

# Betriebsverfassungsgesetz: BetrVG

Fitting / Schmidt / Trebinger / Linsenmaier / Schelz

31. Auflage 2022

ISBN 978-3-8006-6547-1

Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

**BR im Rahmen seiner gesetzlichen Aufgaben Verbindlichkeiten deshalb eingehen, weil er über einen gesetzlichen Freistellungsanspruch gegen den ArbGeb. verfügt** (ebenso BGH 25.10.2012 – III ZR 266/11, NZA 2012, 1382). Durch die Kostentragungspflicht des ArbGeb. entsteht zwischen ihm und dem BR ein gesetzliches Schuldverhältnis vermögensrechtlicher Art (BAG 18.3.2015 – 7 ABR 4/13, NZA 2015, 954 Rn. 13). Der Freistellungsanspruch bildet das „Vermögen“ des BR (ebenso Reichold Anm. zu AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 81). Die vom BR dem Dritten versprochene (Gegen-)Leistung besteht der Sache nach darin, dem Dritten einen Anspruch gegen den ArbGeb. zu verschaffen (ebenso im Ergebnis Bell/Helm ArbRAktuell 2012, 39 [42]; **weitergehend aber BGH 25.10.2012 – III ZR 266/11, NZA 2012, 1382**, wonach die vom BR versprochene Leistung die Zahlung ist). Dies ist dem BR rechtlich auch möglich. Er kann seinen Freistellungsanspruch gegen den ArbGeb. an den Dritten abtreten. Dadurch wandelt sich der Freistellungsanspruch in einen Zahlungsanspruch des Dritten gegenüber dem ArbGeb. um (BAG 29.7.2009 – 7 ABR 95/07, NZA 2009, 1223 Rn. 20; 18.3.2015 – 7 ABR 4/13, NZA 2015, 954 Rn. 13; 18.11.2020 – 7 ABR 37/19, BeckRS 2020, 45231 Rn. 20). Allerdings muss der Dritte bei Abschluss des Vertrags mit dem BR auch erkennen (können), dass der BR lediglich die Verschaffung seines Freistellungsanspruchs gegen den ArbGeb. verspricht. Der BRVors. muss daher grds. den Dritten beim Vertragsschluss entspr. aufklären. Bei der Beauftragung eines RA wird jedoch eine solche Aufklärung regelmäßig entbehrlich sein. Die 3-jährige Verjährungsfrist für einen abgetretenen Freistellungsanspruch beginnt bereits mit Ablauf des Jahres der Entstehung und nicht etwa erst mit der Abtretung (vgl. BAG 18.11.2020 – 7 ABR 37/19, BeckRS 2020, 45231 Rn. 45).

Der BR besitzt **keine Befugnis zur Vertretung der einzelnen ArbN**. Ihm fehlt daher in einem BeschlVerf. die Antragsbefugnis, wenn er ausschließlich Rechte der ArbN reklamiert (BAG 18.2.2003 – 1 ABR 17/02, NZA 2004, 336). Eine **gesetzliche Prozessstandschaft** des BR kann aber in Fällen gegeben sein, in denen das BetrVG Rechte einzelner ArbN mit kollektivem Bezug begründet, etwa nach § 82 Abs. 2 S. 2 (BAG 16.11.2004 – 1 ABR 53/03, NZA 2005, 416).

### 3. Haftung des Betriebsrats, seines Vorsitzenden und seiner Mitglieder

Die Haftung des BR aus **rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten** (→ Rn.302 ff.) ist entspr. seiner partiellen Vermögensfähigkeit auf dieses Vermögen, also regelmäßig auf den sich aus § 40 BetrVG ergebenden Freistellungsanspruch beschränkt. Diesen kann und muss der BR ggf. an den Dritten abtreten. Dadurch wandelt sich der Freistellungsanspruch in einen Zahlungsanspruch des Dritten gegen den ArbGeb. um (BAG 29.7.2009 – 7 ABR 95/07, NZA 2009, 1223 Rn. 20; 18.3.2015 – 7 ABR 4/13, NZA 2015, 954 Rn. 13; 18.11.2020 – 7 ABR 37/19, BeckRS 2020, 45231 Rn. 20). Eine weitergehende Haftung des BR kommt regelmäßig nicht in Betracht (vgl. GK-BetrVG/Franzen Rn. 77; MHD B ArbR/Boemke § 286 Rn. 23; Müller/Jahner BB 2013, 440 [441]; Dommermuth-Alhäuser/Heup BB 2013, 1461 [1464]).

Auch wenn von einem gesetzlich begründeten betriebsverfassungsrechtlichen zwischen ArbGeb. und BR ausgegangen wird (vgl. → Rn.293), lässt sich daraus keine Haftung des BR gegenüber dem ArbGeb. ableiten. Eine solche ist im BetrVG nicht vorgesehen. Sie kann auch nicht mit der (entspr.) Anwendung des § 280 Abs. 1 BGB begründet werden (GK-BetrVG/Franzen Rn. 78). Ihr steht vielmehr bereits die nur partielle Vermögensfähigkeit des BR entgegen.

Eine Haftung des BR für Schadensersatzansprüche aus **unerlaubter Handlung** (§§ 823 Abs. 1 u. 2, 826 BGB) scheidet regelmäßig aus. Zwar erscheint es nicht ausgeschlossen, dass der BR als Kollegialorgan durch ein Fehlverhalten den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt. Mangels Rechtsfähigkeit ist er jedoch nicht deliktstfähig. Seine partielle Rechtsfähigkeit bezieht sich auf die ihm durch das BetrVG eingeräumten Rechtspositionen. Dazu gehört nicht die Begehung unerlaubter Hand-

lungen. IÜ kommt eine Haftung für Schadensersatzansprüche wegen der weitgehenden Vermögenslosigkeit des BR auch praktisch nicht in Betracht (vgl. Richardi BetrVG/Thüsing Vor § 26 Rn. 12; Belling BR-Haftung S. 287 f.; ErfK/Koch Rn. 19; HWGNRH/Rose Einl. Rn. 102).

- 309 Eine **Haftung des BRVors.** kann nach § 179 Abs. 1 u. 2 BGB (analog) in Betracht kommen, wenn er als Vertr. des BR ohne die erforderliche Vertretungsmacht einen Vertrag schließt und dem Dritten dadurch ein Schaden entsteht. Hiervon ist nach einem Urteil des BGH v. 25.10.2012 (III ZR 266/11, NZA 2012, 1382) auch dann auszugehen, wenn der BR die Beauftragung eines Beraters nach § 111 S. 2 – Entsprechendes dürfte für die Beauftragung eines Rechtsanwalts nach § 40 Abs. 1 gelten – nicht für erforderlich halten durfte. Es dürfte aber geboten sein, die Haftung in **entspr. Anwendung des § 31a Abs. 1 bis 3 BGB** auf die Fälle zu beschränken, in denen das Fehlen der Vertretungsmacht des BRVors. oder die fehlende Erforderlichkeit auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruht (**jedenfalls im Ergebnis aber aa BGH** 25.10.2012 – III ZR 266/11, NZA 2012, 1382, der eine über § 179 Abs. 2 u. 3 BGB hinausgehende Haftungsbeschränkung nicht für geboten erachtet; dem BGH zust. Dzida NJW 2013, 433; wohl auch Richardi RdA 2013, 317; Schuster/Schunder NZA 2020, 92 [93]; abl. Bell/Helm ArbRAktuell 2012, 39 [42]; Dommermuth-Alhäuser/Heup BB 2013, 1461 [1462]; Hayen ArbuR 2013, 95; ErfK/Koch Rn. 20; Molkenbur/Weber DB 2014, 242 [244 f.]; Müller/Jahner BB 2013, 440 [443]; Preis JZ 2013, 579 [582]; ferner Bergmann NZA 2013, 57). Andernfalls würde der ehrenamtlich tätige BRVors. durch das Haftungsrisiko bei der Ausübung seiner Amtsgeschäfte unangemessen behindert (vgl. Linsenmaier FS Wißmann, 2005, 378 [391 f.]; ebenso Dommermuth-Alhäuser/Heup BB 2013, 1461 [1467]; Preis JZ 2013, 579 [583] unter Hinweis auf die in § 31a BGB zum Ausdruck kommende gesetzliche Wertung; Müller/Jahner BB 2013, 440 [443] wollen die Grundsätze der beschränkten ArbNHaftung heranziehen).
- 310 Der **BGH** meint allerdings, das Haftungsrisiko des einzelnen BR-Mitglieds sei – jedenfalls bei der seiner Entscheidung zugrunde liegenden Hinzuziehung eines Beraters nach § 111 S. 2 BetrVG – bereits dadurch hinreichend reduziert, dass die Frage, in welchem Umfang die Hinzuziehung erforderlich gewesen sei, aus der ex-ante-Sicht zu beurteilen sei, wobei dem BR ein Beurteilungsspielraum zustehe, dessen Grenzen im Interesse der Funktions- und Handlungsfähigkeit des BR nicht zu eng zu ziehen sei. Außerdem könne der BR vor der Beauftragung Rechtsrat einholen – sinnvollerweise bei dem dann beauftragten Rechtsanwalt –; im Falle eines unzutreffenden Rechtsrats werde dann seine Haftung durch den Regressanspruch gegen den beratenden Rechtsanwalt kompensiert (BGH 25.10.2012 – III ZR 266/11, NZA 2012, 1382; so wohl auch Jaeger/Steinbrück NZA 2013, 401 [404]). Grds. kann es sich für den BR empfehlen, die Beauftragung eines Beraters mit dem ArbGeb. auch dann abzustimmen, wenn dies – wie in den Fällen des § 40, § 111 S. 2 Hs. 1; anders ohnehin § 80 Abs. 3 – nicht geboten ist (vgl. Jaeger/Steinbrück NZA 2013, 401 [407]). Das hilft freilich nicht weiter, wenn der ArbGeb. seine Zustimmung verweigert (zu den – begrenzten – Möglichkeiten, in einem solchen Fall das Risiko im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu verringern, Jaeger/Steinbrück NZA 2013, 401 [405]).
- 311 Möglich ist auch, in dem Vertrag zwischen BR und Berater eine **persönliche Haftung des BRVors. auszuschließen** (vgl. Dzida NJW 2013, 433 [434]). Im Schrifttum wird ferner eine vom ArbGeb. für den BR abzuschließende und nach § 40 Abs. 1 von ihm zu finanzierende Vermögensschadenshaftpflichtversicherung angeregt (Bergmann NZA 2013, 57 [60 f.]; Molkenbur/Weber DB 2014, 242 [246]; dagegen Jaeger/Steinbrück NZA 2013, 401 [407]; vgl. ferner Dommermuth-Alhäuser/Heup BB 2013, 1461 [1467]). Der bislang eher fernliegende Gedanke erscheint aufgrund der Entscheidung des BGH nicht mehr ganz abwegig.
- 312 Die **Haftung der einzelnen Mitgl. des BR für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten** richtet sich grds. nach den allgemeinen Regeln des Bürgerlichen Rechts

(GK-BetrVG/Franzen Rn. 79). Danach haften RMitgl., wenn sie Verträge im eigenen Namen abschließen (GK-BetrVG/Franzen Rn. 79; ErfK/Koch Rn. 20). Allerdings ist im Regelfall davon auszugehen, dass BRMitgl. nicht den Willen haben, selbst privatrechtliche finanzielle Verpflichtungen zu übernehmen. Ein entspr. Wille muss daher ausdrücklich erklärt werden oder sich aus den Begleitumständen unzweifelhaft ergeben (BAG 24.4.1986 – 6 ABR 607/83, NZA 1987, 100).

Eine Haftung der einzelnen BRMitgl. in unmittelbarer oder entsprechender Anwendung des **§ 280 Abs. 1 BGB** wegen der Verletzung von Pflichten aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis kommt regelmäßig nicht in Betracht (MHdB ArbR/Boemke § 286 Rn. 25). Anders als im Verhältnis von ArbGeb. und BR (vgl. → Rn. 293) kann von einem **gesetzlichen Schuldverhältnis („Sozialrechtsverhältnis“)** zwischen dem ArbGeb. und den einzelnen BRMitgl. entgegen einer im Schrifttum teilweise vertretenen Auffassung (vgl. Heinze ZfA 1988, 53 [72]; v. Hoyningen-Huene NZA 1989, 121; Schmitt jM 2019, 364 [368]; vgl. auch Schuster/Schunder NZA 2020, 91 [94] unter unzutreffender Bezugnahme auf vorliegende Kommentierung) nicht ausgegangen werden. Dem steht nicht entgegen, dass auch die einzelnen BRMitgl. bei der Ausübung ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben dem Gebot des § 2 Abs. 1 unterliegen (vgl. → § 2 Rn. 17). Es fehlt für eine solche Haftung der einzelnen BRMitgl. an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage. Auch würden dadurch die BRMitgl. bei der Amtsausübung unangemessen behindert.

Für eine analoge Anwendung der **§§ 116, 93 AktG** ist kein Raum (so aber MHdB ArbR/Boemke § 286 Rn. 25). Die Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern eines Unternehmens ist in mehrfacher Hinsicht mit der ehrenamtlichen Tätigkeit von BRMitgl. nicht vergleichbar.

Nicht ausgeschlossen ist eine Haftung der einzelnen BRMitgl. nach **§ 823 Abs. 1 BGB** (vgl. GK-BetrVG/Franzen Rn. 81). Fallgestaltungen, in denen das einzelne BRMitgl. in Ausübung seines Amtes absolute Rechte des ArbGeb. oder Dritter iSv. § 823 Abs. 1 BGB verletzt, dürften allerdings selten sein. Auch dürfte es geboten sein, die Haftung in entspr. Anwendung des § 31a Abs. 1 S 1 – 3 BGB auf die Fälle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit zu beschränken (vgl. dazu Preis JZ 2013, 579 [583]; vgl. auch Schmitt jM 2019, 364 [369], der §§ 31a, 31b BGB zwar im Verhältnis zu den ArbN, nicht aber im Verhältnis zum ArbGeb. für entspr. anwendbar hält).

In der Praxis weniger fernliegend dürften Fälle sein, in denen einzelne BRMitgl. bei der Ausübung ihrer Tätigkeit gegen **Schutzgesetze iSv. § 823 Abs. 2 BGB** verstoßen (vgl. GK-BetrVG/Franzen Rn. 82). Dies kann ggf. eine entspr. Schadensersatzpflicht begründen. Allerdings gilt es zu beachten, dass nicht etwa sämtliche Regelungen im BetrVG, die Amtspflichten normieren, Schutzgesetze iSv. § 823 Abs. 2 BGB sind (vgl. GK-BetrVG/Franzen Rn. 82f.; Richardi BetrVG/Thüsing Vor § 26 Rn. 15). Als Schutzgesetz kommt insbes. § 79 (Geheimhaltungspflicht) in Betracht (→ § 79 Rn. 43; Richardi BetrVG/Thüsing Vor § 26 Rn. 15). Zu denken ist ferner an die Friedenspflicht (§ 74 Abs. 2; vgl. dazu Rieble NZA 2005, 1 [4] mwN) und solche Bestimmungen, die dem BR eine Schweigepflicht zugunsten der ArbN auferlegen, wie zB §§ 82 Abs. 3, 83 Abs. 1, 99 Abs. 1 S. 3, 102 Abs. 2 S. 5. Auch § 75 Abs. 1 ist ein Schutzgesetz iSv. § 823 Abs. 2 BGB (→ § 75 Rn. 98 mwN; BAG 5.4.1984 – 2 AZR 513/82, NZA 1985, 329). Die Generalklausel des § 2 Abs. 1, die letztlich Ausdruck des Grundsatzes von Treu und Glauben ist, dürfte – obwohl sie auch das einzelne BRMitgl. betrifft (→ § 2 Rn. 17) – kein Schutzgesetz iSv. § 823 Abs. 2 BGB sein. Geschädigte können der ArbGeb. oder einzelne ArbN sein. Im Übrigen erscheint es auch im Rahmen von § 823 Abs. 2 BGB geboten, die Haftung des BRMitgl. in entspr. Anwendung von § 31a Abs. 1 BGB auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu beschränken.

In der fehlerhaften Inanspruchnahme von MBR durch den BR liegt regelmäßig keine Pflichtverletzung der einzelnen BRMitgl. Die BRMitgl. trifft **regelmäßig keine Einstandspflicht für ein Fehlverhalten des BRGremiums**. Besteht die unerlaubte Handlung in einer Beschlussfassung des BR, kommt eine Haftung des einzel-

nen BRMitgl. nach **§ 830 Abs. 1 S. 1 BGB** nur bei vorsätzlichem Mitwirken an der Verletzungshandlung in Betracht (vgl. Palandt/Sprau § 830 Rn. 2).

- 318** Für eine Haftung nach **§ 840 Abs. 1 BGB** ist das allerdings keine Voraussetzung. Für die Anwendung dieser Vorschrift muss aber das Fehlverhalten des Gremiums dem einzelnen BRMitgl. eindeutig zurechenbar sein (vgl. Richardi BetrVG/Thüsing Vor § 26 Rn. 16). Dies ist nur der Fall, wenn das BRMitgl. dem BRBeschluss zugestimmt hat (GK-BetrVG/Franzen Rn. 85). § 830 Abs. 1 S. 2 BGB ist nicht anwendbar (GK-BetrVG/Franzen Rn. 85). Deutlich zu weit geht es, eine „Enthftung“ des einzelnen BRMitgl. nur dann anzunehmen, wenn dieses seiner „Gegenvorstellungspflicht“ nachgekommen sei und seine Bedenken bezüglich der Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Gremiums artikuliert habe (so aber Schmitt jM 2019, 364 [368f.]). Auch muss die Ursächlichkeit einer unerlaubten Handlung für den Eintritt des Schadens feststehen. Außerdem muss der ArbGeb. – schon wegen § 254 Abs. 2 BGB – von den ihm nach dem BetrVG eröffneten Abhilfemöglichkeiten Gebrauch machen. Schließlich ist auch hier zur Sicherung der persönlichen Unabhängigkeit die Deliktshaftung in entspr. Anwendung von § 31a Abs. 1 BGB auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt (vgl. Richardi BetrVG/Thüsing Vor § 26 Rn. 14; Belling BR-Haftung S. 246ff.; wohl auch Müller/Jahner BB 2013, 440 [443]; offen gelassen von BGH 25.10.2012 – III ZR 266/11, NZA 2012, 1382 Rn. 45).
- 319** Als Anspruchsgrundlage kommt ferner **§ 826 BGB iVm § 830 Abs. 1 S. 1 BGB** in Betracht (vgl. GK-BetrVG/Franzen Rn. 84). Eine dafür erforderliche **vorsätzliche sittenwidrige Schädigung** des ArbGeb. kann vorliegen, wenn die BRMitgl. in bewusstem und gewollten Zusammenwirken unter Verstoß gegen den Grundsatz, den ArbGeb. nicht mit unnötigen Kosten zu belasten, betriebsfremde Mitgl. in die E-Stelle entsendet (vgl. → § 76a Rn. 15; vgl. auch – allerdings nicht unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes – BAG 19.11.2019 – 7 ABR 52/17, NZA 2020, 727 Rn. 31; Schmitt jM 2019, 364).
- 320** Der **ArbGeb.** oder die **Belegschaft** haften nicht für unerlaubte Handlungen des BRGremiums (GK-BetrVG/Franzen Rn. 86f.). Der BR ist nicht ihr Verrichtungsgehilfe.
- 321** Wegen grober Verletzung der gesetzlichen Pflichten können gem. **§ 23 Abs. 1** einzelne Mitgl. aus dem BR ausgeschlossen oder dieser aufgelöst werden. Die Verletzung von Geheimnissen ist nach **§ 120** strafbar.

## VI. Arbeitgeber

- 322** Das BetrVG kennt den ArbGeb. in einer Vielzahl von Bestimmungen als Normadressaten. Es definiert den **Begriff des ArbGeb.** nicht, sondern setzt ihn als bekannt voraus (GK-BetrVG/Franzen Rn. 92). „Die Suche nach dem Arbeitgeber in der Betriebsverfassung“ (Wißmann NZA 2001, 409ff.) bereitet bisweilen Schwierigkeiten. Zu unterscheiden ist insbes. zwischen dem **Vertragsarbeitgeber** und dem **„Betriebsarbeitgeber“** (Betriebsinhaber). Diese sind nicht immer identisch. Besonders deutlich wird dies bei einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen und in Fällen der Arbeitnehmerüberlassung (vgl. Wißmann NZA 2001, 409 [410, 412]).
- 323** Wer der **„richtige“ ArbGeb.** ist, **hängt von** dem jeweiligen **Regelungsgegenstand** ab. ArbGeb. iSv der Betriebsverfassung ist grds. die Person, die die maßgebliche Entscheidung trifft. Dies ist abhängig von der Struktur des Betriebs, der Maßnahme und dem in Betracht kommenden betriebsverfassungsrechtlichen Recht des BR oder auch des ArbN.
- 324** Der **Vertragsarbeitgeber** ist regelmäßig dann der „richtige“ ArbGeb., wenn ausschließlich die von ihm geschuldete Leistung betroffen ist. So ist im Gemeinschaftsbetrieb für Eingruppierungen regelmäßig nicht der Betriebsarbeitgeber, sondern der Vertragsarbeitgeber zuständig (vgl. Wißmann NZA 2001, 409 [411]). Auch die Verhandlungen über einen Sozialplan dürften mit dem Vertragsarbeitgeber zu führen sein.

Dieser ist regelmäßig auch Adressat des MBR nach § 87 Abs. 1 Nr. 10. Dasselbe gilt bei den Rechten der ArbN nach §§ 81 ff.

Der **Betriebsarbeitgeber** ist der „richtige“ ArbGeb., wenn er die maßgeblichen Entscheidungen trifft. Im Gemeinschaftsbetrieb dürfte dies zB der Fall sein bei Einstellungen und Versetzungen nach § 99 und bei den MBR nach § 87 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, 7, 8 (vgl. Wißmann NZA 2001, 409 [411]). Bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern folgt die Zuständigkeit des Betriebsarbeitgebers und des bei diesem errichteten BR bereits aus § 14 Abs. 3 AÜG. **325**

ArbGeb. kann eine **natürliche** oder eine **juristische Person** oder auch eine **Gesamthandsgemeinschaft** (BGB-Gesellschaft, OHG, KG) sein (WPK/Preis Rn. 42). Nach der neueren Rspr. des BAG besitzt auch die **BGB-Außengesellschaft** beschränkte Rechtssubjektivität und kann als solche verklagt werden (BAG 1.12.2004 – 5 AZR 597/03, NZA 2005, 318). **326**

Im Falle der **Insolvenz** des ArbGeb. tritt der Insolvenzverwalter betriebsverfassungsrechtlich an die Stelle des ArbGeb. Ihn treffen die betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten des ArbGeb., zB nach §§ 111 ff. (BAG 18.11.2003 – 1 AZR 30/03, NZA 2004, 220). Aus §§ 113, 120 ff., 125 ff. InsO ergeben sich Besonderheiten. Diese werden im jeweiligen Sachzusammenhang erläutert. **327**

Die **Vertr. des ArbGeb.** als betriebsverfassungsrechtlichem Organ ist im G nicht ausdrücklich geregelt. § 43 Abs. 2 (→ § 43 Rn. 28) und § 108 Abs. 2 (→ § 108 Rn. 12) sehen ausdrücklich vor, dass für den ArbGeb. auch sein Vertr. handeln kann. Dies bedeutet nicht, dass der ArbGeb.  $\ddot{U}$  seine betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben nur selbst oder durch einen gesetzlichen Vertr. wahrnehmen könnte. Er kann sich vielmehr auch gegenüber dem BR durch eine an der Betriebsleitung verantwortlich beteiligte Person vertreten lassen. Die Zulässigkeit rechtsgeschäftlicher Stellvertretung richtet sich nach Art und Funktion des in Frage stehenden Beteiligungsrechts (BAG 11.12.1991 – 7 ABR 16/91, NZA 1992, 850). Der Vertr. muss daher auf jeden Fall in der Sache kompetent sein (GK-BetrVG/Franzen Rn. 94; WPK/Preis Rn. 42). Ob er als Verhandlungspartner des BR darüber hinaus auch Entscheidungsbefugnisse besitzen muss, ist von der Art des Beteiligungsrechts des BR und dem Stadium der Verhandlungen abhängig (BAG 11.12.1991 – 7 ABR 16/91, NZA 1992, 850; GK-BetrVG/Franzen Rn. 94; HWGNRH/Rose § 2 Rn. 20; **aA** WPK/Preis Rn. 42). **328**

Eine **Vertr. durch betriebsfremde Personen** (Rechtsanwälte, Verbandsvertreter) dürfte meist unzulässig sein (MHdB ArbR/v. Hoyningen-Huene 3. Aufl. § 212 Rn. 11; HWGNRH/Rose § 2 Rn. 21; GK-BetrVG/Franzen § 94; DKW/Wedde Einl. Rn. 158; **aA** MHdB ArbR/Boemke § 286 Rn. 11). Es folgt dies aus dem in § 2 Abs. 1 normierten betriebsverfassungsrechtlichen Grds. der vertrauensvollen Zusammenarbeit (→ § 2 Rn. 16 ff.), Dazu gehört auch ein respektvoller Umgang zwischen den Betriebsparteien. Damit dürfte es häufig nicht vereinbar sein, die Gespräche mit dem BR durch eine betriebsfremde Person führen zu lassen. Da § 2 Abs. 1 letztlich aber eine Ausprägung des allgemeinen Grds. von Treu und Glauben ist (vgl. BAG 28.5.2014 – 7 ABR 36/12, NZA 2014, 1213 Rn. 35), sind die Umstände des Einzelfalls entscheidend. Verletzt der ArbGeb. seine daraus resultierenden (Verhaltens-)Pflichten grob, kann das die Anwendung von § 23 Abs. 3 rechtfertigen. **329**

## VII. Beteiligungsrechte

### 1. Beteiligungsrechte der einzelnen Arbeitnehmer

Das G sieht in den §§ 81–86 **Individualrechte des einzelnen ArbN** gesetzlich vor. Diese Rechte werden durch das Recht auf Hinzuziehung eines BRMitgl. gestärkt (BAG 16.11.2004 – 1 ABR 53/03, NZA 2005, 416). Eine Beschwerde in den ihn betreffenden Angelegenheiten kann der einzelne ArbN entweder direkt bei der zuständigen Stelle des Betriebs (§ 84) oder über den BR (§ 85) erheben. **330**

## 2. Beteiligungsrechte des Betriebsrats

- 331 Die Rechte der ArbNschaft sind unterschiedlich ausgeprägt und werden unter dem Oberbegriff der „**Beteiligung**“ zusammengefasst. Zumeist werden vier Beteiligungsformen unterschieden: die Informationsrechte, die Anhörungs- und Vorschlagsrechte, die Beratungsrechte und die (echten) Mitbestimmungsrechte (vgl. GK-BetrVG/Franzen Rn. 68). Dagegen wird hier nur von einer Zweiteilung in Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte ausgegangen. Das entspricht auch der Überschrift zum Vierten Teil des Gesetzes.
- 332 Die **Mitbestimmung** ist die stärkste Form der Beteiligung. Eine Maßnahme des ArbGeb., die der Mitbestimmung unterliegt, kann regelmäßig nur mit Zustimmung des BR getroffen werden, wobei im Streitfall die E-Stelle oder das Gericht entscheidet (vgl. §§ 87 Abs. 2, 91 S. 2, 94 Abs. 1, 95 Abs. 2, 98 Abs. 4 u. 5, 99 Abs. 4, 103 Abs. 2, 104, 112 Abs. 4). Außer in den Fällen der §§ 94 Abs. 1, 95 Abs. 2, 99 Abs. 4, 103 Abs. 2 hat der BR auch das **Initiativrecht**, dh er kann selbst verlangen und ggf. erzwingen, dass eine Regelung getroffen wird (→ § 87 Rn. 604 ff.).
- 333 **Mitwirkung** bedeutet Beratung und Mitsprache bei der Entscheidung des ArbGeb., deren Rechtsgültigkeit zwar nicht von der Zustimmung des BR oder dritter Stellen, wohl aber zT von der vorherigen Unterrichtung und Beteiligung des BR abhängt (vgl. §§ 80 Abs. 2, 89 Abs. 2, 90, 92, 96 Abs. 1, 97, 102 Abs. 1, 111). Diese Anhörungs-, Überwachungs- und Beratungsrechte sind von erheblicher Bedeutung. Einmal dienen sie als Grundlage für eine weitergehende Beteiligung. Außerdem erfordert das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1), dass ArbGeb. und BR bei jeder Meinungsverschiedenheit rechtzeitig verhandeln mit dem Willen, zu einer Einigung zu kommen (§ 74 Abs. 1). Die Mitwirkung des BR setzt zuallererst entspr. aufgabenbezogene Informationen durch den ArbGeb. voraus (vgl. Schmidt FS 100 Jahre BetrVR 2020, 683). Der BR hat einen im BeschlVerf. durchsetzbaren Anspruch auf Erfüllung dieser Informationspflichten (→ § 80 Rn. 92). Eine Verletzung von Aufklärungs- und Auskunftspflichten (dazu ausf. → § 80 Rn. 48 ff.) durch den ArbGeb. kann gem. § 121 mit Geldbußen geahndet werden.

## 3. Änderung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung

- 334 Das G enthält **Mindestbestimmungen über die Beteiligungsrechte** des BR. Der **BR kann** auf diese **nicht wirksam verzichten** (BAG 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, NZA 2003, 1155; 8.9.2010 – 7 ABR 73/09, NZA 2011, 934; Jousen RdA 2005, 31). Ebenso wenig kann die Ausübung des MBR verwirken (BAG 22.8.2017 – 1 ABR 5/16, BeckRS 2017, 136845 Rn. 25).
- 335 Der BR darf sein MBR auch **nicht** in der Weise ausüben, dass er **dem ArbGeb. das alleinige Gestaltungsrecht** über den mitbestimmungspflichtigen Tatbestand **eröffnet** (BAG 23.3.1999 – 1 ABR 33/98, NZA 1999, 1230; 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, NZA 2003, 1155; Jousen RdA 2005, 31). Eine Vereinbarung, durch die der BR dem ArbGeb. im Kernbereich eines Mitbestimmungstatbestands die Letztentscheidungsbefugnis überlässt, ist unwirksam (BAG 26.4.2005 – 1 AZR 76/04, NZA 2005, 892 mwN).
- 336 Nach zutreffender allgemeiner Meinung können die **Beteiligungsrechte** des BR in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten **nicht durch TV eingeschränkt werden**, sofern nicht das BetrVG selbst eine solche Möglichkeit – etwa nach Maßgabe des § 87 Abs. 1 Einleitungssatz – vorsieht (BAG 12.1.2011 – 7 ABR 34/09, NZA 2011, 1297; Richardi BetrVG/Richardi Einl. Rn. 138; GK-BetrVG/Franzen Rn. 71; DKW/Däubler Einl. Rn. 81; HWGNRH/Rose Einl. Rn. 283; Lerch/Weimbrenner NZA 2011, 664; Wiedemann/Thüsing TVG § 1 Rn. 765).
- 337 **Streitig** ist, ob und in welchem Umfang die **gesetzlichen Beteiligungsrechte** des BR **durch TV und BV erweitert** oder neue Beteiligungsrechte geschaffen wer-

den können (vgl. DKW/Däubler Einl. Rn. 87 ff.; GK-BetrVG/Franzen Rn. 71; HWGNRH/Rose Einl. Rn. 297 ff.; Richardi BetrVG/Richardi Einl. Rn. 138 f., 144 ff.; Lerch/Weinbrenner NZA 2011, 664 [667]).

Eine **Erweiterung** der gesetzlichen MBR **durch BV** ist jedenfalls dann möglich, **338** wenn die Grenzen der funktionalen Zuständigkeit des BR eingehalten werden, nicht in Rechte der ArbN eingegriffen wird und für den Konfliktfall Lösungswege vorgesehen sind (vgl. Lerch/Weinbrenner NZA 2011, 664 [665]). Als Rechtsgrundlage kommen **freiwillige BV** und auch **Regelungsabreden** in Betracht (BAG 14.8.2001 – 1 AZR 744/00, NZA 2002, 342). Da der ArbGeb. diese Vereinbarungen jederzeit kündigen kann, ohne dass Nachwirkung eintritt (vgl. § 77 Abs. 6), werden durch die Erweiterung der Beteiligungsrechte des BR Rechte des ArbGeb. nicht verletzt (vgl. Richardi BetrVG/Richardi Einl. Rn. 139; Lerch/Weinbrenner NZA 2011, 664 [665]).

Eine **funktionale Zuständigkeit des BR** zum Abschluss von BV über die Er- **339**weiterung seiner Beteiligungsrechte besteht grds. in sozialen (§ 87), personellen (§§ 92 ff.) und wirtschaftlichen Angelegenheiten (BAG GS 7.11.1989 – GS 3/85, NZA 1990, 816). Freiwillige BV nach § 88 können zwischen BR und ArbGeb. nicht nur über die dort aufgezählten, sondern auch über weitere Fragen geschlossen werden (→ § 88 Rn. 2; BAG 14.8.2001 – 1 AZR 744/00, NZA 2002, 342; 23.8.2016 – 1 ABR 22/14, NZA 2017, 194). Die Betriebsparteien haben innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Grenzen (vgl. insbes. § 77 Abs. 3) eine umfassende Regelungsbefugnis hinsichtlich aller betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Fragen sowie des Inhalts, des Abschlusses und der Beendigung von ArbVerh. (BAG GS 7.11.1989 – GS 3/85, NZA 1990, 816; 12.12.2006 – 1 AZR 96/06, NZA 2007, 453; Linsenmaier RdA 2008, 1 [4]).

Daher können durch BV die MBR des BR in **sozialen Angelegenheiten** (§ 87) **340** erweitert werden (→ § 87 Rn. 7; BAG 14.8.2001 – 1 AZR 744/00, NZA 2002, 342; GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 10 mwN; Lerch/Weinbrenner NZA 2011, 664 [665]; **aA** HWGNRH/Rose Einl. Rn. 299).

Auch in **personellen Angelegenheiten** (§§ 92 ff.) können die MBR des BR grds. **341** durch freiwillige BV erweitert werden (BAG 23.8.2016 – 1 ABR 22/14, NZA 2017, 194; vgl. zur Erweiterung durch TV BAG 10.2.1988 – 1 ABR 70/86, NZA 1988, 699 mwN; Lerch/Weinbrenner NZA 2011, 664 [667]; **aA** GK-BetrVG/Raab Vor § 92 Rn. 24; GK-BetrVG/Franzen § 87 Rn. 13; HWGNRH/Rose Einl. Rn. 304). Die Annahme einer auch personelle Angelegenheiten erfassenden Regelungsbefugnis der Betriebsparteien wird bestätigt durch § 28 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 SprAUG. Die Betriebsparteien können einvernehmlich die Wochen-Frist des § 99 Abs. 3 S. 1 verlängern (BAG 16.11.2004 – 1 ABR 48/03, NZA 2005, 775). Auch eine erhebliche Fristverlängerung begegnet jedenfalls dann keinen Bedenken, wenn sie den besonderen Umständen des Einzelfalls Rechnung trägt (BAG 5.5.2010 – 7 ABR 70/08, NJOZ 2010, 2612; 6.10.2010 – 7 ABR 80/09, NZA 2012, 50). Dagegen sind sie nicht befugt, die Fiktionswirkung des § 99 Abs. 3 S. 2 abzubedingen oder gar umzukehren; diese Fiktion steht nicht zu ihrer Disposition, da sie auch im Interesse der Gerichte normiert ist (BAG 18.8.2009 – 1 ABR 49/08, NZA 2010, 112; 5.5.2010 – 7 ABR 70/08, NJOZ 2010, 2612; 12.1.2011 – 7 ABR 25/09, NZA 2011, 1304; 23.8.2016 – 1 ABR 22/14, NZA 2017, 194; Lerch/Weinbrenner NZA 2011, 664 [667]). Die Betriebsparteien können auch durch freiwillige BV vereinbaren, dass das MBR bei einer Versetzung nicht auf die Zustimmungsverweigerungsgründe des § 99 Abs. 2 beschränkt ist; sie können aber den BR nicht von der Verpflichtung zur Nennung konkreter Zustimmungsverweigerungsgründe völlig freistellen (23.8.2016 – 1 ABR 22/14, NZA 2017, 194).

Die Wirksamkeit von **Kündigungen** kann nach **§ 102 Abs. 6** durch freiwillige **342** **BV** von der Zustimmung des BR abhängig gemacht werden (→ § 102 Rn. 124 ff.). Dabei unterfällt es auch der Regelungsmacht der Betriebsparteien, ob bei Meinungsverschiedenheiten die E-Stelle verbindlich entscheiden soll (BAG 21.6.2000 – 4 AZR

379/99, NZA 2001, 271; Lerch/Weinbrenner NZA 2011, 664 [668]). Ebenso können sie abweichend von § 77 Abs. 6 die Nachwirkung der freiwilligen BV vereinbaren (BAG 28.4.1998 – 1 ABR 43/97, NZA 1998, 1348).

- 343 Auch in **wirtschaftlichen Angelegenheiten** ist eine Erweiterung der Beteiligungsrechte des BR durch freiwillige BV grds. möglich (vgl. DKW/Däubler Einl. Rn. 97). Da eine solche BV nicht erzwingbar ist, wird in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit nicht gegen den Willen des ArbGeb. eingegriffen (vgl. Richardi-Richardi Einl. Rn. 140). Die Betriebsparteien können daher zB den Katalog des § 111 S. 3 erweitern (Lerch/Weinbrenner NZA 2011, 664 [667]).
- 344 Ebenso ist die **Schaffung und Erweiterung von MBR durch TV** grds. zulässig (vgl. insbes. BAG 18.8.1987 – 1 ABR 30/86, NZA 1987, 779; 31.1.1995 – 1 ABR 35/94, NZA 1995, 1059; 24.8.2004 – 1 ABR 28/03, NZA 2005, 371).
- 345 In einem **gesetzlich unregelmäßigten Bereich** können **durch TV auch eigene Vertretungsstrukturen** geschaffen und die **Vertr. mit Beteiligungsrechten ausgestattet** werden. Daher können durch TV in reinen Ausbildungsbetrieben Auszubildendenvertretungen errichtet und diesen vom BetrVG abweichende Zuständigkeiten und Beteiligungsrechte zuerkannt werden (BAG 24.8.2004 – 1 ABR 28/03, NZA 2005, 371).
- 346 Auch in dem **durch das BetrVG geregelten Bereich** ist eine Erweiterung der Mitbestimmung des BR durch TV möglich (vgl. eingehend BAG 10.2.1988 – 1 ABR 70/86, NZA 1988, 699). **Nach § 1 Abs. 1 TVG kann der TV normativ** (vgl. § 4 Abs. 1 S. 2 TVG) **betriebsverfassungsrechtliche Fragen regeln**. Es genügt insoweit die Tarifbindung des ArbGeb. (§ 3 Abs. 2 TVG). Das BetrVG ist ArbNSchutzrecht. Schutzrechte sind in der Regel einseitig zwingender Natur. Das gilt für alle Beteiligungsrechte. Ein Umkehrschluss aus einzelnen Bestimmungen des BetrVG, die ausdrücklich eine Abänderung von Bestimmungen durch TV gestatten, ist nicht möglich, da diese Bestimmungen (§§ 3, 38 Abs. 1, 47 Abs. 4, 55 Abs. 4, 117) nur Wahl und Organisation des BR betreffen (BAG 10.2.1988 – 1 ABR 70/86, NZA 1988, 699).
- 347 Eine Erweiterung der gesetzlichen MBR des BR durch TV kommt insbes. in **sozialen Angelegenheiten** (§ 87) in Betracht (→ § 87 Rn. 6; BAG 18.8.1987 – 1 ABR 30/86, NZA 1987, 779; GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 11 mwN; DKW/Däubler Einl. Rn. 90; Weyand ArbUR 1989, 201; Wiedemann/Oetker TVG § 1 Rn. 251 mit Einschränkungen; Lerch/Weinbrenner NZA 2011, 664 [665]; aA HWGNRH/Rose Einl. Rn. 302; Richardi BetrVG/Richardi Einl. Rn. 146 ff.). Entsprechendes muss auch für die Fragen der **menschengerechten Gestaltung der Arbeit** gelten, die ihrem Gehalt nach soziale Fragen sind (§§ 90, 91); hier kann der TV insbes. die Fälle konkretisieren, in denen der BR das MBR nach § 91 ausüben kann, aber auch „angemessene Maßnahmen“ zur Abwendung, Milderung oder zum Ausgleich besonderer negativer Belastungen vorsehen (vgl. Beuthien ZfA 1986, 131 [144]).
- 348 In **personellen Angelegenheiten** (§§ 92 ff.) ist eine Erweiterung der MBR des BR durch TV jedenfalls dann zulässig, wenn nicht in Rechtspositionen der ArbN eingegriffen wird und im Streitfall die E-Stelle entscheidet (BAG 10.2.1988 – 1 ABR 70/86, NZA 1988, 699 mwN; Lerch/Weinbrenner NZA 2011, 664 [667]; NK-TVG/Hensche/Heuschmid TVG § 1 Rn. 822 ff.; aA GK-BetrVG/Raab Vor § 92 Rn. 19 ff.; HWGNRH/Rose Einl. Rn. 305). Auch kann durch TV die Wirksamkeit einer **Kündigung** von der Zustimmung des BR abhängig gemacht werden (→ § 102 Rn. 132 mwN; BAG 17.6.2000 – 4 AZR 379/99, NZA 2001, 271; Lerch/Weinbrenner NZA 2011, 664 [668]).
- 349 In **wirtschaftlichen Angelegenheiten** wird die Zulässigkeit einer Erweiterung der Beteiligungsrechte des BR durch TV überwiegend verneint (HWGNRH/Rose Einl. Rn. 309 ff.; Beuthien ZfA 1986, 131 [141 ff.]; aA Lerch/Weinbrenner NZA 2011, 664, 667; diff. GK-BetrVG/Oetker Vor § 106 Rn. 12 ff.; vgl. auch DKW/Däubler Rn. 90 ff.). Dies erscheint nicht zwingend. Der Umstand, dass durch derartige TV die unternehmerische Entscheidung tangiert ist, führt allein noch nicht zu ihrer