012 – 1 ABR 50/11 – NZA 2013, 467 (468); Hanau, BB 1972, 499 (500); Wiese, ZfA 2000, 117 (119 f.); Fitting, § 1 Rn. 2 f.; GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 56, 97.

²⁶⁴ Konzen, ZfA 1985, 469 (482); D/K/W/Wedde, Einl. Rn. 128; Fitting, § 1 Rn. 288, 290; GK-BetrVG/Franzen, § 1 Rn. 63.

²⁶⁵ Heinze, ZfA 1988, 53 (62); v. Hoyningen-Huene, RdA 1992, 355 (356).

²⁶⁶ So v. Hoyningen-Huene, NZA 1989, 121 (123).

²⁶⁷ Vgl. dazu v. Hoyningen-Huene, NZA 1989, 121 (123); Wiese, NZA 2003, 1113 (1119); GK-BetrVG/Wiese, Einl. Rn. 101.

²⁶⁸ V. Hoyningen-Huene, NZA 1989, 121 (123); MünchHdbArbR2009/v. Hoyningen-Huene, § 213 Rn. 9 f.

²⁶⁹ BAG v. 22.2.1983 – 1 ABR 27/81 – AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972 unter B. 2. II. 2.; Wiese, NZA 2003, 1113 (1119); GK-BetrVG/Wiese, Einl. Rn. 101.

Feststellungsantrags beim Arbeitsgericht, oder durch den Spruch der Einigungsstelle erwirken.²⁷⁰

Dasselbe gilt für den Arbeitgeber. Der Arbeitgeber kann z.B. die für die Wirksamkeit einer Maßnahme erforderliche Mitbestimmung nicht unmittelbar vom Betriebsrat einfordern, sondern nur durch dritte Stellen, wie das Arbeitsgericht oder die Einigungsstelle gemäß §§ 99 Abs. 4, 100 Abs. 2 S. 3, 103 Abs. 2 S. 1 BetrVG, bzw. § 76 Abs. 5 BetrVG²⁷¹ ersetzen lassen, oder die fehlende Mitwirkung des Betriebsrats durch eine Fiktion gemäß §§ 99 Abs. 3 S. 2, 102 Abs. 2 S. 2 BetrVG²⁷² erwirken. Der Arbeitgeber hat somit keine materielle Berechtigung gegen den Betriebsrat auf Erfüllung seiner betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten.²⁷³ Da sich die aus den Mitbestimmungsrechten ergebenden Verpflichtungen der Betriebspartner nur mittelbar bzw. indirekt durchsetzbar sind, kann man von den Mitbestimmungsrechten als unvollkommene Verbindlichkeiten sprechen.²⁷⁴

(3) Mitbestimmungsrechte abschließend

Eine Förderungspflicht auf Grundlage der Mitbestimmungsrechte entfällt zudem, weil Mitbestimmungsrechte im Betriebsverfassungsgesetz abschließend aufgezählt sind.²⁷⁵ Dies schließt eine Erweiterung der Mitbestimmungsrechte durch Analogie aus.²⁷⁶ Mitbestimmungsrechte ermöglichen lediglich Regelungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat mit dem Inhalt der gesetzlich geregelten Mitbestimmungstatbestände.²⁷⁷ Der Betriebsrat kann eine entsprechende Vertragsgestaltung gegen den

²⁷⁰ V. Hoyningen-Huene, NZA 1989, 121 (123); MünchHdbArbR2009/v. *Hoyningen-Huene*, § 213 Rn. 44.

²⁷¹ Vgl. Hoyningen-Huene, NZA 1989, 121 (123).

²⁷² Jawad, S. 135.

²⁷³ Jawad, S. 134 f.

²⁷⁴ V. Hoyningen-Huene, NZA 1989, 121 (123); MünchHdbArbR2009/v. *Hoyningen-Huene*, § 213 Rn. 11; zum Begriff der unvollkommenen Verbindlichkeiten Palandt/*Grüneberg*, Einl. v. § 241 Rn. 12; Jauernig/*Mansel* § 241 Rn. 20.

²⁷⁵ Vgl. BAG v. 16.3.1956 – GS 1/55 – NJW 1956, 1086 (1086); ErfK/*Kania*, § 87 Rn. 2; Richardi/*Richardi*, § 87 Rn. 10.

²⁷⁶ Löwisch/Kaiser, § 87 Rn. 1.

²⁷⁷ Löwisch/Kaiser, § 87 Rn. 18.

Arbeitgeber nicht unter Berufung auf seine Mitbestimmungsrechte erzwingen.

(4) Vorrang der innerbetrieblichen Konfliktlösung

Die Rechtfolgen aus der Missachtung der Mitbestimmungsrechte ergeben sich aus dem Gesetz (z.B. § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG), aus der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung und dem allgemeinen Unterlassungsanspruch. Das Bundesarbeitsgericht hat die Unwirksamkeit einer Maßnahme nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung als keine ausreichende Sanktion angesehen, sondern diesen indirekten Zwang, Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu wahren, vielmehr als „recht schwach“²⁷⁸ bezeichnet.²⁷⁹ Deshalb hat es den Betriebsrat mit dem innerbetrieblichen Mittel des allgemeinen Unterlassungsanspruchs ausgestattet.²⁸⁰

Dieser Gedanke der innerbetrieblichen Konfliktlösung gilt auch im Zusammenhang mit der Verletzung von Mitbestimmungsrechten bei Drittbeziehungen des Arbeitgebers. Danach ist der Arbeitgeber gehindert, mitbestimmungswidrige Regelungen mit Dritten im eigenen Betrieb umzusetzen. Insofern kann man der Aussage zustimmen, dass die Mitbestimmung „Wirksamkeitsvoraussetzung nur für die Gestaltung von Arbeitsverhältnissen, nicht jedoch für die Gestaltung von Rechtsbeziehungen zu Dritten“²⁸¹ ist. Die faktische Wahrung, aber auch die tatsächliche Verletzung von Mitbestimmungsrechten, findet ausschließlich im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat statt. Deshalb bieten diese innerbetrieblichen Mechanismen zur Konfliktlösung einen hinreichenden Schutz der Mitbestimmungsrechte bei Drittbeziehungen des Arbeitgebers.

²⁷⁸ BAG v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – NZA 1995, 40 (43).

²⁷⁹ BAG v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – NZA 1995, 40 (43).

²⁸⁰ BAG v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – NZA 1995, 40 ff.

²⁸¹ Gumpert, BB 1978, 968 (971).

Hinzu kommt, dass bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften mit Dritten ein annähernd ähnliches Schutzbedürfnis wie für die Begründung eines allgemeinen Unterlassungsanspruchs²⁸², abzulehnen ist. Obwohl der allgemeine Unterlassungsanspruch als Nebenleistungsanspruch selbständig einklagbar ist, kann nicht jede Verletzung von Mitbestimmungsrechten diesen Unterlassungsanspruch auslösen.²⁸³ Es kommt vielmehr auf den betroffenen Mitbestimmungstatbestand, seine konkrete Ausgestaltung, sowie die Art der Rechtsverletzung an.²⁸⁴ Aufgrund dieser Differenzierung kann es somit keine allgemeingültige Pflicht des Arbeitgebers zu mitbestimmungsfördernder Vertragsgestaltung geben.²⁸⁵

dd) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Eine Förderungspflicht des Arbeitgebers könnte in Anlehnung an allgemeine zivilrechtliche Grundsätze über die Einbeziehung Dritter in Verträge begründet werden.²⁸⁶ Ob es sich bei vertraglichen Drittbeziehungen mit Betriebsratsbezug um Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, d.h. zugunsten des Betriebsrats, handelt, woraus eine Pflicht des Arbeitgebers zur Förderung der Mitbestimmungsrechte durch entsprechende Vertragsgestaltung abgeleitet werden kann, wird nachfolgend diskutiert.

(1) Zweck

Rechtsprechung und Gesetzgebung schaffen durch ergänzende Vertragsauslegung oder Rechtsfortbildung ergebnisorientiert Instrumente, „die dem Leerlaufen eines Anspruchs dann entgegenwirken, wenn (...) anspruchsbegründende Tatbestandselemente aus formalen Gründen auf mehrere Beteiligte verteilt sind, es jedoch als nicht

²⁸² Weil § 23 Abs. 3 BetrVG nur grobe Verstöße des Arbeitgebers sanktioniert.

²⁸³ BAG v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 (m. Anm. Richardi) unter II. B. III. 1.

²⁸⁴ BAG v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 (m. Anm. Richardi) unter II. B. III. 1.

²⁸⁵ So auch Wiese, NZA 2003, 1113 (1121).

²⁸⁶ So auch v. Hoyningen-Huene, RdA 1992, 355 (357).

gerechtfertigt gilt, den „wahren“ Anspruchsberechtigten um sein Recht zu bringen.“²⁸⁷ Zweck des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist eine Haftungserweiterung.²⁸⁸ Zu Gunsten des Geschädigten, der mangels vertraglicher Beziehungen zum Schädiger neben deliktischen Ansprüchen²⁸⁹ keine weiteren Schadensersatzansprüche besitzt, soll bei der Verletzung vertraglicher Pflichten durch den Schädiger infolge dessen Einbeziehung in den Schutzbereich des Rechtsgeschäfts ein eigener vertraglicher Anspruch auf Schadensersatz begründet werden.²⁹⁰

(2) Tatbestandsmerkmale

Ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter²⁹¹ setzt neben einem Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner²⁹² voraus, dass der Dritte bestimmungsgemäß in gleicher Weise den Gefahren einer Pflichtverletzung ausgesetzt ist wie der Gläubiger selbst (Leistungsnähe des Dritten).²⁹³ Zudem ist ein Näheverhältnis des Dritten zum Gläubiger erforderlich, das insbesondere bei Rechtsbeziehungen mit „personenrechtlichem Einschlag“²⁹⁴ besteht, die Erkennbarkeit der Drittbezogenheit der Leistung und der Gläubignähe des Dritten für den Schuldner²⁹⁵ sowie die Schutzbedürftigkeit des Dritten.²⁹⁶ Am letzten Tatbestandsmerkmal fehlt es, wenn der Dritte eigene vertragliche

²⁸⁷ Kittner, AuR 1998, 98 (104).

²⁸⁸ Vgl. statt aller BGH v. 2.7.1996 – X ZR 104/94 – NJW 1996, 2927 (2928) m.w.N.; Jauernig/Stadler, § 328 Rn. 19 f., 29; MüKoBGB/Gottwald, § 328 Rn. 167.

²⁸⁹ Die jedoch wegen ihrer Beweislastregeln und fehlendem Vermögensschutz als unzulänglich anzusehen sind, vgl. Jauernig/Stadler, § 328 Rn. 20.

²⁹⁰ BGH v. 20.4.2004 – X ZR 250/02 – NJW 2004, 3035 (3036); 14.6.2012 – IX ZR 145/11 – NJW 2012, 3165 (3166 f.); Palandt/Grüneberg, § 328 Rn. 13, 19; Jauernig/Stadler, § 328 Rn. 19, 29.

²⁹¹ Bezogen auf die Schutzwirkung des Betriebsverhältnisses zugunsten der Belegschaft, vgl. v. Hoyningen-Huene, RdA 1992, 355 (358).

²⁹² BGH v. 2.7.1996 – X ZR 104/94 – NJW 1996, 2927 (2928); Jauernig/Stadler, § 328 Rn. 23.

²⁹³ BGH v. 24.1.2006 – XI ZR 384/03 – NJW 2006, 830 (835); Palandt/Grüneberg, § 328 Rn. 17.

²⁹⁴ Jauernig/Stadler, § 328 Rn. 25 mit zahlreichen Beispielen; „Wohl und Wehe“, vgl. BGH v. 30.9.1969 – VI ZR 254/67 – NJW 1970, 38 (40).

²⁹⁵ BGH v. 7.11.1984 – VIII ZR 182/83 – NJW 1985, 489 (489 f.); Palandt/Grüneberg, § 328 Rn. 18.

²⁹⁶ Statt aller BGH v. 24.10.2013 – III ZR 82/11 – BeckRS 2013, 20079 unter 12.; 18.2.2014 – VI ZR 383/12 – NJW 2014, 2577 (2578); MüKoBGB/Gottwald, § 328 Rn. 183 ff.; Palandt/Grüneberg, § 328 Rn. 17 ff.

Ansprüche identischen oder gleichwertigen Inhalts geltend machen kann.²⁹⁷

(3) Drittbeziehung als wirtschaftliche Einheit

Über die Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter hinaus könnte der Arbeitgeber einer arbeitsrechtlichen Einstandspflicht bei Drittbeziehungen unterliegen, wenn die Beziehung zwischen Arbeitgeber und Drittem wie eine wirtschaftliche Einheit zu behandeln wäre, die einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Betriebsrats erfüllt.²⁹⁸ Die vertragsschließenden Unternehmen würden wie ein einziges Unternehmen, nämlich das des Arbeitgebers, behandelt werden. Die rechtliche Selbständigkeit und die Trennung der Vertragspartner dürfte nicht zum Ausschluss oder zu einer Beschränkung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats führen. Im Fall einer Beeinträchtigung von Mitbestimmungsrechten hätte der Betriebsrat einen Nachteil, den er gegenüber dem Vertragspartner des Arbeitgebers drittschadensmäßig geltend machen könnte.²⁹⁹ Nach diesem Verständnis von einer wirtschaftlichen Einheit würden Einzelne für die Ansprüche Anderer einstehen, ohne in einer Rechtsbeziehung zu ihnen zu stehen.³⁰⁰

(4) Stellungnahme

Verträge des Arbeitgebers mit Dritten über mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten erfüllen weder die Tatbestandsmerkmale eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, noch stellt die Rechtsbeziehung zwischen dem Arbeitgeber und seinem Vertragspartner eine wirtschaftliche Einheit dar. Eine Förderungspflicht lässt sich somit nicht aus diesen Rechtsfiguren herleiten. Diese Auffassung basiert auf den folgenden Gründen:

²⁹⁷ BGH v. 15.2.1978 – VIII ZR 47/77 – NJW 1978, 883 (883); 18.2.2014 – VI ZR 383/12 – NJW 2014, 2577 (2578 f.); Palandt/*Grüneberg*, § 328 Rn. 18.

²⁹⁸ So Kittner, AuR 1998, 98 (104).

²⁹⁹ Kittner, AuR 1998, 98 (105) bezogen auf einen Nachteil bei den Arbeitnehmern.

³⁰⁰ Kittner, AuR 1998, 98 (104).

(a) Keine Leistungsnähe

Bei Vorliegen eines Rechtsgeschäfts ist ein Schuldverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Dritten zu bejahen. Eine Leistungsnähe des Betriebsrats zu den dort geregelten Pflichten besteht jedoch nicht, weil der Betriebsrat nicht bestimmungsgemäß den Gefahren einer Pflichtverletzung aus dem Rechtsgeschäft ausgesetzt ist. Mitbestimmungswidrige Absprachen haben wegen der Relativität des Betriebsverhältnisses keine Auswirkung auf die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats. Den Gefahren und Rechtsfolgen aus einer Pflichtverletzung bei einem solchen Schuldverhältnis ist deshalb allein der Arbeitgeber ausgesetzt. Er trägt als schuldrechtlich Berechtigter und Verpflichteter das alleinige Risiko einer Pflichtverletzung seines Vertragspartners. Sind mitbestimmungspflichtige Regelungen Gegenstand des Rechtsgeschäfts, wird allein der Arbeitgeber sanktioniert, indem er die mit dem Dritten vereinbarte Maßnahme nicht im eigenen Betrieb umsetzen darf.

(b) Keine Erkennbarkeit

Darüber hinaus wären eine mögliche Leistungsnähe und Einbeziehung des Betriebsrats nicht ohne weiteres für den Dritten erkennbar. Dem Dritten kann regelmäßig nicht die Kenntnis über die Existenz eines Betriebsrats im Betrieb seines Vertragspartners unterstellt werden. Eine Erkennbarkeit erscheint insbesondere bei kleinen Betrieben problematisch, welche die zur Betriebsratsfähigkeit erforderliche Schwelle an Arbeitnehmern gerade erreichen oder geringfügig überschreiten. Eine Pflicht des Dritten, sich bei dem Arbeitgeber über die Existenz eines Betriebsrats in seinem Betrieb zu erkundigen, ist abzulehnen. Es würde allenfalls im Interesse des Arbeitgebers liegen, den Dritten über den Betriebsrat und ein mögliches Zustimmungserfordernis aufzuklären, um sich nicht schadenersatzpflichtig zu machen und der Gefahr auszusetzen, die geplante Maßnahme im eigenen Betrieb nicht realisieren zu können.

(c) Kein ausgleichsfähiger Schaden

Es ist ferner zweifelhaft, ob der Betriebsrat durch eine mitbestimmungswidrige Regelung zwischen Arbeitgeber und Dritten einen Schaden erleidet, der monetär ausgleichsfähig wäre. Eine solche monetäre Ausgleichspflicht sieht das Betriebsverfassungsgesetz für den Arbeitgeber nicht vor. Wenn selbst der Betriebspartner nicht zu Schadensersatz verpflichtet ist, kann ein Vertragspartner des Arbeitgebers mangels Näheverhältnisses erst Recht nicht aus der Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter dazu verpflichtet werden.

(d) Unterschiedliche Zielrichtung

Die Pflicht des Arbeitgebers zu einer die Wahrung der Mitbestimmungsrechte sicherstellenden Vertragsgestaltung lässt sich auch nicht aus dem Sinn und Zweck eines Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter herleiten. Eine Haftungserweiterung sichert nicht die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte, sondern soll die Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen aus Rechtsgeschäften regeln, an denen der Geschädigte nicht beteiligt war.

(e) Systematik der Betriebsverfassung

Schließlich kann dem Arbeitgeber aufgrund der Systematik des Betriebsverfassungsgesetzes ebenso wenig die Pflicht zu einer mitbestimmungssichernden Vertragsgestaltung mit Dritten auferlegt werden wie dem Betriebsrat ein vertraglicher Schadensersatzanspruch gegen den Dritten zugesprochen werden kann. Die Betriebsverfassung gilt als ausschließlich zwischen den Betriebspartnern geltendes Regelungswerk nicht im Außenverhältnis zu Dritten. Dem Betriebsrat kann demnach selbst bei perpetuierten Verstößen gegen Mitbestimmungsrechte kein Schadensersatzanspruch gegen

Vertragspartner des Arbeitgebers gewährt werden. Dies wird an § 23 Abs. 3 BetrVG erkennbar, wonach dem Arbeitgeber in solchen Fällen ein Ordnungs- oder Zwangsgeld von bis zu EUR 10.000,00 auferlegt werden kann.

Vor diesem Hintergrund der „Unantastbarkeit“ der vertraglichen Drittbeziehungen des Arbeitgebers durch den Betriebsrat erscheint es konsequent, betriebsfremde Dritte keinem Schadensersatzanspruch des Betriebsrats in uneingeschränkter Höhe auszusetzen. Anspruchsgegner des Betriebsrats kann allein der Arbeitgeber sein, weil nur er aus der Betriebsverfassung zur Beachtung der Mitbestimmungsrechte verpflichtet ist. Der Betriebsrat ist damit kein Anspruchsberechtigter gegenüber einem Dritten und der Dritte trägt dem Betriebsrat gegenüber keine Verantwortung.³⁰¹ Eine aktive, die Mitbestimmungsrechte sichernde Vertragsgestaltung mit Dritten ist deswegen abzulehnen.

6. Zwischenergebnis

Eine rechtsgrundlose Förderungspflicht greift in die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers ein, es sei denn, diese Beschränkung ließe sich mit höherrangigen Interessen des Betriebsrats begründen.³⁰² Dies ist aufgrund des innerbetrieblichen Charakters der Betriebsratsinteressen abzulehnen. Das Exportieren innerbetrieblicher Rechtsverhältnisse in vertragliche Drittbeziehungen des Arbeitgebers widerspricht der gesetzgeberischen Intention. Eine aktive Förderungspflicht ginge über die gesteigerten Verhaltenspflichten³⁰³ der Betriebsverfassung hinaus. Sie würde einer Stellvertretung von Betriebsratsinteressen gegenüber Dritten gleichen. Das Betriebsverhältnis hält zur gegenseitigen Rücksichtnahme an, nicht jedoch zu einer Förderung der Interessen und Rechte des jeweils anderen Betriebspartners. Auch der Grundsatz von

³⁰¹ So aber Kittner, AuR 1998, 98 (104).

³⁰² Vgl. zum Erfordernis höherrangiger Interessen der Arbeitnehmer als Rechtfertigung der Beschränkung der Privatautonomie des Arbeitgebers und einzelner Arbeitnehmer durch den kollektiven Tatbestand: Raab, ZfA 2001, 31 (40).

³⁰³ Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit und Rücksichtnahme auf die Rechtsgüter des jeweils anderen Betriebspartners.

Treu und Glauben bezieht sich in seiner Wirkung auf normierte Rechte und Pflichten der Betriebspartner und begründet keine darüber hinausgehenden Verpflichtungen. Zudem würde es nicht dem Interesse des Vertragspartners entsprechen, Rechtsverhältnisse fremder Parteien zum Regelungsinhalt des eigenen Vertrages zu machen.³⁰⁴ Für den Vertragspartner könnte zudem die Unsicherheit entstehen, ob auch er aufgrund des Vertrages verpflichtet wäre, Betriebsratsrechte zu fördern.

Der Arbeitgeber bleibt damit aufgrund seiner Vertragsfreiheit frei, Verträge beliebigen Inhalts abzuschließen.³⁰⁵ Die Konsequenzen für den Arbeitgeber ergeben sich aus allgemeinen Grundsätzen der Betriebsverfassung.³⁰⁶ Deshalb sollte es im Interesse des Arbeitgebers liegen³⁰⁷, bei rechtsgeschäftlichen Bindungen mit Dritten sicherzustellen, keine Verbindlichkeiten zu begründen, die er aufgrund der nötigen Beachtung von Mitbestimmungsrechten unter Umständen nicht erfüllen kann.³⁰⁸ Mitbestimmungsrechte können die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers somit nur im Verhältnis zu seinen Arbeitnehmern einschränken.³⁰⁹

Schließlich würde eine aktive Förderungspflicht den Schutzbereich der Mitbestimmungsrechte unzulässig erweitern. Diese vom Bundesarbeitsgericht adressierte Förderungspflicht bezieht sich allgemein abstrakt auf die Sicherung von Mitbestimmungsrechten, ohne auf die Besonderheiten der einzelnen Tatbestandsmerkmale einzugehen und zu differenzieren. Dies geht über den abschließenden Katalog der Mitbestimmungstatbestände hinaus. Werden dem Betriebsrat Rechte

³⁰⁴ Insbesondere vor dem Hintergrund des § 77 Abs. 1 S. 1 BetrVG.

³⁰⁵ BAG v. 22.10.1985 – 1 ABR 47/83 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972

Werkmietwohnungen unter B. III. 1.; Derleder, AuR 1985, 65 (73);

MünchHdbArbR2009/Matthes, § 241 Rn. 21.

³⁰⁶ Schlüter, DB 1972, 139 (139).

³⁰⁷ Schließt der Arbeitgeber ein mitbestimmungswidriges Rechtsgeschäft mit dem Dritten ab, wird es mit der Nichtbeachtung der rechtswidrigen Regelung sowie der Anwendung der umgangenen Norm sanktioniert, BAG v. 12.10.1960 – 3 AZR 65/59 – AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag unter C.3.; 22.10.1991 – 1 ABR 28/91 – NZA 1992, 376 (377); Wiese, NZA 2003, 1113 (1120).

³⁰⁸ Nämlich zur Vermeidung vom Schadensersatzansprüchen des Dritten wegen Unmöglichkeit, vgl. Wiese, NZA 2003, 1113 (1116); MünchHdbArbR2009/Matthes, § 241 Rn. 21.

³⁰⁹ Vgl. MünchHdbArbR2009/Matthes, § 241 Rn. 21.

gewährt, dürfen Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes mit ihren Inhalten dadurch nicht überschritten werden.³¹⁰

D. Auswirkungen von Drittbeziehungen des Arbeitgebers auf die betriebliche Mitbestimmung

Das Betriebsverfassungsgesetz regelt ausführlich diejenigen Fälle, in denen der Arbeitgeber Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu beachten hat, das dabei einzuhaltende Verfahren sowie verschiedene, speziell auf den jeweiligen Verstoß eines bestimmten Mitbestimmungstatbestands bezogene Sanktionen.³¹¹ Mit der Frage, wie sich Drittbeziehungen auf die Beteiligungsrechte auswirken, setzten sich bislang Rechtsprechung und Literatur auseinander.³¹² Insbesondere bei den Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten, als der stärksten Form der Mitbestimmung, könnte der Eindruck entstehen, dass sie nur im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben beschränkt werden könnten.³¹³ Nachfolgend wird deshalb geprüft, ob und inwieweit sich außerbetriebliche Drittbeziehung des Arbeitgebers auf die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats auswirken können. Dabei wird das Prinzip zugrunde gelegt, dass das Betriebsverfassungsgesetz auf die Regelung der Folgen unternehmerischer Entscheidungen gerichtet ist.³¹⁴ Ausgangspunkt der Untersuchung ist der Grundsatz der Mitbestimmungsfreiheit.

I. Mitbestimmungsfreiheit als Abgrenzungskriterium

Normen des Betriebsverfassungsgesetzes lassen die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers im Verhältnis zu Dritten unberührt.³¹⁵ Ansonsten wäre es dem Vertragspartner des Arbeitgebers unmöglich, die Wirksamkeit des geschlossenen Vertrages

³¹⁰ Konzen, ZfA 1985, 469 (474).

³¹¹ Bauer/Diller, ZIP 1995, 95 (95).

³¹² Vgl. auch Kittner, AuR 1998, 98 (100).

³¹³ Z.B. §§ 2 Abs. 1, 77 Abs. 1 S. 2 BetrVG.

³¹⁴ Fischer, AuR 1999, 169 (171).

³¹⁵ BAG v. 22.10.1985 – 1 ABR 47/83 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972
Werkmietwohnungen unter unter B III. 1.

nachzuvollziehen, was praktisch alle Rechtsgeschäfte beträfe, die der Arbeitgeber mit Dritten abschließt.³¹⁶ Dadurch werden Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nicht umgangen.³¹⁷

II. Reichweite der Beteiligungsrechte bei Einbeziehung Dritter

Man könnte das Betriebsverfassungsrecht als Binnenrecht ansehen, „das grundsätzlich keine Auswirkungen auf außenstehende Dritte hat“³¹⁸. Im Innenverhältnis finden Mitbestimmungsrechte ihre Grenzen jedoch dort, wo der Arbeitgeber eigenständig unternehmerische Entscheidungen treffen darf.³¹⁹ Entscheidend ist, ob dem Arbeitgeber ein eigener Einflussbereich verbleibt, z.B. durch ein Direktionsrecht. Die Reichweite der Beteiligungsrechte des Betriebsrats wird deshalb davon abhängen, wie das Rechtsverhältnis des Arbeitgebers mit Dritten konkret ausgestaltet ist und ob ein Beteiligungsrecht des eigenen Betriebsrats oder des Betriebsrats des Partnerbetriebs besteht. Nachfolgend werden die Auswirkungen von Drittbeziehungen auf die Beteiligungsrechte des Betriebsrats anhand von Fallbeispielen untersucht.

1. In allgemeinen Angelegenheiten, §§ 75 Abs. 1, 80 Abs. 2 BetrVG

Zur Durchführung seiner Aufgaben ist der Betriebsrat gemäß § 80 Abs. 2 BetrVG rechtzeitig und umfassend vom Arbeitgeber zu unterrichten. Diese Unterrichtungspflicht erstreckt sich gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 BetrVG auch auf die Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen.³²⁰ Im Zusammenhang mit Drittbeziehungen des Arbeitgebers sind dem Betriebsrat auch Werkverträge des Arbeitgebers mit anderen Unternehmern, die oft Grundlage für den Einsatz von Fremdfirmenbeschäftigten im eigenen Betrieb sind, gemäß § 80 Abs. 2 S. 2 BetrVG zur Prüfung vorzulegen,

³¹⁶ BAG v. 22.10.1985 – 1 ABR 47/83 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972
Werkmietwohnungen unter B III. 1.

³¹⁷ GK-BetrVG/Raab, § 99 Rn. 51.

³¹⁸ V. Hoyningen-Huene, RdA 1992, 355 (366).

³¹⁹ Vgl. GK-BetrVG/Raab, § 99 Rn. 51.

³²⁰ Karthaus/Klebe, NZA 2012, 417 (419).

um dem Betriebsrat die eigenständige Beurteilung zu ermöglichen, ob es sich anhand der gewählten Vertragsgestaltung tatsächlich um Werkverträge oder um Arbeitnehmerüberlassung handelt.³²¹ Bei Werkverträgen mit Drittfirmen sind dem Betriebsrat eine Begründung für den Fremdfirmeneinsatz mittels eines Personalplans, sowie der Inhalt des Werkvertrags mit der Anzahl der Fremdfirmenbeschäftigten vorzulegen und die Auswirkung des Fremdfirmeneinsatzes auf die Stammebelegschaft darzulegen.³²² Entsprechendes gilt im Zusammenhang mit der Einstellung von Leiharbeitnehmern und dem Auskunftsanspruch bezüglich der dort zugrunde liegenden Arbeitnehmerüberlassungsverträge.³²³

2. In sozialen Angelegenheiten

Das Schwergewicht der Mitbestimmung liegt im Bereich der sozialen Angelegenheiten.³²⁴ *Raab* bezeichnet die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten als das Herzstück der Betriebsverfassung, weil dem Betriebsrat dadurch ein Mitgestaltungsrecht in zentralen Arbeitsbedingungen eingeräumt wird.³²⁵ *Richardi* spricht von dieser Beteiligung als der „Urzelle der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung“³²⁶. Sie umfasst die Gestaltung der Arbeitsbedingungen im weitesten Sinne als dem wohl wichtigsten Arbeitsgebiet der Betriebspartner in der alltäglichen betrieblichen Praxis.³²⁷ Die einzelnen Tatbestände des § 87 Abs. 1 BetrVG regeln jeweils unterschiedliche Sachverhalte und unterliegen deshalb einer gesonderten Prüfung und Bewertung im Hinblick auf die Auswirkungen von vertraglichen Drittbeziehungen des Arbeitgebers.

³²¹ BAG v. 31.1.1989 – 1 ABR 72/87 – NZA 1989, 932 (932); Karthaus/Klebe, NZA 2012, 417 (419) m.w.N.

³²² Karthaus/Klebe, NZA 2012, 417 (419).

³²³ BAG v. 6.6.1978 – 1 ABR 66/75 – AP Nr. 6 zu § 99 BetrVG 1972 (m. Anm. Löwisch/Mikosch) unter II. 2.

³²⁴ Dietz, FS Nipperdey (1955), 147 (148).

³²⁵ Raab, ZfA 2001, 31 (32).

³²⁶ Richardi/*Richardi*, § 87 Rn. 2.

³²⁷ Gutzeit, AR-Blattei SD 530.14.2 Rn. 1; MünchHdbArbR2009/*Matthes*, § 242 Rn. 1.

a) Arbeitnehmerüberwachung durch Dritte, § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 6 BetrVG

Unterstellt man, dass die Stellung des Arbeitgebers jener eines Gläubigers einer Dienstleistung entspricht, wird man ein Recht zur Kontrolle und Überprüfung der geschuldeten Leistung bejahen müssen.³²⁸ Somit hat auch der Arbeitgeber grundsätzlich das Recht, seine Mitarbeiter zu überwachen und zu kontrollieren.³²⁹ Zur Überwachung kann sich der Arbeitgeber Betriebsangehöriger, betriebsfremder Dritter oder technischer Einrichtungen bedienen, die wiederum von Betriebsangehörigen oder Dritten gesteuert werden. Arbeitnehmerüberwachung durch Dritte könnte gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig sein, wenn dadurch das Verhalten der Arbeitnehmer in Bezug auf die betriebliche Ordnung geregelt wird, bzw. gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bei der Verwendung einer technischen Einrichtung.³³⁰ Das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bei Überwachungsmaßnahmen ohne Verwendung technischer Einrichtungen besteht neben dem Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, das für den speziellen Fall der Kontrolle durch technische Einrichtungen eine Sonderregelung darstellt.³³¹ Fraglich ist jedoch, ob eine Observation der Arbeitnehmer durch Dritte das Verhalten der Arbeitnehmer in Bezug auf die betriebliche Ordnung regelt und damit gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig ist.

Das Ordnungsverhalten i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG betrifft das Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer im Betrieb.³³² Die betriebliche Ordnung umfasst allgemeingültige verbindliche Verhaltensregeln, die vom Arbeitgeber kraft seines Direktionsrechts

³²⁸ Maschmann, NZA 2002, 13 (15).

³²⁹ Maschmann, AuA 2000, 519 (519).

³³⁰ Vgl. Schaub/Ahrendt, § 235 Rn. 32 f.

³³¹ Fitting, § 87 Rn. 69, 214; GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 508; W/P/K/Bender, § 87 Rn. 39.

³³² BAG v. 9.12.1980 – 1 ABR 1/78 – AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes (m. Anm. Pfarr) unter B. I.2.; 24.3.1981 – 1 ABR 32/78 – NJW 1982, 404 (404); 25.9.2012 – 1 ABR 50/11 – AP Nr. 43 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes unter B. II. 2. a) aa); H/W/G/N/R/H/Worzalla, § 87 Rn. 123 f.

beeinflusst und koordiniert werden können.³³³ Maßnahmen bezüglich des bloßen Leistungs- oder Arbeitsverhaltens sind mitbestimmungsfrei, weil sie als synallagmatische Leistungspflichten keine Auswirkung auf die Ordnung des Betriebs haben.³³⁴ Dies sind solche Regelungen und Weisungen, die die eigentliche Arbeitspflicht unmittelbar konkretisieren und abfordern und bei der Verrichtung der Arbeit zu beachten sind.³³⁵ Ob das Ordnungsverhalten oder das Arbeitsverhalten berührt ist, richtet sich nach dem objektiven Regelungsgehalt der Maßnahme bzw. Regelung, nicht dagegen nach den subjektiven Vorstellungen des Arbeitgebers.³³⁶

aa) Biometrische Zugangskontrollen der Arbeitnehmer im Kundenbetrieb

Inwieweit der Betriebsrat bei dem Einsatz von Arbeitnehmern seines Betriebs in einem Kundenbetrieb, in dem ein biometrisches Zugangskontrollsystem (Fingerabdruckerfassung) angewandt wird, Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 BetrVG ausüben kann, lag dem Bundesarbeitsgericht zur Entscheidung vor.³³⁷ Der Vertragspartner der Arbeitgeberin (der Kundenbetrieb) richtete unter Beteiligung seines Betriebsrats zum Zwecke der Zugangskontrolle Personalschleusen ein. Diese gewährten den Zugang bzw. das Verlassen des Betriebs erst nach vorherigem Abgleich der am Zugang bzw. Ausgang abgegebenen Fingerabdrücke am Fingerprint-Scanner mit den hinterlegten Fingerabdrücken der zugangsberechtigten Personen. Die Arbeitgeberin wies auf Grund einer Vereinbarung mit dem Kundenbetrieb, wonach das Zugangskontrollsystem auch bei ihren Arbeitnehmern zur Anwendung kommen sollte, ihre Arbeitnehmer an, sich der biometrischen Zugangskontrolle zu unterwerfen und ihre Fingerabdrücke bei dem Kundenbetrieb zu hinterlegen. Die

³³³ BAG v. 13.2.2007 – 1 ABR 18/06 – NZA 2007, 640 (641); Fitting, § 87 Rn. 64.

³³⁴ Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 122, 124.

³³⁵ BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 22/99 – NZA 2000, 1176 (1177); 22.7.2008 – 1 ABR 40/07 – AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 unter B. IV. 2. a) aa) (2) (a) (aa).

³³⁶ BAG v. 11.6.2002 – 1 ABR 46/01 – NZA 2002, 1299 (1299); Fitting, § 87 Rn. 68.

³³⁷ BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556 ff.; zustimmend GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 236; W/P/K/Bender, § 87 Rn. 35; kritisch H/W/G/N/R/H/Worzalla, § 87 Rn. 130.

Arbeitgeberin vertrat die Auffassung, dem Betriebsrat stünden bezüglich der Zugangskontrollen keine Mitbestimmungsrechte zu, da diese von dem Betriebsrat des Kundenbetriebs wahrgenommen werden. Auch habe die Arbeitgeberin in diesem Zusammenhang keinen Regelungsspielraum.

(1) Judikatur des Bundesarbeitsgerichts

Das Bundesarbeitsgericht nahm eine Verletzung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 BetrVG durch die Arbeitgeberin an, indem sie die Arbeitnehmer ohne die vorherige Zustimmung des Betriebsrats anwies, bei dem Kundenbetrieb Fingerabdrücke zu hinterlegen³³⁸ und sich der biometrischen Zugangskontrolle zu unterwerfen³³⁹.

(a) Verletzung von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

Der Begründung zu § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG lag die Feststellung zugrunde, dass Regelungen über das Betreten und Verlassen des Betriebs regelmäßig das mitbestimmungspflichtige Ordnungsverhalten betreffen.³⁴⁰ Der Betriebsbegriff sei dabei nicht auf die Betriebsstätte beschränkt und somit nicht räumlich, sondern funktional zu verstehen.³⁴¹ Arbeitnehmer unterlägen damit auch in einem fremden Betrieb weiterhin den das Ordnungsverhalten betreffenden mitbestimmungspflichtigen Weisungen ihres Arbeitgebers, so auch der Anweisung, sich an die im Kundenbetrieb bestehenden Regeln zu halten. Der Arbeitgeber im Kundenbetrieb habe dagegen kein Weisungsrecht hinsichtlich des Ordnungsverhaltens der in seinem Betrieb eingesetzten Arbeitnehmer.³⁴² Darüber hinaus habe auch der im Kundenbetrieb errichtete Betriebsrat

³³⁸ Verletzung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

³³⁹ Verletzung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.

³⁴⁰ BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556 (557) m.w.N.

³⁴¹ So bereits im Zusammenhang mit der Betriebszugehörigkeit von Arbeitnehmern BAG v. 19.6.2001 – 1 ABR 43/00 – NZA 2001, 1263 (1264).

³⁴² Das BAG führt zur Begründung exemplarisch die Konstellation eines Außendienstmitarbeiters an. Es mache keinen Unterschied, ob der Arbeitgeber ihm selbst Vorschriften zum Verhalten in den Räumlichkeiten des Kunden mache, oder ihn anweise, die dort bestehenden Regeln zu beachten, BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556 (558).

mangels Mandats keine rechtlichen Möglichkeiten, die Interessen der fremden Arbeitnehmer zu vertreten und mit dessen Arbeitgeber zu verhandeln. Die Errichtung eines Betriebsrats im Kundenbetrieb durch die fremden Arbeitnehmer sei ausgeschlossen. Würde die Mitbestimmung in seinem solchen Fall verneint, führte dies zu einer mit dem Schutzzweck von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht zu vereinbarenden Lücke. Dagegen könne der Arbeitgeber nicht einwenden, er sei durch die Verhaltensregeln des Dritten gebunden, weil er als Vertragspartner des Dritten sehr wohl Einfluss auf die Arbeitsbedingungen nehmen könne, unter denen seine Arbeitnehmer im Kundenbetrieb ihre Leistung zu erbringen hätten. Es obliege dem Arbeitgeber, in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten keine Bindung mit Dritten einzugehen, die eine Einflussnahme des Betriebsrats ausschließt. Der Arbeitgeber müsse vielmehr „durch eine entsprechende Vertragsgestaltung sicherstellen, dass die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats gewährleistet“ sei.³⁴³

(b) Verletzung von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Zum gleichen Ergebnis kam das Bundesarbeitsgericht auch in Bezug auf das Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.³⁴⁴ Das Mitbestimmungserfordernis in dieser Vorschrift diene dem Schutz der Arbeitnehmer vor Eingriffen in den Persönlichkeitsbereich infolge der Verwendung technischer Kontrolleinrichtungen³⁴⁵ und werde weder dadurch ausgeschlossen, dass der Arbeitgeber die Überwachungstätigkeit an einen Dritten vergibt noch durch den Umstand, dass die Überwachung primär im Interesse des Dritten erfolgt. Ebenso wenig komme es darauf an, dass der Arbeitgeber Zugriff auf die gewonnenen Daten nehmen kann. Es reiche vielmehr aus, dass der Arbeitgeber die Entscheidung trifft, das Verhalten seiner Arbeitnehmer durch eine technische

³⁴³ BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556 (558) m.w.N.

³⁴⁴ BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556 (558, 559); dem folgend ErfK/Kania, § 87 Rn. 59; Fitting, § 87 Rn. 250.

³⁴⁵ BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556 (558) m.w.N.

Einrichtung erfassen zu lassen. Der verwendete Fingerprint-Scanner sei eine technische Einrichtung i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, die der Überwachung des Arbeitnehmerverhaltens diene. Der Arbeitgeber wende das technische Überwachungssystem i.S.v. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG an, indem er seine Arbeitnehmer anweist, sich der Überwachung zu unterwerfen.

(2) Literatur

Die Stimmen in der Literatur sehen die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in Bezug auf die Mitbestimmungsrechte kritisch. Insbesondere werden die möglichen negativen Auswirkungen auf die unternehmerischen Belange hervorgehoben.

(a) Einschränkung des Mitbestimmungserfordernisses bei Gefährdung der Auftragserteilung

Wiese stimmt der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts im Ergebnis zu.³⁴⁶ Er vergleicht den zugrunde liegenden Sachverhalt mit einer entsprechenden Situation im eigenen Betrieb und kommt zu dem Ergebnis, dass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG in einem solchen Fall „zweifellos zu bejahen gewesen“³⁴⁷ wäre. Die Rechtsstellung der im Kundenbetrieb eingesetzten Arbeitnehmer sei dadurch gekennzeichnet, dass sie nicht in den Kundenbetrieb eingegliedert seien – im Gegensatz zu Leiharbeitnehmern nach den Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes. Vielmehr seien sie Erfüllungsgehilfen des Arbeitgebers und unterliegen weiterhin dessen Weisungen.

Die Ansicht des Bundesarbeitsgerichts, die unternehmerische Entscheidungsfreiheit werde durch die Mitbestimmung selbst bei

³⁴⁶ *Wiese*, Anm. zu BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – AP Nr. 40 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

³⁴⁷ *Wiese*, Anm. zu BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – AP Nr. 40 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

fehlender Einflussmöglichkeit des Arbeitgebers auf die Entscheidungen im Kundenbetrieb nicht in unzulässiger Weise eingeschränkt, da Mitbestimmungsrechte nicht unter dem allgemeinen Vorbehalt stünden, dass durch sie nicht in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingegriffen werden darf³⁴⁸, sieht *Wiese* dagegen differenzierter. Demnach müsse das Mitbestimmungserfordernis dann eingeschränkt werden, wenn es sich um eine vorübergehende Maßnahme handelt und die Unterwerfung unter das biometrische Zugangskontrollsystem Voraussetzung für den Einsatz der Arbeitnehmer im Kundenbetrieb ist.

Ein Widerspruch des Betriebsrats gegen den Einsatz der Arbeitnehmer im Kundenbetrieb sei rechtsmissbräuchlich, wenn die Erteilung des Auftrags von der Hinterlegung der Fingerabdrücke und der Unterwerfung der Arbeitnehmer unter das Zugangskontrollsystem abhängt.³⁴⁹ Der Betriebsrat habe nämlich bei der Ausübung seiner Mitbestimmungsrechte im Rahmen der vertrauensvollen Zusammenarbeit gemäß § 2 Abs. 1 BetrVG auch das Wohl des Betriebs zu berücksichtigen. Es müsse deshalb eine Abwägung stattfinden, wonach die sozialen Belange umso gewichtiger sein müssen je mehr die unternehmerische Entscheidungsfreiheit beschränkt wird.³⁵⁰ Keinesfalls dürfe der Betriebsrat Unzumutbares verlangen und dadurch die Auftragserteilung gefährden.

Eine Grenze finde das Mitbestimmungsrecht somit in der realen Möglichkeit des Arbeitgebers, auf den Vertragspartner einzuwirken. Da die Arbeitgeberin vorliegend keine Einflussmöglichkeiten auf die Einführung und Modalitäten des biometrischen Zugangskontrollsystems im Kundenbetrieb hatte, reichen die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nur so weit, wie die Arbeitgeberin die Anwendung dieses Systems auf die eigenen Arbeitnehmer durch entsprechende Vertragsgestaltung mit dem Vertragspartner regeln kann.

³⁴⁸ BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556 (558).

³⁴⁹ *Wiese*, Anm. zu BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – AP Nr. 40 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; dem folgend *W/P/K/Bender*, § 87 Rn. 35.

³⁵⁰ *Wiese*, Anm. zu BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – AP Nr. 40 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

(b) Beschränkung des funktionalen Betriebsbegriffs durch Richterrecht

*Hunold*³⁵¹ weist auf mögliche Probleme dieser Rechtsprechung in der Praxis hin. Dem Arbeitgeber werde vom Bundesarbeitsgericht in zweierlei Hinsicht ein Verhalten abgefordert. Zum Einen habe er noch vor Abschluss des Dienst- oder Werkvertrages eine Regelung mit dem Betriebsrat über die im Kundenbetrieb angewandten mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen zu erzielen. Zum Anderen soll der Arbeitgeber mit dem Vertragspartner eine „mitbestimmungsfreundliche“³⁵² Regelung verhandelt. Gelingt es Arbeitgeber und Betriebsrat, eine Übereinkunft über die im Kundenbetrieb zu beachtenden mitbestimmungspflichtigen „Spielregeln“ zu erzielen, sei „es ja gut gegangen“³⁵³. Kommt eine solche Übereinkunft jedoch nicht zustande, oder dauern die Verhandlungen oder das Einigungsstellenverfahren zu lange an, könne dies zum Auftragsverlust führen, weil der Auftrag an einen Konkurrenten vergeben wird. Dasselbe gelte, wenn der Kunde sich in einer stärkeren Verhandlungsposition befindet und ein Abweichen von seinem Sicherheitskonzept ablehnt.

Die Forderung des 1. Senats, der Betriebsrat habe nach § 2 Abs. 1 BetrVG bei der Ausübung seiner Mitbestimmungsrechte die Beeinträchtigung betrieblicher Belange zu beachten³⁵⁴, sei nicht ausreichend. Ist der entsendende Arbeitgeber in der schwächeren Position und hat keinen Verhandlungsspielraum, befinde er sich in einer Sackgasse. Von ihm werde durch die Pflicht zur Beachtung der Mitbestimmungsrechte Unmögliches verlangt. Diese Situation vergleicht *Hunold* mit der Devise „friss, Vogel, oder stirb“³⁵⁵. Seiner Ansicht nach sei die Situation des Arbeitgebers in diesem Fall mit einer solchen vergleichbar, wenn ein Gesetz die Unterwerfung unter das

³⁵¹ Hunold, BB 2004, 1392 (1392).

³⁵² Hunold, BB 2004, 1392 (1392).

³⁵³ Hunold, BB 2004, 1392 (1392).

³⁵⁴ BAG v. 8.8.1989 – 1 ABR 62/88 – NZA 1990, 322 (323).

³⁵⁵ Hunold, BB 2004, 1392 (1392).

Sicherheitskonzept des Kunden vorschreibe. Diese Zwangssituation könne bei der Frage, ob der Betriebsrat mitzubestimmen hat, nicht außer Betracht bleiben. Von der Auslastung des Betriebs hänge schließlich die Sicherheit der Arbeitsplätze ab.

Darüber hinaus erachtet *Hunold* den von der Rechtsprechung weit gefassten funktionalen Betriebsbegriff als Risiko, der es dem Betriebsrat des Entsendebetriebs aufgrund seiner „betriebsübergreifenden Mitbestimmungsrechte“³⁵⁶ erlaubt, in den Kundenbetrieb hineinzuregieren.³⁵⁷ *Hunold* spricht sich deshalb für eine Beschränkung des funktionalen Betriebsbegriffs durch „eine die Kompetenzen des Betriebsrates des Entsendebetriebs behutsam eingrenzende Rechtsprechung (...) als „gesetzesvertretendes Richterrecht“ im Sinne des Eingangssatzes“³⁵⁸ von § 87 Abs. 1 BetrVG aus.

(c) Ausschluss der Mitbestimmung bei fehlendem Entscheidungsspielraum des Arbeitgebers

Ähnlich sieht es *Worzalla*³⁵⁹, der Maßnahmen oder Anordnungen des Arbeitgebers, die das Ordnungsverhalten seiner Arbeitnehmer im Kundenbetrieb betreffen, nur beschränkt der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen sieht. Mitbestimmungspflichtiges Ordnungsverhalten im Kundenbetrieb bestehe nur dann, wenn die Tätigkeit im Kundenbetrieb der vertraglich geschuldeten Leistung entspricht und der Arbeitgeber diesbezüglich ein Direktionsrecht hat.³⁶⁰ Eine fehlende Entscheidungsmacht des Arbeitgebers hinsichtlich Maßnahmen im Kundenbetrieb, außer auf den Einsatz seiner Arbeitnehmer dort zu verzichten, schließe ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats des Entsendebetriebs aus. Da eine solche Entscheidungsmacht regelmäßig nicht existiere, sei die Rechtsprechung

³⁵⁶ Hunold, BB 2004, 1392 (1392).

³⁵⁷ Hunold, BB 2004, 1392 (1392).

³⁵⁸ Hunold, BB 2004, 1392 (1392).

³⁵⁹ H/W/G/N/R/H/*Worzalla*, § 87 Rn. 130.

³⁶⁰ H/W/G/N/R/H/*Worzalla*, § 87 Rn. 130.

des Bundesarbeitsgerichts daher in der wirtschaftlichen Realität „lebensfremd“.

Die Reichweite der Mitbestimmung müsse demnach genauso weit reichen wie die Einflussmöglichkeit des Arbeitgebers gegenüber seinem Vertragspartner. Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, würde dies regelmäßig zwangsläufig zum Verlust des Auftrags führen. Eine solche Folge stelle für den Arbeitgeber einen unverhältnismäßigen Eingriff in seine unternehmerische Entscheidungsfreiheit dar.³⁶¹

(d) Faktische Zustimmungspflicht des Betriebsrats

*Besgen/Langner*³⁶² sehen in der Ausdehnung des Mitbestimmungsrechts auf Drittbeziehungen des Arbeitgebers die Gefahr einer Hemmung unternehmerischer Entscheidungen.³⁶³ Das vom Bundesarbeitsgericht vorgesehene „Korrektiv“³⁶⁴ des § 2 Abs. 1 BetrVG sei nicht ausreichend. Der Ausgleich dieser Einschränkung könne nur durch eine faktische Zustimmungspflicht des Betriebsrats gelöst werden³⁶⁵, um eine Gefährdung der Geschäftsbeziehungen und den Verlust von Kundenaufträgen zu verhindern. Ein solcher Auftragsverlust könne nämlich immer dann eintreten, wenn der Betriebsrat seine Zustimmung nicht, nicht zeitnah oder unter für den Kunden nicht hinnehmbaren Bedingungen erteilt.

(3) Stellungnahme

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist kritisch zu sehen.

(a) Einzelfallabhängige Bewertung der Reichweite der Mitbestimmungsrechte

³⁶¹ H/W/G/N/R/H/*Worzalla*, § 87 Rn. 130.

³⁶² Besgen/Langner, SAE 2006, 233 (234).

³⁶³ Besgen/Langner, SAE 2006, 233 (236).

³⁶⁴ Besgen/Langner, SAE 2006, 233 (234).

³⁶⁵ Besgen/Langner, SAE 2006, 233 (234).

Die pauschale, wenn auch dogmatisch einwandfrei begründete³⁶⁶ Ansicht, dass Mitbestimmungsrechte bei dem Einsatz eigener Arbeitnehmer im Kundenbetrieb bestehen, ist zu weitgehend und nicht praxisgerecht. Es müsste vielmehr jeder Einzelfall gesondert bewertet werden, sodass man auch zu dem Ergebnis kommen können muss, dass die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats eingeschränkt oder ausgeschlossen sind. Droht beispielsweise der Auftragsverlust, wenn der Betriebsrat seine Zustimmung verweigert, oder hat der Arbeitgeber keine Einflussmöglichkeit auf seinen Vertragspartner bezüglich der angewandten Maßnahmen und zu erbringenden Tätigkeiten, denen sich die eingesetzten Arbeitnehmer zu unterwerfen haben, stellt die Ausübung der Mitbestimmungsrechte einen unverhältnismäßigen Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit dar. Die wirtschaftlichen Folgen eines durch den Arbeitgeber nicht beeinflussbaren Handelns Dritter würden zudem ihm allein auferlegt.

Dagegen könnte eingewendet werden, dass der Arbeitgeber sich aus wirtschaftlichen Erwägungen bewusst in diese Situation gebracht habe und es für die betroffenen Arbeitnehmer keinen Unterschied macht, ob sie ihre Tätigkeiten im eigenen Betrieb oder im Betrieb eines Vertragspartners des Arbeitgebers verrichten, weil sie den Weisungen des Arbeitgebers auch im Kundenbetrieb Folge leisten müssten.³⁶⁷ In beiden Fällen nämlich würden die Auswirkungen der Anordnungen des Arbeitgebers die gleichen Tätigkeiten betreffen, unabhängig davon, ob sich die Anordnungen auf Tätigkeiten im Heimbetrieb oder im Kundenbetrieb beziehen.³⁶⁸ Diese Einwendungen lassen jedoch außer Acht, dass die Ausübung der Mitbestimmungsrechte ohne ergänzendes Korrektiv zu Gunsten des Arbeitgebers der Auffassung widerspricht, dass Mitbestimmungsrechte nur so weit reichen, wie der Arbeitgeber selbst Einflussmöglichkeiten hat.

³⁶⁶ Das Mitbestimmungsrecht wird wegen des funktionalen Betriebsbegriffs und mangels Vorliegens der Voraussetzungen von § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG zutreffenderweise bejaht.

³⁶⁷ BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556 (558).

³⁶⁸ BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556 (558).

Die praktischen Einwände einer Gefahr des Auftragsverlustes oder eines Abbruchs von Lieferbeziehungen sind schwerwiegend und aus wirtschaftlichen Erwägungen nachvollziehbar.³⁶⁹ *Kittner* erkennt diesem Szenario jedoch jegliche rechtliche Bedeutung ab.³⁷⁰ Demnach seien diese Argumente spiegelbildlich damit zu vergleichen, als wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat bei Ausübung seiner Mitbestimmungsrechte mit der Auslagerung drohe. Dabei verkennt *Kittner*, dass diese Einwände auf vom Bundesarbeitsgericht selbst aufgestellten Grundsätzen beruhen. Danach wird die Reichweite der Mitbestimmungsrechte von der Einflussmöglichkeit des Arbeitgebers auf seinen Vertragspartner abhängig gemacht.

Die von *Worzalla* zitierte Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg³⁷¹ zu seiner zutreffenden Aussage, die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sei in der wirtschaftlichen Realität lebensfremd, betrifft einen Fall, der mit der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts kaum vergleichbar ist. Das Bundesarbeitsgericht entschied über einen Sachverhalt mit zwei gleichrangigen privaten Unternehmen. In dem zitierten Fall standen sich eine ausländische staatliche Institution und ein privater Betrieb gegenüber. Darin wurden Mitarbeiter eines Sicherheitsunternehmens von der Kameraüberwachung der in Deutschland gelegenen US-amerikanischen Einrichtungen (Botschaft, Konsulat u.a. überwiegend exterritoriale Liegenschaften) erfasst. Die Kameraüberwachung führte das US-amerikanische State Department auf Grund von Sicherheitsinteressen durch. Beteiligte waren damit US-amerikanische Einrichtungen als Kundenbetrieb, das US-amerikanische State Department als Betreiber der Kameraanlagen und ein Sicherheitsunternehmen als Arbeitgeber der entsandten Arbeitnehmer.

Der Betrieb der Kameraanlagen und die Überwachung der Einrichtungen zur Sicherung der Botschaft und seiner Angehörigen gehört als

³⁶⁹ So auch *Kittner*, AuR 1998, 98 (106).

³⁷⁰ *Kittner*, AuR 1998, 98 (106).

³⁷¹ LAG Berlin-Brandenburg v. 15.12.2009 – 19 TaBV 1109/09 – BeckRS 2010, 68399.

Hoheitsakt zum Kernbestand der diplomatischen Tätigkeit.³⁷² Ein Zugriff hierauf könnte die diplomatische Tätigkeit beeinträchtigen.³⁷³ Da es sich bei dem Betrieb der Kameraanlage um einen hoheitlichen Akt auf einer exterritorialen Liegenschaft einer diplomatischen Einrichtung handelt, bestand keine rechtliche oder faktische Möglichkeit der Einflussnahme des Arbeitgebers auf die bestehenden Regelungen im Kundenbetrieb. Eine Verpflichtung aus der Betriebsvereinbarung zur Regelung einer Kameraüberwachung sei auf Grund allgemeiner Regeln des Völkerrechts gegenüber dem US-amerikanischen State Department nicht durchsetzbar und könnte vom Arbeitgeber nicht erfüllt werden. Die Einflusslosigkeit des Arbeitgebers beruht auf dem diplomatischen Status der Entscheidungsträger, der Unverletzlichkeit dieser Einrichtung und ihrer Exterritorialität. Die fehlende Regelungsmöglichkeit und Regelungsbefugnis des entsendenden Arbeitgebers führte zum Ausschluss der Mitbestimmungsrechte. Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg spricht deshalb von einem „Sonderfall“³⁷⁴ zum funktionalen Betriebsbegriff, bzw. von einer am Einzelfall orientierten Entscheidung³⁷⁵. Demnach sei eine Abwägung zwischen dem Sicherheitsinteresse des US State Department und der Wahrung der Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer „nicht einmal vorstellbar“.³⁷⁶

(b) Stärkere Berücksichtigung des Betriebswohls

³⁷² LAG Berlin-Brandenburg v. 15.12.2009 – 19 TaBV 1109/09 – BeckRS 2010, 68399 unter 2.2.4. Das BAG hat in seiner Entscheidung v. 15.2.2005 – 9 AZR 116/04 – NZA 2005, 1117 (1117) Richtlinien zur Abgrenzung von hoheitlicher und nichthoheitlicher, sowie rein tatsächlicher Staatstätigkeit aufgestellt. Für die Abgrenzung sei die Natur der streitigen staatlichen Handlung oder des umstrittenen Rechtsverhältnisses maßgebend. Die Wartung und Instandhaltung technischer Einrichtungen zur Zugangskontrolle durch Mitarbeiter seien demnach als rein tatsächliche Vorgänge einzustufen.

³⁷³ Wozu die allgemeine völkerrechtliche Regel zählt, dass die Zwangsvollstreckung in Gegenstände eines fremden Staates ohne dessen Zustimmung unzulässig ist, sofern sie zu Beginn der Zwangsvollstreckung hoheitlichen Zwecken dienen, was bei der der Sicherheit und Unverletzlichkeit der amerikanischen Einrichtungen dienenden Kameraanlagen zutreffen würde, vgl. LAG Berlin-Brandenburg v. 15.12.2009 – 19 TaBV 1109/09 – BeckRS 2010, 68399 unter 2.2.3 und 2.2.4 m.w.N. und detaillierter Begründung.

³⁷⁴ LAG Berlin-Brandenburg v. 15.12.2009 – 19 TaBV 1109/09 – BeckRS 2010, 68399, vgl. 3. Ls.

³⁷⁵ LAG Berlin-Brandenburg v. 15.12.2009 – 19 TaBV 1109/09 – BeckRS 2010, 68399 unter 2.4.

³⁷⁶ LAG Berlin-Brandenburg v. 15.12.2009 – 19 TaBV 1109/09 – BeckRS 2010, 68399 unter 2.2.2.

Im Rahmen des vom Bundesarbeitsgericht geforderten Ausgleichs für die Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit³⁷⁷ müsste der Betriebsrat gemäß § 2 Abs. 1 BetrVG das Wohl des Betriebs stärker berücksichtigen. Der Arbeitgeber hat bei dieser Fallgestaltung regelmäßig nicht die gleichen Einflussmöglichkeiten wie im eigenen Betrieb. Bestehen im Betrieb des Vertragspartners eigene mitbestimmungspflichtige Regelungen, hat sich der Arbeitgeber im Rahmen einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung, sowie dessen Arbeitnehmer, zwangsläufig diesen Vorgaben zu unterwerfen. Dies resultiert aus der Natur der Sache, dass der Arbeitgeber nicht der „Herr im Hause“ ist. Diese besondere Situation der (bis auf Null) reduzierten Entscheidungsmacht ist deshalb vom Betriebsrat besonders zu berücksichtigen. Dies ist aufgrund der Besonderheit des Einsatzes eigener Arbeitnehmer in einem Kundenbetrieb erforderlich und für den Betriebsrat auch zumutbar.

bb) Bankschaltertests durch Drittunternehmen

In einem vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall³⁷⁸ sollte ein Testkunde im Rahmen einer Überprüfung wie ein gewöhnlicher Kunde Geschäftsstellen der Arbeitgeberin besuchen. Dieser Testkunde war ein Arbeitnehmer eines von der Arbeitgeberin beauftragten Drittunternehmens. Nach dem Besuch war ein detailliertes Gedächtnisprotokoll nach einem in Zusammenarbeit mit der Arbeitgeberin erarbeiteten Muster zu erstellen. Dabei wurden die Ergebnisse in einer Form übermittelt, dass die Arbeitgeberin sie nicht mit einzelnen Arbeitnehmern oder der beobachteten Stelle in Verbindung bringen konnte. Der Betriebsrat vertrat die Ansicht, ihm stehe neben § 94 Abs. 2 BetrVG auch ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 6 BetrVG zu.

Das Bundesarbeitsgericht lehnte ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zu Recht ab. Die Überwachung der Tätigkeit der

³⁷⁷ BAG v. 8.8.1989 – 1 ABR 62/88 – NZA 1990, 322 (323).

³⁷⁸ BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 22/99 – NZA 2000, 1176 ff.

Arbeitnehmer zur Überprüfung der Beratungsqualität an Bankschaltern (sog. Points of sale) mittels von Drittunternehmen durchgeführten Schaltertests in zufällig ausgewählten Geschäftsstellen einer Bank³⁷⁹ unterliegt ebenso wenig der Mitbestimmung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 6 BetrVG, wie die Kontrolle oder Überwachung durch den Arbeitgeber selbst oder einen Vorgesetzten³⁸⁰.

Ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG scheitert am Fehlen einer Maßnahme zur Regelung des mitbestimmungspflichtigen Ordnungsverhaltens. Bei den Schaltertests handele es sich nicht um eine Maßnahme, mit der das Verhalten der Arbeitnehmer in Bezug auf die betriebliche Ordnung beeinflusst und koordiniert werden könnte.³⁸¹ Vielmehr stand das Arbeitsverhalten der Angestellten, also deren fachliche, kommunikative und verkäuferische Kompetenz, im Fokus der Überprüfung.³⁸² Eine auch nur mittelbare Beeinflussung des Verhaltens der Arbeitnehmer durch die Schaltertests wurde gerade nicht beabsichtigt, weil sie darauf gerichtet waren, den „Ist-Zustand des Beratungsangebots“³⁸³ festzustellen, um eine „schonungslose Bilanz“³⁸⁴ über den Zustand zu erhalten.³⁸⁵

Mangels Verwendung einer technischen Einrichtungen i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bei den Kontrollen sowie fehlender Rückschlüsse auf

³⁷⁹ So BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 22/99 – NZA 2000, 1176 ff.; D/K/W/Klebe, § 87 Rn. 66; Fitting, § 87 Rn. 73; GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 201.

³⁸⁰ BAG v. 23.10.1984 – 1 ABR 2/83 – NZA 1985, 224 (226), demnach sind Bestimmungen zur Kontrolle der Arbeitnehmer durch Vorgesetzte mitbestimmungsfreie Arbeitsanweisungen.

³⁸¹ BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 22/99 – NZA 2000, 1176 (1177).

³⁸² Das BAG spricht dabei von der geschuldeten Arbeitsleistung „Beratung“, BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 22/99 – NZA 2000, 1176 (1177).

³⁸³ BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 22/99 – NZA 2000, 1176 (1177).

³⁸⁴ BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 22/99 – NZA 2000, 1176 (1177).

³⁸⁵ Vgl. auch BAG v. 8.11.1994 – 1 ABR 20/94 – NZA 1995, 313 f. In diesem Fall, bei dem Arbeitsablaufstudien mittels einer von einem vom Arbeitgeber beauftragten Fachmann verwendeten Stoppuhr durchgeführt wurden, kam das BAG zum selben Ergebnis. Ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG wurde abgelehnt, weil die Zeitmessung für die Erledigung bestimmter Arbeitsschritte gerade das Normalverhalten der Arbeitnehmer erfassen sollte. Eine Beeinflussung des Arbeitnehmergehaltens durch die „bloße Registrierung von Arbeitsabläufen, die nicht auf das Verhalten der betroffenen Arbeitnehmer einwirkt“ sei für das Ergebnis sogar unerwünscht. Ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG scheiterte daran, dass die Stoppuhr keine technische Einrichtung ist.

einzelne Arbeitnehmer oder abgrenzbare Gruppen von Arbeitnehmern³⁸⁶ war auch eine Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG abzulehnen.³⁸⁷

cc) Testkäufe durch Fremdunternehmen

Testkäufe können unterschiedliche Zielrichtungen haben. Sie können zum Zwecke der Überprüfung der Beratungs- und Bedienungsqualität sowie zur Ermittlung der Ehrlichkeit der Arbeitnehmer im Rahmen der Ausführung ihrer Arbeitspflichten durchgeführt werden. Wenn der Testkauf nicht vom Arbeitgeber selbst, sondern von einem dienstleistenden Dritten gelenkt wird, dieser somit die Weisungsrechte und unternehmerischen Gestaltungsbefugnisse ausübt, sind die eingesetzten Testkäufer regelmäßig nicht eingestellt und in den Einsatzbetrieb gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG eingegliedert.³⁸⁸

(1) Überprüfung der Beratungs- und Bedienungsqualität

Frei vom Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 BetrVG sind die den Schaltertests ähnlich gelagerten Fälle der Testkäufe durch Drittfirmen im Auftrag des Arbeitgebers.³⁸⁹ Bei Testkäufen zur Überprüfung der Beratungs- und Bedienungsqualität tritt der Tester als normaler Kunde auf und führt ein übliches Verkaufsgespräch, um den Verkaufsprozess verdeckt zu überwachen und zu bewerten.³⁹⁰ Diese Methode, die seit den fünfziger Jahren eingesetzt wird, erfuhr in den neunziger Jahren mit der Annahme an Popularität, dass Servicequalität

³⁸⁶ Das BAG spricht von „individualisierbaren Ergebnissen“, BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 22/99 – NZA 2000, 1176 (1178).

³⁸⁷ Die Mitbestimmung nach § 94 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 BetrVG scheitert daran, dass es bei den Schaltertests am Bezug zur Person eines bestimmten Arbeitnehmers fehlt, vgl. BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 22/99 – NZA 2000, 1176 (1178).

³⁸⁸ BAG v. 13.3.2001 – 1 ABR 34/00 – NZA 2001, 1262 (1263); 13.12.2005 – 1 ABR 51/04 – NZA 2006, 1369 (1370 f.); Hunold, NZA-RR 2012, 113 (116).

³⁸⁹ BAG v. 13.3.2001 – 1 ABR 34/00 – NZA 2001, 1262 ff.; LAG Hamm v. 20.1.2006 – 10 TaBV 144/05 – BeckRS 2006, 31052849 unter B. II. 1. b) aa); LAG Nürnberg v. 10.10.2006 – 6 TaBV 16/06 – NZA-RR 2007, 136 (140); Deckers/Deckers, NZA 2004, 139 (140).

³⁹⁰ Deckers/Deckers, NZA 2004, 139 (139).

sowie Kundenzufriedenheit und –bindung wesentliche Faktoren für den wirtschaftlichen Erfolg seien.³⁹¹

Die Mitbestimmungsfreiheit dieser Maßnahme besteht unabhängig davon, ob die Überprüfung von den eigenen Arbeitnehmern oder von extern beauftragten Dritten durchgeführt wird.³⁹² In beiden Fällen wirkt sich die Überprüfung nicht auf die Ordnung im Betrieb aus.³⁹³ Auch zielt die Maßnahme nicht auf die Beeinflussung des Verhaltens des einzelnen Arbeitnehmers ab, sondern ist auf die Feststellung der Erbringung ordnungsgemäßer Arbeitsleistung gerichtet.³⁹⁴ Aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu Taschen- und Torkontrollen, die der betrieblichen Mitbestimmung unterliegen³⁹⁵, ergibt sich nichts Gegenteiliges.³⁹⁶ Im Unterschied zu diesen Kontrollen, die sich auf das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer infolge einer gruppenbezogenen körperlichen Überprüfung auswirken, überprüfen Testkäufe das Verhalten und die Leistung der Arbeitnehmer, ohne dabei technische Einrichtungen i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zu verwenden.³⁹⁷

Testkäufe können gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig sein, wenn der Arbeitgeber sie zuvor ankündigt und diese Information gezielt einsetzt, um das Verhalten der Arbeitnehmer dahingehend zu beeinflussen, unter dem Druck einer potentiellen Überwachung bessere Arbeitsleistung zu erbringen und dadurch eine Änderung in der Ordnung des Betriebs provoziert.³⁹⁸ Dies setzt jedoch voraus, dass das Zusammenleben der Arbeitnehmer im

³⁹¹ Deckers/Deckers, NZA 2004, 139 (139).

³⁹² LAG Hamm v. 20.1.2006 – 10 TaBV 144/05 – BeckRS 2006, 31052849 unter B. II. 1. b) aa); Fitting, § 87 Rn. 224 m.w.N.

³⁹³ LAG Hamm v. 20.1.2006 – 10 TaBV 144/05 – BeckRS 2006, 31052849 unter B. II. 1. b) aa); Fitting, § 87 Rn. 224 m.w.N.

³⁹⁴ LAG Hamm v. 20.1.2006 – 10 TaBV 144/05 – BeckRS 2006, 31052849 unter B. II. 1. b) aa).

³⁹⁵ Vgl. BAG v. 17.8.1982 – 1 ABR 50/80 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes unter B. II. 2.; 26.5.1988 – 1 ABR 9/87 – NZA 1988, 811 (812); 12.8.1999 – 2 AZR 923/98 – NZA 2000, 421 (425).

³⁹⁶ So auch LAG Hamm v. 20.1.2006 – 10 TaBV 144/05 – BeckRS 2006, 31052849 unter B. II. 1. b) aa).

³⁹⁷ LAG Hamm v. 20.1.2006 – 10 TaBV 144/05 – BeckRS 2006, 31052849 unter B. II. 1. b) aa).

³⁹⁸ Deckers/Deckers, NZA 2004, 139 (140).

Betrieb und damit das Ordnungsverhalten beeinflusst wird, weil gerade der Leistungsanstieg Zweck der Maßnahme war und nicht lediglich die Normalleistung bewertet werden sollte.³⁹⁹

(2) Überprüfung des Ehrlichkeitsverhaltens

Zur ordnungsgemäßen Erbringung der Arbeitspflicht gehört das sog. „Ehrlichkeitsverhalten“⁴⁰⁰ der Arbeitnehmer.⁴⁰¹ Wegen des Sicherheitsinteresses des Arbeitgebers und aufgrund dieser implizierten arbeitsvertraglichen Nebenpflicht werden die Arbeitnehmer diese Kontrollen regelmäßig dulden müssen.⁴⁰² Die Wahrnehmung des schutzwürdigen betrieblichen Interesses des Arbeitgebers an der Ehrlichkeit seiner Mitarbeiter schließt eine rechtswidrige Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Mitarbeiter insofern aus.⁴⁰³ Im Rahmen von sog. Ehrlichkeitskontrollen soll das vertragsgemäße Arbeitsverhalten der Arbeitnehmer festgestellt werden.⁴⁰⁴ Diese Maßnahme ist mitbestimmungsfrei gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Wie bei den Schaltertests oder Testkäufen durch Dritte fehlt es auch bei der Überprüfung des Ehrlichkeitsverhaltens an einer mitbestimmungspflichtigen Regelung in Bezug auf das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer.⁴⁰⁵ Ist demnach die Überprüfung

³⁹⁹ Dagegen Deckers/Deckers, NZA 2004, 139 (140, 141), die mit dem Umkehrschluss zu § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG argumentieren. Unterstellte man alle nichttechnischen Kontrollen § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, würde § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ausgehebelt; kritisch Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 138, für das Mitbestimmungsrecht dürfe es keinen Unterschied machen, „ob der Arbeitgeber ein bestimmtes Verhalten ausdrücklich anordnet oder lediglich durch geeignete Maßnahmen provoziert“.

⁴⁰⁰ LAG Hessen v. 24.2.2000 – 5 TaBV 97/99 – BeckRS 2000, 30878747 unter II. 2.).

⁴⁰¹ BAG v. 18.11.1999 – 2 AZR 743/98 – NZA 2000, 418 (421); Deckers/Deckers, NZA 2004, 139 (140); ErfK/*Kania*, § 87 Rn. 21; a. A. LAG Hessen v. 24.2.2000 – 5 TaBV 97/99 – BeckRS 2000, 30878747 unter II. 2.).

⁴⁰² Maschmann, NZA 2002, 13 (15); ders., AuA 2000, 519 (519).

⁴⁰³ BAG v. 18.11.1999 – 2 AZR 743/98 – NZA 2000, 418 (420); Anm. zu BAG v. 18.11.1999 – 2 AZR 743/98, Künzl, EWIR 2000, 613 (614).

⁴⁰⁴ BAG v. 18.11.1999 – 2 AZR 743/98 – NZA 2000, 418 (421); a.A. LAG Hessen v. 24.2.2000 – 5 TaBV 97/99 – BeckRS 2000, 30878747 unter II. 2.), Testkäufe dienen nicht der Überprüfung des Leistungsverhaltens. Durch sie sollte vielmehr Einfluss auf das „Ehrlichkeitsverhalten“ der Arbeitnehmer genommen werden.

⁴⁰⁵ Deckers/Deckers, NZA 2004, 139 (140), das Ordnungsverhalten wäre nur dann betroffen, wenn Inhalt der Überprüfung durch den Testkäufer die Einhaltung von z.B. Rauchverboten oder Kleidervorschriften sein soll. Jedoch scheidet die Mitbestimmung auch bei Überprüfungen von Ordnungsverhalten daran, dass es an einer diesbezüglichen Regelung fehle.

der Einhaltung arbeitgeberseitiger Verbote durch die Arbeitnehmer und das Unterlassen strafbarer Handlungen Gegenstand von Testkäufen, hat der Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.⁴⁰⁶ Die Überprüfung des Ehrlichkeitsverhaltens könnte als Vorbereitungshaltung dazu dienen, die gewonnenen Erkenntnisse im Anschluss zu verwerten und für Maßnahmen zur Regelung des Ordnungsverhaltens zu nutzen. Solange es jedoch an einer konkreten Regelung als Reaktion auf die gewonnenen Erkenntnisse fehlt, sind Ehrlichkeitskontrollen als bloße Vorbereitungshandlungen ebenfalls mitbestimmungsfrei i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.⁴⁰⁷

Bei Testkäufen zum Zwecke von Ehrlichkeitskontrollen kommt kein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG in Betracht, wenn die Überprüfung ohne die Anwendung einer technischen Einrichtung erfolgt.⁴⁰⁸ Sobald die nicht technisch erhobenen leistungs- oder verhaltensrelevanten Arbeitnehmerdaten unter Einsatz technischer Mittel durch Dritte ausgewertet werden, der Arbeitgeber weiterhin datenschutzrechtlich verantwortlich bleibt und der einzelne Arbeitnehmer individualisiert werden kann, wobei die Individualisierbarkeit für jeden Einzelfall gesondert zu überprüfen ist, hat der Betriebsrat gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitzubestimmen.⁴⁰⁹ Dabei wird vor allem in kleinen Betrieben die Feststellung leichter sein, auf welche Arbeitnehmer sich der Testkauf erstreckt hat, z.B. durch den Abgleich von Einsatz- oder Schichtplänen.⁴¹⁰

dd) Arbeitnehmerüberwachung durch Privatdetektive

⁴⁰⁶ BAG v. 18.11.1999 – 2 AZR 743/98 – NZA 2000, 418 (421); Deckers/Deckers, NZA 2004, 139 (140).

⁴⁰⁷ BAG v. 18.11.1999 – 2 AZR 743/98 – NZA 2000, 418 (421); Deckers/Deckers, NZA 2004, 139 (140).

⁴⁰⁸ BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 22/99 – NZA 2000, 1176 (1178); Fitting, § 87 Rn. 224 m.w.N.

⁴⁰⁹ BAG v. 6.12.1983 – 1 ABR 43/81 – NJW 1984, 1476 (1485); 14.9.1984 – 1 ABR 23/82 – NZA 1985, 28 (28); BAG v. 17.3.1987 – 1 ABR 59/85 – AP Nr. 29 zu § 80 BetrVG 1972 unter II. 5.; ErfK/*Kania*, § 87 Rn. 59; Fitting, § 87 Rn. 218 f., 238 m.w.N., zum Streitstand der Unmittelbarkeit der Überwachung vgl. Rn. 239 ff., 250; Bopp/Molkenbur, BB 1995, 514 (515); Löwisch, AuR 1987, 96 (98).

⁴¹⁰ Deckers/Deckers, NZA 2004, 139 (141).

Zweck der Arbeitnehmerüberwachung durch Privatdetektive ist nicht die Steigerung der Servicequalität oder die Überprüfung der Ehrlichkeit der Arbeitnehmer. Sie dient vielmehr der Kontrolle der vertragsgemäßen Erfüllung arbeitsvertraglicher Pflichten⁴¹¹, um Angriffe auf die geschützten Rechtsgüter und Interessen des Arbeitgebers abzuwehren.⁴¹² Obwohl Überwachung für alle Betroffenen eine „heikle Angelegenheit“⁴¹³ darstellt, kann sie notwendig werden.⁴¹⁴ Es bedarf weder eines konkreten Anlasses noch einer vorherigen Ankündigung.⁴¹⁵ Der Bedarf einer Überwachung folgt bereits aus dem gesteigerten Sicherheitsinteresse des Arbeitgebers z.B. aufgrund illoyalen Verhaltens der Arbeitnehmer⁴¹⁶, wie der Begehung strafbarer Handlungen zu Lasten des Arbeitgebers oder der Verletzung der Arbeitspflicht.⁴¹⁷ Ein solches Sicherheitsinteresse besteht insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber nicht über zureichende Kontrollmöglichkeiten verfügt bzw. der Nachweis eines Tatverdachts nicht durch betriebsinterne Maßnahmen erbracht werden kann, z.B. weil die Arbeitnehmer im Außendienst beschäftigt sind.⁴¹⁸ Die Arbeitgeber bedienen sich in diesen Fällen vor allem der verdeckten Kontrollen durch Privatdetektive, um den Erfolg der Maßnahme nicht zu gefährden.⁴¹⁹

Gegenstand der Überwachung ist, wie bereits erwähnt, die Einhaltung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung.⁴²⁰ Dadurch wird jedoch

⁴¹¹ Däubler, AiB 2009, 350 (353); Lingemann/Göpfert, DB 1997, 374 (375).

⁴¹² Maschmann, AuA 2000, 519 (519).

⁴¹³ Maschmann, AuA 2000, 519 (519).

⁴¹⁴ Maschmann, AuA 2000, 519 (519).

⁴¹⁵ Maschmann, AuA 2000, 519 (519).

⁴¹⁶ Lotze/Fischer, AuA 2000, 512 (512), sprechen von betrieblicher Kriminalität; Maschmann, NZA 2002, 13 (13 f.).

⁴¹⁷ Maschmann, NZA 2002, 13 (14); auch im Zusammenhang mit Entgeltfortzahlungskosten infolge „Blaumachens“ zur Vorbereitung von Kündigungen oder Abmahnungen, Lingemann/Göpfert, DB 1997, 374 ff.

⁴¹⁸ Vgl. dazu Bopp/Molkenbur, BB 1995, 514 (515 f.).

⁴¹⁹ Maschmann, NZA 2002, 13 (14, 15), der allerdings die offen erkennbare der heimlichen Überwachung vorzieht, weil diese Überwachungsmethode den Arbeitnehmer am geringsten belastet.

⁴²⁰ BAG v. 26.3.1991 – 1 ABR 26/90 – NZA 1991, 729 (730); 18.11.1999 – 2 AZR 743/98 – NZA 2000, 418 (421) i. Zshg. m. der Durchführung sog. Ehrlichkeitskontrollen; LAG Hamm v. 28.5.1986 – 12 TaBV 6/86 – BB 1986, 1575 (1575); GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 201, wonach die Differenzierung nach Ordnungs- und Arbeitsverhalten unerheblich sein soll, da die Überwachung das Arbeitnehmergehalten nicht regelt.

kein bestimmtes Verhalten der Arbeitnehmer geregelt oder angeordnet.⁴²¹ Die Überwachung durch Privatdetektive regelt auch nicht das kollektive Ordnungsverhalten der Belegschaft oder Teilen davon.⁴²² Sie ist folglich gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mangels Regelung des Arbeitnehmerverhaltens mitbestimmungsfrei, sowie gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, solange die Erhebung oder Auswertung der Daten nicht auf technischem Wege erfolgt.⁴²³

Ein Mitbestimmungserfordernis gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG kann auch der gegenüber einer Überwachung durch Vorgesetzte, Mitarbeiter oder technische Einrichtungen möglicherweise stärkere Überwachungsdruck, der von einem Privatdetektiv ausgehen kann, nicht rechtfertigen, weil die Überwachung an sich keine Regelung des Ordnungsverhaltens darstellt.⁴²⁴ Daran ändert die Kenntnis der Arbeitnehmer von der Detektivüberwachung nichts.⁴²⁵ Bei einer vorherigen Ankündigung der Überwachung mag eine Beeinflussung vom Arbeitgeber gewollt sein und die Arbeitnehmer zu einem sorgfältigeren Arbeiten veranlassen.⁴²⁶ Die Überwachung der Arbeitnehmer wäre allenfalls von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG erfasst, sofern sie unter Verwendung einer technischen Einrichtung erfolgt.⁴²⁷ Dies ergibt sich

⁴²¹ Vgl. dazu Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 148, der zwar davon ausgeht, dass die Überwachung das Leistungsverhalten betrifft und insoweit mitbestimmungsfrei ist, diese Maßnahme gleichwohl ein bestimmtes Verhalten der Arbeitnehmer provoziert.

⁴²² BAG v. 12.8.1999 – 2 AZR 923/98 – NZA 2000, 421 (425).

⁴²³ BAG v. 26.3.1991 – 1 ABR 26/90 – NZA 1991, 729 (730); 18.11.1999 – 2 AZR 743/98 – NZA 2000, 418 (421) i. Zshg. m. d. Durchführung sog. Ehrlichkeitskontrollen; LAG Hamm v. 28.5.1986 – 12 TaBV 6/86 – BB 1986, 1575 (1575); LAG Hamm v. 1.7.2011 – 10 Sa 2223/10 – BeckRS 2011, 76547 unter I. 2. b) bb); Lingemann/Göpfert, DB 1997, 374 (374, 375); ErfK/Kania, § 87 Rn. 21; GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 201; H/W/G/N/R/H/Worzalla, § 87 Rn. 137, 141; Löwisch/Kaiser, § 87 Rn. 51; a.A. Fitting, § 87 Rn. 74; D/K/W/Klebe, § 87 Rn. 64; Maschmann, NZA 2002, 13 (19), der die beliebige Überwachung unbestimmter Arbeitnehmer ohne konkreten Tatverdacht der Mitbestimmung unterwerfen will.

⁴²⁴ BAG v. 26.3.1991 – 1 ABR 26/90 – NZA 1991, 729 (730); 18.11.1999 – 2 AZR 743/98 – NZA 2000, 418 (421) i. Zshg. m. der Durchführung sog. Ehrlichkeitskontrollen; ebenso Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 141, wonach der Überwachungsdruck bei der Überwachung durch Privatdetektive oder Schaltertests durch Drittunternehmen sich nur auf das Leistungsverhalten der Arbeitnehmer auswirkt.

⁴²⁵ BAG v. 26.3.1991 – 1 ABR 26/90 – NZA 1991, 729 (730); Deckers/Deckers, NZA 2004, 139 (141), erkennen eine Mitbestimmung des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bei der Durchführung von Testkäufen „unter keinem Gesichtspunkt“ an.

⁴²⁶ Deckers/Deckers, NZA 2004, 139 (141).

⁴²⁷ BAG v. 9.12.1980 – 1 ABR 1/78 – AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes unter B. I. 2.; 24.11.1981 – 1 ABR 108/79 – AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972

aus dem Umkehrschluss zu § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, wonach die vom Gesetzgeber gewollte Beschränkung der Mitbestimmung auf Fälle der Überwachung unter Anwendung technischer Einrichtungen ausgehebelt würde, wenn sämtliche Fälle der Überwachung ohne Zuhilfenahme technischer Einrichtungen unter den Tatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG fielen.⁴²⁸ Die Mitbestimmungsfreiheit ergibt sich auch aus einem Vergleich mit sog. Arbeitsablaufstudien. Wenn bereits bei diesen Arbeitsablaufstudien, bei denen der Prüfer mit einer Stoppuhr in der Hand unmittelbar neben dem Arbeitnehmer steht⁴²⁹, ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG verneint wird, weil es an einer Regelung des Ordnungsverhaltens fehlt, dann besteht erst Recht kein Mitbestimmungsrecht bei verdeckten Verhaltensbeobachtungen.

ee) Vereinbarkeit der „Überwachung“-Rechtsprechung mit der „Sicherheitswettbewerb“-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts

Der bei Kenntnis der Überprüfung erzeugte Überwachungsdruck auf die Arbeitnehmer kann zum faktischen Zwang führen, die vertraglich geschuldete Leistung sorgfältiger auszuführen.⁴³⁰ Mittelbar kann dies zu einer dauerhaften Änderung des Arbeitnehmerverhaltens führen. Vor diesem Hintergrund der mittelbaren Beeinflussung stellt sich die Frage, ob die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Mitbestimmungsfreiheit von Arbeitnehmerüberprüfungen durch Dritte mit seiner Sicherheitswettbewerb-Entscheidung⁴³¹ vereinbar ist.

(1) Hintergrund

Ordnung des Betriebes (m. Anm. Herschel) unter B. 1.; 23.10.1984 – 1 ABR 2/83 – NZA 1985, 224 (225).

⁴²⁸ BAG v. 23.10.1984 – 1 ABR 2/83 – NZA 1985, 224 (225); Deckers/Deckers, NZA 2004, 139 (140 f.).

⁴²⁹ Vgl. dazu BAG v. 8.11.1994 – 1 ABR 20/94 – AP Nr. 27 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung unter B. II.

⁴³⁰ Vgl. Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 138 m.w.N.

⁴³¹ BAG v. 24.3.1981 – 1 ABR 32/78 – AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG Arbeitssicherheit (m. Anm. Wiese/Starck).

In der Sicherheitswettbewerb-Entscheidung wird die Frage untersucht, ob die Einführung eines sog. Sicherheitswettbewerbs durch die Arbeitgeberin gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt.⁴³² Dieser Wettbewerb verfolgt das Ziel, u.a. die in den technischen Bereichen beschäftigten Arbeitnehmer durch Prämienzahlungen zu sicherheitsbewusstem Verhalten anzuregen. Das Bundesarbeitsgericht bejahte die Mitbestimmung mit dem Argument, dass das Zusammenleben im Betrieb nicht nur durch verbindliche Verhaltensregeln gestaltet werde, „sondern auch durch alle sonstigen Maßnahmen, durch die das Verhalten der Arbeitnehmer in Bezug auf diese betriebliche Ordnung berührt und beeinflusst wird“⁴³³. Mit der Gewährung von Prämien bei besonders sicherheitskonformem Verhalten der Arbeitnehmer und der Sanktionierung unerwünschter Verhaltensweisen, wie z. B. der Nichtanzeige eines Unfalls mit dem Prämienverlust, werde mittelbar auf ein bestimmtes Verhalten der Arbeitnehmer Einfluss genommen und somit das betriebliche Zusammenleben gestaltet.⁴³⁴ Diese mittelbare Form der Gestaltung des Zusammenlebens im Betrieb unterliege deshalb der Mitbestimmung des Betriebsrats.⁴³⁵ Nur so werde man dem Zweck des Mitbestimmungsrechts gerecht, eine gleichberechtigte Teilhabe der Arbeitnehmer an der Gestaltung des Zusammenlebens im Betrieb zu ermöglichen.⁴³⁶

(2) Vergleich

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Arbeitnehmerüberwachung und die „Sicherheitswettbewerb“-

⁴³² BAG v. 24.3.1981 – 1 ABR 32/78 – AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG Arbeitssicherheit (m. Anm. Wiese/Starck).

⁴³³ BAG v. 24.3.1981 – 1 ABR 32/78 – AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG Arbeitssicherheit (m. Anm. Wiese/Starck) unter II. 1. c).

⁴³⁴ BAG v. 24.3.1981 – 1 ABR 32/78 – AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG Arbeitssicherheit (m. Anm. Wiese/Starck) unter II. 1. d); Anm. Wiese/Starck zu BAG v. 24.3.1981 – 1 ABR 32/78 – AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG Arbeitssicherheit unter II. 2. b) bb).

⁴³⁵ BAG v. 24.3.1981 – 1 ABR 32/78 – AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG Arbeitssicherheit (m. Anm. Wiese/Starck) unter II. 1. d); Anm. Pfarr zu BAG v. 9.12.1980 – 1 ABR 1/78 – AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes unter II. 2.; Fitting, § 87 Rn. 68; GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 173, 186.

⁴³⁶ BAG v. 24.3.1981 – 1 ABR 32/78 – AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG Arbeitssicherheit (m. Anm. Wiese/Starck) unter II. 1. c) m.w.N.

Entscheidung unterscheiden sich darin, dass die Überprüfung durch Dritte das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten der Arbeitnehmer betrifft, während sich das durch die Prämienregelung des Sicherheitswettbewerbs beeinflusste Verhalten der Arbeitnehmer unmittelbar auf die betriebliche Ordnung auswirken soll.⁴³⁷ Der unter Umständen entstehende faktische Druck auf die Arbeitnehmer, sich infolge der Überprüfung vertragskonform zu verhalten, beeinflusst ebenfalls lediglich ihr Arbeitsverhalten.⁴³⁸

Darüber hinaus war mit der Überprüfung durch Dritte keine – auch nur mittelbare – Beeinflussung des Verhaltens der Beschäftigten beabsichtigt, sondern war sogar unerwünscht.⁴³⁹ Bei diesen Kontrollen sollte der Ist-Zustand der Arbeitsweise und das Normalverhalten der Arbeitnehmer festgestellt werden.⁴⁴⁰ Es war kein besonders herausragendes Ergebnis gewünscht, „sondern eine „schonungslose Bilanz“ des Zustandes, wie Dritte, d.h. Kunden ihn wahrnehmen.“⁴⁴¹ Eine Überwachung von Arbeitsabläufen durch Dritte, die nicht der Beeinflussung des Verhaltens der Arbeitnehmer dient, ist somit keine mitbestimmungspflichtige Maßnahme i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.⁴⁴²

Im Gegensatz dazu sollte in der „Sicherheitswettbewerb“-Entscheidung das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer bewusst und unmittelbar über monetäre Anreize beeinflusst werden. Die Rechtsprechung zu der mitbestimmungspflichtigen, bewussten Steuerung und Beeinflussung des Arbeitnehmersverhaltens steht somit nicht im Widerspruch zu der Mitbestimmungsfreiheit der Überprüfung des Arbeitnehmersverhaltens durch beauftragte Dritte nach der „Überwachung“-Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.

⁴³⁷ Vgl. Anm. Wiese/Starck zu BAG v. 24.3.1981 – 1 ABR 32/78 – AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG Arbeitssicherheit unter II. 2. b) bb).

⁴³⁸ Kock/Francke, NZA 2009, 646 (649).

⁴³⁹ Vgl. zu Arbeitsablaufstudien BAG v. 8.11.1994 – 1 ABR 20/94 – AP Nr. 27 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung unter B. II.

⁴⁴⁰ BAG v. 8.11.1994 – 1 ABR 20/94 – AP Nr. 27 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung unter B. II.; 18.4.2000 – 1 ABR 22/99 – NZA 2000, 1176 (1177).

⁴⁴¹ BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 22/99 – NZA 2000, 1176 (1177).

⁴⁴² BAG v. 8.11.1994 – 1 ABR 20/94 – AP Nr. 27 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung unter B. II.; W/P/K/Bender, § 87 Rn. 39.

b) Einsatz von Fremdfirmenbeschäftigten, §§ 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG

Arbeitsteiliges Wirtschaften gehört heute zur betrieblichen Realität.⁴⁴³ Für viele Unternehmen ist es bei gleichbleibender oder höherer Qualität günstiger, bestimmte Tätigkeiten oder Dienstleistungen außerhalb der eigenen Kernkompetenz von Dritten ausführen zu lassen.⁴⁴⁴ Zunehmend lassen Arbeitgeber deshalb auf Grundlage von Dienst- oder Werkverträgen Tätigkeiten durch Arbeitnehmer von Fremdfirmen innerhalb des eigenen Betriebs verrichten.⁴⁴⁵ Dies führt zu der Frage, wie sich der Einsatz von Fremdfirmenbeschäftigten auf die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats des Einsatzbetriebs auswirkt, insbesondere ob der Betriebsrat auch für die Fremdfirmenbeschäftigten Mitbestimmungsrechte gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BetrVG sowie § 99 BetrVG ausüben kann.⁴⁴⁶

Die Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte durch den Betriebsrat des Einsatzbetriebs für die Fremdfirmenbeschäftigten kann im Interesse der Stammebelegschaft liegen.⁴⁴⁷ Solange die von der Fremdfirma eingesetzten Arbeitnehmer jedoch nicht in den Einsatzbetrieb eingegliedert sind⁴⁴⁸, hat der Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht.⁴⁴⁹ In

⁴⁴³ Kittner, AuR 1998, 98 (99).

⁴⁴⁴ Kittner, AuR 1998, 98 (99).

⁴⁴⁵ BAG v. 22.10.1991 – 1 ABR 28/91 – NZA 1992, 376 (377); 5.3.1991 – 1 ABR 39/90 – NZA 1991, 686 (687); 9.7.1991 – 1 ABR 45/90 – NZA 1992, 275 (276); Karthaus/Klebe, NZA 2012, 417 (418), die Werkverträge als „Substitut der reregulierten Leiharbeit“ bezeichnen, die zur Aufspaltung von Stamm- und Randbelegschaften und somit zu „Parallelbelegschaften“ führen.

⁴⁴⁶ Die Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG soll nicht Gegenstand der Bearbeitung sein.

⁴⁴⁷ So Karthaus/Klebe, NZA 2012, 417 (424).

⁴⁴⁸ In der Praxis wird es regelmäßig nicht vorgesehen sein, Fremdfirmenbeschäftigte dauerhaft in die Stammebelegschaft aufzunehmen, Kreuder, AuR 1993, 316 (317).

⁴⁴⁹ Dann kommt das Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG in Betracht. Vgl. BAG v. 1.12.1992 – 1 ABR 30/92 – BeckRS 1992, 30743366 unter B. II. 1.; 18.10.1994 – 1 ABR 9/94 – NZA 1995, 281 (282); Kittner, AuR 1998, 98 (101); GK-BetrVG/*Wiese/Gutzeit*, § 87 Rn. 301; a.A. Karthaus/Klebe, NZA 2012, 417 (424, 425), die sich für ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats des Einsatzbetriebes jedenfalls für die schutzlosen Beschäftigte eines betriebsratslosen Unternehmens aussprechen und die Wahrnehmung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats des Werkunternehmens für oft unrealistisch halten. Schließlich habe das Bundesarbeitsgericht auch ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats des

Bezug auf diese Fremdfirmenbeschäftigten kann somit nur der Betriebsrat des Entsendebetriebs ein Mitbestimmungsrecht ausüben.⁴⁵⁰ Dies ergibt sich aus dem fehlenden erforderlichen Mandat für die Vertretung der Fremdfirmenbeschäftigten, weshalb der Betriebsrat des Einsatzbetriebs nicht mit deren Arbeitgeber verhandeln kann.⁴⁵¹ Spiegelbildlich dazu haben Fremdfirmenbeschäftigte auch keinen Einfluss auf die Errichtung eines im Einsatzbetrieb fehlenden Betriebsrats.⁴⁵² Der Arbeitgeber des Entsendebetriebs kann allenfalls versuchen, eine mit seinem Betriebsrat abgestimmte Vertragsgestaltung bei seinem Vertragspartner zu erzielen.⁴⁵³

Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats des Einsatzbetriebs soll dann ausgeübt werden können, wenn die Arbeitnehmer der Fremdfirma derart in den Betrieb eingegliedert sind, dass sich ihre Eingliederung auf die Lage der Arbeitszeit der eigenen Belegschaft auswirkt, z.B. wenn der Arbeitseinsatz beider Gruppen einer Koordination bedarf und das Direktionsrecht trotz formaler Zuordnung zum Vertragsarbeitgeber tatsächlich vom Arbeitgeber des Einsatzbetriebes ausgeübt wird.⁴⁵⁴ Das Gleiche gilt auch bei Umgehungs- und Missbrauchstatbeständen, wenn der Fremdfirmeneinsatz als legal erscheinendes Instrument funktionswidrig eingesetzt wird, um bewusst Mitbestimmungsrechte des

Einsatzbetriebs gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BetrVG für Leiharbeitnehmer bejaht, um eine ansonsten entstehende betriebsverfassungsrechtliche Lücke zu schließen.

⁴⁵⁰ BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556 (557 f.); Karthaus/Klebe, NZA 2012, 417 (423); a.A. D/K/W/Klebe, § 87 Rn. 12.

⁴⁵¹ Vgl. BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556 (558); Kittner, AuR 1998, 98 (101); Leisten, BB 1992, 266 (270); GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 301.

⁴⁵² BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556 (558); Kittner, AuR 1998, 98 (101); Leisten, BB 1992, 266 (270).

⁴⁵³ Von der Durchsetzung einer solchen Vertragsgestaltung spricht das BAG v. 16.6.1998 – 1 ABR 67/97 – NZA 1998, 1185 (1186 f.); 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556 (558); Fitting, § 87 Rn. 250; a.A. D/K/W/Klebe, § 87 Rn. 12, der die Praktikabilität dieses Vorgehens in der Praxis in Frage stellt und sich für die Erstreckung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats des Einsatzbetriebs gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1, 6, 7, 8 und 9 BetrVG auf die Fremdfirmenbeschäftigten ausspricht. Eine Doppelzuständigkeit der in beiden Betrieben gewählten Betriebsräte wird dabei in Kauf genommen. Eine solche Doppelzuständigkeit ist dem Betriebsverfassungsgesetz nicht zu entnehmen und deshalb abzulehnen.

⁴⁵⁴ LAG Hessen v. 24.10.1989 – 5 TaBVGa 155/89 – BeckRS 1989 30447643 unter II. 2.; Walle, NZA 1999, 518 (520); D/K/W/Klebe, § 87 Rn. 11; GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 301.

Betriebsrats zu umgehen.⁴⁵⁵ Dies kann der Fall sein, wenn die Selbständigkeit der Fremdfirma nur vorgeschoben wird, weil diese in Wahrheit keinen eigenen Betrieb besitzt und keine eigenen Arbeitnehmer beschäftigt.⁴⁵⁶ Der vermeintliche „Vertragspartner“ würde dann vom Arbeitgeber als Strohmännchen eingesetzt, um eine Einigung mit dem Betriebsrat, z.B. über eine Überstundenanordnung, zu umgehen. Die in Frage stehenden Tätigkeiten ließe der Arbeitgeber durch die zuvor von der „Fremdfirma“ als Teilzeitbeschäftigte unter Vertrag genommenen Beschäftigten des Arbeitgebers auf dessen Maschinen ausführen.

Bei einer derartigen Fallgestaltung liegt kein Fremdfirmeneinsatz im eigentlichen Sinne vor, sondern eine Konstruktion zur rechtsmissbräuchlichen Umgehung zwingender Normen der Mitbestimmung.⁴⁵⁷ Bei solchen funktionswidrigen Rechtsgeschäften⁴⁵⁸ ist ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats des Einsatzbetriebs zu bejahen. Der Arbeitgeber muss sich demnach so behandeln lassen, als hätte er die Überstunden selbst angeordnet und keine Drittfirma mit der Ausführung der Arbeiten beauftragt.⁴⁵⁹

c) Fremdfirmenbeschäftigte und Arbeitssicherheit, § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG

Arbeitssicherheit ist für die Beschäftigten einer Fremdfirma ebenso relevant wie für die eigene Belegschaft. Fraglich ist, ob der Betriebsrat des Einsatzbetriebs auch für die Fremdfirmenbeschäftigten Regelungen zum Arbeits- und Gesundheitsschutz treffen darf. Dies könnte mit dem Argument bejaht werden, dass man unterschiedliche Regelungen zum Arbeitsschutz für nebeneinander arbeitende Stammbeschäftigte und Fremdfirmenarbeitnehmer nicht zulassen kann, was sich für die

⁴⁵⁵ BAG v. 22.10.1991 – 1 ABR 28/91 – NZA 1992, 376 (377); 25.2.1997 – 1 ABR 69/96 – NZA 1997, 955 (956); Leisten, BB 1992, 266 (270); D/K/W/Klebe, § 87 Rn. 10 m.w.N.; GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 301; Richardi/Richardi, § 87 Rn. 352.

⁴⁵⁶ Vgl. BAG v. 22.10.1991 – 1 ABR 28/91 – NZA 1992, 376 (377).

⁴⁵⁷ So entschieden in BAG v. 22.10.1991 – 1 ABR 28/91 – NZA 1992, 376 (377).

⁴⁵⁸ Wiese, NZA 2003, 1113 (1114).

⁴⁵⁹ Vgl. BAG v. 22.10.1991 – 1 ABR 28/91 – NZA 1992, 376 (378); 25.2.1997 – 1 ABR 69/96 – NZA 1997, 955 (956).

Arbeitnehmerüberlassung aus § 12 Abs. 2 ArbSchG ergibt.⁴⁶⁰ Demnach trifft den Entleiher die Pflicht zur Unterweisung der Leiharbeiter über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit.

Die Mitbestimmung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG dient auch dem Schutz von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb.⁴⁶¹ Gegen eine Mitbestimmung des Betriebsrats des Einsatzbetriebs für Fremdfirmenbeschäftigte nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG spricht jedoch § 8 Abs. 2 ArbSchG.⁴⁶² Beschäftigt der Arbeitgeber demnach Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers in seinem Betrieb, muss er sich vergewissern, dass diese Arbeitnehmer hinsichtlich der Gefahren für ihre Sicherheit und Gesundheit während ihres Einsatzes angemessene Anweisungen erhalten haben. Bei Fremdarbeitnehmern obliegt die angemessene Anweisung ihrem Arbeitgeber, bei Leiharbeitern dagegen gemäß dem spezielleren § 11 Abs. 6 AÜG dem Entleiher.⁴⁶³

Die Rechtspflicht des Arbeitgebers nach § 8 Abs. 2 ArbSchG ist somit aufgrund des Bestehens dieser gesetzlichen Regelung i.S.d. § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG mitbestimmungsfrei.⁴⁶⁴ Durch den Ausschluss des Mitbestimmungsrechts beim Gesundheitsschutz wird zum Ausdruck gebracht, dass der Betriebsrat nur insoweit ein Mitbestimmungsrecht hat wie die Regelungsmacht des Arbeitgebers reicht.⁴⁶⁵ Darüber hinaus grenzt § 8 Abs. 2 ArbSchG die Regelungsbefugnis der Betriebspartner „nach oben“ ein.⁴⁶⁶ Dem Aufgabenkreis des Betriebsrats wird dadurch

⁴⁶⁰ So Karthaus/Klebe, NZA 2012, 417 (425), die eine Doppelzuständigkeit des Betriebsrats auch bei § 87 Abs. 1 Nr. 1, 6 und 7 BetrVG unter Verweis auf die Rechtsprechung zu § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG (die vom Betriebsrat des Stammbetriebs getroffene Regelung über die Öffnungszeiten der Sozialeinrichtung kann unter Beachtung der betrieblichen Belange durch die Regelung der Betriebsparteien der Sozialeinrichtung zu § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG modifiziert werden) als nicht ungewöhnlich bezeichnen. Sie übertragen die Rechtsprechung auf den hier diskutierten Fall und kommen zu dem Ergebnis, dass die vom Betriebsrat des Einsatzbetriebs getroffene Vereinbarung prinzipiell vom Betriebsrat des Entsendebetriebs für die entsendeten Arbeitnehmer modifiziert werden kann; Bauschke, NZA 2000, 1201 (1206).

⁴⁶¹ Statt aller GK-BetrVG/*Gutzeit*, § 87 Rn. 636 m.w.N.

⁴⁶² Statt aller GK-BetrVG/*Gutzeit*, § 87 Rn. 612 m.w.N.

⁴⁶³ Vgl. GK-BetrVG/*Gutzeit*, § 87 Rn. 636 m.w.N.

⁴⁶⁴ Statt aller GK-BetrVG/*Gutzeit*, § 87 Rn. 636 m.w.N.

⁴⁶⁵ BAG v. 26.5.1988 – 1 ABR 9/87 – NZA 1988, 811 (813).

⁴⁶⁶ BAG v. 26.5.1988 – 1 ABR 9/87 – NZA 1988, 811 (813).

das Etablieren eines höheren Gesundheitsschutzes als dies durch öffentlich-rechtliche Vorschriften gewährleistet ist, entzogen.⁴⁶⁷ Der Betriebsrat soll jedoch dann mitbestimmen können, wenn durch den Einsatz der Fremdfirmenbeschäftigten die Arbeitssicherheit im eigenen Betrieb betroffen ist und dadurch die Organisation des Arbeits- und Gesundheitsschutzes einer Änderung bedarf.⁴⁶⁸

Auch im umgekehrten Fall, wenn der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer in den Betrieb eines Dritten entsendet, damit sie dort ihre Tätigkeiten verrichten, spielen Gesundheitsschutz und Arbeitssicherheit eine wesentliche Rolle. Entsendet z.B. der Arbeitgeber eines Bewachungsunternehmens Wachpersonal auf das Grundstück des bewachten Unternehmens, steht dem Betriebsrat ein Zugangsrecht bei dem Kunden zu, um zu überwachen, ob Schutzvorschriften i.S.d. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG für die eigene Belegschaft eingehalten werden.⁴⁶⁹ Gegenstand des Schutzauftrags⁴⁷⁰ aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist der Arbeitsschutz.⁴⁷¹ Deshalb ist ein vom Arbeitgeber gegenüber dem Betriebsrat ausgesprochenes Zutrittsverbot zum fremden Betrieb aufgrund vertraglicher Regelungen mit dem Dritten mangels Disponibilität der Mitbestimmungsrechte in Verträgen mit Dritten unbeachtlich.⁴⁷²

Über die Betriebsgrenze hinaus fehlt es dem Betriebsrat jedoch an Mitwirkungsbefugnissen.⁴⁷³ Der Arbeitgeber des Einsatzbetriebs ist nicht verpflichtet, den Betriebsratsmitgliedern des einsetzenden Betriebs jederzeit und anlassunabhängig Zutritt zu seinem Betrieb zu gewähren.⁴⁷⁴ Ein vom Inhaber des Einsatzbetriebs ausgesprochenes Zugangsverbot zum bewachten Gelände oder Gebäude ist vom Betriebsrat folglich zu

⁴⁶⁷ BAG v. 26.5.1988 – 1 ABR 9/87 – NZA 1988, 811 (813).

⁴⁶⁸ Kreuder, AuR 1993, 316 (324).

⁴⁶⁹ BAG v. 13.6.1989 – 1 ABR 4/88 – NZA 1989, 934 (935).

⁴⁷⁰ So GK-BetrVG/Weber, § 80 Rn. 1.

⁴⁷¹ GK-BetrVG/Weber, § 80 Rn. 11.

⁴⁷² BAG v. 13.6.1989 – 1 ABR 4/88 – NZA 1989, 934 (935).

⁴⁷³ BAG v. 15.10.2014 – 7 ABR 74/12 – NZA 2015, 560 (563).

⁴⁷⁴ BAG v. 15.10.2014 – 7 ABR 74/12 – NZA 2015, 560 (562).

beachten.⁴⁷⁵ Die Verweigerung des Zutritts stellt keine Behinderung der Betriebsratstätigkeit i.S.d. § 78 S. 1 BetrVG dar.⁴⁷⁶ Dem Betriebsrat steht es jedoch frei, selbst eine Zutrittsberechtigung vom Auftraggeber zu erwirken.⁴⁷⁷

d) Auftragsdatenverarbeitung durch Dritte, §§ 80 Abs. 2, 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Bei der Ausgliederung von Tätigkeitsfeldern auf externe Dritte im Rahmen der sog. Auftragsdatenverarbeitung spielt der Umfang der Mitbestimmungsrechte gemäß §§ 80 Abs. 2, 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG insbesondere dann eine Rolle, wenn der Arbeitgeber die Abwicklung der Auszahlung von Arbeitsentgelten auf rechtlich selbständige Dienstleister überträgt und es sich bei dem eingesetzten Datenverarbeitungssystem um eine technische Einrichtung handelt.⁴⁷⁸

Gemäß § 80 Abs. 2 BetrVG obliegt es dem Arbeitgeber, den Betriebsrat rechtzeitig und umfassend über die Auftragsdatenverarbeitung zu unterrichten und mit dem Betriebsrat eine Einigung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zu erzielen, sofern er weiterhin datenschutzrechtlich verantwortlich bleibt.⁴⁷⁹ Datenschutzrechtlich verantwortlich ist gemäß Art. 4 Nr. 7 DSGVO jede natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet. Mit der Datenverarbeitung durch fremde Dienstleister kann eine besondere Gefahr für das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer einhergehen.⁴⁸⁰ Gemäß Art. 4 Nr. 8 DSGVO gilt als Auftragsverarbeiter jede natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag

⁴⁷⁵ BAG v. 13.6.1989 – 1 ABR 4/88 – NZA 1989, 934 (935); Wiese, NZA 2003, 1113 (1118).

⁴⁷⁶ BAG v. 15.10.2014 – 7 ABR 74/12 – NZA 2015, 560 (562).

⁴⁷⁷ BAG v. 13.6.1989 – 1 ABR 4/88 – NZA 1989, 934 (935).

⁴⁷⁸ HK-ArbR/*Wohlgemuth/Hilbrans*, BDSG, § 11 Rn. 4.

⁴⁷⁹ BAG v. 17.3.1987 – 1 ABR 59/85 – NZA 1987, 747 (749); LAG Frankfurt v. 9.10.1984 – 5 Ta BV 104/84 – NZA 1985, 34 (35); Kittner, NZA 1998, 98 (102); Wiese, NZA 2003, 1113 (1115).

⁴⁸⁰ BAG v. 17.3.1987 – 1 ABR 59/85 – NZA 1987, 747 (749).

des Verantwortlichen verarbeitet. Aufgrund der Gefahren, die damit einhergehen, ist die Auftragsdatenverarbeitung durch beauftragte Dritte nur in dem Umfang zulässig, wie sie bei der Ausführung durch den Arbeitgeber selbst zulässig gewesen wäre.⁴⁸¹

Die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des Arbeitgebers entfällt nicht bereits infolge der Beauftragung Dritter mit der Lohn- und Gehaltsabrechnung.⁴⁸² Vielmehr bleibt der Arbeitgeber auch in diesem Fall als „Herr der personenbezogenen Daten seiner Arbeitnehmer“⁴⁸³ und Auftraggeber der Verarbeitung für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen verantwortlich.⁴⁸⁴ Werden personenbezogene Daten der Arbeitnehmer auf Weisung des Arbeitgebers verarbeitet, ist der Arbeitgeber tatsächlich in der Lage, gemäß § 80 Abs. 2 BetrVG über Art und Umfang der Datenverarbeitung durch den beauftragten Dritten Auskunft zu erteilen und gegenüber dem Dritten bezüglich solcher Auskünfte auch berechtigt.⁴⁸⁵ Der Inhalt solcher Details der Datenverarbeitung stellt keine vertrauliche, Dritten unzugängliche, Information des Auftragsnehmers dar, sondern ist als eigene Information des Arbeitgebers anzusehen.⁴⁸⁶

In diesem Fall der andauernden datenschutzrechtlichen Verantwortung des Arbeitgebers führt die Übertragung der Datenverarbeitung auf Dritte im Allgemeinen nicht zur Verkürzung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.⁴⁸⁷ Datenverarbeitungssysteme erfüllen die Tatbestandsmerkmale von § 87

⁴⁸¹ BAG v. 17.3.1987 – 1 ABR 59/85 – NZA 1987, 747 (749).

⁴⁸² Noch zur alten Rechtslage: BAG v. 17.3.1987 – 1 ABR 59/85 – NZA 1987, 747 (749); Linnenkohl, NJW 1981, 202 (203); Wiese, NZA 2003, 1113 (1115); Simitis/Seifert, § 32 Rn. 113. Die Informationspflicht soll es dem Betriebsrat ermöglichen, gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG darüber zu wachen, dass die Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes vom Arbeitgeber eingehalten werden.

⁴⁸³ BAG v. 17.3.1987 – 1 ABR 59/85 – NZA 1987, 747 (749).

⁴⁸⁴ Noch zur alten Rechtslage BAG v. 17.3.1987 – 1 ABR 59/85 – NZA 1987, 747 (749 f.); Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman/Petri, DSGVO Art. 28 Rn. 1.

⁴⁸⁵ BAG v. 17.3.1987 – 1 ABR 59/85 – NZA 1987, 747 (749), spricht vom „eigenen Wissen“ des Arbeitgebers.

⁴⁸⁶ BAG v. 17.3.1987 – 1 ABR 59/85 – NZA 1987, 747 (749).

⁴⁸⁷ BAG v. 17.3.1987 – 1 ABR 59/85 – NZA 1987, 747 (749 f.); LAG Frankfurt v. 9.10.1984 – 5 Ta BV 104/84 – NZA 1985, 34 (35); Kittner, NZA 1998, 98 (102); Wiese, NZA 2003, 1113 (1115); Fitting, § 87 Rn. 250.

Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, wenn sie personenbezogene Daten der Arbeitnehmer programmgemäß zur Erarbeitung von Aussagen über das Arbeits- bzw. Leistungsverhalten der Arbeitnehmer nutzen.⁴⁸⁸ Dabei besteht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats jedoch nur so weit wie das Programm die Verwertung von Leistungs- oder verhaltensbezogener Daten der Arbeitnehmer ermöglicht.⁴⁸⁹ Ein technisches System, wie das Programm zur Abrechnung des Arbeitsentgelts, verarbeitet regelmäßig andere Daten als solche über das Verhalten und die Leistung der Arbeitnehmer und unterliegt somit grundsätzlich nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.⁴⁹⁰

e) Betrieb einer Sozialeinrichtung durch Dritte, § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG

Drittbeziehungen im Zusammenhang mit Sozialeinrichtungen i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG können entstehen, wenn sie von außenstehenden Dritten betrieben werden.⁴⁹¹ Eine Sozialeinrichtung ist eine vom Arbeitgeber errichtete Institution, die den Arbeitnehmern und ihren Angehörigen über das geschuldete Arbeitsentgelt hinausgehende soziale Vorteile gewährt und dies auch Zweck der Einrichtung ist.⁴⁹² Dieser Vorteil darf deshalb keine Gegenleistung für geschuldete oder erbrachte Arbeitsleistung darstellen.⁴⁹³ Das Mitbestimmungsrecht betrifft gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG die Form, Ausgestaltung und die Verwaltung der Sozialeinrichtung.⁴⁹⁴

aa) Form der Sozialeinrichtung

⁴⁸⁸ BAG v. 14.9.1984 – 1 ABR 23/82 – NZA 1985, 28 (29); 11.3.1986 – 1 ABR 12/84 – NZA 1986, 526 (526 f.); KasselerHdbArbeitsR/Lorenz, Ziff. 2.10 Rn. 654.

⁴⁸⁹ BAG v. 26.6.1994 – 1 ABR 6/94 – NZA 1995, 185 (187); GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 556 m.w.N.; H/W/G/N/R/H/Worzalla, § 87 Rn. 374.

⁴⁹⁰ H/W/G/N/R/H/Worzalla, § 87 Rn. 374; GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 570.

⁴⁹¹ Vgl. Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 109; Wiese, NZA 2003, 1113 (1115).

⁴⁹² ErfK/Kania, § 87 Rn. 69; Fitting, § 87 Rn. 335; MünchHdbArbR2009/Matthes, § 249 Rn. 6.

⁴⁹³ BAG v. 11.7.2000 – 1 AZR 551/99 – NZA 2001, 462 (463); 10.2.2009 – 1 ABR 94/07 – NZA 2009, 562 (564).

⁴⁹⁴ Dabei steht § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG als Sondertatbestand gegenüber, vgl. dazu BAG v. 11.7.2000 – 1 AZR 551/99 – NZA 2001, 462 (463); 10.2.2009 – 1 ABR 94/07 – NZA 2009, 562 (564); Fitting, § 87 Rn. 332.

Zur mitbestimmungspflichtigen Entscheidung betreffend die Form der Einrichtung gehört die Frage nach der Selbständigkeit oder Unselbständigkeit der Sozialeinrichtung, ob die Einrichtung von einem selbständigen Dritten betrieben werden soll, z.B. durch einen Pächter oder ein Automatenunternehmen, das die Arbeitnehmer mit Speisen und Getränken versorgt, sowie der Abschluss, die Änderung und Kündigung solcher Pachtverträge.⁴⁹⁵ Der Arbeitgeber bleibt dabei Rechtsträger der Einrichtung⁴⁹⁶ und vollzieht die Entscheidungen⁴⁹⁷.

Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bestehen bei der Verpachtung der Sozialeinrichtung nur gegenüber dem Arbeitgeber und nur in dem Umfang, wie dem Arbeitgeber selbst Rechte gegenüber dem Pächter geltend machen kann.⁴⁹⁸ Seine Befugnisse darf der Arbeitgeber gegenüber dem Pächter nur in Übereinstimmung mit dem Betriebsrat ausüben.⁴⁹⁹ Schließt der Arbeitgeber ohne die vorherige Zustimmung des Betriebsrats einen Pachtvertrag ab, richtet sich die Rechtsfolge danach, ob der Arbeitgeber den Vertrag ausdrücklich unter den Vorbehalt der Einigung gestellt hat oder nicht.⁵⁰⁰ In der erstgenannten Variante bestehen keine Ersatzansprüche des Dritten gegen den Arbeitgeber, weil der Vertrag mangels Eintritts der aufschiebenden Bedingung i.S.d. § 158 Abs. 1 BGB nicht wirksam geworden ist.⁵⁰¹ Bei der zweiten Variante ist der Vertrag mit dem Dritten rechtswirksam zustande gekommen.⁵⁰² Das

⁴⁹⁵ Gumpert, BB 1987, 968 (969); Moll, S. 107; Fitting, § 87 Rn. 358; Richardi/Richardi, § 87 Rn. 656 f.; die Entscheidung über die Verpachtung betrifft die Form, die Bestimmung der Pachtbedingungen betrifft die Ausgestaltung und die Kündigung des Pachtverhältnisses die Verwaltung der Sozialeinrichtung, vgl. Fitting, § 87 Rn. 367.

⁴⁹⁶ Fitting, § 87 Rn. 358; a. A. H/W/G/N/R/H/Worzalla, § 87 Rn. 478, der dadurch die Rechtsträgerschaft des Arbeitgebers nicht berührt sieht und diese Frage der Verwaltung zuordnet.

⁴⁹⁷ GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 749 ff., 751.

⁴⁹⁸ BAG v. 18.7.1978 – 1 ABR 20/75 – AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 (Werkmietwohnungen unter II. 2. b); Moll, S. 116 f.; ErfK/Kania, § 87 Rn. 79; GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 775; Löwisch/Kaiser, § 87 Rn. 192; Richardi/Richardi, § 87 Rn. 685.

⁴⁹⁹ BAG v. 18.7.1978 – 1 ABR 20/75 – AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 (Werkmietwohnungen unter II. 2. b); Fitting, § 87 Rn. 367; GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 775; H/W/G/N/R/H/Worzalla, § 87 Rn. 478 f.

⁵⁰⁰ Gumpert, BB 1978, 968 (971).

⁵⁰¹ Gumpert, BB 1978, 968 (971).

⁵⁰² Gumpert, BB 1978, 968 (971); GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 752.

missachtete Mitbestimmungsrecht hat keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts.⁵⁰³

Die Beteiligung des Betriebsrats bei der Verpachtung einer Sozialeinrichtung ist wie bei anderen Rechtsgeschäften mit Dritten nur im Innenverhältnis Wirksamkeitsvoraussetzung. Der Betriebsrat kann vom Arbeitgeber jedoch die Beseitigung und Unterlassung des betriebsverfassungswidrigen Zustands gemäß § 23 Abs. 1 BetrVG bzw. aus dem allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruch verlangen.⁵⁰⁴ Ist der Arbeitgeber wegen der fehlenden Zustimmung des Betriebsrats von Anfang an außer Stande, seine Verpflichtung gegenüber dem Vertragspartner zu erfüllen und die Maßnahme umzusetzen, könnte er von seinem Vertragspartner auf Schadensersatz wegen anfänglicher subjektiver Unmöglichkeit gemäß § 311 a Abs. 2 S. 1 BGB in Anspruch genommen werden.⁵⁰⁵

bb) Verwaltung einer unselbständigen Sozialeinrichtung

Dritte können zudem im Rahmen der Verwaltung der Sozialeinrichtung, wie z.B. der Anschaffung von Gegenständen oder der Einstellung von Personal, herangezogen werden. Eine solche Verwaltung erfasst neben der Aufstellung genereller Regeln auch die tatsächliche Verwaltung mit allen dazu gehörenden Einzelmaßnahmen.⁵⁰⁶ Zu differenzieren ist zwischen der Mitbestimmung bei der Verwaltung einer juristisch unselbständigen, vom Arbeitgeber selbst betriebenen⁵⁰⁷ und einer selbständigen, d.h. von einer dritten juristischen Person betriebenen Sozialeinrichtung⁵⁰⁸.

⁵⁰³ Moll, S. 116 f.; Gumpert, BB 1978, 968 (971); GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 752; Richardi/Richardi, § 87 Rn. 685.

⁵⁰⁴ GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 752; GK-BetrVG/Oetker, § 23 Rn. 183.

⁵⁰⁵ H/W/G/N/R/H/Worzalla, § 87 Rn. 119 f.; GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 752.

⁵⁰⁶ BAG v. 6.12.1963 – 1 ABR 9/63 – NJW 1964, 515 (516); Jahnke, ZfA 1980, 863 (894).

⁵⁰⁷ Vgl. GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 748, 771 ff.

⁵⁰⁸ Vgl. GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 749, 776 ff.

Das Mitbestimmungsrecht bei der Verwaltung unselbständiger Sozialeinrichtungen besteht gegenüber dem Arbeitgeber vollumfänglich und ist praktisch so auszugestalten, dass der Betriebsrat seinen Einfluss gleichberechtigt ausüben kann.⁵⁰⁹ In der Gestaltung von Verträgen mit Dritten ist der Arbeitgeber frei.⁵¹⁰ Unter Verletzung der Mitbestimmungsrechte abgeschlossene Rechtsgeschäfte sind wirksam und begründen allenfalls einen Schadensersatzanspruch des Dritten gegen den Arbeitgeber wegen subjektiver Unmöglichkeit.⁵¹¹ Aufgrund der Unwirksamkeit der Maßnahme im Innenverhältnis, ist es für den Arbeitgeber allerdings oft unmöglich, diese wie geplant im Betrieb umzusetzen, z.B. einen erworbenen Gegenstand zuzuweisen.⁵¹² Der Einwand der Unwirksamkeit einer Maßnahme durch den Betriebsrat kann wegen Rechtsmissbrauchs gemäß § 2 Abs. 1 BetrVG, § 242 BGB ausgeschlossen sein, wenn der angeschaffte Gegenstand ohnehin hätte erworben werden müssen.⁵¹³

cc) Verwaltung einer selbständigen Sozialeinrichtung

Differenzierter gestaltet sich die Ausübung des Mitbestimmungsrechts bei Drittbeziehungen des Arbeitgebers im Rahmen der Verwaltung selbständiger Sozialeinrichtungen. Die Durchführung der Mitbestimmung hängt davon ab, ob der Verwirklichung des Mitbestimmungsrechts die verbandsrechtliche bzw. organschaftliche Lösung⁵¹⁴ oder die zweistufige Lösung⁵¹⁵ zugrunde gelegt wird.⁵¹⁶

⁵⁰⁹ Wiese, NZA 2003, 1113 (1115); GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 771.

⁵¹⁰ Wiese, NZA 2003, 1113 (1115 f.); GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 775.

⁵¹¹ V. Hoyningen-Huene, DB 1987, 1426 (1431); Wiese, NZA 2003, 1113 (1116); GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 752, 766.

⁵¹² Wiese, NZA 2003, 1113 (1116); GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 766.

⁵¹³ GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 767.

⁵¹⁴ Vgl. dazu BAG v. 8.12.1981 – 3 AZR 518/80 – NJW 1982, 1773 (1773); 11.12.2001 – 3 AZR 512/00 – NZA 2003, 1414 (1416); GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 780 ff. m.w.N.

⁵¹⁵ Vgl. dazu BAG v. 8.12.1981 – 3 AZR 518/80 – NJW 1982, 1773 (1773); 11.12.2001 – 3 AZR 512/00 – NZA 2003, 1414 (1416); GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 778 f. m.w.N.

⁵¹⁶ Kritisch dazu Gumpert, BB 1978, 968 (969).

Bei der organschaftlichen Mitbestimmung wird das Mitbestimmungsrecht in den Organen der selbständigen Sozialeinrichtung ausgeübt.⁵¹⁷ Dabei entsenden die Betriebspartner Vertreter in die Entscheidungsgremien der juristischen Person, was zu einer paritätischen Besetzung führt, und sichern somit den Einfluss des Betriebsrats in mitbestimmungspflichtigen Fragen der Verwaltung dieser Sozialeinrichtung.⁵¹⁸ Entscheidungen in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten treffen die zuständigen Organe somit allein. Ihr Handeln – als Vertreter der Betriebspartner – wird diesen jedoch zugerechnet.⁵¹⁹ Die Entscheidung zur Durchführung dieser Lösung unterliegt ihrerseits der Mitbestimmung des Betriebsrats.⁵²⁰

Im Rahmen der zweistufigen Lösung einigen sich Arbeitgeber und Betriebsrat in der ersten Stufe über die Verwaltungsmaßnahme. In der zweiten Stufe setzt der Arbeitgeber die getroffene Regelung gegenüber der juristischen Person durch.⁵²¹ Hierfür hat der Arbeitgeber den erforderlichen Einfluss zu sichern und auszuschöpfen.⁵²² Denn zur Umsetzung der vereinbarten Regelung ist der Arbeitgeber betriebsverfassungsrechtlich verpflichtet.⁵²³ Die Durchführung der Mitbestimmung erfolgt regelmäßig in der zweistufigen Form der Mitbestimmung, wenn die Betriebspartner keine andere Regelung zur Durchführung der Mitbestimmung vereinbart haben.⁵²⁴ Adressat der Mitbestimmung ist auch hier allein der Arbeitgeber, nicht dagegen Dritte oder die Sozialeinrichtung.⁵²⁵ Ausnahmsweise übt der Betriebsrat seine

⁵¹⁷ BAG v. 13.7.1978 – 3 ABR 108/77 – NJW 1979, 2534 (2536), wodurch sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats „einfacher und praktikabler“ verwirklichen lässt; Siebert, BB 1953, 833 (835).

⁵¹⁸ BAG v. 13.7.1978 – 3 ABR 108/77 – NJW 1979, 2534 (2536); Fitting, § 87 Rn. 372; GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 776, 780.

⁵¹⁹ BAG v. 13.7.1978 – 3 ABR 108/77 – NJW 1979, 2534 (2536); GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 780.

⁵²⁰ Fitting, § 87 Rn. 372; GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 776; Richardi/Richardi, § 87 Rn. 679.

⁵²¹ BAG v. 13.7.1978 – 3 ABR 108/77 – NJW 1979, 2534 (2536); GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 776, 778.

⁵²² BAG v. 13.7.1978 – 3 ABR 108/77 – NJW 1979, 2534 (2536); Fitting, § 87 Rn. 371.

⁵²³ Wiese, NZA 2003, 1113 (1116); GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 778.

⁵²⁴ BAG v. 13.7.1978 – 3 ABR 108/77 – NJW 1979, 2534 (2536); D/K/W/Klebe, § 87 Rn. 275; Fitting, § 87 Rn. 371; GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 778.

⁵²⁵ BAG v. 13.7.1978 – 3 ABR 108/77 – NJW 1979, 2534 (2536); Gumpert, BB 1978, 968 (969); Peters, DB 1968, 1712 (1712 f.); Fitting, § 87 Rn. 371.

belegschaftsbezogenen⁵²⁶ Mitbestimmungsrechte auch für Dritte aus, wie z.B. gelegentliche Gäste, wenn die Sozialeinrichtung auch für Außenstehende⁵²⁷ geöffnet wird.⁵²⁸

Schließt die rechtlich selbständige Sozialeinrichtung ein Rechtsgeschäft mit Dritten ohne die dafür erforderliche Einigung der Betriebspartner ab, ist fraglich, ob dieses Rechtsgeschäft wegen Verletzung des Mitbestimmungsrechts wirksam ist.⁵²⁹ Dies ist zu verneinen, wenn es sich bei der Sozialeinrichtung um „ein juristisches Werkzeug des Arbeitgebers“⁵³⁰ handelt, wovon die Arbeitnehmer unmittelbar betroffen sind.⁵³¹ Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats stellen die Grenze der rechtlichen Selbständigkeit der Sozialeinrichtung dar.⁵³² Das Handeln der rechtlich selbständigen Sozialeinrichtung ist deshalb mit dem Handeln des Arbeitgebers gleichzusetzen, sodass mitbestimmungswidriges Verhalten, wie bei Maßnahmen im eigenen Betrieb, zur Unwirksamkeit der Maßnahme führt.⁵³³ Diese Rechtsfolge erstreckt sich jedoch nur auf das Innenverhältnis zwischen Betriebsrat, Arbeitgeber und Sozialeinrichtung.⁵³⁴ Die rechtliche Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts im Außenverhältnis zu Dritten bleibt dagegen von der Unwirksamkeitsfolge unberührt.⁵³⁵

dd) Sonderfall: Stiftungen

⁵²⁶ BAG v. 10.2.2009 – 1 ABR 94/07 – NZA 2009, 562 (564).

⁵²⁷ Jedoch nicht für einen unbestimmten Personenkreis, BAG v. 10.2.2009 – 1 ABR 94/07 – NZA 2009, 562 (564).

⁵²⁸ BAG v. 11.7.2000 – 1 AZR 551/99 – NZA 2001, 462 (463); 10.2.2009 – 1 ABR 94/07 – NZA 2009, 562 (564); Karthaus/Klebe, NZA 2012, 417 (424).

⁵²⁹ Vgl. Wiese, NZA 2003, 1113 (1116); GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 779.

⁵³⁰ BAG v. 26.4.1988 – 3 AZR 168/86 – NZA 1989, 219 (221).

⁵³¹ Ebenso, in Abkehr von seiner gegenläufigen Rechtsprechung aus BAG v. 13.7.1978 – 3 ABR 108/77 – NJW 1979, 2534 (2536), in der die Unwirksamkeit zum Schutz der Rechtssicherheit verneint wurde, und nunmehr Hanau, Anm. zu BAG v. 13.7.1978 – 3 ABR 108/77 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung unter III. folgend: BAG v. 26.4.1988 – 3 AZR 168/86 – NZA 1989, 219 (221); 9.5.1989 – 3 AZR 439/88 – NZA 1989, 889 (890).

⁵³² BAG v. 26.4.1988 – 3 AZR 168/86 – NZA 1989, 219 (221); 9.5.1989 – 3 AZR 439/88 – NZA 1989, 889 (890).

⁵³³ BAG v. 26.4.1988 – 3 AZR 168/86 – NZA 1989, 219 (221); 9.5.1989 – 3 AZR 439/88 – NZA 1989, 889 (890); GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 779.

⁵³⁴ Wiese, NZA 2003, 1113 (1116).

⁵³⁵ Wiese, NZA 2003, 1113 (1116); D/K/W/Klebe, § 87 Rn. 280; Fitting, § 87 Rn. 378; Richardi/Richardi, § 87 Rn. 685.

Neben dem Betrieb von Sozialeinrichtungen können Dritte zu sozialen Zwecken eine private Stiftung für den Betrieb, das Unternehmen oder den Konzern errichten und Arbeitnehmern daraus Vorteile gewähren.⁵³⁶ Der Betriebsrat hat kein Mitbestimmungsrecht, wenn der Arbeitgeber die Stiftung weder errichtet hat noch die Errichtung von ihm veranlasst wurde.⁵³⁷ Ausnahmsweise wird der Arbeitgeber jedoch dann selbst als Stifter angesehen, mit der Folge der unmittelbaren Anwendbarkeit von § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG, wenn er bei wirtschaftlicher Betrachtung mit dem Stifter identisch ist.⁵³⁸ Über diesen Fall der wirtschaftlichen Identität hinaus hat der Betriebsrat in dem Umfang mitzubestimmen, wie dem Arbeitgeber selbst Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf die Verwaltung und Ausgestaltung der Einrichtung zustehen.⁵³⁹

f) Drittbeziehungen bei Werksmietwohnungen, § 87 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG

Drittbeziehungen werden im Zusammenhang mit dem Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG relevant, wenn Dritte als Mieter oder Vermieter auftreten. Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeber das Mietverhältnis selbst begründen und beenden, oder vom Dritten die Durchführung dieser Maßnahmen fordern kann.⁵⁴⁰ Die Mitbestimmung dient der Berücksichtigung der Belange der Aktivbelegschaft.⁵⁴¹ Deshalb besteht keine Nachwirkung von ursprünglich bestehenden Mitbestimmungsrechten zu Gunsten von Ruheständlern, die eine Werkswohnung noch nach dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis bewohnen.⁵⁴²

Wird dagegen einem nicht vom Betriebsrat repräsentierten Dritten eine Werksmietwohnung aus einem einheitlichen, für alle Arbeitnehmer i.S.d.

⁵³⁶ Vgl. dazu Wiese, NZA 2003, 1113 (1116); D/K/W/Klebe, § 87 Rn. 264; GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 731; Richardi/Richardi, § 87 Rn. 638.

⁵³⁷ LAG Hannover v. 25.1.1961 – 4 TaBV 4/60 – BB 1961, 529 (529); H/W/G/N/R/H/Worzalla, § 87 Rn. 470; Richardi/Richardi, § 87 Rn. 638.

⁵³⁸ Richardi/Richardi, § 87 Rn. 638.

⁵³⁹ D/K/W/Klebe, § 87 Rn. 264; GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 731.

⁵⁴⁰ Wiese, NZA 2003, 1113 (1117); GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 803.

⁵⁴¹ Moll, S. 126.

⁵⁴² So aber Röder, S. 110 f.

§ 5 Abs. 1 BetrVG sowie für Dritte offenem Bestand zugeteilt, besteht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG bei der Zuweisung und Kündigung dieser Wohnung.⁵⁴³ Dabei kann Vermieter sowohl der Arbeitgeber selbst oder auch ein Dritter sein⁵⁴⁴, solange dem Arbeitgeber ein Beleg- oder Vorschlagsrecht gegenüber dem Dritten zusteht und er nicht nur in der Funktion eines Vermittlers auftritt.⁵⁴⁵ Ein Belegrecht, d.h. die Bestimmung des Wohnberechtigten⁵⁴⁶, kommt insbesondere bei werkgeförderten, also vom Arbeitgeber finanziell unterstützten und von Dritten errichteten Wohnungen, in Betracht.⁵⁴⁷ Wird im Rahmen des Belegrechts bei einer werkgeförderten Wohnung unter Beteiligung des Betriebsrats ein Bewerber ausgesucht, ist der Arbeitgeber zur Durchsetzung dieser Entscheidung gegenüber dem Dritten verpflichtet, während der Dritte seinerseits dem Arbeitgeber gegenüber zum Abschluss des Mietvertrages mit diesem Benannten verpflichtet ist.⁵⁴⁸

Daraus folgt, dass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats parallel zu den sich aus den Drittbeziehungen ergebenden Rechten des Arbeitgebers verläuft.⁵⁴⁹ Bei der Auswahl unter mehreren Bewerbern besteht somit nur ein Mitbestimmungsrecht zum Vorschlag eines potentiellen Mieters, wenn der Arbeitgeber seinerseits nur ein Vorschlagsrecht gegenüber dem Dritten besitzt, dieser die abschließende Auswahl jedoch alleine trifft.⁵⁵⁰ Zur Sicherung eines größtmöglichen Einflusses auf den Dritten oder einer paritätischen Beteiligung des Betriebsrats in den Organen⁵⁵¹ ist der

⁵⁴³ BAG v. 28.7.1992 – 1 ABR 22/92 – NZA 1993, 272 (274); 23.3.1993 – 1 ABR 65/92 – NZA 1993, 766 (766 f.); Moll, S. 126; D/K/W/Klebe, § 87 Rn. 289; Fitting, § 87 Rn. 392.

⁵⁴⁴ BT-Drs. 06/1786, S. 49; GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 803.

⁵⁴⁵ BAG v. 18.7.1978 – 1 ABR 20/75 – AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen unter II. 2. b); Wiese, NZA 2003, 1113 (1117); D/K/W/Klebe, § 87 Rn. 285.

⁵⁴⁶ Richardi/Richardi, § 87 Rn. 716.

⁵⁴⁷ Röder, S. 53; Wiese, NZA 2003, 1113 (1117).

⁵⁴⁸ Dies soll sich auch auf die Kündigung beziehen, Wiese, NZA 2003, 1113 (1117); GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 809.

⁵⁴⁹ OLG Frankfurt a. M. v. 14.8.1992 – 20 REMiet 1/92 – NJW-RR 1992, 1294 (1296); GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 803, 808.

⁵⁵⁰ GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 803; MünchHdbArbR2009/Matthes, § 250 Rn. 19.

⁵⁵¹ So D/K/W/Klebe, § 87 Rn. 285; Fitting, § 87 Rn. 383 bezogen auf die Errichtung eines selbständigen Wohnungsunternehmens durch den Arbeitgeber.

Arbeitgeber bei der Gründung einer selbständigen Wohnungseinrichtung nicht verpflichtet.⁵⁵² Als Alleininhaber des Wohnungsunternehmens sind solche Sicherungsmaßnahmen nicht erforderlich, bei fremdgeleiteten Unternehmen ergibt sich die Reichweite der Mitbestimmungsrechte aus den vertraglich geregelten Rechten des Arbeitgebers gegenüber dem Dritten.⁵⁵³

g) Entgeltzuwendungen durch Dritte, § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11
BetrVG

Die Mitbestimmung bei Entgeltfragen dient dem Schutz der Arbeitnehmer vor einer willkürlichen Lohngestaltung, die sich einseitig an den Interessen des Arbeitgebers orientiert.⁵⁵⁴ Sie sichert damit ein angemessenes und durchsichtiges innerbetriebliches Lohngefüge und wahrt die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit.⁵⁵⁵ Bei der Gewährung von Zuwendungen durch Dritte ist für das Vorliegen eines Mitbestimmungsrechts gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG maßgebend, dass der Arbeitgeber die Zuwendungen veranlasst hat.⁵⁵⁶ Eine Differenzierung nach dem Zahlungsweg für geleistete Arbeit ist unzulässig.⁵⁵⁷ Deshalb liegt ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG auch dann vor, wenn die Entgeltzuwendung aus dem Vermögen eines Dritten stammt, der aufgrund einer Verpflichtung oder eines Austauschverhältnisses gegenüber dem Arbeitgeber zur Zahlung an die Arbeitnehmer verpflichtet ist.⁵⁵⁸ Die auf diese Weise geleisteten Zuwendungen erfolgen im Interesse des Arbeitgebers und sind mitbestimmungsrechtlich dem Verantwortungsbereich des Arbeitgebers

⁵⁵² Wiese, NZA 2003, 1113 (1117); GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 803.

⁵⁵³ Wiese, NZA 2003, 1113 (1117).

⁵⁵⁴ BAG v. 31.1.1984 – 1 ABR 46/81 – NZA 1984, 47 (48); 3.12.1991 – GS 2/90 – NZA 1992, 749 (755).

⁵⁵⁵ BAG v. 31.1.1984 – 1 ABR 46/81 – NZA 1984, 47 (48); 3.12.1991 – GS 2/90 – NZA 1992, 749 (755).

⁵⁵⁶ BAG v. 16.6.1998 – 1 ABR 67/97 – NZA 1998, 1185 (1187); Wiese, NZA 2003, 1113 (1118).

⁵⁵⁷ BAG v. 16.6.1998 – 1 ABR 67/97 – NZA 1998, 1185 (1186); kritisch zur Bewertung der Leistungen aus dem Liquidationspool als zusätzliche Vergütung, Münzel, NJW 2001, 1752 (1757).

⁵⁵⁸ BAG v. 16.6.1998 – 1 ABR 67/97 – NZA 1998, 1185 (1187); Wiese, NZA 2003, 1113 (1118).

zuzuordnen.⁵⁵⁹ Darüber hinaus entfalten Austauschverhältnisse und Bindungen des Arbeitgebers mit Dritten grundsätzlich keine Wirkung auf Mitbestimmungsrechte.⁵⁶⁰

3. In personellen Angelegenheiten, §§ 98, 99 BetrVG

Das Betriebsverfassungsgesetz unterteilt den Abschnitt der personellen Angelegenheiten in drei Komplexe: die allgemeinen personellen Angelegenheiten in §§ 92-95 BetrVG, die Berufsbildung in §§ 96-98 BetrVG und die personellen Einzelmaßnahmen in §§ 99-105 BetrVG. Nachfolgend werden die Auswirkungen drittbezogener personeller Einzelmaßnahmen, sowie der betrieblichen Berufsbildung auf die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats dargestellt.

a) Personelle Einzelmaßnahmen, § 99 Abs. 1 BetrVG

aa) Fremdfirmeneinsatz

Der Fremdfirmeneinsatz im Betrieb des Arbeitgebers⁵⁶¹ im Rahmen einer Umstrukturierung und Rationalisierung von Produktionsabläufen gilt als kosteneffizientere Alternative zur Leiharbeit⁵⁶² und ist mittlerweile übliche Praxis⁵⁶³. Fremdfirmenbeschäftigte werden in der Regel als Erfüllungsgehilfen des aufgrund eines Dienst- oder Werkvertrages gegenüber dem Arbeitgeber verpflichteten Dritten im Einsatzbetrieb beschäftigt.⁵⁶⁴ Eine pauschale Beurteilung, ob ein Mitbestimmungsrecht

⁵⁵⁹ BAG v. 16.6.1998 – 1 ABR 67/97 – NZA 1998, 1185 (1187); Wiese, NZA 2003, 1113 (1118).

⁵⁶⁰ BAG v. 16.6.1998 – 1 ABR 67/97 – NZA 1998, 1185 (1186 f.).

⁵⁶¹ Die Auslagerung von Arbeiten soll hier mangels Betriebsbezogenheit außer Acht gelassen werden.

⁵⁶² Greiner, NZA 2013, 697 (697); Fitting, § 99 Rn. 63. Fragen zur Leiharbeit sollen hier nicht näher behandelt werden, da § 99 BetrVG aufgrund der ausdrücklichen Regelung in § 14 Abs. 3 S. 1 AÜG auch auf die Einstellung von Leiharbeitnehmern Anwendung findet. Zur Abgrenzung zwischen Werk- bzw. Dienstvertrag und Arbeitnehmerüberlassung vgl. statt aller Greiner, NZA 2013, 697 ff.

⁵⁶³ BAG v. 5.3.1991 – 1 ABR 39/90 – AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972 unter B. II. 2. a); Greiner, NZA 2013, 697 (698).

⁵⁶⁴ BAG v. 5.3.1991 – 1 ABR 39/90 – AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972 unter B. II. 2. a); Leisten, BB 1992, 266 (266).

bei dem Einsatz von Fremdfirmenbeschäftigten besteht, ist unmöglich⁵⁶⁵, sondern muss für jeden Einzelfall gesondert geprüft werden.

(1) Kriterien der Eingliederung

Ursprünglich wurde die zustimmungspflichtige Einstellung von Fremdfirmenbeschäftigten danach beurteilt, ob es sich bei der zu verrichtenden Tätigkeit um eine weisungsgebundene Tätigkeit handelt, die der Erfüllung des Betriebszwecks dient und deshalb der Organisationsmacht des Arbeitgebers unterliegt.⁵⁶⁶ Unerheblich war dabei, ob und wer diesen Beschäftigten tatsächlich Weisungen bezüglich ihrer Tätigkeit erteilt und in welchem Rechtsverhältnis diese Beschäftigten zum Arbeitgeber des Einsatzbetriebs stehen.⁵⁶⁷ Dieser extensive⁵⁶⁸ Eingliederungsbegriff hatte willkürliche und konturenlose Ergebnisse zur Folge.⁵⁶⁹

Mittlerweile wurde die Hürde für eine mitbestimmungspflichtige Eingliederung i.S.d. § 99 Abs. 1 BetrVG angehoben.⁵⁷⁰ Dies erleichtert es Arbeitgebern, vermehrt auf Fremdfirmeneinsätze zurückgreifen.⁵⁷¹ Fremdfirmenbeschäftigte werden nunmehr nicht bereits deshalb in den Betrieb eingegliedert, „weil sie im Betrieb des Auftraggebers tätig

⁵⁶⁵ Greiner, NZA 2013, 697 (698), der die Grenzziehung zwischen legitimem Fremdfirmeneinsatz auf Grundlage von Werkverträgen und sog. Dumpingmodellen als schwierig und anspruchsvoll ansieht.

⁵⁶⁶ BAG v. 15.4.1986 – 1 ABR 44/84 – NZA 1986, 688 (689); 1.8.1989 – 1 ABR 54/88 – NZA 1990, 229 (230 f.); kritisch Hunold, NZA-RR 2012, 113 (115).

⁵⁶⁷ BAG v. 15.4.1986 – 1 ABR 44/84 – NZA 1986, 688 (689); 1.8.1989 – 1 ABR 54/88 – NZA 1990, 229 (230 f.).

⁵⁶⁸ Walle, NZA 1999, 518 (522).

⁵⁶⁹ Walle, NZA 1999, 518 (521).

⁵⁷⁰ Vgl. BAG v. 5.3.1991 – 1 ABR 39/90 – AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972; Walle, NZA 1999, 518 (522); Fitting, § 99 Rn. 64, 64 a, der von einer Abkehr des Bundesarbeitsgerichts von seiner bisher schlüssigen Rechtsprechung zu dieser Frage spricht; GK-BetrVG/Raab, § 99 Rn. 44; kritisch Leisten, BB 1992, 266 (267 ff.), der für das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts nach § 99 BetrVG bei dem Einsatz von Fremdfirmenbeschäftigten im eigenen Betrieb insbesondere mit dem Zustimmungsverweigerungsgrund gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG argumentiert und das Mitbestimmungsrecht nur dann verneint, wenn es sich um eine einmalige und nicht auf Dauer angelegte Tätigkeit handelt, die zudem nicht für den betrieblichen Ablauf unentbehrlich sind. Durch solche Tätigkeiten würden die Interessen der bestehenden Belegschaft nicht in bedeutender Weise berührt; zur Verhinderungsmöglichkeit des Fremdfirmeneinsatzes nach § 99 Abs. 2 BetrVG vgl. Walle, NZA 1999, 518 (520).

⁵⁷¹ Vgl. statt aller Fitting, § 99 Rn. 63.

werden und die von ihnen zu erbringende Dienstleistung oder das von ihnen zu erstellende Werk hinsichtlich Art, Umfang, Güte, Zeit und Ort in den betrieblichen Arbeitsprozess eingeplant⁵⁷² ist, auch wenn die Regelungen des Vertrages so detailliert und zwingend vereinbart werden, dass dem Dienst- oder Werknehmer oder den Fremdfirmenarbeitnehmern kein eigener Entscheidungsspielraum verbleibt.⁵⁷³ Auch der Inhalt des zugrunde liegenden Dienst- oder Werkvertrags ist unerheblich⁵⁷⁴ und inwieweit äußere Umstände die Zusammenarbeit mit der Stammebelegschaft erforderlich machen.⁵⁷⁵

Es kommt vielmehr auf die tatsächliche Ausgestaltung der konkreten Tätigkeit, sowie die Einbeziehung solcher Beschäftigten in die betriebliche Organisation des Einsatzbetriebs an. Zudem ist relevant, ob der Arbeitgeber des Einsatzbetriebs die Personalhoheit über die Fremdfirmenbeschäftigten hat.⁵⁷⁶ Der Begriff der Personalhoheit bedeutet in diesem Zusammenhang die Ausübung des Weisungsrechts durch den Betriebsinhaber, d.h. ob er die typischen Entscheidungen in Bezug auf den individuellen Arbeitseinsatz in der Arbeitgeberfunktion trifft.⁵⁷⁷

⁵⁷² BAG v. 5.3.1991 – 1 ABR 39/90 – AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972 unter B. II. 5.

⁵⁷³ BAG v. 5.3.1991 – 1 ABR 39/90 – AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972 unter B. II. 4; Fitting, § 99 Rn. 64 a.

⁵⁷⁴ BAG v. 5.3.1991 – 1 ABR 39/90 – AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972 unter B. II. 4.

⁵⁷⁵ BAG v. 5.3.1991 – 1 ABR 39/90 – AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972 unter B. II. 5.

⁵⁷⁶ BAG v. 5.3.1991 – 1 ABR 39/90 – AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972 unter B. II. 5; 9.7.1991 – 1 ABR 45/90 – NZA 1992, 275 (277); 13.12.2005 – 1 ABR 51/04 – NZA 2006, 1369 (1370); ebenso Hunold, NZA-RR 2012, 113 (115f., 117); Walle, NZA 1999, 518 (521 f.); a.A. Fitting, § 99 Rn. 65 ff. der gerade die äußeren Umstände, wann, wo und wie Tätigkeiten im Einsatzbetrieb verrichtet werden, für eine Einstellung i.S.d. § 99 BetrVG für entscheidend hält. Er weist jedoch auf die Abgrenzungsprobleme hin zwischen dem Weisungsrecht aus dem Dienst- oder Werkvertrag zwischen Arbeitgeber und Fremdfirmenunternehmer einerseits und dem Weisungsrecht aus dem Verhältnis Arbeitgeber des Einsatzbetriebs und Fremdfirmenbeschäftigte andererseits, welche je nach Fallgestaltung für die rechtliche Einordnung des Fremdfirmeneinsatzes entscheidend seien.

⁵⁷⁷ Greiner, RdA 2014, 262 (262); Walle, NZA 1999, 518 (521 f.). Dieses Weisungsrecht ist zu unterscheiden von der projektbezogenen Weisungsbefugnis des Bestellers gegenüber dem Werkunternehmer, oder dessen Erfüllungsgehilfen gemäß § 645 Abs. 1 S. 1 BGB hinsichtlich des anzufertigenden Werks, so zuletzt BAG v. 18. 1. 2012 – 7 AZR 723/10 – NZA-RR 2012, 455 (458); Hunold, NZA-RR 2012, 113 (116); Walle, NZA 1999, 518 (519).

Auf das der Tätigkeit im Einsatzbetrieb zugrunde liegende Rechtsverhältnis zum Betriebsinhaber, insbesondere auf ein bestehendes Arbeitsverhältnis, kommt es dabei nicht an, sodass das Arbeitsverhältnis auch mit einem Dritten bestehen kann, solange ein Weisungsrecht des Arbeitgebers des Einsatzbetriebs existiert.⁵⁷⁸ Eine Eingliederung liegt demnach nicht vor, wenn der Vertragsarbeitgeber die typischen Entscheidungen aus einem Arbeitsverhältnis trifft, wie z.B. über den Ort und die Zeit des Arbeitseinsatzes.⁵⁷⁹

(2) Verhinderung des Fremdfirmeneinsatzes durch Mitbestimmungsrechte?

Dass die Arbeitgeberstellung infolge eines Weisungsrechts aufgespalten werden könnte, ist dem Arbeitsrecht, beispielsweise aus dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, bekannt.⁵⁸⁰ Dies beruht darauf, dass der Schutzzweck des Mitbestimmungsrechts bei Einstellungen in der Wahrung und dem Schutz der kollektiven Interessen der bereits im Betrieb Beschäftigten vor potentiellen Nachteilen liegt.⁵⁸¹ Kollektive Interessen können jedoch regelmäßig nur bei einer Eingliederung der Fremdfirmenbeschäftigten betroffen sein, oder wenn der Arbeitgeber diese Fremdfirmenbeschäftigten einstellt.⁵⁸² Darüber hinaus besteht kein Mitbestimmungsrecht und (kurzfristige) Fremdfirmeneinsätze können nicht unter Berufung auf die Mitbestimmungsrechte verhindert werden. Das Mitbestimmungsrecht gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG soll den Arbeitgeber nicht zur Schaffung dauerhafter Arbeitsplätze anhalten oder ihn von Entlassungen oder der Nichtbesetzung vakanter Arbeitsplätze abhalten.⁵⁸³ Der Einsatz von Fremdfirmenbeschäftigten könnte zwar unter Umständen eine Betriebsänderung i.S.d. § 111 S. 3 Nr. 4 BetrVG

⁵⁷⁸ BAG v. 5.3.1991 – 1 ABR 39/90 – AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972 unter B. I.; bestätigend LAG Baden-Württemberg v. 11.5.1988 – 9 Ta BV 2/88 – AiB 1988, 314 (314); Kreuder, AuR 1993, 316 (322); GK-BetrVG/Raab, § 99 Rn. 39.

⁵⁷⁹ BAG v. 18.10.1994 – 1 ABR 9/94 – BB 1995, 518 (518).

⁵⁸⁰ BAG v. 18.10.1994 – 1 ABR 9/94 – BB 1995, 518 (518).

⁵⁸¹ BAG v. 5.3.1991 – 1 ABR 39/90 – AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972 unter B. II. 5. a); Hunold, NZA-RR 2012, 113 (113).

⁵⁸² BAG v. 5.3.1991 – 1 ABR 39/90 – AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972 unter B. II. 5. b).

⁵⁸³ BAG v. 5.3.1991 – 1 ABR 39/90 – AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972 unter B. II. 5. b); 9.7.1991 – 1 ABR 45/90 – NZA 1992, 275 (277); Kreuder, AuR 1993, 316 (323); a.A. Fitting, § 99 Rn. 65.

darstellen.⁵⁸⁴ Da die Betriebsänderung jedoch, im Gegensatz zum mitbestimmungspflichtigen Sozialplan, nicht der erzwingbaren Mitbestimmung unterliegt, stellt es einen „eklatanten Wertungswiderspruch“⁵⁸⁵ dar, wenn der Betriebsrat über den Fremdfirmeneinsatz durch sein Mitbestimmungsrecht gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG mitbestimmen und diesen damit verhindern könnte.⁵⁸⁶

bb) Einsatz von Privatdetektiven

Der Einsatz eines Privatdetektivs im Rahmen einer verdeckten Ermittlung kann gemäß § 99 BetrVG mitbestimmungspflichtig sein, wenn er wie ein normaler Arbeitnehmer dauerhaft in den Auftragsbetrieb eingegliedert ist⁵⁸⁷ und es sich nicht lediglich um eine einmalige Überprüfung handelt⁵⁸⁸. In dem Sonderfall der Eingliederung eines Privatdetektivs reicht es für das Bejahen des Mitbestimmungsrechts aus, wenn der Einsatz in erster Linie der Überprüfung der Mitarbeiter und weniger der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebs dient, die Tätigkeit als normaler Arbeitnehmer somit lediglich zum Zwecke der Tarnung aufgenommen wird.⁵⁸⁹

An einer Eingliederung fehlt es dagegen, wenn der Einsatz nicht vom Arbeitgeber, sondern von dem anderen Unternehmen gesteuert wird.⁵⁹⁰ Denn eine Aufspaltung des „Schein“-Arbeitsverhältnisses, aus dem der Detektiv dem Auftraggeber gegenüber verpflichtet ist, und seiner Pflicht zur Überwachung der Arbeitnehmer gegenüber dem Detektivinstitut, ist unmöglich.⁵⁹¹ Beide Tätigkeiten sind untrennbar miteinander verbunden.

⁵⁸⁴ BAG v. 5.3.1991 – 1 ABR 39/90 – AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972 unter B. II. 5. b); Walle, NZA 1999, 518 (520, 522) m.w.N. zu den erforderlichen Schwellenwerten.

⁵⁸⁵ Dauner-Lieb, NZA 1992, 817 (824); GK-BetrVG/Raab, § 99 Rn. 51.

⁵⁸⁶ BAG v. 5.3.1991 – 1 ABR 39/90 – AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972 unter B. II. 5. b); 18.10.1994 – 1 ABR 9/94 – AP Nr. 5 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung unter B. I. 2.; Walle, NZA 1999, 518 (522); Dauner-Lieb, NZA 1992, 817 (823 f.); Henssler, NZA 1994, 294 (303); GK-BetrVG/Raab, § 99 Rn. 51.

⁵⁸⁷ Vgl. BAG v. 26.3.1991 – 1 ABR 26/90 – NZA 1991, 729 (729).

⁵⁸⁸ Lingemann/Göpfert, DB 1997, 374 (374).

⁵⁸⁹ LAG Hamm v. 28.5.1986 – 12 TaBV 6/86 – BB 1986, 1575 (1576).

⁵⁹⁰ BAG v. 13.3.2001 – 1 ABR 34/00 – NZA 2001, 1262 (1263); Fitting, § 99 Rn. 74.

⁵⁹¹ LAG Hamm v. 28.5.1986 – 12 TaBV 6/86 – BB 1986, 1575 (1576); Maschmann, NZA 2002, 13 (20).

Dies ergibt sich bereits aus der gemeinsamen Abwicklung von Arbeitsverhältnis und Kontrollaufgaben, weil das Arbeitsverhältnis automatisch mit Beendigung der Überwachungsaufgaben endet, ohne dass es einer Kündigung bedarf.⁵⁹²

Gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über die Kontrollaufgaben des als Arbeitnehmer getarnten Detektivs zu unterrichten.⁵⁹³ Um den mit der Überprüfung verfolgten Zweck nicht zu vereiteln, unterliegt der Betriebsrat der Geheimhaltungspflicht gemäß § 79 Abs. 1 BetrVG.⁵⁹⁴ Nach § 79 Abs. 1 S. 3 BetrVG gilt die Verschwiegenheitsverpflichtung jedoch nicht gegenüber Betriebsratsmitgliedern. Sofern Betriebsratsmitglieder von der Überwachung betroffen sind, muss die Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers insoweit eingeschränkt werden.⁵⁹⁵

b) Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung, § 98 BetrVG

Besonders zu bestimmen ist der Umfang der Mitbestimmung, wenn der Arbeitgeber für die Organisation und Durchführung der Bildungsmaßnahme nicht allein verantwortlich ist, sondern die Durchführung der Maßnahme gemeinsam mit anderen Arbeitnehmern erfolgt⁵⁹⁶ oder vollständig auf Dritte übertragen wird.⁵⁹⁷ Gemäß § 98 Abs. 1 BetrVG hat der Betriebsrat bei der Durchführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung mitzubestimmen. Dem Begriff „betrieblich“ wird auch in diesem Zusammenhang kein räumliches, sondern ein funktionales Verständnis zu Grunde gelegt.⁵⁹⁸ Eine betriebliche Berufsbildungsmaßnahme liegt vor, wenn der

⁵⁹² LAG Hamm v. 28.5.1986 – 12 TaBV 6/86 – BB 1986, 1575 (1576).

⁵⁹³ LAG Hamm v. 28.5.1986 – 12 TaBV 6/86 – BB 1986, 1575 (1576); Maschmann, NZA 2002, 13 (20).

⁵⁹⁴ Maschmann, NZA 2002, 13 (20).

⁵⁹⁵ A.A. Bedenken des Arbeitgebers, dass eine Unterrichtung des Betriebsrats das mit der Überprüfung verfolgte Ziel vereiteln könnte, kann die gesetzliche Unterrichtungspflicht nicht aushebeln oder einschränken, LAG Hamm v. 28.5.1986 – 12 TaBV 6/86 – BB 1986, 1575 (1576); Bopp/Molkenbur, BB 1995, 514 (516).

⁵⁹⁶ Bspw. auf Grundlage eines Kooperationsvertrages, vgl. dazu BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 28/99 – NZA 2001, 167 ff.

⁵⁹⁷ Vgl. dazu GK-BetrVG/Raab, § 98 Rn. 5.

⁵⁹⁸ BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 28/99 – NZA 2001, 167 (169).

Arbeitgeber Träger oder Veranstalter der Bildungsmaßnahme ist, d.h. bei Zusammenarbeit mit Dritten beherrschenden Einfluss auf Inhalt und Durchführung der Bildungsmaßnahme hat oder die Bildungsmaßnahme selbst durchführt.⁵⁹⁹

Erfolgt die Durchführung der Bildungsmaßnahme in Kooperation mit anderen Arbeitgebern, von denen keiner einen beherrschenden Einfluss hat, steht den Betriebsräten der betroffenen Betriebe konsequenterweise kein Mitbestimmungsrecht bei der Durchführung der Maßnahme zu.⁶⁰⁰ Der Arbeitgeber kann dann regelmäßig Entscheidungen, wie über die Freistellung von Arbeitnehmern oder die Kostenübernahme für die Teilnahme an außerbetrieblichen Bildungsveranstaltungen, frei von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats treffen.⁶⁰¹ Das Mitbestimmungsrecht gemäß § 98 Abs. 1 BetrVG verbleibt im Zusammenhang mit dem Abschluss von Kooperationsverträgen zwischen den Arbeitgebern, die die Berufsbildungsmaßnahme begründen und regeln insoweit, als es nur Regelungen über die spätere Durchführung der geplanten Berufsbildungsmaßnahmen betrifft.⁶⁰²

4. In wirtschaftlichen Angelegenheiten

Die Fallgestaltungen, in denen sich Drittbeziehungen auf die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in wirtschaftlichen Angelegenheiten auswirken könnten, sind wenig praktisch. Dies liegt an dem begrenzten Spielraum, den der Gesetzgeber dem Betriebsrat in diesen Angelegenheiten eingeräumt hat. Bei wirtschaftlichen Angelegenheiten hat der Betriebsrat gemäß § 106 Abs. 1 S. 2 BetrVG ein Unterrichtsrecht, bei geplanten Betriebsänderungen gemäß § 111 S. 1 BetrVG zusätzlich ein Beratungsrecht. Ein Fall mit Drittbezug ist denkbar, wenn in einem Betrieb, der mehreren rechtlich selbständigen

⁵⁹⁹ BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 28/99 – NZA 2001, 167 (169); Raab, NZA 2008, 270 (274); Fitting, § 98 Rn. 6; GK-BetrVG/Raab, § 98 Rn. 5.

⁶⁰⁰ BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 28/99 – NZA 2001, 167 (167); Fitting, § 98 Rn. 6; GK-BetrVG/Raab, § 98 Rn. 5 m.w. Fallbeispielen zum fehlenden beherrschenden Einfluss des Arbeitgebers.

⁶⁰¹ GK-BetrVG/Raab, § 98 Rn. 26.

⁶⁰² BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 28/99 – NZA 2001, 167 (169).

Unternehmen zugeordnet ist und die jeweils einzeln den erforderlichen Schwellenwert von mehr als 100 ständig beschäftigten Arbeitnehmern unterschreiten, ein Wirtschaftsausschuss i.S.d. § 106 ff. BetrVG gebildet wird.⁶⁰³ Drittbeziehungen würden in diesem Fall primär den Wirtschaftsausschuss als Hilfsorgan des Betriebsrats betreffen und sich nur mittelbar auf die Beteiligungsrechte des Betriebsrats auswirken.⁶⁰⁴

5. Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG und unregulierter Fremdfirmeneinsatz – sachgrundlose Ungleichbehandlung?

Die grundsätzlich unterschiedliche Zuständigkeit der Betriebsräte des Einsatz- und Vertragsarbeitgeberbetriebs könnte eine sachgrundlose Ungleichbehandlung darstellen, wenn die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz mit dem unregulierten Fremdfirmeneinsatz vergleichbar wäre und kein Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung vorliegt.

a) Vergleichbarkeit der Fallgruppen und unterschiedliche rechtliche Behandlung

Der Einsatz von Fremdpersonal auf dienst- oder werkvertraglicher Basis zeichnet sich durch die Organisationshoheit des Unternehmers für die zur Erreichung des vereinbarten wirtschaftlichen Erfolgs erforderlichen Handlungen und den Einsatz von Erfüllungsgehilfen aus, sowie dessen Verantwortlichkeit für das geschuldete Werk bzw. den vereinbarten Dienst.⁶⁰⁵ Demgegenüber liegt gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG vor, wenn die Arbeitnehmer des Verleihers in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und dessen Weisungen unterliegen. Der Verleiher handelt gewerbsmäßig, wenn er die Arbeitnehmerüberlassung nicht nur gelegentlich betreibt, sondern

⁶⁰³ BAG v. 1.8.1990 – 7 ABR 91/88 – NZA 1991, 643 (644).

⁶⁰⁴ BAG v. 1.8.1990 – 7 ABR 91/88 – NZA 1991, 643 (644).

⁶⁰⁵ Vgl. statt aller Dauner-Lieb, NZA 1992, 817 (818).

diese auf gewisse Dauer angelegt ist und er damit unmittelbare oder mittelbare wirtschaftliche Vorteile erzielen will.⁶⁰⁶

Bei beiden Fallgruppen schließen Arbeitgeber Verträge mit Dritten, wonach die eigenen Arbeitnehmer in einem fremden Betrieb eingesetzt werden. Die Interessenlage der Fremdfirmenbeschäftigten ist damit mit der Interessenlage von Leiharbeitnehmern vergleichbar.⁶⁰⁷ Die Gewerbsmäßigkeit der Arbeitnehmerüberlassung führt zu keiner anderen Einschätzung, weil sie primär für die benötigte Erlaubnis relevant wird.⁶⁰⁸ Ebenso wenig sollte das Verfolgen eines eigenen arbeitstechnischen Zwecks durch den überlassenden Arbeitgeber maßgebend sein.⁶⁰⁹

Die unterschiedliche Behandlung ergibt sich daraus, dass der Betriebsrat aufgrund des funktionalen Betriebsbegriffs bei einem Einsatz von Fremdfirmenbeschäftigten im eigenen Betrieb grundsätzlich kein Mitbestimmungsrecht besitzt. Demgegenüber ist ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats im Entleiherbetrieb in § 14 Abs. 3 AÜG ausdrücklich vorgesehen. Gemäß § 14 Abs. 3 S. 1 AÜG ist er vor der Übernahme eines Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung nach § 99 BetrVG zu beteiligen, was dem Betriebsrat ein Anhörungsrecht hinsichtlich der Beschäftigung eines Leiharbeitnehmers gewährt.⁶¹⁰ Diese Vorschrift ist nach dem Willen des Gesetzgebers nicht abschließend, sondern soll durch die Rechtsprechung mit weiteren Beteiligungsrechten des Betriebsrats ergänzt werden.⁶¹¹ Demnach kommen Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte gemäß §§ 75, 80, 87 BetrVG und § 90 BetrVG in Betracht.⁶¹² Die betriebsverfassungsrechtlich doppelte Zuordnung der Leiharbeitnehmer ist nach Auffassung des Gesetzgebers geboten.⁶¹³ Davon zu

⁶⁰⁶ BAG v. 18.1.1989 – 7 ABR 62/87 – NZA 1989, 728 (730) m.w.N.

⁶⁰⁷ BAG v. 22.3.2000 – 7 ABR 34/98 – NZA 2000, 1119 (1121).

⁶⁰⁸ BAG v. 22.3.2000 – 7 ABR 34/98 – NZA 2000, 1119 (1121).

⁶⁰⁹ BAG v. 22.3.2000 – 7 ABR 34/98 – NZA 2000, 1119 (1121).

⁶¹⁰ ErfK/Wank, AÜG, § 14 Rn. 15.

⁶¹¹ BT-Drs. 9/847, S. 8 f.

⁶¹² ErfK/Wank, AÜG, § 14 Rn. 15.

⁶¹³ BT-Drs. 9/847, S. 8.

unterscheiden ist eine doppelte Unternehmenszugehörigkeit und eine doppelte Zuständigkeit der Betriebsräte in derselben Mitbestimmungsangelegenheit, welche regelmäßig ausscheidet.⁶¹⁴

b) Sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung?

Fraglich ist, ob die unterschiedliche rechtliche Behandlung der Arbeitnehmerüberlassung und des unregulierten Einsatzes von Fremdfirmenbeschäftigten sachlich gerechtfertigt ist. Leiharbeiter verfügen über eine besondere Stellung, indem sie arbeitsvertraglich an den Verleiherbetrieb gebunden sind, im Entleiherbetrieb eingesetzt dort eingegliedert werden und während ihrer Einsatzzeit Arbeitnehmer des Verleihers bleiben.⁶¹⁵ Der Leiharbeiter erbringt damit seine Arbeitsleistung in der betrieblichen Organisation und nach Weisungen des Entleihers.⁶¹⁶ Diese Rechtsstellung bringt das erhöhte Schutzbedürfnis von Leiharbeitern zum Ausdruck⁶¹⁷ und verdeutlicht die Risikosphäre der Leiharbeiter im Vergleich zu gewöhnlichen Fremdfirmenbeschäftigten. Das Schutzbedürfnis der Leiharbeiter kann dauerhaft nur über Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats des Einsatzbetriebs gedeckt werden. Zum Schutz der Leiharbeiter und der Stammbesetzung des Entleihers sind Leiharbeiter deshalb zumindest teilweise betriebsverfassungsrechtlich dem Betrieb des Entleihers zuzuordnen und ihnen einzelne betriebsverfassungsrechtliche Rechte im Betrieb des Entleihers zu gewähren.⁶¹⁸ Eine entsprechende Vertragsgestaltung zwischen Verleiher und Entleiher ist dann mangels Regelungslücke entbehrlich.

Bei der Fallgruppe des Einsatzes von Fremdfirmenbeschäftigten auf Grundlage eines echten Dienst- oder Werkvertrages fehlen die für die

⁶¹⁴ BAG v. 22.3.2000 – 7 ABR 34/98 – NZA 2000, 1119 (1120);

MünchHdbArbR2009/Christ, § 66 Rn. 173.

⁶¹⁵ BeckOKArbR/Motz, AÜG, § 14 Rn. 3.

⁶¹⁶ BeckOKArbR/Motz, AÜG, § 14 Rn. 3.

⁶¹⁷ BeckOKArbR/Motz, AÜG, § 14 Rn. 3.

⁶¹⁸ BT-Drs. 9/847, S. 9; BAG v. 22.3.2000 – 7 ABR 34/98 – NZA 2000, 1119 (1120); BeckOKArbR/Motz, AÜG, § 14 Rn. 3.

Eingliederung typische Personalhoheit und das Direktionsrecht des Inhabers des Einsatzbetriebs.⁶¹⁹ § 14 AÜG und § 99 BetrVG sind deshalb unanwendbar.⁶²⁰ Deren Rechte werden in vollem Umfang durch den eigenen Betriebsrat wahrgenommen. Ausnahmsweise ist der Betriebsrat des Einsatzbetriebs entsprechend § 14 Abs. 3 S. 1 AÜG zuständig, wenn die eingesetzten Arbeitnehmer in den fremden Betrieb eingegliedert sind und den Weisungen des Entleihers unterliegen.⁶²¹

E. Rechtsfolgen mitbestimmungswidriger Maßnahmen bei Drittbeziehungen des Arbeitgebers

Regelungen zu den Rechtsfolgen bei Verletzung von Mitbestimmungsrechten sind zum Teil in den Vorschriften zu den Beteiligungsrechten selbst enthalten, z.B. § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG.⁶²² Daneben beinhaltet das Betriebsverfassungsgesetz § 23 Abs. 3 BetrVG, der den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch des Betriebsrats bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtung aus dem Betriebsverfassungsgesetz regelt und durch einen ungeschriebenen allgemeinen Unterlassungsanspruch ergänzt wird. Bei den Rechtsfolgen mitbestimmungswidriger Maßnahmen ist zwischen den Rechtsfolgen auf individualrechtlicher Ebene im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, sowie im Verhältnis des Arbeitgebers zum Dritten zu differenzieren.

I. Mitbestimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung

Fraglich ist, ob und inwieweit die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung für die Frage nach den Rechtsfolgen

⁶¹⁹ BAG v. 5.3.1991 – 1 ABR 39/90 – NZA 686 (686 f.); ErfK/Wank, AÜG, § 14 Rn. 18.

⁶²⁰ ErfK/Wank, AÜG, § 14 Rn. 17 f.

⁶²¹ BAG v. 18.1.1989 – 7 ABR 62/87 – NZA 1989, 728 (730); 22.3.2000 – 7 ABR 34/98 – NZA 2000, 1119 (1121); kritisch ErfK/Wank, AÜG, § 14 Rn. 20.

⁶²² Vgl. Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 83.

mitbestimmungswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers im Rahmen von Drittbeziehungen von Bedeutung sein könnte.

1. Grundlagen

Die Rechtsfolge mitbestimmungswidrigen Handelns des Arbeitgebers regelt die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung⁶²³. Diese vom Bundesarbeitsgericht und der herrschenden Meinung im Schrifttum vertretene Auffassung⁶²⁴ besagt im Kern, dass die Verletzung der notwendigen Mitbestimmung zur Rechtswidrigkeit und – außer bei tatsächlichen Handlungen – zur Unwirksamkeit der für den Arbeitnehmer unvorteilhaften⁶²⁵ Maßnahme oder des Rechtsgeschäfts mit dem Arbeitnehmer führt.⁶²⁶ Davon sind sowohl einseitige, in Ausübung des Direktionsrechts vorgenommene Maßnahmen des Arbeitgebers als auch einzelvertragliche Vereinbarungen mit dem Arbeitnehmer erfasst.⁶²⁷ Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung soll damit verhindern, dass der Arbeitgeber dem Einigungszwang mit dem Betriebsrat durch Rückgriff auf arbeitsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten ausweicht.⁶²⁸ Dem betriebsverfassungswidrig handelnden Arbeitgeber soll es deshalb verwehrt sein, sich den Arbeitnehmern gegenüber auf diese

⁶²³ Der allgemeine Unterlassungsanspruch lässt die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung nicht entfallen, sondern steht neben ihr, BAG v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – NJW 1995, 1044 (1046), das darauf hinweist, dass das Mitbestimmungsrecht in § 87 Abs. 1 BetrVG dem Betriebsrat zum Schutz der Belegschaft zugewiesen sei, also kollektiven Interessen diene. Der Betriebsrat selbst müsse eine wirksame Möglichkeit haben, aktiv für die Einhaltung seines Mitbestimmungsrechts zu sorgen. Man könne ihn nicht auf ein Tätigwerden gerade derjenigen verweisen, deren Rechte durch seine Beteiligung gesichert werden sollten; Gutzeit, NZA 2008, 255 (256); GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 100, der feststellt, die notwendige Mitbestimmung wirke prohibitiv, der Unterlassungsanspruch reaktiv.

⁶²⁴ Vgl. statt aller GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 101.

⁶²⁵ Die Rechtsfolgen der Theorie der notwendigen Mitbestimmung gelten nicht bei mitbestimmungswidrigen Maßnahmen des Arbeitgebers, die für Arbeitnehmer oder Dritte vorteilhaft sind. Insoweit wird die Theorie der notwendigen Mitbestimmung durch die Theorie der relativen Unwirksamkeit ergänzt, vgl. Dütz/Thüsing, § 14 Rn. 937.

⁶²⁶ BAG v. 16.9.1986 – GS 1/82 – NZA 1987, 168 (176 f.); 3.12.1991 – GS 2/90 – NZA 1992, 749 (759); 2.3.2004 – 1 AZR 271/03 – NZA 2004, 852 (856); GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 100 f. m.w.N.

⁶²⁷ BAG v. 2.3.2004 – 1 AZR 271/03 – NZA 2004, 852 (856).

⁶²⁸ Zur Unwirksamkeit in Bezug auf Arbeitnehmer BAG v. 3.12.1991 – GS 2/90 – NZA 1992, 749 (759).

mitbestimmungswidrige Maßnahme berufen zu dürfen.⁶²⁹ Die tatsächlich durchgeführte Mitbestimmung wird zur Wirksamkeitsvoraussetzung für arbeitgeberseitige mitbestimmungspflichtige Maßnahmen zum Nachteil des Arbeitnehmers.⁶³⁰

2. Kritik

a) Entmündigung der Arbeitnehmer

*Richardi*⁶³¹ wendet gegen die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ein, dass sie zu einer partiellen Entmündigung der Arbeitnehmer führe, indem sie das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zu einer Vertretung kraft Gesetzes unter gleichzeitiger Beseitigung der Zuständigkeit der einzelnen Arbeitnehmer ausbaue. Er vertritt den Standpunkt, dass das Mitbestimmungsrecht kein Recht zur Mitgestaltung des Arbeitsvertrages gäbe und auch nicht die Rechtsbefugnis des einzelnen Arbeitnehmers einschränken solle. Vielmehr sollen Mitbestimmungsrechte eine ergänzende Funktion bei dem Ausgleich zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen einnehmen, wobei dem Arbeitgeber das alleinige Bestimmungsrecht zustehe. Statt die Arbeitnehmer partiell zu entmündigen, soll die Mitbestimmung nach *Richardi* ihrem eigentlichen Zweck, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern, nachkommen.⁶³²

b) Systematik des Betriebsverfassungsgesetzes

Im Betriebsverfassungsgesetz existieren Vorschriften, die ausdrücklich die Rechtsfolgen der Nichtbeachtung der Mitbestimmungsrechte regeln. So erklärt § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung für unwirksam. Ebenso zeigt §

⁶²⁹ BAG v. 16.9.1986 – GS 1/82 – NZA 1987, 168 (176 f.); 20.8.1991 – 1 AZR 326/90 – NZA 1992, 225 (226); 3.12.1991 – GS 2/90 – NZA 1992, 749 (759).

⁶³⁰ BAG v. 18.9.2002 – 1 AZR 668/01 – AP Nr. 99 zu § 615 BGB unter I. 1. c); 2.3.2004 – 1 AZR 271/03 – NZA 2004, 852 (856); Gutzeit, NZA 2008, 255 (256); GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rn. 100 f. m.w.N.

⁶³¹ *Richardi/Richardi*, § 87 Rn. 113.

⁶³² *Richardi/Richardi*, § 87 Rn. 113.

101 BetrVG, dass eine ohne Zustimmung des Betriebsrats durchgeführte personelle Maßnahme nicht ohne weiteres zu deren Unwirksamkeit führt. Bei den sozialen Angelegenheiten fehlt eine solche Regelung. Vor dem Hintergrund dieser Gesetzeslage ist es einer in der Literatur vertretenen Ansicht nach deshalb nicht zu rechtfertigen, mitbestimmungswidrige Maßnahmen des Arbeitgebers „wie die Rechtsgeschäfte geschäftsunfähiger Personen als null und nichtig zu behandeln“^{633 634}.

c) Schutz der Arbeitnehmer

Gegen die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung wird schließlich eingewendet, dass der mit der Mitbestimmung bezweckte Schutz der Arbeitnehmer vor einseitigen, sie betreffenden Entscheidungen des Arbeitgebers insbesondere bei einseitiger Durchführung tatsächlicher Maßnahmen, wie etwa der Einführung technischer Kontrolleinrichtungen oder der Leistung von Überstunden, ins Leere liefe und auch die Rechtsfolge der Theorie der notwendigen Mitbestimmung die Arbeitnehmer faktisch nicht schützen könne.⁶³⁵ Ein solcher Schutz sei auch nicht nötig, weil die Arbeitnehmer nicht schutzlos seien. Der Arbeitgeber sei nämlich auf eine Einigung mit dem Betriebsrat über einheitliche Regelungen in der Betriebsvereinbarung angewiesen. Anderenfalls bliebe ihm der unbequeme Weg der Änderungskündigung. Darüber hinaus sei der Betriebsrat infolge seines Initiativrechts berechtigt, wegen einseitig vom Arbeitgeber durchgeführte Maßnahmen die Einigungsstelle anzurufen. Auch habe der Betriebsrat einen allgemeinen und einen Unterlassungsanspruch gemäß § 23 Abs. 3 BetrVG. Als letzte Möglichkeit bliebe dem Betriebsrat der Strafantrag gemäß § 119 Abs. 2 BetrVG.⁶³⁶

3. Stellungnahme

⁶³³ H/W/G/N/R/H/Worzalla, § 87 Rn. 109.

⁶³⁴ H/W/G/N/R/H/Worzalla, § 87 Rn. 109.

⁶³⁵ H/W/G/N/R/H/Worzalla, § 87 Rn. 109, 110.

⁶³⁶ H/W/G/N/R/H/Worzalla, § 87 Rn. 110.

Die notwendige Mitbestimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung dient in erster Linie dem Schutz und der Teilhabe der Arbeitnehmer. Um diesen Zweck durchsetzen zu können, ist eine Verlagerung der Regelungsbefugnis „weg von den Arbeitsvertragsparteien hin zu den Betriebspartnern“⁶³⁷ erforderlich. Dies entspricht auch der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts, wonach die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung entwickelt wurde, um die Umgehung des Einigungszwangs des Arbeitgebers mit dem Betriebsrat mittels Rückgriffs auf arbeitsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten zu verhindern.⁶³⁸ Durch diese Rechtsfolge soll das rechtliche Können des Arbeitgebers eingeschränkt werden.⁶³⁹

Ein bewegliches System von Sanktionen, bei welchem dem Arbeitgeber aus einem mitbestimmungswidrigen Verhalten kein Rechtsvorteil im Rahmen der Gestaltung von Arbeitsverhältnissen erwachsen darf⁶⁴⁰, würde zu Rechtsunsicherheit führen. Allerdings spricht der teilweise Charakter einer Strafsanktion, für den es keine gesetzliche Grundlage gibt, gegen eine schematische Anwendung dieser Theorie. Dies verdeutlicht sich insbesondere an den wirtschaftlichen Auswirkungen auf Seiten des Arbeitgebers, weshalb eine einzelfallbezogene Abwägung der Anwendung der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung sachgerecht erscheint.⁶⁴¹

II. Rechtsfolgen mitbestimmungswidriger Maßnahmen im Verhältnis Arbeitgeber – Arbeitnehmer

Handelt der Arbeitgeber bei einer mitbestimmungspflichtigen Maßnahme ohne die Zustimmung des Betriebsrats, führt dies zur Unwirksamkeit der Maßnahme im Individualarbeitsverhältnis.⁶⁴² Diese Rechtsfolge tritt

⁶³⁷ Gutzeit, NZA 2008, 255 (258).

⁶³⁸ Vgl. BAG v. 3.12.1991 – GS 2/90 – NZA 1992, 749 (759).

⁶³⁹ BAG v. 3.12.1991 – GS 2/90 – NZA 1992, 749 (759).

⁶⁴⁰ Hierzu vgl. Däubler, AuR 1984, 1 (12 f.); Pfarr, BB 1983, 2001 (2009); Richardi, ZfA 1976, 1 (37); Richardi/Richardi, § 87 Rn. 118.

⁶⁴¹ So auch J/R/H/Hesse, Kapitel 9 Rn. 60 f.

⁶⁴² BAG v. 20. 8. 1991 – 1 AZR 326/90 – NZA 1992, 225 (226); 3. 12. 1991 - GS 2/90 - NZA 1992, 749 (759); GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 121.

gleichermaßen sowohl bei einseitigen Maßnahmen des Arbeitgebers, insbesondere in Ausübung seines Direktionsrechts, als auch bei einzelvertraglichen Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein.⁶⁴³ Diese Sanktion kann damit als individualrechtliche „Reflexwirkung“⁶⁴⁴ auf den Pflichtverstoß des Arbeitgebers angesehen werden.⁶⁴⁵ Diese Unwirksamkeitsfolge im individualrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wird durch die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung bestimmt und ist vom Schutzzweck der Mitbestimmungsrechte gedeckt.⁶⁴⁶

Da die Mitbestimmung neben dem Schutz der einzelnen Arbeitnehmer vor den individualrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers auch dem Ausgleich der wechselseitigen Individualinteressen im Rahmen einer gleichberechtigten Teilhabe dient, umfasst die Unwirksamkeitsfolge nicht nur mitbestimmungswidrige, die Arbeitnehmer belastende Maßnahmen, sondern, zumindest für die Zukunft⁶⁴⁷, auch einzelne Arbeitnehmer begünstigende mitbestimmungswidrige Maßnahmen.⁶⁴⁸ Eine Abweichung vom ermittelten Kollektivinteresse durch einzelvertragliche Vereinbarung mit dem Arbeitgeber unter Berufung auf das Günstigkeitsprinzip, würde dem kollektivrechtlichen Gedanken der betrieblichen Mitbestimmung widersprechen.⁶⁴⁹ Aufgrund der Ausgleichsfunktion der Mitbestimmungsrechte und mit Blick auf die Rechtsklarheit ist der Verlust von Vorteilen für einzelne Arbeitnehmer hinzunehmen.⁶⁵⁰

III. Rechtsfolgen mitbestimmungswidriger Maßnahmen im Verhältnis Arbeitgeber – Betriebsrat

⁶⁴³ BAG v. 3.12.1991 – GS 2/90 – NZA 1992, 749 (759).

⁶⁴⁴ Isele, RdA 1962, 373 (374).

⁶⁴⁵ Isele, RdA 1962, 373 (374).

⁶⁴⁶ BAG 20.2.2002 – 7 AZR 707/00 – NZA 2002, 811 (813).

⁶⁴⁷ Zu bereits mitbestimmungswidrig erbrachten Leistungen vgl. Streitstand in Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 88 ff.

⁶⁴⁸ Gutzeit, NZA 2008, 255 (258); ders., AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 85, 86.

⁶⁴⁹ Gutzeit, NZA 2008, 255 (258); ders., AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 85 m.w.N., der dies plastisch am Beispiel des Kettenrauchers dokumentiert, der entgegen einem mitbestimmten Rauchverbot mit dem Arbeitgeber eine Raucherlaubnis im Großraumbüro letztlich zu Lasten der anderen Arbeitnehmer vereinbart.

⁶⁵⁰ Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 85.

Im Idealfall kann der Betriebsrat seine Beteiligungsrechte im Wege der Einigung mit dem Arbeitgeber durchsetzen. Die Effektivität der Betriebsratstätigkeit und damit der Durchsetzbarkeit der Beteiligungsrechte hängt entscheidend davon ab, wie gut sich die vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeber gestaltet. Dabei liegt Vieles in der Hand des Betriebsrats, wie er seine Rechte möglichst effektiv durchsetzen kann.⁶⁵¹ Missachtet der Arbeitgeber die Beteiligung des Betriebsrats im Rahmen seiner Drittbeziehungen, wird dem Betriebsrat vom Betriebsverfassungsgesetz eine Vielzahl an Möglichkeiten gewährt, die diese Beteiligung im Innenverhältnis sicherstellen sollen. Die rechtliche Durchsetzung im konkreten Einzelfall richtet sich nach der Rechtsqualität des jeweiligen Beteiligungsrechts.⁶⁵² Zur Verwirklichung der Beteiligungsrechte dienen dabei das Einigungsstellenverfahren und das Beschlussverfahren vor dem Arbeitsgericht, sowie Straf- und Bußgeldtatbestände.⁶⁵³

1. Verfahren vor der Einigungsstelle

Ein betrieblicher Arbeitskampf als Konfliktlösungsmittel zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber ist gemäß § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG unzulässig.⁶⁵⁴ Stattdessen sieht § 76 BetrVG das Verfahren vor der Einigungsstelle zur freiwilligen oder zur Zwangsschlichtung vor, wenn Arbeitgeber und Betriebsrat außer Stande sind, gemäß § 74 Abs. 1 S. 2 BetrVG über strittige Fragen eine Einigung zu erzielen.⁶⁵⁵ Die Einigungsstelle hat dabei die Funktion einer innerbetrieblichen, außergerichtlichen Schlichtungsstelle.⁶⁵⁶ Sie wird grundsätzlich nur bei Bedarf zur Beilegung von konkreten Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat oder

⁶⁵¹ V. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 11 Rn. 18.

⁶⁵² V. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 11 Rn. 16.

⁶⁵³ Vgl. Schaub/Ahrendt, § 230 Rn. 1 ff.

⁶⁵⁴ V. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 6 Rn. 59.

⁶⁵⁵ Junker, § 10 Rn. 707; v. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 6 Rn. 59-61.

⁶⁵⁶ BAG v. 18.1.1994 – 1 ABR 43/93 – NZA 1994, 571 (571 f.); Junker, § 10 Rn. 707; v. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 6 Rn. 59.

Konzernbetriebsrat gebildet.⁶⁵⁷ Gemäß § 76 Abs. 1 S. 2 BetrVG kann durch Betriebsvereinbarung aber auch eine ständige Einigungsstelle errichtet werden, was insbesondere zur Beilegung von Streitigkeiten in Großbetrieben sinnvoll erscheint.⁶⁵⁸

In Fällen, in denen das Betriebsverfassungsgesetz, wie z.B. in § 87 Abs. 2 BetrVG, vorsieht, dass der Spruch der Einigungsstelle die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzt, wird die Einigungsstelle gemäß § 76 Abs. 5 S. 1 BetrVG bereits auf Antrag einer Seite tätig. Die Zwangserrichtung einer Einigungsstelle kann damit von der anderen Seite nicht verhindert werden. Im Übrigen wird die Einigungsstelle gemäß § 76 Abs. 6 S. 1 BetrVG nur tätig, wenn beide Seiten dies beantragen oder mit ihrem Tätigwerden einverstanden sind.⁶⁵⁹ In Fällen der freiwilligen Mitbestimmung ist der Spruch der Einigungsstelle nur bindend, wenn beide Seiten sich dem Spruch im Voraus unterworfen oder ihn nachträglich angenommen haben.⁶⁶⁰

Während die Einigungsstelle früher wegen des zeitlichen Aufwands und der Ungewissheit des Ausgangs des Verfahrens eher selten angerufen wurde⁶⁶¹, wird das Verfahren zur Klärung von Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat mittlerweile häufiger genutzt⁶⁶². Die Einigungsstelle entscheidet nicht über das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts, weil die Klärung dieser Frage der staatlichen Gerichtsbarkeit obliegt.⁶⁶³ Sie kann diese Frage jedoch vorab als rechtliche Vorfrage für ihre Zuständigkeit behandeln.⁶⁶⁴ Der Spruch der Einigungsstelle schließt den Rechtsweg, ggf. zur nachträglichen Überprüfung, nicht aus.⁶⁶⁵

⁶⁵⁷ § 76 Abs. 1 S. 1 BetrVG.

⁶⁵⁸ V. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 6 Rn. 60.

⁶⁵⁹ Eine Vereinbarung über die Zuständigkeit der Einigungsstelle ist möglich, BAG v. 27.10.1987 – 1 AZR 80/86 – AP Nr. 22 zu § 76 BetrVG 1972 unter II. 1.

⁶⁶⁰ § 76 Abs. 6 S. 2 BetrVG.

⁶⁶¹ Feudner, DB 1997, 826 (828 f.).

⁶⁶² V. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 6 Rn. 61.

⁶⁶³ V. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 6 Rn. 59.

⁶⁶⁴ BAG v. 22.1.1980 – 1 ABR 48/77 – NJW 1981, 75 (76); v. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 6 Rn. 59.

⁶⁶⁵ § 76 Abs. 7 BetrVG; Junker, § 10 Rn. 709; v. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 6 Rn. 59.

2. Verfahren vor dem Arbeitsgericht

Zur Überprüfung einer Rechtsfrage kann neben der Einigungsstelle auch das Arbeitsgericht angerufen werden, in dringenden Fällen auch im einstweiligen Rechtsschutzverfahren.⁶⁶⁶ Das Vorgehen des Betriebsrats im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens i.S.d. § 2 a Nr. 1 ArbGG hängt davon ab, worauf sich das prozessuale Begehren des Betriebsrats richtet.⁶⁶⁷ Dabei kommen ein Feststellungsantrag, ein Leistungsantrag oder ein Unterlassungsantrag in Betracht.

a) Feststellungsantrag

Ein Feststellungsantrag gewährt effektiven Rechtsschutz, wenn der Betriebsrat geltend machen will, dass eine bestimmte Maßnahme seiner Mitbestimmung unterliegt. Gegenstand des Feststellungsantrags ist regelmäßig das Rechtsverhältnis der Betriebspartner als Verfahrensbeteiligte untereinander. Darüber hinaus kann der Feststellungsantrag auch eine Streitigkeit über das Rechtsverhältnis zwischen einer am Verfahren beteiligten Partei und einem Dritten sein. Dies kann z.B. einen Fall betreffen, in dem es um die Wirksamkeit eines zwischen dem Arbeitgeber und einem Dritten ohne die Zustimmung des Betriebsrats geschlossenen Vertrages geht, der die Veräußerung eines die Werkmietwohnungen versorgenden Gasnetzes und damit die Wirksamkeit der Änderung der Gasversorgung in den Werkmietwohnungen betrifft.⁶⁶⁸ Das Feststellungsinteresse setzt „ein eigenes rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung dieser Drittrechtsbeziehung“⁶⁶⁹ des die Feststellung begehrenden

⁶⁶⁶ Anm. Richardi zu BAG v. 6.12.1983 – 1 ABR 43/81 – AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 unter II. 1.; v. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 6 Rn. 59.

⁶⁶⁷ Vgl. Junker, § 10 Rn. 709.

⁶⁶⁸ Vgl. BAG v. 22.10.1985 – 1 ABR 47/83 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen unter B. II. 2.

⁶⁶⁹ BAG v. 22.10.1985 – 1 ABR 47/83 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen unter B. II. 2.

Verfahrensbeteiligten voraus.⁶⁷⁰ Ein solches Interesse besteht insbesondere dann, wenn die Rechtsposition des Betriebsrats durch die Feststellung, dass die Mitbestimmungsrechte die Rechtsmacht des Arbeitgebers gegenüber Dritten beschränken, beeinflusst wird.⁶⁷¹

b) Leistungs- und Unterlassungsantrag

Leistungsansprüche, wie solche auf Beachtung der Informations- oder Beratungsrechte, kann der Betriebsrat mit einem Leistungsantrag durchsetzen. Als Unterform des Leistungsantrags kann der Betriebsrat ferner Unterlassungsansprüche gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen, wenn sich dieser mitbestimmungswidrig verhält. Neben dem gesetzlich geregelten Unterlassungsanspruch des Betriebsrats gemäß § 23 Abs. 3 BetrVG bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen betriebsverfassungsrechtliche Pflichten⁶⁷², welcher auf Beteiligungsrechte von geringerer Intensität als der notwendigen Mitbestimmung keine Anwendung findet⁶⁷³, steht dem Betriebsrat in sozialen Angelegenheiten ein allgemeiner betriebsverfassungsrechtlicher Anspruch auf Unterlassung zu, der keine grobe Pflichtverletzung des Arbeitgebers voraussetzt.⁶⁷⁴ Im Gegensatz zu personellen Einzelmaßnahmen gemäß § 99 BetrVG⁶⁷⁵, kann sich der Betriebsrat gegen die Verletzung von Mitbestimmungsrechten bei Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG ebenfalls mit einem allgemeinen

⁶⁷⁰ BAG v. 22.10.1985 – 1 ABR 47/83 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972

Werkmietwohnungen unter B. II. 2.

⁶⁷¹ BAG v. 22.10.1985 – 1 ABR 47/83 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972

Werkmietwohnungen unter B. II. 2.

⁶⁷² Ein Verstoß ist als grob anzusehen, wenn er objektiv erheblich und offensichtlich schwerwiegend ist, wobei ein Verschulden des Arbeitgebers nicht erforderlich ist, BAG v. 18.4.1985 – 6 ABR 19/84 – NZA 1985, 783 (783); Düwell/Düwell, § 23 Rn. 62; Richardi/Thüsing, § 23 Rn. 96.

⁶⁷³ Hanau/Adomeit, Rn. 445; Stege/Weinspach/Schiefer, § 90 Rn. 31f.; Raab, ZfA 1997, 187 (222).

⁶⁷⁴ Vgl. BAG v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – NZA 1995, 40 ff. § 23 Abs. 3 BetrVG enthält demnach keine abschließende Regelung mit Ausschlusswirkung. Der allgemeine Unterlassungsanspruch beruht auf einem sich aus dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats i.V.m. der sich aus § 2 BetrVG ergebenden Nebenpflicht des Arbeitgebers. Der allgemeine Unterlassungsanspruch ergibt sich in sozialen Angelegenheiten aus § 87 BetrVG i.V.m. § 2 BetrVG.

⁶⁷⁵ BAG v. 23.6.2009 – 1 ABR 23/08 – NZA 2009, 1430 (1430, 1432); a.A.

D/K/W/Bachner, § 101 Rn. 22. Eine spezifische Rechtsschutzlücke wird verneint, weil der Gesetzgeber diese bewusst in Kauf genommen hat.

Unterlassungsanspruch wehren.⁶⁷⁶ Die Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG und § 95 Abs. 1 BetrVG sehen jedoch im Gegensatz zu §§ 99, 100 BetrVG keine Möglichkeit vor, eine Maßnahme vorläufig durchzuführen.⁶⁷⁷ Somit bedarf es bei allen diese Mitbestimmungsrechte berührenden Maßnahmen stets der vorherigen Zustimmung des Betriebsrats.

Die Frage, ob der Betriebsrat gegen den Arbeitgeber einen Anspruch auf Unterlassen der Durchführung einer Betriebsänderung i.S.d. § 111 S. 1 BetrVG bis zum Zustandekommen oder bis zum endgültigen Scheitern eines Interessenausgleichs hat, ließ das Bundesarbeitsgericht bisher ungeklärt.⁶⁷⁸ Umstritten ist auch, ob der Betriebsrat seine Rechte auf Beratung und Verhandlung i.S.d. §§ 111, 112 BetrVG und somit seine Möglichkeit, auf die unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers Einfluss nehmen zu können, durch einen Unterlassungsanspruch sichern kann.⁶⁷⁹ Dies ist abzulehnen. Hat der Arbeitgeber mitbestimmungswidrige Maßnahmen bereits vollzogen, steht dem Betriebsrat als Gegenstück zum allgemeinen Unterlassungsanspruch grundsätzlich ein Beseitigungsanspruch zu.⁶⁸⁰ Als innerbetriebliches Mittel zur Konfliktlösung wird der Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch jedoch keine Auswirkung auf Rechtsgeschäfte mit Dritten haben.

3. Straf- und Bußgeldtatbestände

In §§ 119-121 BetrVG wird betriebsverfassungswidriges Verhalten des Arbeitgebers sanktioniert. Mit einer Geldbuße von bis zu EUR 10.000,00 werden beispielsweise Verstöße gegen Aufklärungs- oder

⁶⁷⁶ BAG v. 23.6.2009 – 1 ABR 23/08 – NZA 2009, 1430 (1432); im Zusammenhang mit § 92 a BetrVG vgl. Lingemann, NZA 2002, 934 (942).

⁶⁷⁷ BAG v. 23.6.2009 – 1 ABR 23/08 – NZA 2009, 1430 (1432).

⁶⁷⁸ Vgl. Richardi/*Annuß*, § 111 Rn. 166.

⁶⁷⁹ Zum Streitstand vgl. Bauer/Krieger, BB 2010, 53 (54); Fauser/Nacken, NZA 2006, 1136 ff.; Lipinski/Melms, BB 2002, 2226 (2226); Raab, ZfA 1997, 183 (246 f.); Völksen, RdA 2010, 354 (361); Richardi/*Annuß*, § 111 Rn. 166 ff. m.w.N.; Fitting, § 111 Rn. 131 ff. m.w.N.; Grobys/Panzer-Heemeier/*Seebacher*, Unterlassungsanspruch, Rn. 47 ff. m.w.N.

⁶⁸⁰ BAG v. 16.6.1998 – 1 ABR 68/97 – NZA 1999, 49 (49); GK-BetrVG/*Oetker*, § 23 Rn. 185.

Auskunftspflichten geahndet.⁶⁸¹ Weitere Sanktionsnormen sind in einigen Beteiligungstatbeständen enthalten, wie z.B. in §§ 98 Abs. 5, 101 BetrVG.

IV. Rechtsfolgen mitbestimmungswidriger Maßnahmen im Verhältnis Arbeitgeber – Dritte

In diesem Abschnitt werden die Auswirkungen mitbestimmungswidriger Maßnahmen auf Grund vertraglicher Drittbeziehungen des Arbeitgebers behandelt.

1. Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts

Folgt man der Theorie der notwendigen Mitbestimmung und der Lehre von der Wirksamkeitsvoraussetzung, sind Rechtsgeschäfte des Arbeitgebers mit Dritten auch ohne die Zustimmung des Betriebsrats wirksam, weil sie von der betrieblichen Regelungsmacht ausgeschlossen sind.⁶⁸² Die Mitbestimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung gilt nur für die Gestaltung von Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, bzw. für die Gestaltung von Arbeitsverhältnissen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, womit der Vertrag zwischen Arbeitgeber und dem Dritten auch dann wirksam und voll verbindlich zustande gekommen ist, wenn der Betriebsrat im Innenverhältnis nicht beteiligt wurde.⁶⁸³ Die rechtliche Gestaltungsmöglichkeit des Arbeitgebers, sowie die rechtsgeschäftliche Vertretung des Betriebs nach außen bleibt von den Normen des Betriebsverfassungsgesetzes im Verhältnis zu Dritten somit unberührt.⁶⁸⁴ Damit erstreckt sich die Unwirksamkeitsfolge nicht

⁶⁸¹ § 121 BetrVG.

⁶⁸² BAG v. 22.10.1985 – 1 ABR 47/83 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen unter B. III. 1.; 13.7.1978 – 3 ABR 108/77 – NJW 1979, 2534 (2536); Gumpert, BB 1978, 968 (971); Konzen, Betriebsverfassungsrechtliche Pflichten des Arbeitgebers, 1984, S. 85; v. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 12 Rn. 33; Wiese, NZA 2003, 1113 (1115, 1116); Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 109; GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 114.

⁶⁸³ BAG v. 22.10.1985 – 1 ABR 47/83 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen unter unter B. III. 1.; Gumpert, BB 1978, 968 (971); Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 109.

⁶⁸⁴ BAG v. 22.10.1985 – 1 ABR 47/83 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen unter B. III. 1.; Gumpert, BB 1978, 968 (971).

auf Rechtsgeschäfte mit Dritten.⁶⁸⁵ Dasselbe gilt für Verfügungen des Arbeitgebers im Rechtsverkehr mit Dritten.⁶⁸⁶

Die Unwirksamkeit eines mitbestimmungswidrigen Rechtsgeschäfts zwischen dem Arbeitgeber und einem außenstehenden Dritten ist weder durch den bezweckten Schutz der Arbeitnehmer, noch durch die Ausgleichs- und Teilhabefunktion gerechtfertigt und würde die Belange des Rechtsverkehrs zu stark beeinträchtigen und zu Rechtsunsicherheit führen.⁶⁸⁷ Der Vertragspartner wäre außer Stande, die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nachvollziehen und überprüfen zu können.⁶⁸⁸ Selbst die positive Kenntnis des Dritten von der Mitbestimmungswidrigkeit der vereinbarten Maßnahme lässt die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts unberührt, weil die Zustimmung des Betriebsrats nur eine Wirksamkeitsvoraussetzung im Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat darstellt.⁶⁸⁹ Ein internes „Disziplinieren“ des Arbeitgebers genügt demnach.⁶⁹⁰ Dieses zeigt seine Wirkung, indem der Arbeitgeber regelmäßig unfähig ist, den beiderseits verbindlichen Vertrag zu erfüllen, solange der Betriebsrat nicht zugestimmt oder die Einigungsstelle rechtsverbindlich entschieden hat.⁶⁹¹ Im Außenverhältnis hätte dieses Unvermögen zur Folge, dass der Arbeitgeber dem Dritten wegen subjektiver Unmöglichkeit grundsätzlich zum Schadensersatz in Höhe des vollen Erfüllungsinteresses verpflichtet wäre.⁶⁹²

Mitbestimmungswidrige Bindungen des Arbeitgebers mit Dritten können jedoch dann unwirksam sein, wenn der Arbeitgeber den Vertragspartner

⁶⁸⁵ V. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 12 Rn. 33.

⁶⁸⁶ Zöllner/Loritz, § 49 V Rn. 3. a); Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 114.

⁶⁸⁷ BAG v. 22.10.1985 – 1 ABR 47/83 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972

Werkmietwohnungen unter unter B. III. 1.; Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 109; Schlüter, DB 1972, 139 (139).

⁶⁸⁸ BAG v. 22.10.1985 – 1 ABR 47/83 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972

Werkmietwohnungen unter unter B. III. 1.

⁶⁸⁹ Anders wohl Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 109.

⁶⁹⁰ Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 110.

⁶⁹¹ BAG v. 26.4.1988 – 3 AZR 168/86 – NZA 1989, 219 (221); Gumpert, BB 1978, 968 (971).

⁶⁹² Gumpert, BB 1978, 968 (971); GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 114; Gutzeit, AR-Blattei SD, 530.14.2 Rn. 110, der von einer Abwicklung nach den Grundsätzen des Leistungsstörungenrechts spricht.

rechtlich und wirtschaftlich beherrscht⁶⁹³ und der Vertragspartner ein „juristisches Werkzeug des Arbeitgebers“ ist⁶⁹⁴. Die Sanktion entspricht bei wirtschaftlicher Identität oder Beherrschung durch den Arbeitgeber derjenigen einer mitbestimmungswidrigen Maßnahme im eigenen Betrieb.⁶⁹⁵

2. Kritik

Die fehlende Auswirkung mitbestimmungswidriger Handlungen des Arbeitgebers auf seine vertraglichen Drittbeziehungen ist Gegenstand einiger Kritik. Sie beruht auf den folgenden Erwägungen:

a) Wirksamkeitsfolge beeinträchtigt Belange des Rechtsverkehrs

Richardi kritisiert an der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung die Inkonsequenz im Verhältnis zu den Mitbestimmungsrechten⁶⁹⁶ und die Beeinträchtigung der Belange des Rechtsverkehrs infolge der konstruierten Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers wegen subjektiver Unmöglichkeit.⁶⁹⁷ Bei Annahme der Wirksamkeit eines mitbestimmungspflichtigen Rechtsgeschäfts würde die Beteiligung des Betriebsrats als Wirksamkeitsvoraussetzung aufgegeben. Gleichzeitig wirke sich das Mitbestimmungserfordernis unmittelbar auf die Rechtsmacht des Arbeitgebers im Verhältnis zu Dritten aus, indem es dem Arbeitgeber gegenüber seinem Vertragspartner unmöglich macht, seine Verpflichtung zu erfüllen. Dadurch werde der Rechtsverkehr beeinträchtigt. Darüber hinaus mache es keinen Unterschied, ob das Rechtsgeschäft unmittelbar unwirksam oder der Dritte statt der Erfüllung des Rechtsgeschäfts nur Schadensersatz vom Arbeitgeber verlangen

⁶⁹³ BAG v. 26.4.1988 – 3 AZR 168/86 – NZA 1989, 219 (221); 9.5.1989 – 3 AZR 439/88 – AP Nr. 18 zu § 87 BetrVG 1972 (m. Anm. v. Hoyningen-Huene) unter II. 2. a).

⁶⁹⁴ BAG v. 26.4.1988 – 3 AZR 168/86 – NZA 1989, 219 (221).

⁶⁹⁵ BAG v. 9.5.1989 – 3 AZR 439/88 – AP Nr. 18 zu § 87 BetrVG 1972 (m. Anm. v. Hoyningen-Huene) unter II. 2. a).

⁶⁹⁶ Indem das mitbestimmungspflichtige Rechtsgeschäft trotz fehlender Beteiligung im Verhältnis zum Vertragspartner des Arbeitgebers wirksam ist.

⁶⁹⁷ *Richardi/Richardi*, § 87 Rn. 112; Schlüter, DB 1972, 139 (139).

könne.⁶⁹⁸ Das Mitbestimmungsrecht sollte deshalb keine gestaltende Wirkung, sondern eine ergänzende Funktion zur Herstellung eines Interessenausgleichs haben.⁶⁹⁹

- b) Betriebsverfassungsrechtliche Einigung auch
Wirksamkeitsvoraussetzung für rechtsgeschäftliche
Drittbeziehungen des Arbeitgebers

Für *Reuter/Streckel* stellt die betriebsverfassungsrechtliche Einigung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber auch eine Wirksamkeitsvoraussetzung für Rechtsgeschäfte des Arbeitgebers mit Dritten dar.⁷⁰⁰ Fehlt eine solche Einigung, soll der Vertrag mit dem Dritten unwirksam sein. Weist der Arbeitgeber seinen Vertragspartner nicht auf die fehlende Zustimmung des Betriebsrats hin, handele es sich zudem um ein Verschulden bei Vertragsschluss, woraus der Dritte vom Arbeitgeber den Ersatz des Vertrauensschadens, d.h. alle Aufwendungen, die der Dritte für die Erfüllung des Rechtsgeschäfts getätigt hat, verlangen könne.⁷⁰¹

3. Stellungnahme

a) Innerbetriebliche Geltung der Mitbestimmungsrechte

Die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften des Arbeitgebers mit außerbetrieblichen Dritten ohne die vorherige Beteiligung des Betriebsrats ist eine konsequente und logische Umsetzung der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung. Die rechtsfolgenorientierte Kritik an der fehlenden Auswirkung der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung auf solche Rechtsgeschäfte übersieht, dass die Mitbestimmungsrechte lediglich zwischen den Betriebspartnern gelten und Drittbeziehungen des

⁶⁹⁸ Richardi/*Richardi*, § 87 Rn. 112.

⁶⁹⁹ Richardi/*Richardi*, § 87 Rn. 113.

⁷⁰⁰ Reuter/Streckel, Grundfragen der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung, S. 27 f.

⁷⁰¹ Reuter/Streckel, Grundfragen der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung, S. 27 f.

Arbeitgebers mitbestimmungsfrei sind.⁷⁰² Ein Zustimmungserfordernis für den Abschluss von Rechtsgeschäften mit Dritten ist vom Betriebsverfassungsgesetz nicht vorgesehen. Das Mitbestimmungserfordernis beschränkt entsprechend seinem Zweck die rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht des Arbeitgebers nur gegenüber dem Betriebsrat und den Arbeitnehmern, weil die Regelungsmacht der Betriebspartner sich nur auf das Verhältnis des Arbeitgebers zur Belegschaft bezieht.⁷⁰³ Dem daraus erwachsenden Schutzbedürfnis der Belegschaft, sowie des Betriebsrats wird dadurch in ausreichender Weise Rechnung getragen, dass der Arbeitgeber die getroffenen Regelungen mit dem Dritten im eigenen Betrieb nicht umsetzen kann.⁷⁰⁴

b) Regelung der innerbetrieblichen Ordnung

Das Betriebsverfassungsgesetz regelt zudem nur die Ordnung im Betrieb und keine außerhalb der Betriebsverfassung liegenden Rechtsverhältnisse. Insofern erscheint es geboten, zwischen den betroffenen Akteuren und deren Rechtsverhältnissen zu differenzieren und diese entsprechend den sie jeweils betreffenden Rechtsfolgen zu behandeln. Eine gegenteilige Auffassung würde zu großer Rechtsunsicherheit führen.⁷⁰⁵ Von dieser Unsicherheit über die Rechtsfolgen einer unterbliebenen Mitbestimmung wären praktisch alle Rechtsgeschäfte des Arbeitgebers mit Dritten betroffen. Infolge des Mitbestimmungserfordernisses könnte es zwar zu einer mittelbaren Beschränkung der Rechtsmacht des Arbeitgebers gegenüber Dritten führen.⁷⁰⁶ Dies wäre jedoch eine Konsequenz, welche sich aus der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ergibt.⁷⁰⁷

c) Realisierbarkeit der Verpflichtung als Risiko des Arbeitgebers

⁷⁰² Gumpert, BB 1978, 968 (971).

⁷⁰³ GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 114.

⁷⁰⁴ Gumpert, BB 1978, 968 (971).

⁷⁰⁵ BAG v. 22.10.1985 – 1 ABR 47/83 – AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972
Werkmietwohnungen unter B. III. 1.

⁷⁰⁶ Richardi/Richardi, § 87 Rn. 112.

⁷⁰⁷ GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 114, spricht davon, dass diese Folge hinzunehmen wäre.

Von der rechtlichen Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte mit Dritten ist die Realisierbarkeit des aus einem solchen Rechtsgeschäft entstandenen Anspruchs zu trennen.⁷⁰⁸ Die Folgen der mangelnden Beteiligung des Betriebsrats, insbesondere ob sich der Arbeitgeber wegen Undurchführbarkeit des Rechtsgeschäfts gegenüber Dritten schadensersatzpflichtig macht, liegen außerhalb des Regelungsbereichs der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung. Der Arbeitgeber handelt deshalb, wenn er Geschäfte mit Dritten abschließt, auf eigenes Risiko.⁷⁰⁹ Selbst wenn man entgegen der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung annehmen würde, dass das Rechtsgeschäft mit dem Dritten mangels Zustimmung unwirksam wäre, würde dies eine mögliche Haftung des Arbeitgebers aus eventuellen Schadensersatzansprüchen des Dritten unberührt lassen, z.B. nach den Grundsätzen der *culpa in contrahendo*.

F. Ergebnis

Drittbeziehungen des Arbeitgebers entsprechen der täglichen Praxis und berühren häufig der Mitbestimmung unterliegende Sachverhalte. Bei der Frage des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts und bei der inhaltlichen Gestaltung des Vertragsverhältnisses ist der Arbeitgeber aufgrund seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit frei. Die Aussage des Bundesarbeitsgerichts, der Arbeitgeber müsse bei Geschäften mit Dritten durch eine entsprechende Vertragsgestaltung sicherstellen, dass die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte gewährleistet sei⁷¹⁰, stellt keinen den Arbeitgeber verpflichtenden Rechtsgrundsatz dar. Diese Formulierung im Sinne einer Verpflichtung des Arbeitgebers zu einer entsprechenden Vertragsgestaltung findet keine Grundlage im Betriebsverfassungsgesetz. Auch ist eine solche Vertragsgestaltung nicht erforderlich, weil der Betriebsrat bereits aufgrund der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung hinreichend geschützt ist. Der Arbeitgeber ist jedoch wegen des Gebots der

⁷⁰⁸ Wiese, NZA 2003, 1113 (1116); GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 114.

⁷⁰⁹ GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 114.

⁷¹⁰ BAG v. 18.4.2000 – 1 ABR 22/99 – NZA 2000, 1176 (1177).

vertrauensvollen Zusammenarbeit gehalten, vertragliche Regelungen in Verträgen mit Dritten zu unterlassen, die die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats beeinträchtigen oder ausschließen könnten. Diese Obliegenheit gilt allerdings nur im Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Die Folgen im eigenen Betrieb, sowie gegenüber seinem Vertragspartner im Zusammenhang mit der Umsetzung mitbestimmungswidriger Vertragsabsprachen, hat der Arbeitgeber dabei in Kauf zu nehmen.

Kapitel 2: Drittbeziehungen des Betriebsrats

Die ordnungsgemäße Erfüllung des Betriebsratsamtes kann Drittbeziehungen des Betriebsrats erforderlich machen. Regelmäßig verfolgt der Betriebsrat dabei das Ziel, Informationen zu gewinnen und Unterstützung bei der Erfüllung seiner Betriebsratsaufgaben zu erhalten.⁷¹¹ Unter Drittbeziehungen des Betriebsrats sind Kontakte zu solchen Personen oder Stellen zu verstehen, die außerhalb des Betriebs, des Unternehmens oder des Konzerns stehen, welchem der Betriebsrat selbst angehört.⁷¹² Es kann sich um rechtsgeschäftliche Außenkontakte oder um (tatsächliche) Beziehungen zu Behörden und anderen öffentlichen Stellen handeln. Insofern haben Drittbeziehungen des Betriebsrats und des Arbeitgebers gemeinsam, dass sie die „Mauern des Unternehmens“ bzw. die „Mauern des Konzerns“ überwinden.⁷¹³ Dabei hat der Betriebsrat neben den im Betriebsverfassungsgesetz genau definierten Rechten auch Schranken zu berücksichtigen, die sich insbesondere aus dem Grundsatz über die Zusammenarbeit zwischen den Betriebspartnern gemäß §§ 74 Abs. 1 und 2, 77 Abs. 1 S. 2 und § 2 Abs. 1 BetrVG ergeben.⁷¹⁴ Der Betriebsrat ist danach nur unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt, Kontakte und Vertragsbeziehungen zu Dritten zu begründen und zu unterhalten.⁷¹⁵

A. Rechtsgeschäftliche Beziehungen des Betriebsrats

In Wahrnehmung seiner Aufgaben tritt der Betriebsrat häufig in Außenbeziehungen zu betriebsfremden Personen. Hierzu zählen neben der Teilnahme an Verhandlungen mit potentiellen Betriebserwerbern⁷¹⁶ insbesondere die Heranziehung von Anwälten, Sachverständigen und

⁷¹¹ Plander, AuR 1993, 161 (162).

⁷¹² Plander, AuR 1993, 161 (161).

⁷¹³ Plander, AuR 1993, 161 (161), der von „Außenbeziehungen“ anstatt von „Drittbeziehungen“ spricht.

⁷¹⁴ Vgl. BAG v. 18.9.1991 – 7 ABR 63/90 – NZA 1992, 315 (317); v. Hoyningen-Huene, RdA 1992, 355 (366); a.A. Kittner, der diese Sachlage als „Maulkorb für Betriebsräte“ bezeichnet, zitiert nach v. Hoyningen-Huene, RdA 1992, 355 (366).

⁷¹⁵ Beispielsweise mit Beratern, Behörden und Sozialversicherungsträgern, Brill, AuR 1981, 202 (202).

⁷¹⁶ Dazu näher Gutzeit, ZIP 2009, 354 ff.

anderen Beratern. Zu unterscheiden sind Drittbeziehungen des Betriebsrats als Gremium und einzelner Betriebsratsmitglieder. Letztere können Rechtsbeziehungen zu Dritten begründen, indem sie z.B. gemäß § 37 Abs. 6 und Abs. 7 BetrVG an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen teilnehmen.⁷¹⁷ Die nachfolgende Untersuchung fokussiert sich auf Drittbeziehungen des Betriebsrats als Gremium. Darin wird diskutiert, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang der Betriebsrat rechtsgeschäftliche Beziehungen zu Dritten begründen kann und ob der Arbeitgeber in jedem Fall die dabei entstehenden Kosten zu tragen hat.

I. Der Betriebsrat als Vertragspartner

Ob der Betriebsrat im eigenen Namen Rechtsgeschäfte mit Dritten abschließen und damit Gläubiger und Schuldner werden kann, richtet sich danach, ob und inwieweit er als rechts- und vermögensfähig angesehen werden kann.

1. Rechtsfähigkeit des Betriebsrats

a) Bedeutung und Herleitung

Rechtsfähigkeit bedeutet, die Fähigkeit zu besitzen, Träger von Rechten und Pflichten zu sein und damit am Rechtsverkehr teilnehmen zu können.⁷¹⁸ Das Betriebsverfassungsgesetz enthält keine Vorschrift zur Rechtsfähigkeit des Betriebsrats. Aus der Rechtsnatur des Betriebsrats als besonderes Organ der Betriebsverfassung⁷¹⁹ und Repräsentant der Belegschaft⁷²⁰ folgt jedoch, dass es dem Betriebsrat an einer generellen

⁷¹⁷ Plander, AuR 1993, 161 (161).

⁷¹⁸ MüKoBGB/*Spickhoff*, § 1 Rn. 6; Palandt/*Ellenberger*, Vorb. zu § 1 Rn. 1; Schulze/*Dörner*, § 1 Rn. 2.

⁷¹⁹ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1385).

⁷²⁰ BAG v. 24.8.2006 – 8 AZR 414/05 – NZA 2007, 51 (52); diese Repräsentantenfunktion reicht jedoch nicht so weit, dass der Betriebsrat wie ein Anwalt prozessstandschaftlich zur gerichtlichen Durchsetzung von Arbeitnehmeransprüchen berechtigt ist, vgl. Gutzeit, ZIP 2009, 354 (356); a.A. BSG v. 25.5.2005 – B 11a/11 AL 15/04 R – NZS 2006, 378 (379 f.).

Rechtsfähigkeit fehlt.⁷²¹ Stattdessen verfügt er über eigens ihm im Betriebsverfassungsgesetz zugewiesene Rechte und Pflichten, die er in seinem Namen gegenüber dem Arbeitgeber wahrnimmt.⁷²² Als Träger dieses Amtes handelt der Betriebsrat innerhalb seiner durch die Betriebsverfassung vorgegebenen Kompetenzen.⁷²³ Dieser definierte Wirkungskreis verleiht dem Betriebsrat eine teilweise betriebsverfassungsrechtliche Rechtssubjektivität.⁷²⁴ Im Verhältnis zu außerbetrieblichen Dritten ist diese Teilrechtsfähigkeit beschränkt auf Rechtsgeschäfte, die von der Betriebsverfassung vorgegeben sind und die der Betriebsrat zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben nach pflichtgemäßem Ermessen für erforderlich halten darf.⁷²⁵

b) Auswirkung auf Teilnahme am Rechtsverkehr

Die Beschränkung auf diesen Wirkungskreis hat zur Folge, dass die Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr, im Gegensatz zu z.B. juristischen Personen, nur unter diesen engen Voraussetzungen zulässig, der Betriebsrat also nur insoweit rechtsfähig ist.⁷²⁶ Im Rahmen dieses Wirkungsbereichs kann der Betriebsrat aus Rechtsgeschäften wirksam berechtigt und verpflichtet werden.⁷²⁷ Außerhalb dieses Rahmens stellt der Betriebsrat im außerbetrieblichen Rechtsverkehr als Gremium kein Rechtssubjekt dar. Jegliche Überschreitung dieser Kompetenzen führt zum Exzess seiner Befugnisse.

⁷²¹ Vgl. statt aller Fitting, § 1 Rn. 291 m.w.N.

⁷²² V. Hoyningen-Huene spricht von einer betriebsverfassungsrechtlichen Rechts- und Handlungsfähigkeit, MünchHdbArbR2009, § 212 Rn. 14.

⁷²³ Gutzeit, ZIP 2009, 354 (355).

⁷²⁴ Fitting, § 1 Rn. 292; GK-BetrVG/Franzen, § 1 Rn. 73.

⁷²⁵ Triebel, S. 87 f.; Düwell/Kloppenburger, § 1 Rn. 149 f.; Fitting, § 1 Rn. 304.

⁷²⁶ Vgl. BAG v. 24.4.1986 – 6 AZR 607/83 – NZA 1987, 100 (101); 24.10.2001 – 7 ABR 20/00 – NZA 2003, 53 (54); Fitting, § 1 Rn. 292; GK-BetrVG/Franzen, § 1 Rn. 72 f.; Düwell/Kloppenburger, § 1 Rn. 149 f.; MünchHdbArbR2009/v. Hoyningen-Huene, § 212 Rn. 14; a.A. Weber, DB 1992, 2135 (2135 f.), der eine Teilrechtsfähigkeit des Betriebsrats in Bezug auf das Betriebsverfassungsgesetz ablehnt. Man sei entweder rechtsfähig, oder nicht. Aufgrund der dem Betriebsrat zugewiesenen Rechte und Pflichten sei dieser als Rechtssubjekt rechtsfähig.

⁷²⁷ BAG v. 29.9.2004 – 1 ABR 30/03 – NZA 2005, 123 (124); BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1384); D/K/W/Wedde, Einl. Rn. 141; Fitting, § 1 Rn. 292, 304; GK-BetrVG/Franzen, § 1 Rn. 73, 76; MünchHdbArbR2009/v. Hoyningen-Huene, § 212 Rn. 14.

Zum Teil wird diese Fähigkeit des Betriebsrats, als Gremium und Organ selbständig Verträge mit Dritten abzuschließen und daraus unmittelbar berechtigt und verpflichtet zu werden, mit dem Argument abgelehnt, die Rechtspositionen des Betriebsrats bestünden rein innerbetrieblich.⁷²⁸ Statt des Betriebsrats sei deshalb der Arbeitgeber verpflichtet, zu dessen Unterstützung und Rechtsdurchsetzung Verträge mit Dritten, wie z.B. Rechtsanwälten oder Sachverständigen, abzuschließen.⁷²⁹ Geht der Betriebsrat trotz seiner fehlenden Rechtsfähigkeit Rechtsgeschäfte mit Dritten ein, komme allenfalls eine Außenhaftung der einzelnen, an dem Vertragsschluss beteiligten Betriebsratsmitglieder in Betracht.⁷³⁰

Gegen diese Auffassung spricht der Kostenfreistellungsanspruch aus § 40 Abs. 1 BetrVG. Dieser setzt eine eigene Verbindlichkeit des Betriebsrats voraus.⁷³¹ Müsste der Arbeitgeber die für den Betriebsrat erforderlichen Rechtsgeschäfte abschließen, würde er selbst regelmäßig zum Vertragspartner des Dritten werden. Eines Freistellungsanspruchs bedürfte es damit nicht. Darüber hinaus wäre es ungewöhnlich, wenn der Arbeitgeber seinen Kontrahenten aktiv bei der Durchsetzung seiner Rechte gegen sich selbst unterstützen müsste.⁷³² Damit der Betriebsrat seine im Betriebsverfassungsgesetz eingeräumten Rechte effektiv durchsetzen kann, muss er gegenüber Dritten als eigenständige Vertragspartei auftreten können.

2. Vermögensfähigkeit des Betriebsrats

a) Vermögensgegenstand

Die Fähigkeit des Betriebsrats, Verträge im eigenen Namen abzuschließen, wird teilweise mit dem Argument abgelehnt, der

⁷²⁸ Jawad, S. 209 f.; BeckOKArbR/*Besgen*, BetrVG, § 1 Rn. 54; GK-BetrVG/*Franzen*, § 1 Rn. 74; MünchHdbArbR2009/v. *Hoyningen-Huene*, § 212 Rn. 15.

⁷²⁹ BeckOKArbR/*Besgen*, BetrVG, § 1 Rn. 54.

⁷³⁰ Jawad, S. 209 f.; GK-BetrVG/*Franzen*, § 1 Rn. 74; H/W/G/N/R/H/*Rose*, Einl. Rn. 112.

⁷³¹ BGH vom 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1384).

⁷³² BGH vom 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1384).

Betriebsrat sei nicht vermögensfähig.⁷³³ Dieser Auffassung ist entgegenzusetzen, dass der Betriebsrat, bei ordnungsgemäßer und Kosten auslösender Beauftragung, Vermögen in Form eines Freistellungsanspruchs gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG gegen den Arbeitgeber besitzt.⁷³⁴ Dass eine wirksame, durchsetzungsfähige Forderung einen Vermögenswert darstellt, ergibt sich unter anderem aus dem Kreditsicherungsrecht. In Finanzierungstransaktionen werden regelmäßig Forderungen als Sicherheit abgetreten. Auch bei der Verwertung im Rahmen einer Zwangsvollstreckung werden Forderungen als Vermögenswert relevant.

b) Umfang der Vermögensfähigkeit

Spiegelbildlich zur Rechtsfähigkeit existiert die Vermögensfähigkeit des Betriebsrats gegenüber seinen Vertragspartnern nur innerhalb eines definierten Rahmens. Die Vermögens- und Rechtsfähigkeit des Betriebsrats für rechtsgeschäftlich relevante Handlungen sowie tatsächliche Kontaktaufnahmen ist an die gesetzlichen Vorgaben gekoppelt.⁷³⁵ Das sog. vermögensrechtliche Können ergibt sich aus dem Betriebsverfassungsgesetz. Vermögensfähigkeit besteht demnach in dem Umfang, wie der Anspruch des Betriebsrats gegen den Arbeitgeber aus § 40 Abs. 1 BetrVG reicht. Darüber hinaus kann sich der Betriebsrat gegenüber Dritten weder verpflichten noch Rechte herleiten.⁷³⁶ Eine generelle Vermögensfähigkeit ist deshalb abzulehnen.⁷³⁷

Die Begründung einer über den betriebsverfassungsrechtlich festgelegten Wirkungsbereich hinausgehenden Vermögensfähigkeit des Betriebsrats und dessen Erhebung zum Rechtssubjekt durch Vereinbarung mit dem Arbeitgeber ist mangels Dispositionsbefugnis der Betriebspartner

⁷³³ MünchHdbArbR2009/v. *Hoyningen-Huene*, § 212 Rn. 15.

⁷³⁴ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1383); Fitting, § 1 Rn. 304.

⁷³⁵ Von Koppelung spricht Gutzeit, ZIP 2009, 354 (356).

⁷³⁶ BAG v. 29.9.2004 – 1 ABR 30/03 – NZA 2005, 123 (124).

⁷³⁷ BAG v. 29.9.2004 – 1 ABR 30/03 – NZA 2005, 123 (124) m.w.N.; a.A. Weber, DB 1992, 2135 (2136), der behauptet, dass es ebenso wenig eine Teil-Vermögensfähigkeit wie eine Teil-Rechtsfähigkeit geben kann. Als Rechtssubjekt sei der Betriebsrat demnach auch vermögensfähig.

ausgeschlossen.⁷³⁸ Weder der Betriebsrat alleine, noch im Zusammenwirken mit dem Arbeitgeber, verfügt über eine „Kompetenzkompetenz“⁷³⁹, sich über die gesetzlich zugewiesenen Aufgaben hinausgehende Befugnisse einzuräumen. Die Rechtsfähigkeit folgt der Vermögensfähigkeit und vice versa.⁷⁴⁰ „Das „rechtliche Können“ folgt insoweit dem „vermögensmäßigen Können““.⁷⁴¹

c) Praktische Auswirkung der Vermögensfähigkeit auf rechtsgeschäftliche Drittbeziehungen

Erkennt man den Betriebsrat als teilrechtsfähig und insofern vermögensfähig an, ist der Betriebsrat im Außenverhältnis zum Dritten wie ein gewöhnliches Rechtssubjekt zu behandeln. Diese beschränkte Vermögensfähigkeit könnte bei betriebsverfassungswidriger Inanspruchnahme des Dritten den Umfang des Freistellungsanspruchs im Innenverhältnis zum Arbeitgeber schmälern, jedoch nicht die Art der versprochenen Gegenleistung.⁷⁴² Bei einer wirksamen Beauftragung entsteht regelmäßig ein Zahlungsanspruch gegen den Betriebsrat.⁷⁴³ Dies ist aufgrund der Behandlung des Betriebsrats als teilrechtsfähiges Rechtssubjekt konsequent und aus Gründen der Rechtssicherheit angebracht, weil die Rechtsverhältnisse dadurch klar definiert werden. Unabhängig vom Risiko des Beauftragten auf Erstattung seiner Kosten ist das rein rechtsgeschäftliche Verhältnis (zunächst)⁷⁴⁴ nur auf der Ebene zwischen Betriebsrat und dem Dritten zu betrachten.

Der Zahlungsanspruch wird bei einer betriebsverfassungsrechtlich konformen Inanspruchnahme des Dritten durch den Arbeitgeber befriedigt. Nach vorheriger Aufklärung über die Rechtsfolgen kann der

⁷³⁸ BAG v. 29.9.2004 – 1 ABR 30/03 – NZA 2005, 123 (124); Hunold, NZA-RR 2011, 57 (57).

⁷³⁹ Gutzeit, ZIP 2009, 354 (356).

⁷⁴⁰ So auch BAG v. 29.9.2004 – 1 ABR 30/03 – NZA 2005, 123 (124).

⁷⁴¹ BGH vom 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1385).

⁷⁴² BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1385).

⁷⁴³ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1383 f.).

⁷⁴⁴ Eine weitergehende Haftung auf Zahlung des Honorars kann sich unter Umständen gegen den Betriebsratsvorsitzenden oder einzelne Mitglieder des Betriebsrats ergeben, siehe hierzu die Ausführungen in Fitting, § 1 Rn. 303 f. und GK-BetrVG/Franzen, § 1 Rn. 77 ff.

Betriebsrat dem Dritten deshalb von Beginn an als Gegenleistung die Verschaffung des Freistellungsanspruchs gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG versprechen.⁷⁴⁵ Dieses Versprechen wandelt sich bei Abtretung in einen direkten Zahlungsanspruch des Beauftragten gegen den Arbeitgeber.⁷⁴⁶ Ansonsten ist das bloße Versprechen des Betriebsrats zur Verschaffung des Freistellungsanspruchs als eigentliche Gegenleistung abzulehnen. Eine Abtretung könnte bereits wegen Fehlens eines Freistellungsanspruchs unwirksam sein oder der Betriebsrat sein Versprechen, einen Freistellungsanspruch in vereinbarter Höhe zu verschaffen, nicht halten. Dadurch würde allein der Vertragspartner des Betriebsrats das Zahlungsausfallrisiko tragen.

3. Sonderfall: Volle Rechtsfähigkeit bei Vereinbarung zu Gunsten Dritter?

Ob der Betriebsrat ohne weiteres Vereinbarungen mit Dritten abschließen kann, deren Inhalte den Arbeitnehmern gemäß § 328 BGB unmittelbar zu Gute kommen⁷⁴⁷, hängt davon ab, ob der Betriebsrat in eigenem Namen handelt, oder den Arbeitgeber vertritt. Handelt der Betriebsrat unter wirksam erteilter Vollmacht des Arbeitgebers, verpflichtet er den Arbeitgeber und nicht sich selbst als Gremium.⁷⁴⁸ Handelt der Betriebsrat im eigenen Namen, ist entscheidend, ob der Betriebsrat entgegen der grundsätzlichen Einschränkung seiner Rechtsfähigkeit auf die ihm gesetzlich zugewiesenen Aufgaben insoweit als rechtsfähig angesehen werden kann.

Für die generelle Zulässigkeit von drittbegünstigenden Vereinbarungen⁷⁴⁹ könnte sprechen, dass sich allein der vertragliche Kontrahent des Betriebsrats verpflichtet. Bei dem Arbeitgeber werden

⁷⁴⁵ Bell/Helm, ArbRAktuell 2013, 39 (42); Fitting, § 1 Rn. 304.

⁷⁴⁶ BAG v. 18.3.2015 – 7 ABR 4/13 – NZA 2015, 954 (956); Fitting, § 1 Rn. 304.

⁷⁴⁷ Wie z.B. Verträge mit potentiellen Betriebserberbern zur Erweiterung des Bestandsschutzes aus § 613 a BGB und der Sicherung von Beschäftigungsgarantien, dazu ausführlich Gutzeit, ZIP 2009, 354 ff.

⁷⁴⁸ GK-BetrVG/*Franzen*, § 1 Rn. 74; sehen anstatt des Betriebsrats als Gremium die einzelnen Betriebsratsmitglieder als Stellvertreter, Gutzeit, ZIP 2009, 354 (358), Jawad, S. 193.

⁷⁴⁹ So Konzen, ZfA 1985, 469 (489).

keine Kosten verursacht. Eine Vereinbarung zwischen dem Betriebsrat und einem künftigen Betriebserwerber zur Sicherung der Versorgungsansprüche von bereits in den Ruhestand getretenen Arbeitnehmern durch einen Schuldbeitritt des Erwerbers hielt das Bundesarbeitsgericht für möglich.⁷⁵⁰ Diese ergebnisorientierte Auffassung lässt sich nicht mit der Auslegung der Betriebsvereinbarung als schuldrechtlicher Vertrag zu Gunsten Dritter begründen, um daraus zu schlussfolgern, dass Verträge zu Gunsten Dritter generell zulässig sind.⁷⁵¹ Diese Interpretation widerspricht dem Betriebsverfassungsgesetz, wonach Betriebsvereinbarungen unmittelbare Wirkung zu Gunsten der Arbeitnehmer entfalten.⁷⁵² Aus einer innerbetrieblichen Rechtsposition lässt sich jedoch keine Befugnis herleiten, im Außenverhältnis Parallelvereinbarungen abzuschließen. Dazu fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage.⁷⁵³ Als Instrument zum Schutz der Arbeitnehmerinteressen existiert die Betriebsvereinbarung, woraus Arbeitnehmer unmittelbar Ansprüche gegen den Arbeitgeber herleiten können.⁷⁵⁴

Für den besonderen Fall der Betriebsübernahme i.S.d. § 613 a BGB bestehen gesetzliche Schutzvorschriften zu Gunsten der Arbeitnehmer, die Arbeitgeber und Erwerber zu beachten haben. Darüber hinausgehende Regelungen könnte allenfalls der Arbeitgeber mit dem Betriebserwerber treffen. Abhängig vom Regelungsinhalt unterläuft eine drittschützende Vereinbarung mit dem Betriebsrat zudem die betriebliche Normsetzungskompetenz i.S.d. § 77 Abs. 3 BetrVG.⁷⁵⁵ Wenn bereits zwischen dem Betriebsrat und dem Arbeitgeber eine schuldrechtliche Vereinbarung zu Gunsten der Arbeitnehmer mangels Rechtsgrundlage und eine zwischen den Betriebspartnern vereinbarte

⁷⁵⁰ BAG v. 24.3.1977 – 3 AZR 649/76 – NJW 1977, 1791 (1791); dem BAG folgend Bracker, Betriebsübergang und Betriebsverfassung, 1979, S. 108; Kothe, AuA 1995, Beil. zu Heft 1, S. 1 (6).

⁷⁵¹ Wie in BAG v. 16.3.1956 – GS 1/55 – NJW 1956, 1086 (1088) in einem *obiter dictum* erwähnt.

⁷⁵² § 77 Abs. 4 BetrVG; vgl. BAG v. 9.12.1997 – 1 AZR 319/97 – NZA 1998, 661 (663).

⁷⁵³ So im Ergebnis auch Gutzeit, ZIP 2009, 354 (357).

⁷⁵⁴ BAG v. 9.12.1997 – 1 AZR 319/97 – NZA 1998, 661 (663).

⁷⁵⁵ BAG v. 9.12.1997 – 1 AZR 319/97 – NZA 1998, 661 (663); Gutzeit, ZIP 2009, 354 (357).

Vertragsstrafenzahlung des Arbeitgebers an den Betriebsrat bei Verletzung von Mitbestimmungsrechten unwirksam ist⁷⁵⁶, dann gilt dies erst Recht für Verträge des Betriebsrats mit außerbetrieblichen Dritten, deren Ziel die unmittelbare Begünstigung der Arbeitnehmer ist.

II. Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage

Vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers könnte die Auffassung vertreten werden, dass auch der Betriebsrat Bindungen gegenüber betriebsexternen Dritten haben könnte, solange ein darauf gerichtetes Verhalten nicht ausdrücklich verboten ist⁷⁵⁷.

1. Grundrechte als Grundlage einer Generalermächtigung?

Eine „Generalermächtigung“⁷⁵⁸ des Betriebsrats, Drittbeziehungen einzugehen und zu unterhalten wird teilweise mit der Ausübung von Grundrechten begründet, die der Betriebsrat entweder gebündelt für die Arbeitnehmer oder für sich selbst wahrnimmt.⁷⁵⁹ Zudem wird vorgebracht, dass der Betriebsrat im Interesse der ordnungsgemäßen Wahrnehmung und Durchführung seiner Aufgaben Drittbeziehungen eingehen und pflegen darf.⁷⁶⁰ Anders als in Bezug auf den abschließenden Aufgabenkatalog, bestehe nämlich kein abschließender Ermächtigungskatalog der Mittel, derer sich der Betriebsrat zur Erfüllung seiner Aufgaben bedienen darf.⁷⁶¹

⁷⁵⁶ BAG v. 29.9.2004 – ABR 30/03 – NZA 2005, 123 (124).

⁷⁵⁷ Vgl. dazu Plander, AuR 1993, 161 (164 ff.). Eine „Grundsatzfrage des Betriebsverfassungsrechts“ ist dies allerdings nicht, so aber Plander, AuR 1993, 161 (164).

⁷⁵⁸ Plander, AuR 1993, 161 (164); so auch Herschel, ZfA 1984, 65 (65 f.).

Drittbeziehungen sollen demnach jedoch durch den Gesetzgeber oder faktisch beschränkbar sein.

⁷⁵⁹ LAG Baden-Württemberg v. 10.11.1977 – 2 Ta BV 2/77 – DB 1979, 799 (799); Buschmann, AiB 1987, 52 (53); Plander, AuR 1993, 161 (165).

⁷⁶⁰ Plander, AuR 1993, 161 (165). Ebendieses Kriterium des Erfordernisses der Durchführung von Betriebsratsaufgaben, die Verschwiegenheitspflicht des Betriebsrats gemäß § 79 BetrVG sowie das Verbot gemäß § 77 Abs. 1 S. 2 BetrVG, nicht durch einseitige Handlungen in die Leitung des Betriebs einzugreifen, sollen nach Plander die Schranken der Drittbeziehungen des Betriebsrats darstellen.

⁷⁶¹ Plander, AuR 1993, 161 (166), der in §§ 2 Abs. 1, 74 Abs. 2 und 77 Abs. 1 S. 2 BetrVG die allgemeine Freiheit des Betriebsrats sieht, sich die Mittel zur Durchführung seiner Aufgaben aussuchen zu können.

Eine Generalermächtigung des Betriebsrats zur Begründung von Drittbeziehungen existiert jedoch ebenso wenig wie ein „generelles Mandat, Arbeitnehmerbelange zu fördern“⁷⁶². Über die ihm gesetzlich zugewiesenen Befugnisse hinaus kann der Betriebsrat ferner keine Drittbeziehungen mit der Wahrnehmung der Grundrechte für die Arbeitnehmer begründen.⁷⁶³ Der Betriebsrat ist selbst auch kein Träger von Grundrechten.⁷⁶⁴ Eine Generalermächtigung auf der Grundlage von Grundrechten ist damit abzulehnen.

2. Überwindung der fehlenden Rechtsfähigkeit durch Engagement einzelner Betriebsratsmitglieder?

An anderer Stelle wird die Auffassung vertreten, der Betriebsrat habe für den Bereich der sozialen Angelegenheiten eine umfassende Regelungskompetenz.⁷⁶⁵ Über diesen Bereich hinaus seien die Grenzen der rechtlichen Regelungsbefugnis enger zu ziehen.⁷⁶⁶ Die fehlende Rechtsfähigkeit des Gremiums könnte überwunden werden, indem einzelne rechtsfähige Betriebsratsmitglieder oder einige Betriebsratsmitglieder gemeinsam, Vereinbarungen oder Rechtsgeschäfte mit dem Dritten abschließen.⁷⁶⁷ Ein solches Vorgehen kann jedoch ausschließlich die jeweils beteiligten Betriebsratsmitglieder binden. Ob diese persönlich gewillt und in der Lage sind, mögliche Pflichten gegen sich gelten zu lassen, ist zweifelhaft.⁷⁶⁸ Auch ist in der Regel nicht davon auszugehen, dass der Dritte sich gegenüber einzelnen Betriebsratsmitgliedern verpflichten möchte.⁷⁶⁹

⁷⁶² Plander, AuR 1993, 161 (166).

⁷⁶³ Wohl auch Plander, AuR 1993, 161 (165); zum Personalvertretungsrecht BVerfG v. 26.5.1970 – 2 BvR 311/67 – BVerfGE 28, 314 (323).

⁷⁶⁴ Offengelassen in BVerfG v. 27.3.1979 – 2 BvR 1011/78 – NJW 1979, 1875 (1875).

⁷⁶⁵ Konzen, ZfA 1985, 469 (489 f.).

⁷⁶⁶ Konzen, ZfA 1985, 469 (489 f.).

⁷⁶⁷ Böhm/Pawlowski, NZA 2005, 1377 (1382); Konzen, ZfA 1985, 469 (489).

⁷⁶⁸ Einen dahingehenden Willen der Betriebsratsmitglieder zu Recht ablehnend Gutzeit, ZIP 2009, 354 (359).

⁷⁶⁹ Im Zusammenhang mit Vereinbarungen des Betriebsrats mit potentiellen Betriebserberbern Gutzeit, ZIP 2009, 354 (359).

Darüber hinaus kann man in einem solchen Vorgehen einen Weg sehen, die betriebsverfassungsrechtlichen Schranken zu umgehen, indem eine derartige Gestaltungsmacht gegenüber Dritten die Mitbestimmungsrechte in unzulässiger Weise aufwertet.⁷⁷⁰ Auch wenn das Betriebsverfassungsgesetz keinen eigenen Abschnitt über Drittbeziehungen des Betriebsrats enthält, kann die Kontaktaufnahme zu Dritten nicht ohne weiteres als Annexkompetenz im Zusammenhang mit der Ausübung der betriebsverfassungsrechtlichen Rechte und Pflichten verstanden werden.⁷⁷¹

3. Bewegungsspielraum innerhalb der Grenzen der Betriebsverfassung

Drittbeziehungen des Betriebsrats bedürfen demnach stets einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.⁷⁷² Der Betriebsrat hat keinen Beurteilungs- und Ermessensspielraum über das „Ob“ einer Drittbeziehung.⁷⁷³ Dies resultiert bereits aus der Rechtsnatur des Betriebsrats als betriebsinternes Organ, dessen Legitimation auf den Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes beruht. Zudem ist das Betriebsverhältnis grundsätzlich ein reines Innenverhältnis, das die Aufgaben und Befugnisse des Betriebsrats, außer in den ausdrücklich geregelten Fällen, auf den innerbetrieblichen Bereich beschränkt.⁷⁷⁴ Abweichungen von diesem Grundsatz sind explizit im Gesetz geregelt.⁷⁷⁵ Daraus folgt, dass der Betriebsrat die ihm daraus zugewiesenen Rechte ausüben kann, andererseits aber auch die gesetzesimmanenten Grenzen beachten muss. Die Teilrechtsfähigkeit des Betriebsrats ist ohne normative Grundlage somit nicht von der gesetzlichen

⁷⁷⁰ So auch Gutzeit, ZIP 2009, 354 (359), der für eine solche Kompetenzerweiterung richtigerweise auch keine Basis im Europarecht sieht.

⁷⁷¹ So aber Plander, AuR 1993, 161 (164); D/K/W/Wedde, Einl. Rn. 136.

⁷⁷² Vgl. BAG v. 18.9.1991 – 7 ABR 63/90 – NZA 1992, 315 (316); Kraft, ZfA 1984, 67 (67 f.).

⁷⁷³ So aber D/K/W/Wedde, Einl. Rn. 140.

⁷⁷⁴ In Bezug auf das Personalvertretungsrecht Starke, DÖV 1975, 849 (849 f.).

⁷⁷⁵ Neben den unten diskutierten Ermächtigungsgrundlagen z.B. auch die Zusammenarbeit mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen gemäß § 2 Abs. 1 BetrVG.

Aufgabenzuweisung zu entkoppeln.⁷⁷⁶ Einseitig kann der Betriebsrat den abschließenden Regelungskatalog der Betriebsverfassung deshalb nicht erweitern.⁷⁷⁷

4. Normen der Betriebsverfassung als Ermächtigungsgrundlage für Außenkontakte und Drittbeziehungen

Mitbestimmungsrechte entfalten ihre Wirkung ausschließlich gegenüber dem Arbeitgeber. Aufgrund dieses Wirkungsbereichs stellen Mitbestimmungsrechte keine Ermächtigungsgrundlage für Außenkontakte und Drittbeziehungen des Betriebsrats dar. Rechtsgeschäftliche Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats gegenüber Dritten lassen sich auch nicht aus einer Akzessorietät zu den einzelnen Mitbestimmungstatbeständen herleiten.⁷⁷⁸ Auch den übrigen Normen der Betriebsverfassung ist eine solche Ermächtigung zur Begründung von Drittbeziehungen grundsätzlich nicht zu entnehmen.⁷⁷⁹ Vielmehr beschränkt sich der Wortlaut der überwiegenden Anzahl an Vorschriften auf den Betrieb.⁷⁸⁰ Regelungsinhalte mit Drittbezug sind als Ausnahmen sprachlich hervorgehoben. Solche gesetzlichen Ermächtigungen finden sich in § 80 Abs. 3 BetrVG, wonach der Betriebsrat bei der Durchführung seiner Aufgaben außenstehende Sachverständige hinzuziehen kann. Auch kann er einen Anwalt mit der Vertretung seiner Interessen beauftragen⁷⁸¹, oder zu seiner Unterstützung bei einer Betriebsänderung gemäß § 111 S. 2 BetrVG einen Berater hinzuziehen. Im Rahmen des Arbeits- und betrieblichen Umweltschutzes hat der Betriebsrat bei der Bekämpfung von Unfall- und Gesundheitsgefahren gemäß § 98 Abs. 1 S. 2 BetrVG die für den Arbeitsschutz zuständigen Behörden, die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung und sonstige in Betracht kommende Stellen zu unterstützen. Außerhalb der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen ist der Betriebsrat nicht

⁷⁷⁶ Gutzeit, ZIP 2009, 354 (357).

⁷⁷⁷ Plander, AuR 1993, 161 (165).

⁷⁷⁸ Gutzeit, ZIP 2009, 354 (358).

⁷⁷⁹ A.A. Plander, AuR 1993, 161 (165).

⁷⁸⁰ Plander, AuR 1993, 161 (166).

⁷⁸¹ Wobei sich die Pflicht des Arbeitgebers zur Kostentragung aus § 40 Abs. 1 BetrVG ergibt, BAG v. 26.2.1992 – 7 ABR 51/90 – NZA 1993, 86 (88).

berechtigt, kostenpflichtig Informationen einzuholen oder Dienstleistungen Dritter abzurufen, mit der Begründung, dadurch seine Rechte effektiver ausüben zu können.⁷⁸² Deshalb ist es dem Betriebsrat auch verwehrt, ohne gesetzliche Ermächtigung außenstehende Dritte in den Betrieb einzuladen oder über betriebsinterne Vorgänge zu informieren.⁷⁸³

5. Subsidiarität der Hinzuziehung Dritter

Neben dem Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage für die Begründung rechtsgeschäftlicher und tatsächlicher Kontakte mit Dritten, unterliegt die Hinzuziehung Dritter durch den Betriebsrat dem Subsidiaritätsgrundsatz.⁷⁸⁴ Demnach dürfen betriebsfremde Dritte nur dann herangezogen werden, wenn eine Konfliktlösung auf innerbetrieblicher Ebene gescheitert ist.⁷⁸⁵ Dieser Grundsatz war früher ausdrücklich in der Betriebsverfassung geregelt.⁷⁸⁶ Heute existiert eine gesetzliche Regelung in § 66 Abs. 3 BPersVG nur für den öffentlichen Dienst.⁷⁸⁷ Gleichwohl gilt dieser Grundsatz unverändert für die Betriebsverfassung, wo er sich aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit ergibt. Die Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes brachte in diesem Zusammenhang keine materielle Veränderung der Rechtslage.⁷⁸⁸ Der Subsidiaritätsgrundsatz ergibt sich auch aus § 2 Abs. 1 BetrVG, wenn es um die Unterstützung des Betriebsrats durch Gewerkschaften geht, derer es sich bedienen kann,

⁷⁸² Vgl. im Zusammenhang mit dem Zugangsrecht von Journalisten zum Betriebsratsbüro BAG v. 18.9.1991 – 7 ABR 63/90 – NZA 1992, 315 (316); v. Hoyningen-Huene, RdA 1992, 355 (366); so aber D/K/W/Wedde, Einl. Rn. 138 f., der sich für eine Beteiligung des Betriebsrats an sog. Arbeitsmarktgesprächen der Agentur für Arbeit ausspricht und sämtliche Aktivitäten des Betriebsrats auch außerhalb der ausdrücklich geregelten Bestimmungen über Deutschland hinaus auf den internationalen Rahmen ausdehnen will.

⁷⁸³ BAG v. 18.9.1991 – 7 ABR 63/90 – NZA 1992, 315 (316 f.); v. Hoyningen-Huene, RdA 1992, 355 (366).

⁷⁸⁴ V. Hoyningen-Huene, RdA 1992, 355 (366).

⁷⁸⁵ V. Hoyningen-Huene, RdA 1992, 355 (366).

⁷⁸⁶ § 49 Abs. 4 BetrVG 1952 „Die Anrufung von Schiedsstellen und Behörden ist erst zulässig, nachdem eine Einigung im Betrieb nicht erzielt wurde.“; vgl. dazu auch v. Hoyningen-Huene, RdA 1992, 355 (366).

⁷⁸⁷ Vgl. dazu v. Hoyningen-Huene, RdA 1992, 355 (366).

⁷⁸⁸ V. Hoyningen-Huene, RdA 1992, 355 (366); Richardi/Maschmann, § 74 Rn. 1.

ohne ihnen originäre Rechte im Betrieb oder Kontrollrechte zur Überwachung von Betriebsrat und Arbeitgeber zu gewähren.⁷⁸⁹

III. Rechtsgeschäftliche Hinzuziehung von externen Dritten nach dem Betriebsverfassungsgesetz

Die Betriebsverfassung gewährt dem Betriebsrat die Begründung rechtsgeschäftlicher Kontakte mit Dritten auf der Grundlage und unter den Voraussetzungen der folgenden Vorschriften. Zu differenzieren ist zwischen der Beauftragung eines Rechtsanwalts als Prozessvertreter i.S.v. § 40 Abs. 1 BetrVG, eines Sachverständigen gemäß § 80 Abs. 3 BetrVG, den der Betriebsrat bei der Durchführung seiner Arbeiten nach näherer Vereinbarung mit dem Arbeitgeber hinzuziehen darf, oder gemäß § 111 S. 3 BetrVG eines Beraters zur Unterstützung bei einer geplanten Betriebsänderung in Unternehmen mit mehr als 300 Mitarbeitern. Die in diesen Vorschriften enthaltenen Anforderungen gehen oft über das in § 66 Abs. 3 BPersVG normierte Erfordernis im Rahmen der Inanspruchnahme der Hilfe Dritter hinaus. Demnach dürfen außenstehende Stellen erst dann angerufen werden, wenn eine Einigung in der Dienststelle nicht erzielt werden konnte.

1. Beauftragung gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG

In Deutschland vertritt eine überschaubare Anzahl an Anwälten ausschließlich oder zum überwiegenden Teil Betriebsräte.⁷⁹⁰ Dies kann daran liegen, dass die Beratung von Betriebsräten eine besondere Spezialisierung ihres Rechtsanwalts erfordert und Betriebsräte als Mandanten zum Teil als „höchst anspruchsvoll“⁷⁹¹ angesehen werden. Bei der Beauftragung eines Rechtsanwalts durch den Betriebsrat gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG ergeben sich Besonderheiten, die nachfolgend erörtert werden.

⁷⁸⁹ BAG v. 30.10.1986 – 6 ABR 52/83 – NZA 1988, 27 (29); v. Hoyningen-Huene, RdA 1992, 355 (366).

⁷⁹⁰ Schulze, ArbRAktuell 2012, 527 (527).

⁷⁹¹ Schulze, ArbRAktuell 2012, 527 (527).

a) Voraussetzungen

aa) Erforderlichkeit

Der Betriebsrat kann einen Rechtsanwalt als Vertreter und Berater bei außergerichtlichen und gerichtlichen Verfahren beauftragen, wenn er die Inanspruchnahme für erforderlich hält.⁷⁹² Dabei wird ein Zusammenhang zu der Tätigkeit des Betriebsrats vorausgesetzt. Für die Prüfung der Erforderlichkeit ist ein objektiver Maßstab anzusetzen. Subjektive Bedürfnisse des Betriebsrats sind unterzuordnen und ein Ausgleich zwischen dem Interesse der Arbeitnehmer an einer ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Betriebsratsaufgaben und den Interessen des Arbeitgebers, insbesondere in Bezug auf die Kostenbelange, herzustellen.⁷⁹³ Die Inanspruchnahme von beratenden Dritten ist nicht erforderlich, wenn sie missbräuchlich erfolgt oder das gewünschte Ergebnis der Beratung, z.B. eine Rechtsverfolgung, von Beginn an offensichtlich aussichtslos erscheint.⁷⁹⁴ Es reicht ferner nicht schon aus, dass der Betriebsrat Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Beurteilung der Sach- und/oder Rechtslage erkennt.⁷⁹⁵

Dass der Betriebsrat sich gemäß § 11 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 BetrVG auch von einer Gewerkschaft in einem Verfahren vor dem Arbeitsgericht oder Landesarbeitsgericht und in Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht durch Gewerkschaftsvertreter mit Befähigung zum Richteramt gemäß § 11 Abs. 4 S. 3 BetrVG vertreten lassen kann, oder sich die Gewerkschaft zur Durchführung des Verfahrens bereit erklärt, kann der Beauftragung eines Rechtsanwalts insofern entgegenstehen, als diese Vertretung die Rechtswahrnehmung und –durchsetzung genauso effizient bewirkt.⁷⁹⁶

⁷⁹² BAG v. 19.3.2003 – 7 ABR 15/02 – NZA 2003, 870 (871); Fitting, § 1 Rn. 300.

⁷⁹³ BAG v. 19.3.2003 – 7 ABR 15/02 – NZA 2003, 870 (871); 18.3.2015 – 7 ABR 4/13 – NZA 2015, 954 (955).

⁷⁹⁴ BAG v. 19.3.2003 – 7 ABR 15/02 – NZA 2003, 870 (871); 18.3.2015 – 7 ABR 4/13 – NZA 2015, 954 (955).

⁷⁹⁵ So aber Schulze, ArbRAktuell 2012, 527 (527).

⁷⁹⁶ BAG vom 20.10.1999 – 7 ABR 25/98 – NZA 2000, 556 (557), wonach der Betriebsrat ein Wahlrecht zwischen der Vertretung durch einen Anwalt oder einen

Dies ist im Hinblick auf die Achtung des Arbeitgeberinteresses an der Kostenbegrenzung zu berücksichtigen.

bb) Ordnungsgemäßer Betriebsratsbeschluss

Die Inanspruchnahme eines Anwalts bedarf eines ordnungsgemäßen Beschlusses des Betriebsrats über das Beratungsmandat.⁷⁹⁷ Der Betriebsratsvorsitzende, oder im Fall seiner Verhinderung sein Stellvertreter, vertritt den Betriebsrat im Rahmen der von ihm gefassten Beschlüsse gemäß § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG. Zur Beschlussfassung muss der Gegenstand der Beauftragung beschrieben und festgelegt werden. Auch ist die Benennung eines konkreten Beraters empfehlenswert, um mögliche Meinungsverschiedenheiten hierüber mit dem Arbeitgeber im Voraus auszuschließen.⁷⁹⁸ Fehlt ein ordnungsgemäßer Beschluss des Betriebsrats als Gremium, kann im Namen des Betriebsrats zwar unter Vorlage einer allgemeinen Prozessvollmacht ein Rechtsmittel wirksam eingelegt werden. Die Pflicht des Arbeitgebers zur Kostentragung (für den jeweiligen Verfahrensabschnitt) wird jedoch nicht begründet.⁷⁹⁹ In Bezug auf die entstandenen Kosten haften somit u.U. diejenigen Betriebsratsmitglieder gemäß § 179 Abs. 1 BGB, die den Anwalt beauftragt haben.⁸⁰⁰

Liegt ein ordnungsgemäßer Beschluss vor, steht dem Betriebsrat noch kein Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber zu⁸⁰¹, sondern löst eine Prüfung dem Grunde und der Höhe nach aus. Anders als bei § 80

Gewerkschaftsvertreter hat. Ohne Einschränkung vertritt Schulze die Auffassung, dass die Vertretung durch einen qualifizierten Gewerkschaftsangehörigen der Beauftragung eines weiteren Anwalts nicht entgegensteht, ArbRAktuell 2012, 527 (527).

⁷⁹⁷ Hält die Herbeiführung einer Beschlussfassung für zweckmäßig Richardi/Thüsing, § 40 Rn. 9.

⁷⁹⁸ Hinrichs/Plitt, NZA 2011, 1006 (1009); Oetker NZA 2002, 465 (471); a.A. Schulze, ArbRAktuell 2012, 527 (527); LAG Schleswig-Holstein v. 20.9.2001 – 5 TaBV 8/01 – BeckRS 2006, 40819 unter II. 1. a), wonach regelmäßig der Betriebsratsvorsitzende die Auswahl auf Grundlage des Beschlusses treffen kann.

⁷⁹⁹ BAG v. 18.3.2015 – 7 ABR 4/13 – NZA 2015, 954 (955); Anm. Weller zu BAG v. 18.3.2015 – 7 ABR 4/13 – BB 2015, 2496 (2496); Hinrichs/Plitt, NZA 2011, 1006 (1009); Oetker NZA 2002, 465 (471); a.A. ArbG Lübeck, NZA-RR 1999, 311 (312); Schulze, ArbRAktuell 2012, 527 (527).

⁸⁰⁰ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1383).

⁸⁰¹ A.A. BAG v. 18.3.2015 – 7 ABR 4/13 – NZA 2015, 954 (956), das wohl von einem Automatismus ausgeht.

Abs. 3 BetrVG bedarf es bei § 40 Abs. 1 BetrVG nämlich keiner vorherigen Vereinbarung mit dem Arbeitgeber über die Person, das Thema sowie die Kosten für die Heranziehung eines Anwalts, die als „Filter“ für eine gewisse Rechtssicherheit zwischen den Betriebspartnern sorgt.

cc) Gescheiterter innerbetrieblicher Einigungsversuch

Die Freistellung von Rechtsanwalts- oder Beraterkosten setzt neben einem ordnungsgemäßen Betriebsratsbeschluss grundsätzlich einen innerbetrieblichen gütlichen Einigungsversuch voraus.⁸⁰² Diese Anforderung spiegelt den Umstand wider, dass der Betriebsrat auf fremde Kosten Unterstützung abrufen kann. Dadurch werden der Betriebsrat bzw. die den Beschluss fassenden Mitglieder zum umsichtigen Umgang mit Kosten angehalten, indem sie so handeln müssen, als ob sie die Kosten selbst zu tragen hätten.⁸⁰³

b) Kostentragung gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG

Infolge der Heranziehung eines externen Dritten stehen dem Betriebsrat alle mit der Gläubigerstellung verbundenen Rechtspositionen zu, was ihn im Umkehrschluss zum Schuldner des Vergütungsanspruchs macht.⁸⁰⁴ Hält der Betriebsrat die Heranziehung eines Rechtsanwalts unter pflichtgemäßer Abwägung aller Umstände für erforderlich und beauftragt diesen mit der Wahrnehmung seiner betriebsverfassungsrechtlichen Interessen, schuldet er dem Beauftragten die vereinbarte Vergütung. Faktisch trägt jedoch regelmäßig der Arbeitgeber die hierbei entstehenden Kosten gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG.⁸⁰⁵

Die Kostentragungspflicht aus § 40 Abs. 1 BetrVG begründet zwischen dem Betriebsrat und dem Arbeitgeber ein gesetzliches Schuldverhältnis,

⁸⁰² BAG v. 18.3.2015 – 7 ABR 4/13 – NZA 2015, 954 (954).

⁸⁰³ BAG v. 18.3.2015 – 7 ABR 4/13 – NZA 2015, 954 (955).

⁸⁰⁴ Oetker, NZA 2002, 465 (471 f.).

⁸⁰⁵ BAG v. 18.3.2015 – 7 ABR 4/13 – NZA 2015, 954 (954).

woraus der Betriebsrat einen vermögensrechtlichen Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber herleiten kann.⁸⁰⁶ Diesen Freistellungsanspruch kann der Betriebsrat als Gegenleistung für die Beratung an den Berater abtreten. Dies setzt einen entsprechenden Beschluss voraus. Fehlt ein solcher Beschluss, hat der Sachverständige keinen durchsetzbaren Vergütungsanspruch gegen den Arbeitgeber.⁸⁰⁷ Im Interesse des Arbeitgebers hat der Betriebsrat diese Kostentragungspflicht jedoch zu begrenzen.⁸⁰⁸ Die Höhe der stündlichen Vergütung eines spezialisierten Rechtsanwalts kann lokal und regional variieren.⁸⁰⁹ Hinsichtlich der Höhe des Beraterhonorars kann der Betriebsrat zudem nicht denselben Kostenmaßstab ansetzen, die der Arbeitgeber für seine Beratung aufwendet.⁸¹⁰ Der Höhe des Freistellungsanspruchs ist auf die gesetzlichen Gebühren des Rechtsanwalts begrenzt, wenn er im Rahmen von § 40 Abs. 1 BetrVG tätig wird.⁸¹¹ Eine über die gesetzlichen Gebühren hinausgehende Honorarzusage des Betriebsrats ist regelmäßig unwirksam und vom Arbeitgeber nicht zu tragen.⁸¹² Bei einer Beauftragung, für die die Kosten nicht gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG vom Arbeitgeber zu tragen sind, führt die grundsätzliche Vermögenslosigkeit des Betriebsrats dazu, dass Ansprüche nicht gegen den Betriebsrat als Gremium durchgesetzt werden können.⁸¹³

2. Beauftragung gemäß § 80 Abs. 3 BetrVG

a) Voraussetzungen

⁸⁰⁶ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1383).

⁸⁰⁷ BAG v. 13.5.1998 – 7 ABR 65/96 – NZA 1998, 900 (901).

⁸⁰⁸ BAG v. 18.3.2015 – 7 ABR 4/13 – NZA 2015, 954 (955).

⁸⁰⁹ Schulze, ArbRAktuell 2012, 527 (527), der einen Stundensatz von 250 EUR zzgl. USt. für solch einen Experten in der Praxis für etabliert hält.

⁸¹⁰ Schulze, ArbRAktuell 2012, 527 (527).

⁸¹¹ Schulze, ArbRAktuell 2012, 527 (527).

⁸¹² BAG v. 20.10.1999 – 7 ABR 25/98 – NZA 2000, 556 (557); Schulze, ArbRAktuell 2012, 527 (527).

⁸¹³ BAG v. 24.4.1986 – 6 AZR 607/83 – NZA 1987, 100 (101); Brill, AuR 1980, 353 (354); widersprüchlich Weber, DB 1992, 2135 (2136), wonach der Betriebsrat rechtsfähig und damit voll vermögensfähig sei. Ansprüche gegen ihn könnten sich jedoch nicht auf Geldersatz richten.

Der Betriebsrat kann bei der Durchführung seiner Aufgaben unter bestimmten Voraussetzungen einen Sachverständigen gemäß § 80 Abs. 3 BetrVG hinzuziehen. Dies setzt dennotwendig das Bestehen solcher Aufgaben voraus, sodass der Beratungsumfang nicht die Prüfung der Frage umfasst, ob eine solche Aufgabe überhaupt existiert.⁸¹⁴ Die folgenden Voraussetzungen müssen für die betriebsverfassungsrechtliche Inanspruchnahme eines Sachverständigen erfüllt sein.

aa) Erforderlichkeit der Hinzuziehung

Die Hinzuziehung eines Sachverständigen muss erforderlich sein. Aus der Systematik von § 80 BetrVG und dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit und Verhältnismäßigkeit ergibt sich, dass der Betriebsrat erst dann einen betriebsfremden Sachverständigen hinzuziehen kann, nachdem der Arbeitgeber seiner Informationspflicht gemäß § 80 Abs. 2 BetrVG nachgekommen ist, bzw. die betriebsinternen Informationsmöglichkeiten ausgeschöpft sind.⁸¹⁵ Bei Bedarf hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat auf Anforderung ergänzende Informationen zur Verfügung zu stellen.⁸¹⁶ Die Hinzuziehung eines Sachverständigen ist somit dann erforderlich, wenn die innerbetriebliche Informationsvermittlung und die Sachkunde des Betriebsrats nicht ausreichen, um konkrete Aufgaben ordnungsgemäß erfüllen zu können.⁸¹⁷ Dies kommt bei schwierigen Materien und Rechtsfragen in Betracht.⁸¹⁸ Die Wissensvermittlung darf sich demnach nicht auf generelle Aspekte der Betriebsratstätigkeit beziehen, die regelmäßig Gegenstand von Schulungsveranstaltungen i.S.d. § 37 Abs. 6 und 7 BetrVG sind.⁸¹⁹ Als Rechtsfrage ist die Erforderlichkeit gerichtlich vollumfänglich überprüfbar.⁸²⁰

⁸¹⁴ GK-BetrVG/*Weber*, § 80 Rn. 152.

⁸¹⁵ BAG v. 4.6.1987 – 6 ABR 63/85 – NZA 1988, 208 (208 f.); GK-BetrVG/*Weber*, § 80 Rn. 150.

⁸¹⁶ BAG v. 4.6.1987 – 6 ABR 63/85 – NZA 1988, 208 (209); GK-BetrVG/*Weber*, § 80 Rn. 150.

⁸¹⁷ BAG v. 17.3.1987 – 1 ABR 59/85 – NZA 1987, 747 (749); 4.6.1987 – 6 ABR 63/85 – NZA 1988, 208 (209); *Fitting*, § 80 Rn. 92.

⁸¹⁸ *Fitting*, § 80 Rn. 92.

⁸¹⁹ BAG v. 11.11.2009 – 7 ABR 26/08 – NZA 2010, 353 (354); *Fitting*, § 80 Rn. 90, 92.

⁸²⁰ GK-BetrVG/*Weber*, § 80 Rn. 151.

Wegen der höheren Kosten der Beauftragung einer Sachverständigen ist der Betriebsrat gehalten, sich um alternative kostengünstigere Kenntnisvermittlung zu bemühen.⁸²¹ Dazu gehört z.B. die innerbetriebliche Kenntnisvermittlung durch eine betriebliche Auskunftsperson, eigene (Internet-) Recherche, oder die Klärung offener Fragen mit dem Arbeitgeber.⁸²² Dies kann unter Umständen zeitintensiv sein. Der Betriebsrat kann sich jedoch nicht pauschal darauf berufen, dass interne Auskunftspersonen sein Vertrauen nicht genießen, weil sie als Arbeitnehmer im Lager des Arbeitgebers stehen und den Sachverhalt oder die Rechtslage daher nicht neutral und objektiv beurteilen könnten.⁸²³

bb) Nähere Vereinbarung mit dem Arbeitgeber

Die Beauftragung eines Sachverständigen setzt ferner eine formlose nähere Vereinbarung mit dem Arbeitgeber voraus.⁸²⁴ Diese Vereinbarung soll zumindest Einigung über die Person des Sachverständigen, den Inhalt, Zeitpunkt und Umfang des Tätigwerdens, sowie die Höhe des Honorars beinhalten.⁸²⁵ Ausgehend vom klaren Wortlaut, darf der Betriebsrat ohne vorherige Einigung hierüber den Sachverständigen nicht beauftragen.⁸²⁶ Dies gilt selbst in dringenden Fällen, in denen die Zustimmung des Arbeitgebers im Eilverfahren jedoch ersetzt werden kann.⁸²⁷

Die Vereinbarung über die oben genannten Modalitäten kann ausschließlich zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat und nicht

⁸²¹ BAG v. 16.11.2005 – 7 ABR 12/05 – NZA 2006, 553 (556); Natzel, NZA 2001, 872 (872); Fitting, § 80 Rn. 94.

⁸²² BAG v. 16.11.2005 – 7 ABR 12/05 – NZA 2006, 553 (556); Hunold, NZA 2006, 583 (584); Schulze, ArbRAktuell 2012, 527 (527).

⁸²³ Schulze, ArbRAktuell 2012, 527 (528).

⁸²⁴ Schulze, ArbRAktuell 2012, 527 (527); Fitting, § 80 Rn. 94.

⁸²⁵ BAG v. 11.11.2009 – 7 ABR 26/08 – NZA 2010, 353 (355); H/W/G/N/R/H/Nicolai, § 80 Rn. 102.

⁸²⁶ BAG v. 11.11.2009 – 7 ABR 26/08 – NZA 2010, 353 (354); GK-BetrVG/Weber, § 80 Rn. 149, 155.

⁸²⁷ BAG v. 11.11.2009 – 7 ABR 26/08 – NZA 2010, 353 (355); ErfK/Kania, § 80 Rn. 35; GK-BetrVG/Weber, § 80 Rn. 155.

zwischen dem Arbeitgeber und dem Sachverständigen mit dem Argument getroffen werden, das unmittelbare Verhandeln der Konditionen sei aus Gründen der Zeitersparnis effektiv.⁸²⁸ Der Abschluss der Vereinbarung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber begründet ein gesetzliches Schuldverhältnis, wodurch der Betriebsrat einen Kostenerstattungsanspruch gegen den Arbeitgeber erlangt.⁸²⁹ Schließt hingegen der Arbeitgeber selbst eine Vereinbarung mit dem Sachverständigen über dessen Tätigwerden, kann dieser seine Kosten unmittelbar gegen den Arbeitgeber als Auftraggeber geltend machen.⁸³⁰

b) Kostentragung bei Beauftragung gemäß § 80 Abs. 3 BetrVG

Wurde ein Sachverständiger wirksam beauftragt, kann dem Arbeitgeber die Pflicht obliegen, die hieraus entstandenen Kosten gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG zu tragen.⁸³¹ Auch hier gilt die Prämisse, zunächst innerbetrieblichen Rat einzuholen, um keine unnötig hohen Kosten durch eine sofortige Hinzuziehung eines Sachverständigen zu verursachen. Mögliche Zweifel, dass dieses Vorgehen tatsächlich weniger kostenintensiv ist⁸³², lassen sich dadurch eingrenzen, dass der Betriebsrat bereits infolge von Schulungen und Fortbildungen einen gewissen Kenntnisstand besitzt. Obwohl spezielle Schulungen kostenintensiv sein können, stellt dies eine sinnvolle und langfristige Investition dar, die im Rahmen der Inanspruchnahme außerbetrieblicher Hilfe zu berücksichtigen ist. Solche Fortbildungen dienen gerade dazu, dem Betriebsrat ein Wissensniveau zu vermitteln, damit dieser seine Aufgaben eigenständig erfüllen kann.

Würde der Betriebsrat bei jeder Frage einen Sachverständigen oder Berater hinzuziehen können, bliebe die Motivation des eigenständigen Erlernens dauerhaft aus und würde den Betriebsrat in eine fortlaufende

⁸²⁸ So aber Schulze, ArbRAktuell 2012, 527 (527).

⁸²⁹ BAG v. 13.5.1998 – 7 ABR 65/96 – NZA 1998, 900 (901); Fitting, § 80 Rn. 94.

⁸³⁰ Schulze, ArbRAktuell 2012, 527 (527).

⁸³¹ BAG v. 13.5.1998 – 7 ABR 65/96 – NZA 1998, 900 (901); GK-BetrVG/Weber, § 80 Rn. 154.

⁸³² So Schulze, ArbRAktuell 2012, 527 (527), der die aufzuwendende Arbeitszeit sowohl des Betriebsrats als auch der Auskunftsperson hervorhebt.

Abhängig von externer Beratung bringen.⁸³³ Zudem ergibt sich bereits aus dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit, betriebliche Meinungsverschiedenheiten zunächst zwischen den Betriebspartnern zu lösen. Zweck der Inanspruchnahme eines Sachverständigen ist somit, gezielt Wissensdefizite auszugleichen und keine allgemeine Wissensvermittlung zu erbringen oder den Betriebsrat zu vertreten.⁸³⁴

Der Höhe nach richtet sich der Kostenerstattungsanspruch nach der zwischen den Betriebspartnern getroffenen Vereinbarung, sofern das Einverständnis des Arbeitgebers zur Hinzuziehung eines Sachverständigen nicht auf Antrag des Betriebsrats gerichtlich ersetzt wurde. Dabei wird der Arbeitgeber im eigenen Interesse auf eine schlanke Kostenstruktur achten. Ein „attraktives Stundenhonorar oder eine interessante Pauschale“, um befürchtete Verzögerungen im Rahmen von Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen zu vermeiden, dürfte dabei nicht den Regelfall darstellen.⁸³⁵

3. Beauftragung gemäß § 111 S. 2 BetrVG

Im Gegensatz zum Sachverständigen gemäß § 80 Abs. 3 BetrVG kann der hinzugezogene Berater i.S.d. § 111 S. 2 BetrVG an den Verhandlungen mit dem Arbeitgeber beratend teilnehmen, sofern dies vom Betriebsrat gewünscht ist.⁸³⁶ Die Beratung ist inhaltlich jedoch auf den Interessenausgleich infolge einer Betriebsänderung beschränkt, d.h., auf das Ob und Wie der Betriebsänderung, und nicht auf den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern infolge der geplanten Betriebsänderung entstehen und Gegenstand eines Sozialplans sind.⁸³⁷ Die unternehmerische

⁸³³ Was vom Gesetzgeber aufgrund der betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbildungsmöglichkeiten kaum gewollt sein wird.

⁸³⁴ Fitting, § 80 Rn. 91, wonach der Sachverständige außerhalb der Verhandlungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat steht.

⁸³⁵ So aber Schulze, ArbRAktuell 2012, 527 (527).

⁸³⁶ GK-BetrVG/Oetker, § 111 Rn. 266; Richardi/Annufß, § 111 Rn. 55.

⁸³⁷ Oetker, NZA 2002, 465 (469); Rose/Grimmer, DB 2003, 1790 (1795).

Entscheidung bleibt von dem Beteiligungsrecht unberührt, sodass sie auch nicht Gegenstand der Beratung ist.⁸³⁸

a) Voraussetzungen

aa) Unternehmensgröße

Die ordnungsgemäße Beauftragung setzt gemäß § 111 S. 2 1. HS BetrVG eine Unternehmensgröße von regelmäßig mehr als 300 Arbeitnehmer voraus.⁸³⁹ Unterschreitet die Anzahl der unternehmensweiten Mitarbeiter 300 Personen, bleibt gemäß § 111 S. 2 3. Hs. BetrVG die Hinzuziehung eines Sachverständigen gemäß § 80 Abs. 3 BetrVG möglich. Durch diesen hohen Schwellenwert soll das Interesse der Betriebspartner an einer Beschleunigung der Verhandlungen über einen Interessenausgleich gefördert werden.⁸⁴⁰ Aufgrund dieses Interesses, bedarf es bei § 111 S. 2 BetrVG, anders als bei der Beauftragung eines Sachverständigen gemäß § 80 Abs. 3 BetrVG, keiner näheren Vereinbarung mit dem Arbeitgeber über die Hinzuziehung des Beraters.⁸⁴¹ Dieser Schwellenwert existiert zudem aufgrund der Kostenrelevanz dieser Beauftragung.⁸⁴² Wird ein Sachverständiger beauftragt, werden die Kosten gemäß § 40 BetrVG Abs. 1 BetrVG von dem Unternehmen getragen und im Innenverhältnis zwischen den einzelnen Einheiten untereinander aufgeteilt.⁸⁴³

bb) Ordnungsgemäßer Betriebsratsbeschluss

Der Beauftragung hat ein ordnungsgemäßer Beschluss voranzugehen, in dem die namentliche Benennung der Person des Beraters, der Beratungsgegenstand, sowie die Höhe der Vergütung enthalten sein muss.⁸⁴⁴ Bei ordnungsgemäßigem Beschluss über die Beauftragung des

⁸³⁸ GK-BetrVG/Oetker, § 111 Rn. 231.

⁸³⁹ GK-BetrVG/Oetker, § 111 Rn. 218; Oetker, NZA 2002, 465 (466 f.).

⁸⁴⁰ BT-Drs. 14/5741, S. 52; Reichold, NZA 2001, 857 (865).

⁸⁴¹ BT-Drs. 14/5741, S. 52; BGH v. 25.10.2012 - III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1384); Hanau, ZIP 2001, 1981 (1986).

⁸⁴² BT-Drs. 14/5741, S. 52; Fitting, § 111 Rn. 118.

⁸⁴³ Schubert, ZfA 2004, 253 (279 f.); Fitting, § 111 Rn. 118.

⁸⁴⁴ Fitting, § 111 Rn. 124; GK-BetrVG/Oetker, § 111 Rn. 224.

Beraters kann dieser nach Einvernehmen des Betriebsrats mit dem Arbeitgeber das Betriebsgelände betreten und den Betriebsrat in dessen Räumen beraten.⁸⁴⁵

cc) Erforderlichkeit der Hinzuziehung

Im Rahmen der Beschlussfassung hat der Betriebsrat nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und der Belange des Arbeitgebers zu prüfen, ob die Inanspruchnahme eines Beraters erforderlich ist.⁸⁴⁶ Dabei hat der Betriebsrat die Frage, ob ein Berater über die Kenntnisse und Qualifikationen des Betriebsrats hinausgehende Erleuchtung bringt, vom Zeitpunkt der Beschlussfassung aus (ex ante) zu ermitteln.⁸⁴⁷ Darüber hinaus hat er auch zu klären, ob kostengünstigere Varianten zur Verfügung stehen, um die erforderlichen Erkenntnisse zu erlangen.⁸⁴⁸ Eigene fundierte Kenntnisse der einzelnen Betriebsratsmitglieder schließen die Erforderlichkeit der Hinzuziehung regelmäßig aus.⁸⁴⁹ Eine kostengünstigere Variante zum externen Berater stellt auch ein unternehmensinterner Berater dar, weil dieser in der Regel nicht gesondert vergütet wird.⁸⁵⁰

Bei der ex-ante Beurteilung der Erforderlichkeit steht dem Betriebsrat ein Beurteilungsspielraum zu.⁸⁵¹ Die Erforderlichkeit der Beauftragung sowie die Honorarvereinbarung unterliegen jedoch insofern der arbeitsgerichtlichen Kontrolle als die Beauftragung zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben des Betriebsrats dienlich war und der Betriebsrat neben den Interessen der Belegschaft insbesondere auch das

⁸⁴⁵ A.A. GK-BetrVG/Oetker, § 111 Rn. 242, wonach ein Zutrittsrecht des Beraters nicht vom vorherigen Einvernehmen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber abhängt.

⁸⁴⁶ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1385); Jaeger/Steinbrück, NZA 2013, 401 (403); GK-BetrVG/Oetker, § 111 Rn. 226.

⁸⁴⁷ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1385); Fitting, § 111 Rn. 122 f.; GK-BetrVG/Oetker, § 111 Rn. 224, 226. f

⁸⁴⁸ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1385); Fitting, § 111 Rn. 123; GK-BetrVG/Oetker, § 111 Rn. 228.

⁸⁴⁹ Fitting, § 111 Rn. 123.

⁸⁵⁰ Löwisch, BB 2001, 1790 (1798); GK-BetrVG/Oetker, § 111 Rn. 215, wobei der Arbeitnehmer bei Übernahme der Beratung den arbeitsrechtlichen Schranken unterliegt.

⁸⁵¹ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1382).

Kosteninteresse des Arbeitgebers bei der Beauftragung berücksichtigt.⁸⁵²

Die mutwillige Hinzuziehung eines Beraters kann demnach eine Pflichtverletzung des Betriebsrats gemäß § 23 Abs. 1 BetrVG darstellen.⁸⁵³

dd) Qualifikation der Berater

Die Person des Beraters setzt die im Einzelfall notwendige Befähigung voraus, ist jedoch grundsätzlich unabhängig von einer bestimmten Qualifikation und der Zugehörigkeit zu dem Kreis der anerkannten Beratungsberufe.⁸⁵⁴ Dass der Berater gewisse Qualifikationen erfüllen muss, um eine gehaltvolle Beratung und die Erarbeitung von Alternativen im Rahmen der geplanten Betriebsänderung anbieten zu können, liegt im Interesse des Betriebsrats. Deshalb muss der Berater eine fachliche Eignung und Erfahrung auf dem konkreten Gebiet besitzen.⁸⁵⁵ Beinhaltet die Verhandlung mit dem Arbeitgeber mehrere Themenkomplexe, bei denen der Betriebsrat Unterstützung benötigt, hat der Betriebsrat bei der Auswahl seines Beraters darauf zu achten, dass dieser durch seine besondere Qualifikation so viele dieser Themenbereiche wie möglich abdeckt.

ee) Anzahl der Berater

Grundsätzlich kann entsprechend dem Wortlaut von § 111 S. 2 BetrVG im numerischen Sinne nur ein Berater hinzugezogen werden.⁸⁵⁶ Sind im Rahmen der Betriebsänderung unterschiedliche Teilaspekte relevant,

⁸⁵² BAG v. 20.10.1999 – 7 ABR 25/98 – NZA 2000, 556 (557); Bergmann, NZA 2013, 57 (61); Fitting, § 111 Rn. 124.

⁸⁵³ Löwisch, BB 2001, 1790 (1798).

⁸⁵⁴ Däubler, AuR 2001, 285 (286); Fitting, § 111 Rn. 120; GK-BetrVG/Oetker, § 111 Rn. 213.

⁸⁵⁵ Rose/Grimmer, DB 2003, 1790 (1790), die aufgrund des Verweises auf § 80 Abs. 3 BetrVG eine fachliche Fähigkeit gleich einem Sachverständigen i.S.d. § 80 Abs. 3 BetrVG voraussetzen; GK-BetrVG/Oetker, § 111 Rn. 211, 213.

⁸⁵⁶ LAG Hamm v. 26.8.2005 – 10 TaBV 152/04 – ZIP 2005, 2269 (2270); Bauer, NZA 2001, 375 (376); Lingemann, NZA 2002, 934 (939); Natzel, NZA 2001, 872 (873); einschränkend GK-BetrVG/Oetker, § 111 Rn. 216 f., der von der Hinzuziehung eines Beraters pro relevantem Bereich ausgeht; unklar Jaeger/Steinbrück, NZA 2013, 401 (403).

kann der Betriebsrat gemäß § 80 Abs. 3 BetrVG nach Rücksprache mit dem Arbeitgeber weitere Berater beauftragen.⁸⁵⁷ Im Ergebnis bleibt die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers jedoch unberührt, er entscheidet nach Ausschöpfung der Verständigungsmöglichkeiten allein.⁸⁵⁸

b) Kostentragung bei Beauftragung gemäß § 111 S. 3 BetrVG

§ 111 S. 2 BetrVG trifft keine Regelung über die Kostentragung für die in Anspruch genommenen Beratungsleistungen. Im Ergebnis hat deshalb grundsätzlich der Arbeitgeber bei ordnungsgemäßer Beauftragung das Honorar des Beraters gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG zu tragen.⁸⁵⁹ Dies setzt eine wirksame Beauftragung durch den Betriebsrat voraus.⁸⁶⁰ Voraussetzung hierfür ist wiederum, dass diese Verträge im Rahmen des dem Betriebsrat vom Betriebsverfassungsgesetz übertragenen Wirkungskreises geschlossen worden sind und die Heranziehung des Beraters erforderlich war.⁸⁶¹ Vereinbarungen, die über diese Erforderlichkeitsgrenze hinausgehen, verpflichten nicht den Betriebsrat als Gremium und schließen damit einen Freistellungsanspruch des Betriebsrats gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG aus.⁸⁶² Dies kann eine persönliche Haftung des Betriebsratsvorsitzenden, sowie einzelner Betriebsratsmitglieder – vorbehaltlich der Bestimmungen in § 179 Abs. 2 und Abs. 3 BGB – analog § 179 Abs. 1 BGB begründen.⁸⁶³

Nach der Erforderlichkeit der Beauftragung richtet sich somit die Haftung und der richtige Anspruchsgegner, d.h. ob der Arbeitgeber, der Betriebsrat als Gremium, oder einzelne Mitglieder des Betriebsrats persönlich für die Honorarforderung des Beraters einstehen müssen.⁸⁶⁴ Die Erforderlichkeitsgrenze ist insbesondere dann überschritten, wenn

⁸⁵⁷ Lingemann, NZA 2002, 934 (939); geht von einem pauschalen Recht auf Hinzuziehung mehrerer Berater aus, Däubler, AuR 2001, 285 (286).

⁸⁵⁸ Fitting, § 111 Rn. 5.

⁸⁵⁹ BAG v. 9.12.2009 – 7 ABR 90/07 – NZA 2010, 461 (462); Bauer, NZA 2001, 375 (377); GK-BetrVG/Oetker, § 111 Rn. 237 f.

⁸⁶⁰ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1383).

⁸⁶¹ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1383).

⁸⁶² BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1385).

⁸⁶³ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1382 f.).

⁸⁶⁴ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1382 f.).

die zugesagte Vergütung unüblich hoch oder der Umfang der Beratungsleistungen zu weit gefasst war.⁸⁶⁵ Bestehen gesetzliche Regelungen zur Vergütung des Beraters, sind diese maßgeblich.⁸⁶⁶ Fehlt eine gesetzliche Gebührenordnung, ist das marktübliche Honorar fällig.⁸⁶⁷ Der Betriebsrat darf jedoch in ihrer Höhe über die gesetzliche Vergütungsordnung hinausgehende Honorarvereinbarungen, insbesondere Zeithonorare, regelmäßig für nicht erforderlich halten.⁸⁶⁸

Bei einem Mehraufwand an Beraterleistung und Zeit haften die einzelnen Betriebsratsmitglieder für den Differenzbetrag, die den Berater zu diesen Konditionen beauftragt und diesen Mehraufwand veranlasst haben.⁸⁶⁹ Für den Mehraufwand hat somit derjenige entsprechend § 179 BGB einzustehen, der die konkrete Leistung beim Berater abgerufen hat.⁸⁷⁰ Ist der Betriebsratsbeschluss von vornherein unwirksam, weil die Honorarhöhe unverhältnismäßig hoch, oder die Hinzuziehung insgesamt nicht erforderlich ist, kommt eine persönliche Haftung der Betriebsratsmitglieder in Höhe des gesamten Honorars in Betracht.⁸⁷¹ Die Erforderlichkeitsgrenze kann entweder bereits bei Vertragsschluss oder erst in Ausführung der Beratungstätigkeit überschritten worden sein.

4. Besonderheit: Hinzuziehung von externen Beisitzern im Einigungsstellenverfahren gemäß § 76 a BetrVG

Werden die Beisitzer der Einigungsstelle vom Betriebsrat beauftragt, wird dadurch ein Anspruch der Beisitzer gegen den Arbeitgeber auf Vergütung ihrer Tätigkeit gemäß § 76 a BetrVG begründet.⁸⁷² Die Höhe der Vergütung richtet sich gemäß § 76 a Abs. 3 S. 2 BetrVG nach den Grundsätzen des § 76 a Abs. 4 S. 3 bis 5 BetrVG, wonach insbesondere

⁸⁶⁵ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1386).

⁸⁶⁶ Fitting, § 111 Rn. 125.

⁸⁶⁷ Fitting, § 111 Rn. 125.

⁸⁶⁸ LAG Rheinland-Pfalz vom 7.11.2011 – 7 TaBV 29/11 – BeckRS 2012, 67862 unter II.; Fitting, § 111 Rn. 125.

⁸⁶⁹ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1386).

⁸⁷⁰ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1386).

⁸⁷¹ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1386); GK-BetrVG/Oetker, § 111 Rn. 240.

⁸⁷² Fitting, § 1 Rn. 302; GK-BetrVG/Franzen, § 1 Rn. 75.

der erforderliche Zeitaufwand, die Schwierigkeit der Streitigkeit sowie ein Verdienstausschlag zu berücksichtigen ist. Die Vergütung der Beisitzer ist gemäß § 76 a Abs. 4 S. 4 BetrVG niedriger zu bemessen als die des Vorsitzenden. Hieran angelehnt kann ein betriebsexterner Beisitzer 7/10 der Vergütung des Vorsitzenden veranschlagen.⁸⁷³ Er ist auch berechtigt, sein Honorar mit dem Arbeitgeber zu vereinbaren oder dieses einseitig nach billigem Ermessen, jedoch innerhalb der Grenzen des § 76 a Abs. 4 S. 3 bis S. 5 BetrVG, zu bestimmen.⁸⁷⁴ Versucht der Beisitzer, ein höheres Honorar geltend zu machen, beispielsweise wegen erheblicher Mehrarbeit, höheren Zeitaufwands oder Verdienstausschlags als ein solches, das ihm nach der Berechnung anhand der Höhe der Gesamtvergütung des Vorsitzenden zustünde, bedarf es der Darlegung dieser besonderen Umstände.⁸⁷⁵

IV. Haftung aus vertraglichen Drittbeziehungen des Betriebsrats

Als Schuldner des vertraglich verpflichteten Dritten kommen der Betriebsrat als Gremium, die der Beauftragung zustimmenden Betriebsratsmitglieder und der Arbeitgeber in Betracht. Die Betriebsverfassung enthält keine Regelung, die dem Betriebsrat als Folge privatrechtlicher Geschäfte mit Dritten als Gläubiger und Schuldner die Erfüllung von Zahlungs- oder Schadensersatzpflichten auferlegt. Auf den ersten Blick erscheint dies aufgrund des innerbetrieblichen Charakters der Betriebsverfassung konsequent. Eine differenzierte Betrachtung ist dennoch erforderlich. Trotz Fehlens einer generellen Rechts- und Vermögensfähigkeit des Betriebsrats, ist dessen Teilrechtsfähigkeit die Begründung einer eigenständigen Rechtssubjektivität gegenüber außerbetrieblichen Dritten.⁸⁷⁶ Die Teilrechtsfähigkeit des Betriebsrats auf das betriebsverfassungsrechtliche Internum zu beschränken⁸⁷⁷, würde der

⁸⁷³ BAG v. 14.2.1996 – 7 ABR 24/95 – NZA 1996, 1225 (1225).

⁸⁷⁴ BAG v. 14.2.1996 – 7 ABR 24/95 – NZA 1996, 1225 (1225).

⁸⁷⁵ BAG v. 14.2.1996 – 7 ABR 24/95 – NZA 1996, 1225 (1225); Schulze, ArbRAktuell 2012, 527 (527).

⁸⁷⁶ Ähnlich BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1385).

⁸⁷⁷ Wie von Franzen in GK-BetrVG, § 1 Rn. 79 gefordert.

gesetzlichen Ermächtigung widersprechen, die rechtswirksame Außenkontakte des Betriebsrats zulässt.

Dem Betriebsverfassungsgesetz lässt sich keine Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit entnehmen.⁸⁷⁸ Der Umfang der Haftung aus einem Rechtsgeschäft ist jedoch auf die Höhe des Freistellungsanspruchs i.S.d. § 40 BetrVG beschränkt.⁸⁷⁹ Bewegt sich die Beauftragung außerhalb der Erforderlichkeitsgrenze des § 40 Abs. 1 BetrVG, haften die einzelnen Betriebsratsmitglieder analog § 179 BGB.⁸⁸⁰ Diese Rechtsfolge der unmittelbaren finanziellen Haftung der am beauftragenden Beschluss mitwirkenden Betriebsratsmitglieder kann nicht mit der Begründung abgelehnt werden, es fehle ihnen an einem Rechtsbindungswillen, sich über die Beteiligung am Beschluss zur Beauftragung des Beraters hinaus rechtsgeschäftlich zu verpflichten⁸⁸¹ Dies folgt, wie oben dargestellt, aus der Verpflichtung des Betriebsrats, das Kosteninteresse des Arbeitgebers im Vorfeld der rechtsgeschäftlichen Bindung zu beachten und die Erforderlichkeit der Heranziehung eines Beraters zu prüfen.

1. Richtiger Schuldner

a) Betriebsrat als Gremium

Entgegen der bisherigen Auffassung, wonach der Betriebsrat für mit Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäften nicht finanziell haften konnte, weil er vermögenslos sei⁸⁸², oder sich dessen Teilrechtsfähigkeit ausschließlich auf die Betriebsverfassung bezieht⁸⁸³, ist eine finanzielle Haftung des Betriebsrats als Gremium und Vertragspartner des Dritten nunmehr zu bejahen.⁸⁸⁴ Nach dieser bisher vertretenen Ansicht verfügte

⁸⁷⁸ Ebenso GK-BetrVG/*Franzen*, § 1 Rn. 80.

⁸⁷⁹ Fitting, § 1 Rn. 306.

⁸⁸⁰ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1386).

⁸⁸¹ So aber Bergmann, NZA 2013, 57 (59); ähnlich auch Fitting, § 1 Rn. 312; BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1386).

⁸⁸² Fitting § 1 Rn. 306 ff.; MünchHdbArbR2009/v. *Hoyningen-Huene*, § 212 Rn. 16.

⁸⁸³ GK-BetrVG/*Franzen*, § 1 Rn. 74.

⁸⁸⁴ BGH vom 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1384).

der Betriebsrats über kein weiteres Vermögen als seinen Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG, welcher sich erst im Falle einer Abtretung an einen beauftragten Dritten in einen Zahlungsanspruch des Dritten gegen den Arbeitgeber wandelt.⁸⁸⁵ Der Betriebsrat könne sich gegenüber Dritten demnach wegen seiner partiellen Vermögensfähigkeit nur entsprechend der Reichweite seines Freistellungsanspruchs gegen den Arbeitgeber aus § 40 BetrVG verpflichten und haften.⁸⁸⁶

Der Bundesgerichtshof stellte zu Recht klar, dass der Betriebsrat als Gremium gegenüber Dritten – als deren Vertragspartner – haften kann und der Anspruch des Dritten gegen den Betriebsrat sich nicht in einem Verschaffen eines Kostenerstattungs- bzw. Freistellungsanspruchs gegen den Arbeitgeber erschöpft.⁸⁸⁷ Vielmehr kann der Betriebsrat die marktübliche Zahlung des Beraterhonorars versprechen.⁸⁸⁸ Über den Gleichlauf zwischen geschuldetem Entgelt und dem gesetzlichen Kostenerstattungs- und Freistellungsanspruch hinaus sei keine weitere Bedingung erforderlich.⁸⁸⁹ Der Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber wandelt sich nach der Abtretung an den Dritten ohnehin in einen Zahlungsanspruch des Dritten gegen den Arbeitgeber, sodass der Betriebsrat von Anfang an Zahlung einer Vergütung versprechen kann.⁸⁹⁰

b) Mitglieder des Betriebsrats persönlich

aa) Überschreiten der Erforderlichkeitsgrenze

Gemäß § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG vertritt der Vorsitzende des Betriebsrats, oder im Fall seiner Verhinderung sein Stellvertreter, den Betriebsrat im Rahmen der von ihm gefassten Beschlüsse gegenüber dem Arbeitgeber

⁸⁸⁵ Reichold, Anm. zu BAG v. 29.9.2004 – 1 ABR 30/03 – AP Nr. 81 zu § 40 BetrVG 1972 unter I. 4.; Fitting, § 1 Rn. 304.

⁸⁸⁶ Fitting, § 1 Rn. 304; in Bezug auf die einzelnen Betriebsratsmitglieder GK-BetrVG/*Franzen*, § 1 Rn. 79.

⁸⁸⁷ So aber Fitting, § 1 Rn. 304.

⁸⁸⁸ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1385); *Düwell/Kloppenburger*, § 1 Rn. 146.

⁸⁸⁹ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1385).

⁸⁹⁰ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1385).

und dem Dritten. Dabei entspricht der Umfang der Vertretungsmacht der Reichweite des Freistellungsanspruchs, den der Betriebsrat gegenüber dem Arbeitgeber hat.⁸⁹¹ Bereits in seiner Betriebskantinen-Entscheidung führte das Bundesarbeitsgericht zutreffend aus: „Führen Betriebsratsmitglieder aufgrund eigenen Entschlusses oder eines Betriebsratsbeschlusses Rechtsgeschäfte außerhalb der ihnen gesetzlich zugewiesenen Einzelfälle durch, so entstehen Verbindlichkeiten, für die sie persönlich nach den allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre (§§ 104 ff. BGB) und des allgemeinen Schuldrechts gegenüber Dritten persönlich einzustehen haben. Gegebenenfalls werden Schuldner der Verbindlichkeit alle Betriebsratsmitglieder, sofern sie die Durchführung eines derartigen Rechtsgeschäftes beschlossen haben (...). Der Betriebsrat wird jedoch nicht verpflichtet. (...) Ein Ausgleich innerhalb der dann entstandenen Gesamtschuldnerschaft zwischen den einzelnen, den Beschluss tragenden Betriebsratsmitgliedern ist im Fall der Erfüllung durch einen Gesamtschuldner möglich.“⁸⁹² Überschreiten somit einzelne Mitglieder des Betriebsrats mit ihrer Erklärung die Erforderlichkeitsgrenze, wird der Betriebsrat nicht wirksam verpflichtet, weil es an einem Zuordnungssubjekt für eine solche Verpflichtung fehlt.⁸⁹³

Bei einem auf einem Betriebsratsbeschluss beruhenden Vertragsschluss mit einem Berater, der den gesetzlichen Wirkungsbereich des Betriebsrats überschreitet, sollen demnach diejenigen Betriebsratsmitglieder gesamtschuldnerisch haften, die den auf den Vertragsschluss gerichteten Beschluss unterstützt haben, weil sie sich entgegen ihrer Pflicht nicht so verhalten haben, dass der Betriebsrat nach außen hin rechtmäßig auftritt.⁸⁹⁴ Alle anderen Betriebsratsmitglieder, die der Beschlussfassung entweder widersprochen oder sich enthalten haben, sind von der persönlichen Haftung grundsätzlich befreit.⁸⁹⁵ Die Mitwirkung an der

⁸⁹¹ Fitting, § 1 Rn. 304; GK-BetrVG/*Franzen*, § 1 Rn. 79.

⁸⁹² BAG v. 24.4.1986 – 6 AZR 607/83 – NZA 1987, 100 (101).

⁸⁹³ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1386).

⁸⁹⁴ BAG v. 24.4.1986 – 6 AZR 607/83 – NZA 1987, 100 (101); Gester, AuR 1959, 326 (327 f.); GK-BetrVG/*Franzen*, § 1 Rn. 79; Richardi/*Thüsing*, Vorb. zu § 26 Rn. 14.

⁸⁹⁵ Schwab, FS Bauer, 2010, 1001 (1005); Richardi/*Thüsing*, Vorb. zu § 26 Rn. 16.

Beschlussfassung ist eine anspruchsbegründende Tatsache, deren Vorliegen vom demjenigen darzulegen und zu beweisen ist, der sich darauf beruft.⁸⁹⁶ Die Beweislast für eine Erforderlichkeit i.S.d. § 40 Abs. 1 BetrVG soll jedoch das als *falsus procurator* auftretende Betriebsratsmitglied tragen.⁸⁹⁷

Der Haftungsumfang der Betriebsratsmitglieder bestimmt sich nach dem Rechtsgedanken von § 139 BGB, wonach sie lediglich für den Teil des Rechtsgeschäfts einzustehen haben, der nicht von der Vertretungsmacht erfasst ist und jenseits der gemäß § 40 BetrVG liegenden Erforderlichkeitsgrenze liegt.⁸⁹⁸ Sollte sich die vorab erteilte Rechtsberatung als falsch erweisen, kompensiert ein Regressanspruch des Betriebsrats gegen den Berater u.U. die Honorarforderung des Beraters gegenüber dem einzelnen Betriebsratsmitglied.⁸⁹⁹

bb) Haftungsbeschränkung

(1) Analog § 179 Abs. 2 und 3 BGB

Der auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts vertrauende Dritte ist schutzbedürftig.⁹⁰⁰ Handeln die jeweiligen Betriebsratsmitglieder wie Vertreter ohne Vertretungsmacht, kann der Dritte sie analog § 179 Abs. 1 BGB in Anspruch nehmen. Dies ist mit einer gerechten Risikoverteilung zu begründen, indem die Kompetenzüberschreitung einzelner Betriebsratsmitglieder nicht dem Dritten aufgebürdet werden kann.⁹⁰¹ Eine Haftungsbeschränkung findet über eine entsprechende Anwendung von § 179 Abs. 2 und Abs. 3 BGB statt, deren Vorliegen nach

⁸⁹⁶ Müller/Jahner, BB 2013, 440 (442).

⁸⁹⁷ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1386).

⁸⁹⁸ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1386);

MüKoBGB/Schubert, § 179 Rn. 11.

⁸⁹⁹ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1387), sofern das jeweilige Betriebsratsmitglied in den Schutzbereich des Beratungsvertrages einbezogen war.

⁹⁰⁰ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1386).

⁹⁰¹ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1386).

allgemeinen Grundsätzen über die Beweislastverteilung bei dem vollmachtlosen Vertreter liegt.⁹⁰²

(2) Beurteilung der Erforderlichkeit aus ex ante Sicht

Darüber hinaus ist das Haftungsrisiko der Betriebsratsmitglieder durch die Beurteilung der Erforderlichkeit aus ex ante Sicht reduziert. Zieht der Betriebsrat einen auf die Beratung von Betriebsräten spezialisierten Berater hinzu, obliegt diesem Berater die Pflicht, den Betriebsrat über den Umfang und die Grenzen der Erforderlichkeit seiner Hinzuziehung aufzuklären. Fehlende Kenntnis von dem Mangel der Vertretungsmacht kann die Haftung der Betriebsratsmitglieder demnach analog § 179 Abs. 2 BGB einschränken.⁹⁰³

(3) Haftungsbeschränkung durch Fortbildungsmöglichkeiten

Eine Haftungsbeschränkung der Betriebsratsmitglieder gegenüber Dritten ist zudem mittelbar durch Fortbildungsmöglichkeiten gemäß § 37 Abs. 6 BetrVG möglich. Infolge der Schulungen verfügen sie meist über ein Basiswissen, mit dem sie regelmäßig einschätzen können, ob die Beauftragung erforderlich oder das geforderte Honorar bzw. die Konditionen marktüblich sind. Konnte ein Betriebsratsmitglied noch keine Kenntnisse auf Fortbildungen erlangen, steht ihm das Einholen von Rechtsrat durch externe Berater oder interne Sachkundige zur Verfügung. Ferner ist der Betriebsrat ein Gremium, das sich in den meisten Fällen aus mehreren Mitgliedern zusammensetzt, die einander mit Erfahrung und Rat gegenseitig unterstützen können.

(4) Haftungsprivilegierung aufgrund unentgeltlichen Ehrenamts?

Eine generelle oder weitergehende Haftungsprivilegierung oder -befreiung der Betriebsratsmitglieder aufgrund der Ausgestaltung des Betriebsratsamts als unentgeltliches Ehrenamt ist aufgrund der

⁹⁰² BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1386).

⁹⁰³ Bergmann, NZA 2013, 57 (60).

vorbenannten Haftungsbeschränkungen zu Gunsten der Betriebsratsmitglieder abzulehnen.⁹⁰⁴ Insbesondere lässt sich eine Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zur Sicherung der persönlichen Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder⁹⁰⁵ gegenüber Dritten nicht rechtfertigen, weil die Betriebsratsmitglieder Dritten wie sämtlichen am Rechtsverkehr Beteiligten gegenübertreten. Es ist nicht zu rechtfertigen, warum allein der Dritte das Risiko der Betriebsratsmitglieder tragen sollte, die im Innenverhältnis nur unter Einschränkungen zu Rechtsgeschäften mit Dritten berechtigt sind. Ebenso ist der Arbeitgeber vor grenzenloser Inanspruchnahme zu schützen. Dies ist durch den Aspekt der Erforderlichkeit realisierbar.

(5) Haftpflichtversicherung

Möglicherweise stellt der Abschluss einer mit der D&O-Versicherung vergleichbaren Haftpflichtversicherung zu Gunsten der Betriebsratsmitglieder als erforderliche Sachmittelausstattung gemäß § 40 BetrVG einen konsolidierenden Ausgleich der persönlichen Haftung, sowie eine praxisgerechte Umsetzung des Benachteiligungsverbots i.S.d. § 78 S. 2 BetrVG dar.⁹⁰⁶ Da auch der Versicherer vor einer Regulierung den möglichen Versicherungsfall sorgfältig prüfen wird, werden Betriebsratsmitglieder im Rahmen ihrer Entscheidung über die Beauftragung eines Beraters im eigenen Interesse noch stärker auf das finanzielle Interesse des Arbeitgebers Rücksicht nehmen und disziplinierter mit Kosten umgehen müssen.⁹⁰⁷

c) Arbeitgeber

Eine Haftung des Arbeitgebers gegenüber dem Dritten scheidet mangels Rechtsgrundes aus.⁹⁰⁸ Der Arbeitgeber war nicht am Rechtsgeschäft

⁹⁰⁴ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1387).

⁹⁰⁵ So Richardi/*Thüsing*, Vorb. zu § 26 Rn. 14; ebenso Belling, S. 246 f.

⁹⁰⁶ Bergmann, NZA 2013, 57 (60 f.).

⁹⁰⁷ Dzida, NJW 2013, 433 (433).

⁹⁰⁸ GK-BetrVG/*Franzen*, § 1 Rn. 74.

beteiligt.⁹⁰⁹ Auch konnte er weder über die Institute der Anscheins- und Duldungsvollmacht verpflichtet, noch kann ihm das Handeln des Betriebsrats mangels Vertretungsmacht zugerechnet werden.⁹¹⁰ Er wurde somit nicht zum Vertragspartner des Dritten.⁹¹¹ Würde der Beauftragte Vertragspartner des Arbeitgebers, stünde er in einem Interessenkonflikt zwischen dem Arbeitgeber, von dem er letztlich vergütet wird und dem Betriebsrat, um das dem Arbeitgeber entgegengesetzte Lager zu vertreten und zu beraten.⁹¹²

V. Durchsetzbarkeit der Vergütungsansprüche

Zur Durchsetzung seines Vergütungsanspruchs kann der Dritte den Betriebsrat zur Zahlung des geschuldeten Honorars verurteilen lassen. Der Betriebsrat ist gemäß § 50 Abs. 1 ZPO akzessorisch zu seiner Teilrechtsfähigkeit vor den ordentlichen Zivilgerichten parteifähig.⁹¹³ Im Rahmen der Vollstreckung des Zahlungstitels gegen den Betriebsrat kann der Dritte diesen Zahlungsanspruch mittels Pfändung und Überweisung des Freistellungsanspruchs gegen den Arbeitgeber durchsetzen.⁹¹⁴ Faktisch wandelt sich der Zahlungsanspruch des Beraters bei einer ordnungsgemäßen Beauftragung somit in einen direkten Zahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber.⁹¹⁵ Zur Durchsetzung seines Freistellungsanspruchs kann der Betriebsrat entweder einen Rechtsanwalt hinzuziehen, dessen Kosten von dem Arbeitgeber gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG zu tragen sind, oder der Rechtsanwalt kann seine außergerichtlichen Kosten als Verzugsschaden geltend machen.⁹¹⁶

B. Drittbeziehungen des Betriebsrats zu Behörden und Gerichten

⁹⁰⁹ Bergmann, NZA 2013, 57 (59); GK-BetrVG/Franzen, § 1 Rn. 74.

⁹¹⁰ Bergmann, NZA 2013, 57 (59); GK-BetrVG/Franzen, § 1 Rn. 74.

⁹¹¹ Bergmann, NZA 2013, 57 (59); GK-BetrVG/Franzen, § 1 Rn. 74.

⁹¹² BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1384).

⁹¹³ Nimmt die Parteifähigkeit ohne weitere Begründung an BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 ff.; a.A. Fischer, NZA 2014, 343 (346 f.), der außerhalb von § 10 ArbGG keine Regelungslücke und kein Bedürfnis sieht, den Betriebsrat zu einem Akteur einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit zu machen.

⁹¹⁴ BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11 – NZA 2012, 1382 (1388); Müller/Jahner, BB 2013, 440 (441).

⁹¹⁵ Bergmann, NZA 2013, 57 (59); Triebel, S. 109 f.

⁹¹⁶ Schulze, ArbRAktuell 2012, 527 (527).

Neben den rechtsgeschäftlichen Beziehungen zu betriebsfremden Dritten kann der Betriebsrat auch Kontakt zu Behörden und Gerichten aufnehmen, um deren Schutz im Hinblick auf die Arbeitnehmer in Anspruch zu nehmen, oder um die rechtlichen Rahmenbedingungen der Betriebsratsarbeit zu verbessern.⁹¹⁷ Für derartige Kontakte bestehen gesetzliche Vorschriften.⁹¹⁸ Die Drittbeziehungen zu Behörden variieren in ihrer Intensität zwischen dem Erfordernis einer bestimmten Anträgen, Anzeigen oder Erklärungen des Arbeitgebers beizufügenden Stellungnahme der Arbeitnehmervertretung⁹¹⁹, dem direkten Kontakt zwischen Betriebsrat und Behörde⁹²⁰, bis hin zu einer engen Zusammenarbeit⁹²¹.⁹²² Einige Regelungen gewähren dem Betriebsrat prozessuale Befugnisse und ermöglichen ihm die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes.⁹²³ Solche Normen räumen dem Betriebsrat das Recht ein, Gerichte anzurufen und auch zu ihnen eine Drittbeziehung herzustellen.⁹²⁴ Neben außerbetrieblichen Kontakten auf Initiative des Betriebsrats, kann dieser selbst zum Gegenstand von außergerichtlichen und gerichtlichen Verfahren gemacht werden.⁹²⁵

I. Arbeitsschutz und Arbeitssicherheit

Neben dem Arbeitgeber ist auch der Betriebsrat im Bereich des Arbeitsschutzes und der Arbeitssicherheit zum Tätigwerden berechtigt und verpflichtet. Dies ergänzt seine Aufgaben nach § 80 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 9 BetrVG.⁹²⁶ Eine Beziehung mit Dritten kann auf eigene

⁹¹⁷ Plander, AuR 1993, 161 (162).

⁹¹⁸ Fitting, § 1 Rn. 298.

⁹¹⁹ Z.B. § 17 Abs. 3 S. 2 KSchG, § 193 Abs. 5 S. 1 SGB VII.

⁹²⁰ Z.B. § 5 Abs. 2 TVG, § 6 Abs. 2 S. 3 MontanMitbestG, §§ 17 Abs. 3 S. 7, 20 Abs. 3 S. 1 KSchG.

⁹²¹ Z.B. §§ 89 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1, 96 Abs. 1 S. 1, 112 Abs. 2 S. 1 BetrVG, § 9 Abs. 2 Nr. 1 ASiG.

⁹²² Vgl. Plander, AuR 1993, 161 (163).

⁹²³ Z.B. §§ 18 Abs. 2, 23 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3, 76 Abs. 5 S. 1 und S. 4, 101, 104 S. 2 BetrVG, §§ 2a Abs. 1 Nr. 1, 10 S. 1 2. Hs., 80 ff. ArbGG.

⁹²⁴ Z.B. §§ 2a Abs. 1 Nr. 1, 80 ff. ArbGG, §§ 18 Abs. 2, 23 Abs. 1 S. 2, Abs. 3, 76 Abs. 5, 98 Abs. 5, 101, 104 S. 2 BetrVG; vgl. dazu Plander, AuR 1993, 161 (164).

⁹²⁵ Z.B. § 23 Abs. 1 S. 1, 76 Abs. 5 S. 1 BetrVG.

⁹²⁶ BAG v. 3.6.2003 – 1 ABR 19/02 – AP Nr. 1 zu § 89 BetrVG 1972 unter B. II. 2. a) aa); GK-BetrVG/*Gutzeit*, § 89 Rn. 7, 57.

Veranlassung des Betriebsrats oder infolge einer Hinzuziehung des Betriebsrats durch die zuständigen Stellen zustande kommen. Demnach können solche Drittbeziehungen trotz ihres betriebsbezogenen Hintergrundes sowohl innerhalb des Betriebs als auch außerbetrieblich begründet werden.

1. Arbeitsschutz

Der Kontakt des Betriebsrats zu Behörden oder sonstigen zuständigen Stellen im Zusammenhang mit der Wahrnehmung seiner Aufgaben aus dem Arbeits- und Gesundheitsschutz i.S.d. §§ 87 Abs. 1 Nr. 7, 89 BetrVG ist aufgrund der Vielzahl an Schutzvorschriften zu Gunsten der Arbeitnehmer relevanter Bestandteil der Betriebsratsarbeit. Gemäß § 89 Abs. 1 BetrVG hat der Betriebsrat sich dafür einzusetzen, dass die Vorschriften über den Arbeitsschutz und die Unfallverhütung im Betrieb, sowie über den betrieblichen Umweltschutz durchgeführt werden. Zu diesen Vorschriften gehören insbesondere die staatlichen Arbeitsschutzvorschriften, Unfallverhütungsvorschriften der Unfallversicherungsträger und einschlägige Regelungen in Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträgen.⁹²⁷

Diese Vorschriften erlauben dem Betriebsrat im Rahmen ihrer inhaltlichen Bestimmungen, sämtliche erforderlichen Maßnahmen gegenüber dem Arbeitgeber und den zuständigen Behörden oder Stellen zu ergreifen.⁹²⁸ Bei der Bekämpfung von Unfall- und Gesundheitsgefahren hat der Betriebsrat gemäß § 89 Abs. 1 S. 2 BetrVG die für den Arbeitsschutz zuständigen Behörden, die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung und die sonstigen in Betracht kommenden Stellen durch Anregung, Beratung und Auskunft zu unterstützen. Hierzu gehören das Recht und die Pflicht, auf Mängel und Gefahrenquellen hinzuweisen und Vorschläge zur Verbesserung im

⁹²⁷ Vgl. detaillierte Darstellung in GK-BetrVG/*Gutzeit*, § 89 Rn. 9.

⁹²⁸ GK-BetrVG/*Gutzeit*, § 89 Rn. 10.

Arbeitsschutz zu machen.⁹²⁹ Eigene Maßnahmen des Arbeitsschutzes kann der Betriebsrat jedoch nicht ergreifen. Aus § 77 Abs. 1 S. 2 BetrVG ergibt sich, dass diese Pflicht und Verantwortlichkeit allein dem Arbeitgeber obliegt.⁹³⁰ Einschränkungen können sich zudem bei der Weitergabe von personenbezogenen Daten der betroffenen Arbeitnehmer an die Aufsichtsbehörden ergeben. Deshalb hat der Betriebsrat datenschutzrechtliche Bestimmungen zu beachten und vor einer Weitergabe deren Erforderlichkeit gegen die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer abzuwägen.⁹³¹

a) Zuständige Behörden

Zu den für den Arbeitsschutz zuständigen Behörden zählen insbesondere die staatlichen Gewerbeaufsichtsbehörden, sofern ihnen Aufgaben von den ordentlichen Polizeibehörden übertragen worden sind, Gesundheitsämter, sowie die zuständigen Stellen in dem Bereich medizinischer Arbeitsschutz, Immissionsschutz und Bauaufsicht.⁹³² Träger der gesetzlichen Unfallversicherung sind in erster Linie die nach § 114 Abs. 1 SGB VII in Anlage 1 genannten gewerblichen Berufsgenossenschaften.⁹³³ Gemäß § 17 Abs. 1 SGB VII haben Unfallversicherungsträger die Durchführung der Maßnahmen zur Verhütung von Arbeitsunfällen, Berufskrankheiten, arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren und eine wirksame Erste Hilfe in den Unternehmen zu überwachen, sowie die Unternehmer und die Versicherten zu beraten. Zu den sonstigen in Betracht kommenden Stellen i.S.d. § 89 Abs. 1 BetrVG gehören die Sicherheitsbeauftragten, Betriebsärzte und der Arbeitgeber.⁹³⁴

⁹²⁹ BAG v. 3.6.2003 – 1 ABR 19/02 – AP Nr. 1 zu § 89 BetrVG 1972 unter B. II. 2. a) aa); GK-BetrVG/*Gutzeit*, § 89 Rn. 57.

⁹³⁰ Fitting, § 89 Rn. 15; GK-BetrVG/*Gutzeit*, § 89 Rn. 59.

⁹³¹ BAG v. 3.6.2003 – 1 ABR 19/02 – AP Nr. 1 zu § 89 BetrVG 1972 unter B. II. 2. a) bb) (3); GK-BetrVG/*Gutzeit*, § 89 Rn. 57.

⁹³² Vgl. GK-BetrVG/*Gutzeit*, § 89 Rn. 61 m.w.N.

⁹³³ Brill, AuR 1981, 202 (203).

⁹³⁴ GK-BetrVG/*Gutzeit*, § 89 Rn. 65.

Obwohl § 89 BetrVG eine Ergänzung der Aufgaben des Betriebsrats gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 9 BetrVG und § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG darstellt⁹³⁵, besteht aufgrund des Einleitungssatzes von § 87 Abs. 1 BetrVG kein Anspruch des Betriebsrats zur Bildung eines Arbeitsschutzausschusses.⁹³⁶ Insofern enthält § 11 ASiG eine abschließende Regelung zur Pflicht des Arbeitgebers, einen Arbeitsschutzausschuss zu errichten.⁹³⁷

b) Umsetzung des Arbeitsschutzes

Die Unterstützung durch den Betriebsrat umfasst die Hinweispflicht auf Defizite und Gefahrenquellen im Arbeitsschutz, sowie ein Vorschlagsrecht zu deren Beseitigung und zur Verbesserung des Arbeitsschutzes.⁹³⁸ Für die Fälle, in denen der Arbeitgeber arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften zuwiderhandelt und keine innerbetriebliche Einigung zustande kommt, soll der Betriebsrat Betriebskontrollen durch die Berufsgenossenschaften, das Gewerbeaufsichtsamt oder sonstige außerbetriebliche Stellen veranlassen dürfen.⁹³⁹ Dies setzt jedoch aufgrund des Grundsatzes der vertrauensvollen Zusammenarbeit einen fehlgeschlagenen Versuch voraus, das Defizit mit dem Arbeitgeber zu erörtern und diesen zur Beseitigung zu bewegen.⁹⁴⁰ Diese Vorgehensweise entspricht dem Rechtsgedanken von § 17 Abs. 2 S. 1 ArbSchG, wonach sich Beschäftigte erst dann an die zuständige Behörde wenden können, nachdem die vom Arbeitgeber getroffenen Maßnahmen und bereitgestellten Mittel nicht ausreichen, um die Sicherheit und den Gesundheitsschutz bei der Arbeit zu gewährleisten und der Arbeitgeber den darauf gerichteten Beschwerden der Beschäftigten keine Abhilfe verschafft.⁹⁴¹ Wendet sich der Betriebsrat an die außerbetriebliche Stelle,

⁹³⁵ Brill, AuR 1981, 202 (203).

⁹³⁶ BAG v. 15.4.2014 – 1 ABR 82/12 – NZA 2014, 1094 (1094).

⁹³⁷ BAG v. 15.4.2014 – 1 ABR 82/12 – NZA 2014, 1094 (1094).

⁹³⁸ Brill, AuR 1981, 202 (203).

⁹³⁹ Brill, AuR 1981, 202 (203); GK-BetrVG/*Gutzeit*, § 89 Rn. 58.

⁹⁴⁰ BAG v. 3.6.2003 – 1 ABR 19/02 – AP Nr. 1 zu § 89 BetrVG 1972 unter B. II. 2. a) bb) (2); Egger, BB 1992, 629 (631); GK-BetrVG/*Gutzeit*, § 89 Rn. 58.

⁹⁴¹ So auch GK-BetrVG/*Gutzeit*, § 89 Rn. 58.

entfällt seine Geheimhaltungspflicht gemäß § 79 BetrVG nicht, sondern wird insofern lediglich eingeschränkt.⁹⁴²

Spiegelbildlich sind gemäß § 89 Abs. 2 S. 1 BetrVG auch der Arbeitgeber und die in § 89 Abs. 1 S. 2 BetrVG genannten Stellen verpflichtet, den Betriebsrat oder die von ihm bestimmten Mitglieder des Betriebsrats bei allen im Zusammenhang mit dem Arbeitsschutz oder der Unfallverhütung stehenden Besichtigungen, Fragen und bei Unfalluntersuchungen hinzuzuziehen und ihnen unverzüglich die diesbezüglichen Auflagen und Anordnungen der zuständigen Stellen mitzuteilen. Die Beteiligung des Betriebsrats im Bereich des Arbeitsschutzes ist umfassend, sodass er vor allem auch dann heranzuziehen ist, wenn kein Arbeitnehmer zu Schaden gekommen ist.⁹⁴³ Einen Anspruch gegen die außerbetriebliche Stelle auf Ausfertigung der Niederschrift über die erfolgte Untersuchung oder Besichtigung hat der Betriebsrat dagegen nicht.⁹⁴⁴ Dieser Anspruch besteht gemäß § 89 Abs. 5 BetrVG ausschließlich gegenüber dem Arbeitgeber.

Über Streitigkeiten zwischen dem Betriebsrat und der für den Arbeitsschutz zuständigen Stelle entscheiden die Arbeitsgerichte gemäß §§ 2 a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 80 ff. ArbGG im Beschlussverfahren.⁹⁴⁵

c) Sonderfall: Arbeitsplatzgestaltung bei Schwangeren und stillenden Müttern

Bei werdenden oder stillenden Müttern ist zudem die Gestaltung des Arbeitsplatzes zu beachten. Gemäß § 2 MuSchG hat der Arbeitgeber, wenn er eine werdende oder stillende Mutter beschäftigt, Vorkehrungen und Maßnahmen zum Schutze von Leben und Gesundheit der werdenden oder

⁹⁴² BAG v. 3.6.2003 – 1 ABR 19/02 – AP Nr. 1 zu § 89 BetrVG 1972 unter B. II. 2. a) bb) (1); Brill, AuR 1981, 202 (203); Richardi/*Annuß*, § 89 Rn. 18.

⁹⁴³ BVerwG v. 8.12.1961 – VII P 7.59 – BeckRS 1961, 31318211; GK-BetrVG/*Gutzeit*, § 89 Rn. 69 f.

⁹⁴⁴ Insoweit widersprüchlich GK-BetrVG/*Gutzeit*, § 89 Rn. 71, der einen Anspruch auf Aushändigung der Niederschrift zunächst auch gegen die Stelle, von der die Niederschrift angefertigt worden ist, bejaht, zum Ende der Rn. einen solchen Anspruch jedoch wegen des eindeutigen Wortlauts von § 89 Abs. 5 BetrVG ablehnt.

⁹⁴⁵ GK-BetrVG/*Gutzeit*, § 89 Rn. 88; Richardi/*Annuß*, § 89 Rn. 43.

stillenden Mutter zu treffen. Dies umfasst insbesondere gemäß § 2 Abs. 2 MuSchG die Bereitstellung einer Sitzgelegenheit zum kurzen Ausruhen oder gemäß § 2 Abs. 3 MuSchG die Gewährung kurzer Arbeitsunterbrechungen. Die Gestaltung des Arbeitsplatzes gemäß § 2 MuSchG sowie die Bereitstellung von Arbeitsschutzvorrichtungen wird von den zuständigen Stellen geprüft und überwacht.⁹⁴⁶ In Einzelfällen kann die Aufsichtsbehörde konkrete Schutzmaßnahmen anordnen.⁹⁴⁷ Hierfür müssen die zuständigen Stellen gemäß § 89 Abs. 2 BetrVG mit dem Betriebsrat zusammenarbeiten.⁹⁴⁸ Bei Verstößen des Arbeitgebers gegen diese Schutzvorschriften hat der Betriebsrat jedoch mangels gesetzlicher Grundlage keinen durchsetzbaren Anspruch gegenüber den zuständigen Stellen auf das Ergreifen bestimmter Maßnahmen oder Rechtshandlungen.⁹⁴⁹

2. Arbeitssicherheit

Die Begründung eines weiteren außerbetrieblichen Kontakts des Betriebsrats bietet sich im Zusammenhang mit der Arbeitssicherheit. Gemäß § 1 ASiG hat der Arbeitgeber Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit zu bestellen, die ihn beim Arbeitsschutz und bei der Unfallverhütung unterstützen sollen. Die Bestellung und Abberufung dieser Betriebsärzte und Fachkräfte erfolgt mit der Zustimmung des Betriebsrats.⁹⁵⁰ Das gleiche gilt, wenn deren Aufgaben erweitert oder eingeschränkt werden sollen.⁹⁵¹ Vor der Verpflichtung oder Entpflichtung eines freiberuflich tätigen Arztes, einer freiberuflich tätigen Fachkraft für Arbeitssicherheit, oder eines überbetrieblichen Dienstes, ist der Betriebsrat zu hören.⁹⁵² Damit soll die Anwendung von dem Arbeitsschutz und der Unfallverhütung dienenden Vorschriften entsprechend den besonderen Betriebsverhältnissen erreicht werden, gesicherte arbeitsmedizinische und sicherheitstechnische Erkenntnisse

⁹⁴⁶ Brill, AuR 1981, 202 (208).

⁹⁴⁷ § 2 Abs. 5 MuSchG.

⁹⁴⁸ Brill, AuR 1981, 202 (208).

⁹⁴⁹ Zweifelnd auch Brill, AuR 1981, 202 (208).

⁹⁵⁰ § 9 Abs. 3 S. 1 ASiG.

⁹⁵¹ § 9 Abs. 3 S. 2 ASiG.

⁹⁵² § 9 Abs. 3 S. 3 ASiG.

zur Verbesserung des Arbeitsschutzes und der Unfallverhütung verwirklicht werden und die dem Arbeitsschutz und der Unfallverhütung dienende Maßnahmen einen möglichst hohen Wirkungsgrad erreichen.⁹⁵³

Die Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit haben bei der Erfüllung ihrer Aufgaben mit dem Betriebsrat zusammenzuarbeiten.⁹⁵⁴ Dies umfasst insbesondere, den Betriebsrat über wichtige Angelegenheiten des Arbeitsschutzes und der Unfallverhütung zu unterrichten und ihm den Inhalt eines Vorschlags mitzuteilen, den sie dem Arbeitgeber machen, nachdem sie keine Einigung mit dem Betriebsrat erzielen konnten.⁹⁵⁵ Sie haben den Betriebsrat zudem auf sein Verlangen in Angelegenheiten des Arbeitsschutzes und der Unfallverhütung zu beraten.⁹⁵⁶ Bevor die zuständige Behörde Anordnungen im Zusammenhang mit Arbeitssicherheit und Unfallverhütung trifft, hat sie gemäß § 12 ASiG den Arbeitgeber und den Betriebsrat zu hören und mit ihnen zu erörtern, welche Maßnahmen angebracht erscheinen. Gemäß § 12 Abs. 4 ASiG hat die zuständige Behörde den Betriebsrat über eine gegenüber dem Arbeitgeber getroffene Anordnung schriftlich in Kenntnis zu setzen.

II. Entlassungen und Kündigungen

Drittbeziehungen zu Behörden kann der Betriebsrat zudem aufgrund gesetzlicher Ermächtigung im Rahmen von kündigungsbedingten Anzeige- und Meldepflichten des Arbeitgebers begründen.

1. Anzeigepflichtige Entlassungen

Im Rahmen der Anhörung des Betriebsrats bei Kündigungen sieht § 102 Abs. 7 BetrVG für den besonderen Fall der anzeigepflichtigen Massenentlassungen vor, dass auch die Vorschriften über die Beteiligung

⁹⁵³ § 1 ASiG.

⁹⁵⁴ § 9 Abs. 1 ASiG.

⁹⁵⁵ § 9 Abs. 2 S. 1 ASiG.

⁹⁵⁶ § 9 Abs. 2 S. 2 ASiG.

des Betriebsrats nach dem Kündigungsschutzgesetz anwendbar sind. Bei geplanten Entlassungen des Arbeitgebers, die gemäß § 17 Abs. 1 KSchG bestimmte Schwellenwerte überschreiten, ist der Arbeitgeber verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er die Arbeitnehmer innerhalb von 30 Kalendertagen entlässt. Vor der Entlassung hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat gemäß § 17 Abs. 2 KSchG zweckdienliche Auskunft zu erteilen und ihn schriftlich über die Parameter in § 17 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 KSchG zu unterrichten. Eine Abschrift dieser Unterrichtung, sowie dessen Stellungnahme zu der Massenentlassung hat der Arbeitgeber der Agentur für Arbeit zuzuleiten.⁹⁵⁷ Diese Mitteilung kann durch weitere Stellungnahmen des Betriebsrats unmittelbar gegenüber der Agentur für Arbeit ergänzt werden.⁹⁵⁸ Eine Abschrift der abgegebenen Stellungnahme hat der Betriebsrat dem Arbeitgeber zu übermitteln.⁹⁵⁹

Die Entscheidung über die Massenentlassungsanzeige und eine mögliche Entlassungssperre gemäß § 18 KSchG treffen die Entscheidungsträger der Agentur für Arbeit⁹⁶⁰, nachdem sie hierzu den Arbeitgeber und den Betriebsrat angehört haben.⁹⁶¹ Die zur Beurteilung des Falles erforderlichen Auskünfte haben insofern die Betriebspartner dem Entscheidungsträger zu erteilen.⁹⁶²

2. Beteiligungsbedürftige Kündigungen

Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen von gesetzlich besonders geschützten Personengruppen setzt zu deren Wirksamkeit oftmals das Zusammenwirken des Betriebsrats mit den zuständigen Behörden voraus.

a) Schwerbehinderte

⁹⁵⁷ § 17 Abs. 3 S. 1 KSchG.

⁹⁵⁸ § 17 Abs. 3 S. 7 KSchG.

⁹⁵⁹ § 17 Abs. 3 S. 8 KSchG.

⁹⁶⁰ Diese Entscheidungsträger sind gemäß § 20 Abs. 1 KSchG die Geschäftsführung der Agentur für Arbeit oder ein Ausschuss.

⁹⁶¹ § 20 Abs. 3 S. 1 KSchG.

⁹⁶² § 20 Abs. 3 S. 2 KSchG.

Die wirksame Kündigung eines Arbeitsverhältnisses mit einem schwerbehinderten Menschen bedarf der vorherigen Zustimmung des zuständigen Integrationsamtes.⁹⁶³ Diese Zustimmung hat der Arbeitgeber schriftlich zu beantragen.⁹⁶⁴ Im Rahmen des Verfahrens um die Zustimmungserteilung holt das Integrationsamt eine Stellungnahme des Betriebsrats ein.⁹⁶⁵ Damit tritt der Betriebsrat unmittelbar mit der Behörde in Kontakt.

b) Schwangere

Gemäß § 17 MuSchG ist eine Kündigung gegenüber einer Frau während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung unzulässig, wenn dem Arbeitgeber zur Zeit der Kündigung die Schwangerschaft oder Entbindung bekannt war oder innerhalb zweier Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird. Ausnahmsweise kann die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle, in besonderen Fällen, die nicht mit dem Zustand einer Frau während der Schwangerschaft oder ihrer Lage bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung im Zusammenhang stehen, die Kündigung für zulässig erklären. § 17 MuSchG ist insofern als ein absolutes Kündigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt konzipiert.⁹⁶⁶

Das Mutterschutzgesetz sieht bei diesem Verfahren keine ausdrückliche Beteiligung des Betriebsrats vor, z.B. in Form einer Stellungnahme.⁹⁶⁷ Jedoch kann die zuständige Behörde den Betriebsrat hinzuziehen.⁹⁶⁸ Ein Recht des Betriebsrats, sich aus eigener Initiative mit der zuständigen Behörde in Verbindung zu setzen, nachdem er von der beabsichtigten Kündigung Kenntnis erlangt hat, um zu der beabsichtigten Kündigung

⁹⁶³ § 85 SGB IX; vgl. auch Brill, AuR 1981, 202 (205).

⁹⁶⁴ § 87 Abs. 1 SGB IX.

⁹⁶⁵ Sowie der Schwerbehindertenvertretung und des schwerbehinderten Menschen, § 87 Abs. 2 SGB IX.

⁹⁶⁶ Rancke/Schöllmann, § 17 Rn. 84.

⁹⁶⁷ Brill, AuR 1981, 202 (206).

⁹⁶⁸ Brill, AuR 1981, 202 (206), der die Beteiligung des Betriebsrats für zweckmäßig hält.

Stellung nehmen zu können, ist mangels gesetzlicher Ermächtigung abzulehnen.⁹⁶⁹

III. Datenschutz

Die Weitergabe von Arbeitnehmerdaten an Dritte ohne Einwilligung oder Rechtfertigung gemäß Art. 7 DSGVO bzw. § 26 BDSG ist betriebsverfassungsrechtlich und datenschutzrechtlich grundsätzlich unzulässig.⁹⁷⁰ Doch gerade wegen des heutigen Datenverkehrs, insbesondere infolge der Auslagerung bestimmter Tätigkeiten auf Dritte, wie z.B. Lohn- und Gehaltsabrechnungen, spielt der Arbeitnehmer-Datenschutz eine wesentliche Rolle im Betrieb. Für die Wahrung des Datenschutzes existieren im Betrieb drei „Hüter“⁹⁷¹, bestehend aus dem Betriebsrat, dem (betrieblichen oder externen) Datenschutzbeauftragten und dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit.⁹⁷² Während der Betriebsrat zur Erfüllung seiner betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben eine arbeitnehmerschützende Funktion ausübt und seine Rolle im Betriebsverfassungsgesetz verortet ist⁹⁷³, ist Ziel des betrieblichen oder externen Datenschutzbeauftragten die Einhaltung datenschutzrechtlicher Regelungen im Interesse des Arbeitgebers.⁹⁷⁴ Seine Funktion ergibt sich aus den Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung und des Bundesdatenschutzgesetzes.⁹⁷⁵ Die Rolle des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit ist dort ebenfalls geregelt.⁹⁷⁶ Dieser verrichtet seine Tätigkeit im öffentlichen Interesse.⁹⁷⁷ Nachfolgend soll die Beziehung

⁹⁶⁹ So aber Brill, AuR 1981, 202 (206).

⁹⁷⁰ Kort, NZA 2015, 1345 (1348); Art. 6, Art. 7 DSGVO.

⁹⁷¹ Kort, NZA 2015, 1345 (1345).

⁹⁷² Kort, NZA 2015, 1345 (1345).

⁹⁷³ Zu den allgemeinen Aufgaben des Betriebsrats gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG gehört insbesondere darüber zu wachen, dass die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze und Verordnungen durchgeführt werden. Hierzu gehören auch die Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes, BAG v. 17.3.1987 – 1 ABR 59/85 – NZA 1987, 747 (748); Kort, NZA 2015, 1345 (1346). Daneben ist der Auftrag an den Betriebsrat zur Wahrung des Arbeitnehmer-Datenschutzes als Bestandteil des Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmer auch in § 75 Abs. 2 BetrVG enthalten, Kort, NZA 2015, 1345 (1346).

⁹⁷⁴ Kort, NZA 2015, 1345 (1345).

⁹⁷⁵ Art. 37 ff. DSGVO; § 38 BDSG.

⁹⁷⁶ Art. 51 ff. DSGVO; § 8 ff. BDSG.

⁹⁷⁷ Kort, NZA 2015, 1345 (1345).

des Betriebsrats zu dem externen Datenschutzbeauftragten⁹⁷⁸ und dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit als außerbetrieblichen Dritten untersucht werden.

1. Externer Datenschutzbeauftragter

Art. 37 Abs. 6 DSGVO erlaubt die Bestellung eines externen Datenschutzbeauftragten.⁹⁷⁹ Als externe Datenschutzbeauftragte werden vor allem Vertreter freier Berufe, wie Rechtsanwälte, bestellt.⁹⁸⁰ Nehmen diese außerbetrieblichen Dritten ihre Tätigkeit im Betrieb auf, stellt sich die Frage nach den Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats bei der Bestellung, der laufenden Tätigkeit, der Abberufung des externen Datenschutzbeauftragten, sowie einem Kontrollrecht des Betriebsrats.

a) Mitbestimmungsrecht bei Bestellung und Abberufung

Grundsätzlich ist die Bestellung eines externen Datenschutzbeauftragten mitbestimmungsfrei.⁹⁸¹ Ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 99 BetrVG würde voraussetzen, dass der Datenschutzbeauftragte als Arbeitnehmer eingestellt und in den Betrieb eingegliedert ist.⁹⁸² Dies wird ebenfalls bei der Bestellung eines externen Umweltgutachters, oder Umweltschutzbeauftragten vorausgesetzt.⁹⁸³ Eine Einstellung als Arbeitnehmer liegt bei (temporär) eingesetzten Externen zur Erfüllung punktueller Aufgaben jedoch regelmäßig nicht vor.⁹⁸⁴ Ebenso wenig wird eine solche Person in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers i.S.v. § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG eingegliedert.⁹⁸⁵ Dies liegt daran, dass der externe Datenschutzbeauftragte, im Gegensatz zu einem betrieblichen

⁹⁷⁸ Eine Drittbeziehung gegenüber dem internen Datenschutzbeauftragten als innerbetrieblichem Dritten scheidet aus, MünchHdbArbR2009/v. *Hoyningen-Huene*, § 213 Rn. 28.

⁹⁷⁹ Gola/*Klug*, DSGVO Art. 37 Rn. 15.

⁹⁸⁰ Kort, NZA 2015, 1345 (1350).

⁹⁸¹ Schierbaum, AiB 2001, 512 (514); ErfK/*Franzen*, BDSG § 38 Rn. 6.

⁹⁸² Vgl. BAG v. 22.3.1994 – 1 ABR 51/93 – NZA 1994, 1049 (1050 f.); Rudolf, NZA 1996, 296 (298 f.); Schierbaum, AiB 2001, 512 (514); Fitting, § 99 Rn. 75, 132.

⁹⁸³ Fitting, § 99 Rn. 75, 132.

⁹⁸⁴ Vgl. BAG v. 22.3.1994 – 1 ABR 51/93 – NZA 1994, 1049 (1051); Kort, NZA 2015, 1345 (1350).

⁹⁸⁵ Kort, NZA 2015, 1345 (1350).

Datenschutzbeauftragten, kein Arbeitnehmer ist.⁹⁸⁶ Eine Weisungsabhängigkeit ist bereits aufgrund der datenschutzrechtlich geforderten Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten gemäß Art. 38 Abs. 3 DSGVO ausgeschlossen.⁹⁸⁷

Darüber hinaus ist die Bestellung und Abberufung des externen Datenschutzbeauftragten, im Gegensatz zu der Einstellung oder Kündigung eines Arbeitnehmers, nicht von dem Katalog der mitbestimmungspflichtigen Tatbestände erfasst.⁹⁸⁸ Verglichen mit einem betrieblichen Datenschutzbeauftragten ist zudem dessen Abberufung aufgrund der Trennung der ausgeübten Tätigkeit und dem zugrunde liegenden Beschäftigungsverhältnis, nicht mit einer Kündigung verbunden.⁹⁸⁹ Den betrieblichen Datenschutzbeauftragten schützt § 38 Abs. 2 i.V.m. § 6 Abs. 4 S. 3 BDSG, der eine ordentliche Kündigung für die Dauer von einem Jahr nach seiner Abberufung verbietet.⁹⁹⁰

b) Kontroll- und Überwachungsrecht

Gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat darüber zu wachen, dass die zu Gunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze, zu denen auch Gesetze zum Datenschutz gehören⁹⁹¹, durchgeführt werden. Die unmittelbare Anwendung der Bestimmungen der Datenschutz-Grundverordnung und des Bundesdatenschutzgesetzes auf die Arbeitnehmer als datenschutzrechtlich Betroffene⁹⁹² rechtfertigt jedoch kein allgemeines Kontroll- und Überwachungsrecht des Betriebsrats gegenüber dem Datenschutzbeauftragten.⁹⁹³ Dies wäre mit der

⁹⁸⁶ Kort, NZA 2015, 1345 (1349).

⁹⁸⁷ Kort, NZA 2015, 1345 (1351); Gola/Klug, DSGVO Art. 38 Rn. 5.

⁹⁸⁸ BAG v. 11.11.1997 – 1 ABR 21/97 – NZA 1998, 385 (387); Kort, NZA 2015, 1345 (1349); ErfK/Franzen, BDSG § 38 Rn. 6.

⁹⁸⁹ Kort, NZA 2015, 1345 (1351); ErfK/Franzen, BDSG § 38 Rn. 7 f.

⁹⁹⁰ ErfK/Franzen, BDSG § 38 Rn. 10.

⁹⁹¹ BAG v. 17.3.1987 – 1 ABR 59/85 – NZA 1987, 747 (748); Kort, NZA 2015, 1345 (1346); Fitting, § 80 Rn. 7.

⁹⁹² BAG v. 17.3.1987 – 1 ABR 59/85 – NZA 1987, 747 (748); Fitting, § 80 Rn. 7.

⁹⁹³ Däubler, Gläserne Belegschaften?, Rn. 688; Kort, NZA 2015, 1345 (1351); GK-BetrVG/Weber, § 80 Rn. 16.

Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten unvereinbar.⁹⁹⁴ Denkbar ist hingegen die Befugnis des Betriebsrats, darauf zu achten, dass der Datenschutzbeauftragte seine Tätigkeit gemäß Art. 38 Abs. 3 DSGVO in Ausübung seiner Fachkunde auf dem Gebiet des Datenschutzes ordnungsgemäß und weisungsfrei ausübt.⁹⁹⁵

2. Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit

Die Aufgaben des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit sind in Art. 51 ff. DSGVO und §§ 8 ff. BDSG geregelt. Demnach hat er gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 BDSG die Anwendung des Bundesdatenschutzgesetzes und sonstiger Vorschriften über den Datenschutz zu überwachen und durchzusetzen. Dieser Kontrolle unterliegt die datenschutzrechtlich relevante Tätigkeit des Arbeitgebers und des Betriebsrats gleichermaßen.⁹⁹⁶ Dies resultiert daraus, dass die Datenübermittlung vom Arbeitgeber an den Betriebsrat, insbesondere gemäß § 80 Abs. 2 BetrVG, nicht als Übermittlung von Daten durch den Arbeitgeber und als Verarbeitung von Daten durch den Betriebsrat i.S.d. Bundesdatenschutzgesetzes anzusehen ist.⁹⁹⁷ Vielmehr stellt dieser Vorgang eine Datennutzung durch den Arbeitgeber dar.⁹⁹⁸ Zur uneingeschränkten Erfüllung seiner betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben ist der Betriebsrat somit nicht als eigene „Verantwortlicher“ i.S.d. Art. 4 Nr. 7 DSGVO, § 46 Nr. 7 BDSG anzusehen und damit der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Voraussetzungen unterworfen, sondern ein unselbständiger Teil der verantwortlichen Stelle „Arbeitgeber“.⁹⁹⁹

⁹⁹⁴ Kort, NZA 2015, 1345 (1351), der in Bezug auf den Betriebsrat und den betrieblichen Datenschutzbeauftragten allenfalls ein Gebot des Zusammenwirkens annimmt.

⁹⁹⁵ Fitting, § 80 Rn. 7.

⁹⁹⁶ Kort, NZA 2015, 1345 (1351).

⁹⁹⁷ Kort, NZA 2015, 1345 (1347).

⁹⁹⁸ BAG v. 14.1.2014 – 1 ABR 54/12 – NZA 2014, 738 (739); Kort, NZA 2015, 1345 (1347).

⁹⁹⁹ BAG v. 11.11.1997 – 1 ABR 21/97 – NZA 1998, 385 (386); 14.1.2014 – 1 ABR 54/12 – NZA 2014, 738 (739); D/K/W/*Buschmann*, § 80 Rn. 16; zur alten Rechtslage *Simitis/Dammann*, § 3 Rn. 240; unklar *Simitis/Hornung/Spiecker* gen. *Döhmman/Petri*, DSGVO Art. 4 Nr. 9 Rn. 3.

Um den Schutz der Arbeitnehmerdaten zu gewährleisten, wirkt der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit von außen auf das Unternehmen ein.¹⁰⁰⁰ Gemäß § 16 Abs. 1 S. 2 BDSG hat der Bundesbeauftragte bei Verstößen gegen die Vorschriften über den Datenschutz oder sonstige Mängel bei der Verarbeitung personenbezogener Daten die Befugnis, dies der zuständigen Rechts- oder Fachaufsichtsbehörde mitzuteilen und „dieser vor der Ausübung der Befugnisse des Artikels 58 Absatz 2 Buchstabe b bis g, i und j der Verordnung (EU) 2016/679 gegenüber dem Verantwortlichen Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb einer angemessenen Frist“ zu geben. Der Betriebsrat ist jedoch nicht ohne Weiteres berechtigt, vermeintliche oder festgestellte Verstöße des Arbeitgebers gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen bei der Aufsichtsbehörde anzuzeigen.¹⁰⁰¹ Der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit gebietet es, auch in einem solchen Fall erst dann an die Aufsichtsbehörden heranzutreten und sie von einem möglichen Verstoß zu unterrichten, nachdem sich der Betriebsrat an den Datenschutzbeauftragten oder Arbeitgeber gewendet und sich erfolglos um innerbetriebliche Abhilfe bemüht hat.¹⁰⁰² Missachtet der Betriebsrat dieses Vorgehen und zeigt den vermeintlichen Verstoß direkt bei der Aufsichtsbehörde an, kann dies neben einer Verletzung der Verhandlungspflicht gemäß § 74 Abs. 1 BetrVG die Auflösung des Betriebsrats nach § 23 Abs. 1 BetrVG rechtfertigen.¹⁰⁰³

IV. Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten

Aus dem zuvor Gesagten folgt, dass der Betriebsrat Kontakt zu Dritten dann aufnehmen kann, wenn es „zur Sicherung der Betriebsratstätigkeit

¹⁰⁰⁰ Kort, NZA 2015, 1345 (1346).

¹⁰⁰¹ Noch zur alten Rechtslage Kort, NZA 2015, 1345 (1352), der vom externen „Whistleblowing“ spricht; ders., RDV 2012, 8 (11); Wiebauer, NZA 2015, 22 (25).

¹⁰⁰² Vgl. BAG v. 3.6.2003 – 1 ABR 19/02 – AP Nr. 1 zu § 89 BetrVG 1972 unter B. II. 2. a) bb) (2); Kort, NZA 2015, 1345 (1352).

¹⁰⁰³ Wiebauer, NZA 2015, 22 (25); Richardi/Maschmann, § 74 Rn. 13.

oder zur Wiederherstellung einer ungestörten Betriebsratsarbeit“¹⁰⁰⁴ erforderlich ist.¹⁰⁰⁵ Die Sicherung der Betriebsratstätigkeit gewährleisten vor allem die Straf- und Bußgeldvorschriften in §§ 119, 121 BetrVG.

1. Ahndung von Straftaten

Gemäß § 119 Abs. 2 BetrVG ist der Betriebsrat befugt, einen Antrag zur Verfolgung von Straftaten zu stellen, die vom Arbeitgeber zum Nachteil des Betriebsrats gemäß § 119 Abs. 1 BetrVG begangen wurden. Dies betrifft insbesondere Handlungen, bei denen die Wahl des Betriebsrats behindert, durch die Zufügung oder Androhung von Nachteilen oder durch Gewährung oder Versprechen von Vorteilen beeinflusst¹⁰⁰⁶, die Tätigkeit des Betriebsrats behindert oder gestört¹⁰⁰⁷, oder ein Mitglied oder ein Ersatzmitglied des Betriebsrats um seiner Tätigkeit willen benachteiligt oder begünstigt wird¹⁰⁰⁸. Diesen Straftaten werden mit einer Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.¹⁰⁰⁹ Gemäß § 119 Abs. 2 BetrVG handelt es sich um Antragsdelikte. Einen solchen Antrag kann der Betriebsrat als Betroffener stellen. Gemäß § 158 Abs. 2 StPO muss der Antrag bei Straftaten, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, bei einem Gericht, der Staatsanwaltschaft oder einer anderen Behörde schriftlich gestellt oder zu Protokoll gegeben werden.

2. Ahndung von Ordnungswidrigkeiten

Daneben kann sich der Betriebsrat bei der Verletzung von Aufklärungs- und Auskunftspflichten durch den Arbeitgeber als Ordnungswidrigkeit gemäß § 121 BetrVG mit einer Anzeige an die zuständigen Behörden wenden.¹⁰¹⁰ Einige Stimmen in der Literatur gehen so weit, die Polizei in Situationen, wenn einstweiliger Rechtsschutz nicht zeitnah durch die Gerichte erlangt werden kann, zur Intervention zu berechtigen oder sogar

¹⁰⁰⁴ D/K/W/Wedde, Einl. Rn. 137.

¹⁰⁰⁵ D/K/W/Wedde, Einl. Rn. 137.

¹⁰⁰⁶ § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

¹⁰⁰⁷ § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG.

¹⁰⁰⁸ § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG.

¹⁰⁰⁹ § 119 Abs. 2 BetrVG.

¹⁰¹⁰ Brill, AuR 1981, 202 (208); D/K/W/Trümmer, § 121 Rn. 24; Fitting, § 121 Rn. 7.

zu verpflichten.¹⁰¹¹ Ein solches Eingreifen soll die Behinderung des Betriebsrats an der Ausübung seiner Rechte beenden.¹⁰¹² Diese Auffassung ist jedoch mangels gesetzlicher Grundlage und des abschließenden Charakters des Betriebsverfassungsgesetzes mit seinem Katalog an verfügbaren Hilfsmitteln abzulehnen.

V. Außenkontakte als Druckmittel

Es sind Fälle denkbar, in denen die Kontaktaufnahme des Betriebsrats zu außerbetrieblichen Dritten ausschließlich als Druckmittel gegen den Arbeitgeber dienen soll. Dies kann z.B. in Form eines Briefes des Betriebsratsvorsitzenden an die Personalabteilung erfolgen, in welchem um Überprüfung gebeten wird, ob die Vertragsbeziehung zu einem Vertragsunternehmen weiter aufrecht erhalten werden kann, bei dem aus Sicht des Betriebsrats Rechtsverletzungen zu Lasten der Arbeitnehmervvertretung begangen wurden.¹⁰¹³ Infolge einer entsprechenden Anfrage¹⁰¹⁴ bei dem Vertragsunternehmen kann bei dem Vertragsunternehmen ein Rechtfertigungsdruck entstehen, oder es wird zur Sicherung der Geschäftsbeziehung auf (berechtigte) arbeitsrechtliche Maßnahmen gegen ein Betriebsratsmitglied verzichtet.¹⁰¹⁵ Ziel solcher Kontaktaufnahmen ist deshalb regelmäßig, den Arbeitgeber zur Vornahme oder Unterlassen einer bestimmten Maßnahme zu bewegen, um das Wohlverhalten gegenüber dem Betriebsrat zu bewirken.¹⁰¹⁶ Dabei handelt es sich um eine mittelbare Einflussnahme des Betriebsrats auf den Dritten. Die mit dieser Maßnahme bezweckten Folgen treten regelmäßig nur dann ein, wenn das Vertragsunternehmen von dem Arbeitgeber wirtschaftlich abhängig ist.

Denkbar sind auch solche Fälle, in denen sich der Betriebsrat eines Herstellerunternehmens direkt an Zulieferer wendet und den Eindruck

¹⁰¹¹ Plander, AuR 1993, 161 (164); Zabel, AiB 1989, 329 (329 f.).

¹⁰¹² Plander, AuR 1993, 161 (164).

¹⁰¹³ Vgl. Rieble, BB 2013, 245 ff.

¹⁰¹⁴ Z.B. aufgrund bestehender Complianceregeln, vgl. Rieble, BB 2013, 245 (245).

¹⁰¹⁵ Rieble, BB 2013, 245 (245).

¹⁰¹⁶ Rieble, BB 2013, 245 (246).

erweckt, er könne auf das Einkaufsverhalten seines Unternehmens Einfluss nehmen und somit Druck aufbauen.¹⁰¹⁷ Unabhängig davon, ob der Außenkontakt berechtigt oder unberechtigt als Druckmittel eingesetzt wird, ist die Kommunikation des Betriebsrats nach außen auf die gesetzlich geregelten Fälle beschränkt. Deshalb darf der Betriebsrat keine Betriebsinterna an die Öffentlichkeit tragen oder Kosten verursachen, die nicht vom Gesetz erfasst sind.¹⁰¹⁸ Eine Erweiterung *extra legem* infolge der Wahrnehmung des Betriebsratsamtes¹⁰¹⁹ ist abzulehnen. Dadurch würde die Grenze der Teilrechtsfähigkeit und die Reichweite der Betriebsratsbefugnisse verschwimmen. Darüber hinaus ist der Betriebsrat aufgrund des Gesamtkonzepts der Betriebsverfassung als Binnenrecht ausschließlich für die eigene Belegschaft und gegenüber dem eigenen Arbeitgeber zuständig.¹⁰²⁰ Diese Zuständigkeit innerhalb der Grenzen des Betriebsverfassungsgesetzes ist als äußerste Grenze des Betriebsratsmandats anzusehen.¹⁰²¹ Ein Kontakt zu Dritten außerhalb dieser Betriebsratsmacht stellt folglich keine geschützte Amtsausübung dar.¹⁰²²

¹⁰¹⁷ Rieble, BB 2013, 245 (246).

¹⁰¹⁸ In Bezug auf die Bekanntgabe allgemeiner betriebsbezogener Informationen vgl. BAG v. 18.9.1991 – 7 ABR 63/90 – NZA 1992, 315 (316 f.); a.A. Simitis/Kreuder, NZA 1992, 1009 (1011) „Die gesetzlich gebotene Nichtöffentlichkeit läßt sich freilich nicht in ein Verbot der Information der Öffentlichkeit ummünzen“.

¹⁰¹⁹ Fitting, § 1 Rn. 299.

¹⁰²⁰ Rieble, BB 2013, 245 (249).

¹⁰²¹ Rieble, BB 2013, 245 (249).

¹⁰²² Rieble, BB 2013, 245 (249).

Kapitel 3: Zusammenfassung

1. Die Betriebsverfassung regelt vornehmlich die bilaterale Beziehung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Sonstige Beziehungen der Betriebspartner zu Dritten sind im Betriebsverfassungsgesetz allenfalls punktuell erwähnt (vgl. etwa §§ 80, 111 BetrVG). Solche Bindungen gegenüber betriebsexternen Dritten haben aufgrund ihrer Auswirkungen auf das Verhältnis von Arbeitgeber und Betriebsrat eine hohe rechtliche und praktische Relevanz.
2. Drittbeziehungen des Arbeitgebers beruhen auf der verfassungsrechtlich geschützten Privatautonomie als Grundlage der Vertragsfreiheit. Sie erlaubt es jedem Einzelnen, innerhalb der zivilrechtlichen Ordnung Verträge mit Dritten zu schließen oder aufzuheben und setzt ein annäherndes Gleichgewicht der Vertragspartner voraussetzt. Entscheidungen des Arbeitgebers über das „Ob“ einer Maßnahme, z.B. bestimmte Tätigkeiten nicht mehr selber, sondern von Dritten verrichten zu lassen, sind mitbestimmungsfrei. Ebenso sind Rechtsgeschäfte des Arbeitgebers mit Dritten, sowie Verfügungen ohne die Zustimmung des Betriebsrats im Außenverhältnis wirksam. Die Mitbestimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung gilt nur für die Gestaltung innerbetrieblicher Rechtsbeziehungen. Ferner lässt die positive Kenntnis des Dritten von der Mitbestimmungswidrigkeit der vereinbarten Maßnahme die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts unberührt. Das Betriebsverfassungsgesetz begründet insofern keine Rechte des Betriebsrats gegenüber außerbetrieblichen Dritten, die in einem Rechtsverhältnis zum Arbeitgeber stehen.
3. Die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers kann im Innenverhältnis durch Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes eingeschränkt werden. § 2 Abs. 1 BetrVG konkretisiert beispielsweise, dass der Arbeitgeber alle den Mitbestimmungsrechten entgegenstehende Handlungen zu unterlassen hat. Dazu zählen die Mitbestimmungsrechte verletzende Absprachen des Arbeitgebers mit Dritten. Das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit verpflichtet Arbeitgeber und

Betriebsrat jedoch nicht, die Interessen und Rechte der anderen Partei, insbesondere in Verträgen mit Dritten, aktiv zu fördern. Dies würde dem Sinn und Zweck der Betriebsverfassung und § 2 Abs. 1 BetrVG widersprechen, die einen Interessengegensatz der zwei Lager voraussetzt.

4. Die Auffassung des Bundesarbeitsgerichts, in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten könne sich der Arbeitgeber gegenüber Dritten nicht in einer Weise binden, die eine Einflussnahme der zuständigen Arbeitnehmervertretung faktisch ausschließt, sondern dass der Arbeitgeber verpflichtet sei, durch eine entsprechende Vertragsgestaltung mit Dritten sicherzustellen, dass die ordnungsgemäße Wahrnehmung des Mitbestimmungsrechts gewährleistet bleibt, ist als Obliegenheit des Arbeitgebers auszulegen, Verträge mit Dritten frei von mitbestimmungswidrigen Regelungen zu gestalten. Eine darüber hinausgehende Pflicht, Mitbestimmungsrechte zum Gegenstand vertraglicher Vereinbarungen zu machen und diese dadurch aktiv zu fördern, besteht nicht. Die Umsetzung einer entsprechenden Vertragsgestaltung im Außenverhältnis dürfte im Interesse des Arbeitgebers liegen. Ist der Arbeitgeber wegen der fehlenden Zustimmung des Betriebsrats von Anfang an außer Stande, seine vertragliche Verpflichtung gegenüber dem Vertragspartner zu erfüllen und die Maßnahme umzusetzen, könnte der Dritte den Arbeitgeber wegen anfänglicher Unmöglichkeit gemäß § 311 a Abs. 2 S. 1 BGB auf Schadensersatz in Anspruch nehmen. Verträge des Arbeitgebers mit Dritten über mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten erfüllen weder die Tatbestandsmerkmale eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (hier des Betriebsrats), noch stellt die Rechtsbeziehung zwischen dem Arbeitgeber und seinem Vertragspartner eine wirtschaftliche Einheit dar, die Mitbestimmungsrechte aktiv fördern muss.
5. Mitbestimmungsrechte stehen nicht unter dem allgemeinen Vorbehalt, dass durch sie nicht in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingegriffen werden darf, sodass die

unternehmerische Entscheidungsfreiheit keine absolute Schranke für die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats darstellt. Da auf Seiten der Arbeitnehmer keine äquivalente Risikobeteiligung besteht, endet die Reichweite der Mitbestimmungsrechte jedoch dort, wo infolge ihrer Ausübung in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit dergestalt eingegriffen wird, dass sie unmittelbar oder in ihrem Kernbereich berührt wird. Mitbestimmungsrechte dürfen somit nicht in den allgemein-unternehmensbezogenen Bereich hineinreichen. Die eigentliche unternehmerische Entscheidung und Unternehmensführung von Beteiligungsrechten freizuhalten ist eine grundsätzliche Wertentscheidung des Gesetzgebers.

6. Mitbestimmungsrechte reichen nur so weit, wie der Arbeitgeber selbst Einflussmöglichkeiten auf Dritte hat. Verbleibt dem Arbeitgeber bei Rechtsbeziehungen mit Dritten ein eigener Einflussbereich als Herr der Maßnahme (z.B. der Arbeitgeber bleibt trotz der Beauftragung Dritter datenschutzrechtlich verantwortlich), oder beherrscht der Arbeitgeber den Vertragspartner rechtlich und wirtschaftlich, können mitbestimmungswidrige Bindungen des Arbeitgebers mit Dritten im Verhältnis zu diesem Dritten unwirksam sein. Diese Sanktion entspricht den Rechtsfolgen einer mitbestimmungswidrigen Maßnahme im eigenen Betrieb. Hat der Arbeitgeber keine Einflussmöglichkeit auf seinen Vertragspartner oder droht z.B. der Auftragsverlust, wenn der Betriebsrat seine Zustimmung verweigert, stellt die Ausübung der Mitbestimmungsrechte einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Unternehmerfreiheit dar.
7. Im Rahmen von Entscheidungen der Konzernmutter kommt es für die Anwendbarkeit des Betriebsverfassungsgesetzes darauf an, ob sich diese Entscheidung auf den inländischen Betrieb auswirkt. In diesem Fall richten sich die Informations- und Mitbestimmungsrechte gegen die im Inland ansässige Tochtergesellschaft. Der Einwand des Arbeitgebers, er hätte bei seiner unternehmerischen Entscheidung keinen Verhandlungsspielraum, weil es sich um eine weltweite Maßnahme

handelt, kann die Durchsetzung der Mitbestimmungsrechte einschränken. Die Einordnung eines Betriebs in internationale Konzernstrukturen ist insofern eine von der Einigungsstelle bei der Fassung ihres Spruchs gemäß § 76 Abs. 5 S. 3 BetrVG zu berücksichtigende Tatsache.

8. Für die Mitbestimmungspflichtigkeit von Überwachungsmaßnahmen durch Drittunternehmen kommt es nicht darauf an, ob das Arbeits- oder Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer überwacht wird. Maßgeblich für ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist vielmehr, ob durch die Überwachung das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer beeinflusst oder gar reglementiert wird bzw. für ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, ob die Überwachung unter Verwendung technischer Einrichtungen erfolgt. Frei von Mitbestimmungsrechten nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 BetrVG sind z.B. Testkäufe durch Drittunternehmen, die das Verhalten des Verkaufspersonals im Auftrag des Arbeitgebers überprüfen, sofern die Erhebung oder Auswertung der Daten ohne Verwendung einer technischen Einrichtung erfolgt. Testkäufe können jedoch dann gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig sein, wenn der Arbeitgeber sie vorher ankündigt und diese Information gezielt einsetzt, um das Verhalten der Arbeitnehmer zu beeinflussen. Sind Betriebsratsmitglieder von einer verdeckten Überwachung betroffen, ist die Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat über den Einsatz von Detektiven einzuschränken.
9. Beschäftigt der Arbeitgeber betriebsfremde Arbeitnehmer in seinem Betrieb, muss er sich gemäß § 8 Abs. 2 ArbSchG vergewissern, dass diese Arbeitnehmer von ihrem Vertragsarbeitgeber angemessene Anweisungen hinsichtlich der Gefahren für ihre Sicherheit und Gesundheit während ihres Einsatzes erhalten haben. Der Betriebsrat bestimmt mit, wenn durch den Einsatz der Fremdfirmenbeschäftigten die Organisation des Arbeits- und Gesundheitsschutzes einer Änderung bedarf und die Arbeitssicherheit im eigenen Betrieb betroffen ist.

10. Der Arbeitgeber des Einsatzbetriebs ist nicht verpflichtet, den Betriebsratsmitgliedern des Entsendebetriebs jederzeit und anlassunabhängig Zutritt zu seinem Betrieb zu gewähren. Ein vom Inhaber des Einsatzbetriebs ausgesprochenes Zugangsverbot zum bewachten Gelände oder Gebäude ist vom Betriebsrat des Entsendebetriebs zu beachten. Ein vom Arbeitgeber des Entsendebetriebs gegenüber seinem Betriebsrat ausgesprochenes Zutrittsverbot zum fremden Betrieb aufgrund vertraglicher Regelungen mit dem Dritten ist mangels Disponibilität der Mitbestimmungsrechte in Verträgen mit Dritten unbeachtlich.
11. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bestehen bei der Verpachtung einer Sozialeinrichtung nur gegenüber dem Arbeitgeber und nur in dem Umfang, wie dem Arbeitgeber selbst Rechte gegenüber dem Pächter zustehen. Schließt der Arbeitgeber ohne die vorherige Zustimmung des Betriebsrats einen Pachtvertrag ab, richtet sich die Rechtsfolge im Außenverhältnis danach, ob der Arbeitgeber den Vertrag ausdrücklich unter den Vorbehalt der Einigung gestellt hat oder nicht. Die Durchführung der Mitbestimmung in selbständigen Sozialeinrichtungen erfolgt in der zweistufigen Form der Mitbestimmung, wenn die Betriebspartner keine andere Regelung zur Durchführung der Mitbestimmung vereinbart haben. Adressat der Mitbestimmung ist danach allein der Arbeitgeber, nicht dagegen Dritte oder die Sozialeinrichtung. Ist die Sozialeinrichtung auch für Außenstehende geöffnet, übt der Betriebsrat seine Mitbestimmungsrechte auch für Dritte aus.
12. Wird einem Dritten eine Werkmietwohnung aus einem einheitlichen, für alle Arbeitnehmer und Dritte offenen Bestand zugeteilt, hat der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht bei der Zuweisung und der Kündigung der Werkmietwohnung.
13. Für den Anwendungsbereich von § 87 Abs. 1 Nr. 10 ist maßgebend, dass der Arbeitgeber die Zuwendungen veranlasst hat und der Dritte die Zuwendung in Umsetzung einer Verpflichtung mit dem Arbeitgeber gewährt.

14. Eine mitbestimmungspflichtige betriebliche Berufsbildungsmaßnahme liegt vor, wenn der Arbeitgeber Träger oder Veranstalter der Bildungsmaßnahme ist, d.h. bei Zusammenarbeit mit Dritten, beherrschenden Einfluss auf Inhalt und Durchführung der Bildungsmaßnahme hat oder die Bildungsmaßnahme selbst umsetzt.
15. Für eine Mitbestimmungspflichtigkeit in Bezug auf Fremdfirmenbeschäftigte infolge einer Eingliederung kommt es auf die tatsächliche Ausgestaltung der konkreten Tätigkeit, die Einbeziehung der Fremdfirmenbeschäftigten in die betriebliche Organisation und die Personalhoheit des Arbeitgebers des Einsatzbetriebs an. Fremdfirmenbeschäftigte haben keinen Einfluss auf die Errichtung eines im Einsatzbetrieb fehlenden Betriebsrats. Funktionswidrige Rechtsgeschäfte über den Einsatz von Fremdfirmenbeschäftigten können ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats des Einsatzbetriebs begründen. Der Arbeitgeber muss sich so behandeln lassen, als hätte er die mitbestimmungspflichtige Maßnahme selbst angeordnet und keine Drittfirma mit der Ausführung der Arbeiten beauftragt.
16. Missachtet der Arbeitgeber die Beteiligung des Betriebsrats im Rahmen seiner Drittbeziehungen, bieten neben den innerbetrieblichen Möglichkeiten zur Konfliktlösung auch das Einigungsstellenverfahren und das Beschlussverfahren vor dem Arbeitsgericht, sowie Straf- und Bußgeldtatbestände, einen hinreichenden Schutz der Mitbestimmungsrechte.
17. Drittbeziehungen des Betriebsrats bedürfen einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Diese können nicht als Annexkompetenz im Zusammenhang mit der Ausübung der betriebsverfassungsrechtlichen Rechte und Pflichten verstanden werden. Auch stellen Mitbestimmungsrechte keine Ermächtigungsgrundlage für Außenkontakte und Drittbeziehungen des Betriebsrats dar.
18. Als besonderes Organ der Betriebsverfassung und Repräsentant der Belegschaft handelt der Betriebsrat innerhalb seiner durch die

Betriebsverfassung vorgegebenen Kompetenzen. Dieser definierte Wirkungskreis verleiht dem Betriebsrat eine teilweise betriebsverfassungsrechtliche Rechtssubjektivität und Vermögensfähigkeit. Im Verhältnis zu außerbetrieblichen Dritten sind die Teilrechtsfähigkeit und Vermögensfähigkeit beschränkt auf Rechtsgeschäfte und tatsächliche Kontaktaufnahmen, die von der Betriebsverfassung vorgegeben sind und die der Betriebsrat zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben nach pflichtgemäßem Ermessen für erforderlich halten darf. Im Rahmen dieses Wirkungsbereichs kann der Betriebsrat wirksam berechtigt und verpflichtet werden. Jegliche Überschreitung dieser Kompetenzen erfolgt extra legem und stellt keine geschützte Amtsausübung dar.

19. Die Begründung einer über den betriebsverfassungsrechtlich festgelegten Wirkungskreis hinausgehenden Vermögensfähigkeit des Betriebsrats und dessen Erhebung zum Rechtssubjekt durch Vereinbarung mit dem Arbeitgeber ist mangels Dispositionsbefugnis der Betriebspartner ausgeschlossen. Auch kann der Betriebsrat den abschließenden Regelungskatalog der Betriebsverfassung nicht einseitig erweitern.
20. Die Vermögensfähigkeit des Betriebsrats besteht nur in dem Umfang, wie der Anspruch des Betriebsrats gegen den Arbeitgeber aus § 40 Abs. 1 BetrVG reicht. Der Kostenfreistellungsanspruch aus § 40 Abs. 1 BetrVG setzt eine eigene Verbindlichkeit des Betriebsrats gegenüber Dritten voraus. Der Betriebsrat kann dem Dritten, nach vorheriger Aufklärung über die Rechtsfolgen, von Beginn an als Gegenleistung die Verschaffung des Freistellungsanspruchs aus § 40 Abs. 1 BetrVG versprechen. Dieses Versprechen wandelt sich bei Abtretung in einen direkten Zahlungsanspruch des Beauftragten gegen den Arbeitgeber. Ansonsten ist das bloße Versprechen des Betriebsrats zur Verschaffung des Freistellungsanspruchs als eigentliche Gegenleistung abzulehnen.
21. Die Inanspruchnahme Dritter durch den Betriebsrat unterliegt dem Subsidiaritätsgrundsatz, wonach die Hilfe betriebsfremder Dritter

herangezogen werden darf, nachdem eine Konfliktlösung auf innerbetrieblicher Ebene gescheitert ist.

22. Als Schuldner des vertraglich verpflichteten Dritten kommen der Betriebsrat als Gremium und die der Beauftragung zustimmenden Betriebsratsmitglieder in Betracht. Der Haftungsumfang des Betriebsrats aus einem Rechtsgeschäft ist auf die Höhe des Freistellungsanspruchs i.S.d. § 40 Abs. 1 BetrVG beschränkt. Bewegt sich die Beauftragung außerhalb der Erforderlichkeitsgrenze des § 40 Abs. 1 BetrVG, haften die einzelnen Betriebsratsmitglieder dem Dritten analog § 179 BGB. Eine etwaige Haftungsbeschränkung findet über eine entsprechende Anwendung von § 179 Abs. 2 und Abs. 3 BGB statt. Der Dritte kann seinen Zahlungsanspruch gegen den Betriebsrat durch Zwangsvollstreckung mittels Pfändung und Überweisung des Freistellungsanspruchs gegen den Arbeitgeber durchsetzen. Der Betriebsrat ist gemäß § 50 Abs. 1 ZPO akzessorisch zu dessen Teilrechtsfähigkeit vor den ordentlichen Zivilgerichten parteifähig.
23. Für Kontakte des Betriebsrats zu Behörden und Gerichten bestehen gesetzliche Vorschriften. Diese Regelungen gewähren dem Betriebsrat auch prozessuale Befugnisse und ermöglichen ihm die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes. Der Betriebsrat ist nicht berechtigt, vermeintliche oder festgestellte Verstöße des Arbeitgebers (z.B. gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen) außerhalb des Betriebes bei der Aufsichtsbehörde anzuzeigen. Der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit gebietet, erst an die Aufsichtsbehörden heranzutreten und sie von einem möglichen Verstoß zu unterrichten, nachdem der Betriebsrat sich bei dem Datenschutzbeauftragten oder Arbeitgeber erfolglos um innerbetriebliche Abhilfe bemüht hat. Missachtet der Betriebsrat dieses Vorgehen und zeigt den vermeintlichen Verstoß direkt bei der Aufsichtsbehörde an, kann dies neben einer Verletzung der Verhandlungspflicht gemäß § 74 Abs. 1 BetrVG die Auflösung des Betriebsrats nach § 23 Abs. 1 BetrVG rechtfertigen.

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Auffassung
a. M.	am Main
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AktG	Aktiengesetz i.d.F. vom 6. September 1965
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
AR-Blattei SD	Arbeitsrecht-Blattei, Systematische Darstellungen und Gesetzestexte
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz i.d.F. vom 2.7.1979
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
ArbRHdb.	Arbeitsrechts-Handbuch
ArbSchG	Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit i.d.F. vom 7.8.1996 (Arbeitsschutzgesetz)
ArbZG	Arbeitszeitgesetz i.d.F. vom 6.6.1994
Art.	Artikel
ASiG	Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit i.d.F vom 12.12.1973 (Arbeitssicherheitsgesetz)
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
Aufl.	Auflage
AÜG	Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung i.d.F. vom 3.2.1995 (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz)

AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz i.d.F. vom 14.1.2003
BeckOKArbR	Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer/-in
Beil.	Beilage
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz i.d.F. vom 25.9.2001
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch i.d.F. vom 2.1.2002
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BPersVG	Bundespersönlichkeitsgesetz i.d.F. vom 15.3.1974
BR-Drs.	Bundesrat-Drucksache
BRG	Betriebsrätegesetz i.d.F. vom 4.2.1920
bspw.	beispielsweise
BT	Bundestag
BT-Drs.	Bundestag-Drucksache
Buchst.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern e. V.
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe

Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung
e.V.	eingetragener Verein
Einl.	Einleitung
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
EUR	Euro
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f.	folgende
FDP	Freie Demokratische Partei
ff.	fortfolgende
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland i.d.F. vom 23.5.1949
ggf.	gegebenenfalls
GK-BetrVG	Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
Großkomm z. BetrVG	Großkommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
GS	Großer Senat
GS	Gedächtnisschrift
HDG	Gesetz über den vaterländischen Hilfsdienst i.d.F. vom 5.12.1916 (Hilfsdienstegesetz)
Hrsg.	Herausgeber/-in
Hs.	Halbsatz
i. Zshg. m.	im Zusammenhang mit
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.R.d.	im Rahmen der/des
i.S.d.	im Sinne der/des
i.S.v.	im Sinne von/vom
i.V.m.	in Verbindung mit

JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
KasselerHdbArbeitsR	Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht
KSchG	Kündigungsschutzgesetz i.d.F. vom 25.8.1969
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
LAG	Landesarbeitsgericht
Ls.	Leitsatz
m. Anm.	mit Anmerkung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz i.d.F. vom 4.5.1976
MontanMitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie i.d.F. vom 21.5.1951 (Montan-Mitbestimmungsgesetz)
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MünchHdbArbeitsR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MuSchG	Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter i.d.F. vom 20.6.2002 (Mutterschutzgesetz)
n. F.	neue Fassung
Nachw.	Nachweis/-e
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht- Rechtsprechungs-Report
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht- Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
OLG	Oberlandesgericht
Pkt.	Punkt
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
RGBL	Reichsgesetzblatt
Rn.	Randnummer
S.	Satz
	Seite
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SGB VII	Siebttes Buch Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Unfallversicherung i.d.F. vom 7.8.1996
SGB IX	Neuntes Buch Sozialgesetzbuch – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen i.d.F. vom 19.6.2001
sog.	sogenannte/-r/-s
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StPO	Strafprozessordnung
TVG	Tarifvertragsgesetz i.d.F. vom 25.8.1969
TVVO	Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten i.d.F. vom 23.12.1918
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge i.d.F. vom 21.12.2000 (Teilzeit- und Befristungsgesetz)
u.a.	und andere unter anderem
u.U.	unter Umständen
Überbl.	Überblick

UmwG	Umwandlungsgesetz i.d.F. vom 28.10.1994
US	United States
USA	United States of America
v.	vom/von
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland Sammlung obergerichtlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
WM	Wertpapier-Mitteilungen Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz i.d.F. vom 20.12.2001
z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

Literaturverzeichnis

Baeck, Ulrich/ Diller, Martin	Arbeitsrechtliche Probleme bei Aktienoptionen und Belegschaftsaktien, DB 1998, 1405 ff.
Bauer, Jobst-Hubertus	Neues Spiel bei der Betriebsänderung und der Beschäftigungssicherung?, NZA 2001, 375 ff.
Bauer, Jobst-Hubertus/ Krieger, Steffen	Unterlassungsanspruch bei Betriebsänderungen – Rückenwind für Betriebsräte aus Brüssel?, BB 2010, 53 ff.
Bauschke, Hans-Joachim	Die so genannte Fremdfirmenproblematik, NZA 2000, 1201 ff.
Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht	56. Edition, Stand: 1.6.2020 (zitiert: BeckOKArbR/ <i>Verfasser</i> , Gesetz, § Rn.)
Bell, Regina/ Helm, Rüdiger	Der BGH zur Haftung von Betriebsratsmitgliedern – Widerspruch aus München, ArbRAktuell 2013, 39 ff.
Belling, Detlev W.	Die Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen, 1990
Bergmann, Magnus	Finanzielle Haftung von Betriebsratsmitgliedern, NZA 2013, 57 ff.
Besgen, Nicolai/ Langner, Sören	Mitbestimmung des Betriebsrats bei biometrischen Zugangskontrollen im Kundenbetrieb – Neues bei Drittbeziehungen des Arbeitgebers, SAE 2006, 233 ff.
Beuthien, Volker	Die Unternehmensautonomie im Zugriff des Arbeitsrechts, ZfA 1988, 1 ff.
Birk, Rolf	Auslandsbeziehungen und Betriebsverfassungsgesetz, Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld zum 70. Geburtstag 26. Januar 1973, 1972, 61 ff.

Böhm, Wolfgang/ Pawlowski, Hans-Martin	Konzernweite Beschäftigungsgarantien bei Umstrukturierungen - aber was, wenn die „Heuschrecken“ kommen, NZA 2005, 1377 ff.
Bopp, Peter/ Molkenbur, Josef	Mitbestimmung bei Leistungskontrollen der Angestellten im Außendienst, BB 1995, 514 ff.
Bracker, Ulrich	Betriebsübergang und Betriebsverfassung, 1979
Brill, Werner	Die Zusammenarbeit des Betriebsrats mit außerbetrieblichen Stellen, AuR 1981, 202 ff.
Brill, Werner/ Derleder, Peter	Zur zivilrechtlichen Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder, AuR 1980, 353 ff.
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände/ Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.	Mitbestimmung Modernisieren, Bericht der Kommission Mitbestimmung, 2004 (zitiert: Bericht der Kommission Mitbestimmung, S.)
Burkert, Anne Katrin	Das neue Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 97 Absatz 2 BetrVG, 2005
Buschmann, Rudolf	Dies alles ist kein Streik, AiB 1987, 52 ff.
Canaris, Claus-Wilhelm	Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, 993 ff.
Däubler, Wolfgang	Arbeitsrecht konkret – Oder: Die Tätigkeit der KassiererIn K., AiB 2009, 350 ff.
Däubler, Wolfgang	Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft – eine Momentaufnahme, 1. Aufl. 1999
Däubler, Wolfgang	Mitbestimmung und Betriebsverfassung im internationalen Privatrecht, RabelsZ 39,

	1975, 444 ff.
Däubler, Wolfgang	Die veränderte Betriebsverfassung – Erste Anwendungsprobleme, AuR 2001, 285 ff.
Däubler, Wolfgang	Gläserne Belegschaften?, 6. Aufl. 2015
Däubler, Wolfgang	Verschlechterung der Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarung?, AuR 1984, 1 ff.
Däubler, Wolfgang/ Hjort, Jens Peter/ Schubert, Michael/ Wolmerath, Martin (Hrsg.)	Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Handkommentar, 4. Aufl. 2017 (zitiert: HK-ArbR/ <i>Verfasser</i> , Gesetz, § Rn.)
Däubler, Wolfgang/ Klebe, Thomas/ Wedde, Peter	BetrVG, Betriebsverfassungsgesetz Kommentar, 17. Aufl. 2020 (zitiert: D/K/W/ <i>Verfasser</i> , § Rn.)
Dauner-Lieb, Barbara	Der innerbetriebliche Fremdfirmeneinsatz auf Dienst- oder Werkvertragsbasis im Spannungsfeld zwischen AÜG und BetrVG, NZA 1992, 817 ff.
Deckers, Ralf/ Deckers, Stefan	Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats beim Testkauf, NZA 2004, 139 ff.
Derleder, Peter	Einstweiliger Rechtsschutz und Selbsthilfe im Betriebsverfassungsrecht, AuR 1985, 65 ff.
Dietz, Rolf	Probleme des Mitbestimmungsrechts, 1966
Dietz, Rolf	Der Anspruch auf Abschluss einer Betriebsvereinbarung nach § 56 BetrVG, Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag 21. Januar 1955, 147 ff.
Dietz, Rolf	§ 49 BetrVG und seine Bedeutung für die Zusammenarbeit im Betrieb – vor allem in bezug auf die Beteiligungsrechte, RdA 1969, 1 ff.
Dietz, Rolf	Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar, 4. Aufl. 1967

Dütz, Wilhelm/ Thüsing, Gregor	Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2019
Düwell, Franz Josef (Hrsg.)	Betriebsverfassungsgesetz, 5. Aufl. 2018 (zitiert: Düwell/ <i>Verfasser</i> , § Rn.)
Dzida, Boris	Die persönliche Haftung von Betriebsratsmitgliedern nach § 179 BGB, NJW 2013, 433 ff.
Egger, Hartmut	Die Rechte der Arbeitnehmer und des Betriebsrats auf dem Gebiet des Arbeitsschutzes, BB 1992, 629 ff.
Erfurter Kommentar zur Arbeitsrecht	20. Aufl. 2020 (zitiert: ErfK/ <i>Verfasser</i> , § Rn.)
Fausser, Florian/ Nacken, Michael	Die Sicherung des Unterrichts- und Beratungsanspruchs des Betriebsrats aus §§ 111, 112 BetrVG – Unter besonderer Berücksichtigung gemeinschaftlicher Vorgaben, NZA 2006, 1136 ff.
Feudner, Bernd W.	Die betriebliche Einigungsstelle – ein unkalkulierbares Risiko, DB 1997, 826 ff.
Fiebig, Andreas	Der Ermessensspielraum der Einigungsstelle, 1992
Fischer, Ulrich	Deutsche Betriebsverfassung in Betrieben ausländischer Unternehmen mit Beschäftigten nach ausländischem Recht, AuR 1999, 169 ff.
Fischer, Ulrich	Betriebsverfassungsrechtliche Informationsansprüche bei Börsennotierung des Unternehmens in den USA, DB 1998, 2606 ff.
Fischer, Ulrich	Betriebliche Mitbestimmung nach § 87 BetrVG im internationalen Konzern bei einheitlicher Entscheidungsvorgabe, BB 2000, 562 ff.
Fischer, Ulrich	Deutsche Betriebsverfassung in Betrieben

	ausländischer Unternehmen mit Beschäftigten nach ausländischem Recht, AuR 1999, 169 ff.
Fischer, Ulrich	Der BGH schafft eine neue Partei (wenn auch nur nach § 50 I ZPO) - den Betriebsrat, NZA 2014, 343 ff.
Fitting, Karl (Begr.)	Betriebsverfassungsgesetz Handkommentar, 30. Aufl. 2020 (zitiert: Fitting, § Rn.)
Freckmann, Anke/ Koller-van Delden, Martin	Vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat – hehres Ziel oder zu praktizierende Wirklichkeit?, BB 2006, 490 ff.
Gester, Heinz	Die Haftung des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitnehmer, AuR 1959, 326 ff.
Gola, Peter	Datenschutz-Grundverordnung, VO (EU) 2016/679, Kommentar, 2. Aufl. 2018 (zitiert: Gola/Verfasser, DSGVO Art. Rn.)
Grasmann, Günther	Internationale Probleme der Mitbestimmung, ZGR 1973, 317 ff.
Greiner, Stefan	Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung – Abgrenzungsfragen und aktuelle Rechtspolitik, NZA 2013, 697 ff.
Greiner, Stefan	„Personalhoheit“ als Schlüsselbegriff der Abgrenzung von echtem Fremdpersonaleinsatz und verdeckter Arbeitnehmerüberlassung, RdA 2014, 262 ff.
Grobys, Marcel/ Panzer-Heemeier, Andrea	StichwortKommentar Arbeitsrecht, 3. Aufl., 2017
Gumpert, Jobst	Mitbestimmung bei der Umstellung von Werkskantinen auf Automatenverpflegung, BB 1978, 969 ff.
Gutzeit, Martin	Die Mitbestimmung des Betriebsrats in

	sozialen Angelegenheiten, Arbeitsrecht- Blattei Systematische Darstellungen, 530.14.2 (zitiert: Gutzeit, AR-Blattei SD 530.14.2 Rn.)
Gutzeit, Martin	Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei Fragen der Arbeitszeit, BB 1996, 106 ff.
Gutzeit, Martin	Theorie der notwendigen Mitbestimmung, NZA 2008, 255 ff.
Gutzeit, Martin	Verträge von Betriebs- oder Personalräten mit potentiellen Betriebserberbern?, ZIP 2009, 354 ff.
Hanau, Peter	Probleme der Neuregelung der Betriebsverfassung, ZIP 2001, 1981 ff.
Hanau, Peter	Praktische Fragen der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, BB 1972, 499 ff.
Hanau, Peter/ Adomeit, Klaus	Arbeitsrecht, 14. Aufl. 2007
Haßler, Konrad Dieterich	Verhandlungen der Deutschen Verfassungsgebenden Reichsversammlung zu Frankfurt am Main, Band: 2, 1849/49, 1849
Heinze, Meinhard	Inhalt und Grenzen betriebsverfassungsrechtlicher Rechte, ZfA 1988, 53 ff.
Heinze, Meinhard	Die betriebsverfassungsrechtlichen Ansprüche des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitgeber, DB Beil. 9/83, 1 ff.
Henssler, Martin	Aufspaltung, Ausgliederung und Fremdvergabe, NZA 1994, 294 ff.
Herschel, Wilhelm	Von der Freiheit des Betriebsrats und ihren Grenzen, ZfA 1984, 65 ff.
Herschel, Wilhelm	Der Betriebsrat – damals und heute, Internationale Gedächtnisschrift Kahn-

	Freund, 1980, 115 ff.
Hess, Harald/ Worzalla, Michael/ Glock, Dirk/ Nicolai, Andrea/ Rose, Franz-Josef/ Huke, Kristina	BetrVG - Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 10. Auflage 2018 (zitiert: H/W/G/N/R/H/ <i>Verfasser</i> , § Rn.)
Hinrichs, Lars/ Plitt, David	Der Anspruch des Betriebsrats auf die Freistellung von Beratungskosten, NZA 2011, 1006
Hromadka, Wolfgang	Übertarifliche Zulagen mitbestimmungspflichtig?, DB 1986, 1921 ff.
Hromadka, Wolfgang	Zur Mitbestimmung bei allgemeinen übertariflichen Zulagen, DB 1988, 2636 ff.
Hueck, Alfred/ Nipperdey, Hans Carl	Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 2, 2, Halbband, 7. Aufl. 1970
Hunold, Wolf	§ 99 BetrVG: Die Bedeutung der Personalhoheit bei drittbezogenem Personaleinsatz (Werk- und Dienstverträge), NZA-RR 2012, 113 ff.
Hunold, Wolf	Rechtsanwalt als Sachverständiger des Betriebsrats für die Überprüfung der Arbeitsverträge, NZA 2006, 583 ff.
Hunold, Wolf	Aktuelle Rechtsprechung zu den Sach- und Personalkosten der Betriebsratsarbeit (§ 40 BetrVG), NZA-RR 2011, 57 ff.
Isele, Hellmut Georg	Reflexwirkungen der Betriebsverfassung im Individualbereich, RdA 1962, 373 ff.
Jaeger, Georg/ Röder, Gerhard/ Heckelmann, Günther (Hrsg.)	Praxishandbuch Betriebsverfassungsrecht, 2003 (zitiert: J/R/H/ <i>Verfasser</i> , Kapitel Rn.)
Jaeger, Georg/ Steinbrück, Katharina	Persönliche Haftung von Betriebsratsmitgliedern für

	Beraterhonorare?, NZA 2013, 401 ff.
Jahnke, Volker	Die Mitbestimmung des Betriebsrats auf dem Gebiet der betrieblichen Sozialleistungen, ZfA 1980, 863 ff.
Jauernig, Othmar	Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Kommentar, 17. Aufl. 2018 (zitiert: Jauernig/ <i>Verfasser</i> , § Rn.)
Jawad, Alexander	Die rechtliche Stellung und die Rechtsfähigkeit des Betriebsrats, 2004
Jousen, Jacob	Der Verzicht des Betriebsrats auf seine Mitbestimmungsrechte, RdA 2005, 31 ff.
Junker, Abbo	Grundkurs Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2020
Kalb, Heinz-Jürgen	Mitbestimmung bei arbeitskampfbedingter Kurzarbeit?, BB 1979, 1829 ff.
Karthaus, Boris/ Klebe, Thomas	Betriebsratsrechte bei Werkverträgen, NZA 2012, 417 ff.
Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht	2. Aufl., 2000 (zitiert: KasselerHdbArbeitsR/ <i>Verfasser</i> , Ziff. Rn.)
Kittner, Michael	Arbeitsrechtliche Drittwirkungen bei Zusammenarbeit mehrerer Unternehmen, AuR 1998, 98 ff.
Kock, Martin/ Francke, Julia	Mitarbeiterkontrolle durch systematischen Datenabgleich zur Korruptionsbekämpfung, NZA 2009, 646 ff.
Koller, Ingo	Die Entwicklung des arbeitsrechtlichen Schrifttums im Jahre 1979, ZfA 1980, 521 ff.
Konzen, Horst	Betriebsverfassungsrechtliche Leistungspflichten des Arbeitgebers, 1984
Konzen, Horst	Privatrechtssystem und Betriebsverfassung, ZfA 1985, 469 ff.

Konzen, Horst	Rechtsfragen bei der Sicherung der betrieblichen Mitbestimmung, NZA1995, 865 ff.
Konzen, Horst	Der Mißbrauch betrieblicher Beteiligungsrechte, Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag, Band 2, 1998, 799 ff.
Kort, Michael	Matrix-Strukturen und Betriebsverfassungsrecht, NZA 2013, 1318 ff.
Kort, Michael	Das Dreiecksverhältnis von Betriebsrat, betrieblichem Datenschutzbeauftragten und Aufsichtsbehörde beim Arbeitnehmer-Datenschutz, NZA 2015, 1345 ff.
Kothe, Wolfhard	Die Privatisierung von Treuhandunternehmen – eine arbeitsrechtliche Grauzone?, AuA 1995, Beil. zu Heft 1, S. 1 ff.
Kraft, Alfons	Stellungnahme zum Beitrag von Wilhelm Herschel „Von der Freiheit des Betriebsrats und ihren Grenzen“, ZfA 1984, 67 ff.
Kraft, Alfons/ Wiese, Günther/ Kreutz, Peter/ Oetker, Hartmut/ Raab, Thomas/ Weber, Christoph/ Franzen, Martin/ Gutzeit, Martin/ Jacobs, Matthias	Betriebsverfassungsgesetz Gemeinschaftskommentar – Band I und II, 11. Aufl. 2018 (zitiert: GK-BetrVG/ <i>Verfasser</i> , § Rn.)
Krause, Hermann	Haftungsfragen beim Mitbestimmungsrecht, BB 1951, 677 ff.
Kreuder, Thomas	Fremdfirmeneinsatz und Beteiligung des Betriebsrats, AuR 1993, 316 ff.

Lange, Knut Werner	Die virtuelle Fabrik – Neue Form überbetrieblicher Unternehmenskooperation, BB 1998, 1165 ff.
Leisten, Leonhard	Einstweilige Verfügung zur Sicherung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats beim Einsatz von Fremdfirmen, BB 1992, 266 ff.
Lingemann, Stefan	Betriebsänderungen nach neuem BetrVG, NZA 2002, 934 ff.
Lingemann, Stefan/ Göpfert, Burkard	Der Einsatz von Detektiven im Arbeitsrecht, DB 1997, 374 ff.
Linnenkohl, Karl	Datenschutz und Tätigkeit des Betriebsrats - Verarbeitung personenbezogener Arbeitnehmerdaten durch den Betriebsrat, NJW 1981, 202 ff.
Lipinski, Wolfgang/ Melms, Christopher	Kein Unterlassungsanspruch des Betriebsrats zur Verhinderung der Durchführung einer Betriebsänderung ohne Versuch eines Interessenausgleichs nach Inkraft-Treten des BetrVG-Reformgesetzes, BB 2002, 2226 ff.
Lobinger, Thomas	Systemdenken im Betriebsverfassungsrecht, RdA 2011, 76 ff.
Lotze, Manfred/ Fischer, Rainer	Tatort Arbeitsplatz – Kampf den Schattenseiten im Berufsleben, AuA 2000, 512 ff.
Löwisch, Manfred	Fragen der Mitbestimmung bei der Einführung neuer Techniken, AuR 1987, 96 ff.
Löwisch, Manfred	Änderung der Betriebsverfassung durch das Betriebsverfassungs-Reformgesetz, BB 2001, 1790 ff.
Löwisch, Manfred/ Kaiser, Dagmar	Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 6. Aufl. 2010

Manssen, Gerrit	Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, 1994
Maschmann, Frank	Wieweit kann der Arbeitgeber gehen?, AuA 2000, 519 ff.
Maschmann, Frank	Zuverlässigkeitstests durch Verführung illoyaler Mitarbeiter?, NZA 2002, 13 ff.
Maunz, Theodor/ Dürig, Günter	Grundgesetz Kommentar, 90. Ergänzungslieferung 2020 (zitiert: Maunz/Dürig/ <i>Verfasser</i> , Art. Rn.)
Moll, Wilhelm	Die Mitbestimmung des Betriebsrats beim Entgelt, 1977
Müller, Stefan/ Jahner, Kristina	Die Haftung des Betriebsrats und der Betriebsratsmitglieder, BB 2013, 440 ff.
Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht	3. Aufl. 2009 (zitiert: MünchHdbArbR2009/ <i>Verfasser</i> , § Rn.) 4. Aufl. 2019 (zitiert: MünchHdbArbR/ <i>Verfasser</i> , § Rn.)
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch	Band 1, 8. Aufl. 2018 Band 2, 8. Aufl. 2019 (zitiert: MüKoBGB/ <i>Verfasser</i> , § Rn.)
Münzel, Hartmut	Die Beteiligung nachgeordneter ärztlicher Mitarbeiter an Liquidationseinnahmen der Chefärzte, NJW 2001, 1752 ff.
Natzel, Ivo	Hinzuziehung internen wie externen Sachverständigen nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, NZA 2001, 872 ff.
Neufeld, Tobias/ Michels, Johannes	Arbeitsrechtliche Fragen des Einsatzes von Arbeitnehmern in Matrixstrukturen, KSzW 2012, 49 ff.
Neumann-Duesberg, Horst	Betriebsverfassungsrecht, 1960
Neumann-Duesberg, Horst	Das Rechtsverhältnis zwischen Betriebsrat

	und Arbeitgeber und die Betriebsratshaftung, NJW 1954, 617 ff.
Oetker, Hartmut	Die Hinzuziehung eines Beraters bei Betriebsänderungen - Der neue § 111 S. 2 BetrVG, NZA 2002, 465 ff.
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 79. Aufl. 2020 (zitiert: Palandt/ <i>Verfasser</i> , § Rn.)
Papier, Hans-Jürgen	Einführung neuer Techniken Verfassungsfragen zur Erweiterung der betrieblichen Mitbestimmung, NJW 1987, 988 ff.
Peters, Karl	Reichweite der Mitbestimmung bei verselbständigten Wohlfahrtseinrichtungen (§ 56 Abs. 1 Buchst. e BetrVG), DB 1968, 1712 ff.
Pfarr, Heide M.	Mitbestimmung bei der Ablösung und der Verschlechterung allgemeiner Arbeitsbedingungen, BB 1983, 2001 ff.
Plander, Harro	Außenbeziehungen des Betriebsrats, AuR 1993, 161 ff.
Raab, Thomas	Der kollektive Tatbestand als Voraussetzung der Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten, ZfA 2001, 31 ff.
Raab, Thomas	Der Unterlassungsanspruch des Betriebsrats, ZfA 1997, 183 ff.
Raab, Thomas	Betriebliche und außerbetriebliche Bildungsmaßnahmen, NZA 2008, 270 ff.
Rancke, Friedbert	Mutterschutz, Elterngeld, Elternzeit, Betreuungsgeld Handkommentar, 5. Aufl. 2018 (zitiert: Rancke/ <i>Verfasser</i> , § Rn.)
Reichhold, Hermann	Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, 1995

Reichold, Hermann	Die reformierte Betriebsverfassung 2001 - Ein Überblick über die neuen Regelungen des Betriebsverfassungs-Reformgesetzes, NZA 2001, 857 ff.
Reuter, Dieter	Betriebsverfassung und Privatautonomie, ZfA 1975, 85 ff.
Reuter, Dieter/ Streckel, Siegmар	Grundfragen der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung, 1973
Richardi, Reinhard	Die Beschränkung der Vertragsfreiheit durch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten, Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970, 755 ff.
Richardi, Reinhard	Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Regelung des Arbeitsentgelts, ZfA 1976, 1 ff.
Richardi, Reinhard (Hrsg.)	Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung Kommentar, 16. Aufl. 2018
Rieble, Volker	Zulieferercompliance als soziales Druckmittel, BB 2013, 245 ff.
Röder, Gerhard	Das betriebliche Wohnungswesen im Spannungsfeld von Betriebsverfassungsrecht und Wohnungsmietrecht, 1983
Rose, Frank-Josef/ Grimmer, Daria	Die Stellung des Beraters des Betriebsrats nach § 111 Satz 2 BetrVG, DB 2003, 1790 ff.
Rudolf, Inge	Aufgaben und Stellung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten, NZA 1996, 296 ff.
Rüthers, Bernd	Die Betriebsverfassung im Nationalsozialismus, AuR 1970, 97 ff.
Rüthers, Bernd	Rechtsprobleme des Zeitlohnes an taktgebundenen Produktionsanlagen, ZfA

	1973, 399 ff.
Säcker, Franz Jürgen/ Oetker, Hartmut	Alleinentscheidungsbefugnisse des Arbeitgebers in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten aufgrund kollektivrechtlicher Dauerregelungen, RdA 1992, 16 ff.
Schaub, Günter	Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019 (zitiert: Schaub/ <i>Verfasser</i> , § Rn.)
Schierbaum, Bruno	Betrieblicher Datenschutzbeauftragter und Betriebsrat, AiB 2001, 512 ff.
Schlüter, Wilfried	Die Rechtsfolgen mangelnder Beteiligung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten (§ 87 BetrVG n. F.), DB 1972, 139 ff.
Schmidbauer, Albert	Der Konzernbegriff im Aktien- und Betriebsverfassungsrecht, 1976
Schmidt, Esther	Der Verzicht auf betriebsverfassungsrechtliche Befugnisse, 1995
Schubert, Claudia	Der Unternehmensbegriff im Rahmen der betrieblichen Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, ZfA 2004, 253 ff.
Schulze, Reiner	Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 10. Aufl. 2019 (zitiert: Schulze/ <i>Verfasser</i> , § Rn.)
Schumacher, Maria-Susanna	Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in internationalen Konzernunternehmen, NZA 2015, 587 ff.
Schwab, Brent	Die Haftung des Betriebsrats, Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, 2010, 1001 ff.
Semler, Johannes	Entscheidungen und Ermessen im Aktienrecht, Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, 2003, 627

	ff.
Siebert, Wolfgang	Mitbestimmung des Betriebsrates bei betrieblichen Versorgungseinrichtungen, BB 1953, 833 ff.
Simitis, Spiros (Hrsg.)	Bundesdatenschutzgesetz Kommentar, 8. Aufl. 2014 (zitiert: Simitis/ <i>Verfasser</i> , § Rn.)
Simitis, Spiros/ Hornung, Gerrit/ Spiecker gen. Döhmann, Indra (Hrsg.)	Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG, 1. Aufl. 2019 (zitiert: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann/ <i>Verfasser</i> , Art. Rn.)
Smitis, Spiros	Internationales Arbeitsrecht – Standort und Perspektiven, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Gerhard Kegel, 1977, 153 ff.
Soergel, Hans Theodor (Begr.)	Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, Stand Juli 1990 (zitiert: Soergel/ <i>Verfasser</i> , § Rn.)
Söllner, Alfred	Zur vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Betriebsvertretung und Arbeitgeber, DB 1968, 571 ff.
Sozialdemokratische Partei Deutschlands/ Bündnis 90/Die Grünen	Aufbruch und Erneuerung – Deutschlands Weg ins 21. Jahrhundert, Koalitionsvereinbarung zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands und Bündnis 90/Die Grünen, 20.10.1998, AuR 1998, 476 ff. (zitiert: Koalitionsvereinbarung zwischen SPD und Bündnis 90/Die Grünen vom 20.10.1998, Pkt.)
Starke, O.-Ernst	Aufgaben und Funktion des Personalrats, DÖV 1975, 849 ff.
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

	mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1 Allgemeiner Teil, Neubearbeitung 2014 und 2017, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse, Neubearbeitung 2015 (zitiert: Staudinger/ <i>Verfasser</i> , § Rn.)
Teuteberg, Hans Jürgen	Geschichte der industriellen Mitbestimmung in Deutschland, 1961
Triebel, Götz	Die Haftung des Betriebsrats und der Durchgriff auf seine Mitglieder, 2003
Vogt, Aloys	Umfang und Grenzen der Leitungs- und Entscheidungsbefugnis von Arbeitgeber/Unternehmer in der Betriebsverfassung, RdA 1984, 140 ff.
Völksen, Jens	Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei interessenausgleichspflichtigen Betriebsänderungen, RdA 2010, 354 ff.
Von Hoyningen-Huene, Gerrick	Das Betriebsverhältnis – Eine Skizze zum betriebsverfassungsrechtlichen Kooperationsverhältnis, NZA 1989, 121 ff.
Von Hoyningen-Huene, Gerrick	Betriebsverfassungsrecht, 6. Aufl. 2007 (Vorauslage) (zitiert: v. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § Rn.)
Von Hoyningen-Huene, Gerrick	Das „Betriebsverhältnis“ als Grundbeziehung im Betriebsverfassungsrecht, Festschrift für Günther Wiese zum 70. Geburtstag, 1998, 175 ff.
Von Hoyningen-Huene, Gerrick	Drittbeziehungen in der Betriebsverfassung, RdA 1992, 355 ff.
Von Hoyningen-Huene, Gerrick	Die fehlerhafte Beteiligung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten – Rechtsfolgen und Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats, DB 1987, 1426 ff.

Von Hoyningen-Huene, Gerrick	Mit dem Betriebsrat in die 90er Jahre, NZA 1991, 7 ff.
Von Mangoldt, Hermann/ Klein, Friedrich/ Starck, Christian	Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 7. Aufl. 2018 (zitiert: v. Mangoldt/Klein/Starck/ <i>Verfasser</i> , Art. Rn.)
Walker, Wolf-Dietrich	Die freie Unternehmerentscheidung im Arbeitsrecht, ZfA 2004, 501 ff.
Walle, Andreas	Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte beim werkvertraglichen Einsatz von Fremdpersonal, NZA 1999, 518 ff.
Weber, Hansjörg	Die Rechtsfolgen von Amtspflichtverletzungen des Betriebsrats und seiner Mitglieder, DB 1992, 2135 ff.
Weiss, Manfred	Zur Haftung des Betriebsrats, RdA 1974, 269 ff.
Weller, Bernd	Betriebsräte in Matrixstrukturen, AuA 2013, 344 ff.
Wiebauer, Bernd	Whistleblowing im Arbeitsschutz, NZA 2015, 22 ff.
Wiese, Günther	Notwendige Mitbestimmung und Vertragsfreiheit – Kritische Anmerkungen zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag, 1998, 683 ff.
Wiese, Günther	Mitbestimmungspflichtige kollektive Tatbestände bei der Anrechnung von Zulagen auf Tariflohnerhöhungen, RdA 1995, 355 ff.
Wiese, Günther	Schutz und Teilhabe als Zwecke notwendiger Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten und deren Rangverhältnis, ZfA 2000, 117 ff.
Wiese, Günther	Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei

	Drittbeziehungen des Arbeitgebers, NZA 2003, 1113 ff.
Wiese, Günther	Das Initiativrecht nach dem Betriebsverfassungsgesetz, 1977 (zitiert: Wiese, Initiativrecht, S.)
Wiese, Günther	Zum Verzicht auf Befugnisse nach dem Betriebsverfassungsgesetz, RdA 1968, 455 ff.
Wiese, Günther	Zum Gesetzes- und Tarifvorbehalt nach § 87 Abs. 1 BetrVG, 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, 1979, 661 ff.
Wlotzke, Otfried/ Preis, Ulrich/ Kreft, Burghard	Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl. 2009 (zitiert: W/P/K/ <i>Verfasser</i> , § Rn.)
Zabel, Uwe	Zugangsrecht der Gewerkschaft zum Betrieb und Polizei, AiB 1989, 329 ff.
Zöllner, Wolfgang/ Loritz, Karl-Georg/ Hergenröder, Curt Wolfgang	Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2008 (zitiert: Zöllner/Loritz, §)