

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift
für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Olaf Deinert und
Prof. Dr. Rüdiger Krause,
Institut für Arbeitsrecht
der Georg-August Universität
Göttingen



in Zusammenarbeit mit

HSI

Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

„Betriebsverfassung in vertrauensvoller Zusammenarbeit“
Mit Beiträgen zum 80. Geburtstag von Martin Bertzbach

Editorial

We are one!
Wolfgang Apitzsch Seite 213

Abhandlungen

Betriebsverfassungsrechtliche Normen auf Grundlage arbeitsvertraglicher Regelungen?
Waldemar Reinfelder Seite 217

Betriebsvereinbarung und Anscheinsvollmacht – ein Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung
Ursula Rinck Seite 222

Die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern – Überlegungen zur Notwendigkeit einer
Novellierung der §§ 78 S. 2, 37 Abs. 4 BetrVG
Marlene Schmidt Seite 229

Die Besetzung der Einigungsstelle – vertrauensvolle Zusammenarbeit bei der
Benennung von Beisitzern?
Maximilian Schmidt Seite 236

Vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber im Datenschutz
Gregor Thüsing/Yannick Peisker Seite 240

Zum »Grundsatz der Rechtsquellenklarheit« in der Betriebsverfassung
Bertram Zwanziger Seite 252

Das TzBfG für die Praxis kommentiert



Holwe / Kossens / Pielenz / Räder

Teilzeit- und Befristungsgesetz

Basiskommentar zum TzBfG

8., überarbeitete und aktualisierte Auflage

2023. 502 Seiten, kartoniert

€ 46,-

ISBN 978-3-7663-7301-4

bund-shop.de/7301

Die Autor:innen erläutern alle Vorschriften des Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverhältnisse (Teilzeit- und Befristungsgesetz – TzBfG) umfassend und mit Blick für die Praxis. Die neueste Rechtsprechung und Gesetzgebung sind bis einschließlich Juni 2023 berücksichtigt. Auch die für das deutsche Teilzeit- und Befristungsrecht bedeutsamen Vorgaben des EU-Rechts werden in den Blick genommen.

Die Neuauflage erklärt insbesondere die Änderungen infolge des Mindestlohn-erhöhungsgesetzes sowie des Gesetzes zur Umsetzung der EU-Arbeitsbedingungenrichtlinie, welche die Abrufarbeit, die Möglichkeit der Vereinbarung einer Probezeit bei befristeten Arbeitsverhältnissen, den Informationsanspruch von Beschäftigten, die ihre Arbeitszeit verändern oder in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis wechseln wollen, sowie die geringfügige Beschäftigung betreffen.

Soziales Recht

6/2023

ISSN 2193-5157

Dezember 2023, 13. Jahrgang

Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert (geschäftsführend)

Prof. Dr. Rüdiger Krause

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. Manfred Walsler, LL.M.

Hochschule Mainz

in Zusammenarbeit mit:

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht
(HSI) der Hans-Böckler-Stiftung, Frankfurt

Redaktion

Prof. Dr. Olaf Deinert

Prof. Dr. Manfred Walsler, LL.M.

Anschrift der Redaktion

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

Platz der Göttinger Sieben 6

37073 Göttingen

Tel. 0551 / 39 – 279 48

Fax: 0551 / 39 – 272 45

E-Mail: [sekretariat.deinert@](mailto:sekretariat.deinert@jura.uni-goettingen.de)

jura.uni-goettingen.de

Verlag

Bund-Verlag GmbH

Geschäftsführer

Rainer Jöde, Jürgen Scholl

Geschäftsbereich Zeitschriften

Bettina Frowein (verantwortlich)

Tel. 069/79 50 10-83

Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH

Emil-von-Behring-Straße 14

60439 Frankfurt/Main

(ladungsfähige Anschrift)

Tel. 069/79 50 10-0

Fax: 069/13 30 77-666

Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)

Heike Sandrock

Tel. 069/79 50 10-602

anzeigen@bund-verlag.de

Erscheint 6 x jährlich als Supplement

der Zeitschrift Arbeit und Recht.

Im Abonnementpreis der Zeitschrift

Arbeit und Recht enthalten.

Umschlag und Layout

Ute Weber, Geretsried

Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

Druck

DWS Marquart GmbH,

Saulgauer Str. 3, 88326 Aulendorf

Bezug Einbanddecken und Buchbindeservice

Tel. 02776/92288-0 oder

bund-verlag@schaefermedien.de

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge, Beilagen und Anzeigen geben nicht unbedingt die Meinung der Herausgeber, der Redaktion oder des Verlages wieder.

Alle in diesem Supplement veröffentlichten

Beiträge und Abbildungen sind

urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages.

We are one!

Zu seinem 80. Geburtstag gebührte dem Jubilar – bleibt man den großen Rechtstraditionen treu – keineswegs nur eine Festschrift, sondern eine große Oper.

Die Tradition wurde begründet von den justices (Richtern und Richterinnen am Obersten Gericht der Vereinigten Staaten) *Ruth Bader Ginsburg* und *Antonin Scalia* mit einem jungen Komponisten, Librettisten und Pianisten *Derrick Wang*.

Die verschiedenen Perspektiven der beiden Richter werden darin in Songs dargestellt und sind sehr kontrovers. Justice *Ginsburg* setzte sich nachdrücklich für die Gleichstellung der Geschlechter, gegen die Todesstrafe, gegen das Verbot gleichgeschlechtlicher Eheschließungen und für die Verfassungsmäßigkeit des Affordable Care Acts («Obamacare») ein.

Justice *Scalia* vertrat demgegenüber fast durchgängig die andere, konservative Position. Sie unterhielten gleichwohl einen öffentlich bekannten persönlich freundschaftlichen und respektvollen Umgang miteinander.

Während in der Oper zunächst die unterschiedlichen Überzeugungen gegenübergestellt werden, heißt es dann jedoch im Duett der beiden Darsteller »We are different, we are one«.

Ginsburg sieht das Einigende in dem Respekt zur Verfassung, dem amerikanischen Rechtssystem und dem Gerichtshof, dem sie dienen.¹

Seit mehr als 40 Jahren konnte ich in ungezählt vielen Einigungsstellen beobachten, wie geschickt der Jubilar auch in den höchst kontroversen Auseinandersetzungen immer wieder beide Parteien dazu aufrief, jedenfalls zu einer gemeinsamen Entscheidung in der zu bearbeitenden Streitfrage zu kommen, wie oft er, um dieses Ziel zu erreichen, jede Seite auch immer wieder vorsingen ließ, auch wenn oft genug die Nerven aller Beteiligten überangspannt waren, bis er dann mit allen gemeinsam ein einvernehmliches Ergebnis verkünden konnte.

Justice *Ginsburg* erklärt frei heraus, dass sie gern in dem Duett selbst singen würde, es aber nicht hinreichend gelernt habe, während anschließend *Scalia* selbstverständlich seine gesammelten musikalischen Meriten herausstellt.

Vom Jubilar weiß ich zu berichten, dass er Hervorragendes am Schifferklavier leistet, mag sein, dass er dabei auch wunderbar singt.

Leider bin ich nicht in der Lage, eine Oper, etwa mit dem Titel:

»Wir sind einigungsfähig, auch wenn wir Arbeitgeber und Betriebsräte sind«

allein zu verfertigen, aber ich versuche nachfolgend einmal, ein sehr juristisches Kunstwerk in die Einigungsstelle (natürlich unter Vorsitz von *Martin Bertzbach*) zu verlagern und mir vorzustellen, welches für alle Beteiligten besseres Ende diese schreckliche Auseinandersetzung genommen hätte, wäre nur *Martin Bertzbach* frühzeitig mit dem Streitgegenstand in der Einigungsstelle betraut worden.

Der Tatbestand:

Antonio benötigt ein Darlehen für *Bassiano* von 3000 Dukaten von *Shylock*, für das er bürgen will, stimmt dem letztlich mit folgenden Worten zu:

»Geht mit mir zum Notarius, da zeichnet
Mir Eure Schuldverschreibung und zum Spaß,
Wenn Ihr mir nicht auf den bestimmten Tag
An dem bestimmten Ort die und die Summe,
Wie der Vertrag nun lautet, wiederzahlt:
Lasst uns ein volles Pfund von Eurem Fleisch
Zur Buße setzen, das ich schneiden dürfe
Aus welchem Teil von Eurem Leib ich will.«²

Und *Antonio* antwortet:

»Es sei, aufs Wort!
Shylock:
So trifft mich gleich im Hause des Notarius
Gebt zu dem lustigen Schein ihm Anweisung:
Ich gehe, die Dukaten einzusacken.«

Der Hintergrund für diese Transaktion liegt darin, dass *Bassanio* um die reiche Erbin *Porzia* freien möchte und dafür dieses Geld benötigt. *Antonio* wird für ihn gegenüber

¹ Vgl. *Ruth Bader Ginsburg*, My own words, 7 The Scalia Ginsburg Opera, New York 2016, Simon & Schuster, e-book.

² Alle Zitate aus *Shakespeare*, Der Kaufmann von Venedig/The Merchant of Venice, übersetzt von August Wilhelm von Schlegel, e-artnow, 2014.

Shylock bürgen, da ihm augenblicklich keine flüssigen Mittel zur Verfügung stehen, sein ganzes Vermögen vielmehr in den Schiffen besteht, die sich augenblicklich auf hoher See befinden.

Alles geschieht, wie zwischen *Antonio* und *Shylock* vereinbart doch dann die Katastrophe, wie wir aus *Antonios* Brief erfahren:

»Lieber Bassanio! Meine Schiffe sind alle verunglückt, meine Gläubiger werden grausam [...] meine Verschreibung [...] ist verfallen, und da es unmöglich ist, dass ich lebe, wenn ich sie zahle, so sind alle Schulden zwischen mir und Euch berichtet. Wenn ich Euch nur bei meinem Tode sehen könnte [...].«

Und so scheint es sich abzuspielen:

»Antonio:

Ich bitte, hör mich reden.

Shylock:

Ich will den Schein, ich will nicht reden hören [...]

Und Antonio (denkt über den Dogen nach):

Der Doge kann des Rechtes Lauf nicht hemmen;

Denn die Bequemlichkeit, die Fremde finden

Hier in Venedig, wenn man sie versagt,

Setzt die Gerechtigkeit des Staats herab,

Weil der Gewinn und Handel dieser Stadt,

Beruht auf allen Völkern.

Gehen wir denn.«

Das ist der Tatbestand, soweit er uns überliefert wird. Daran schließt sich nun ein juristisch absolut unseliges Ränkespiel an, angeführt von der angeblich so edlen *Porzia*, die nämlich nicht hinnehmen will, was *Antonio* soeben selbst als Lauf des Rechts und nicht änderbar geschildert hat.

Sie lässt sich von ihrem rechtsgelehrten Onkel aus Padua, *Doktor Bellario*, nicht etwa eine Rechtsmeinung zu dem Fall zukommen, sondern seine Empfehlung für *Nerissa* und sich, als keckem, verkleidetem männlichem, jungem, adligem Juristen und dessen Assistent selbst Recht für den Dogen zu sprechen.

Ein unerhörter Fall von Täuschung und Anmaßung und äußerster Befangenheit. Die Verlobte des Schuldners schauspielert sich zum Mit-Richter über den Gläubiger.

Aber zurück zu unserer Einigungsstelle:

Gehen wir jetzt also davon aus, der Doge als absoluter Herrscher hätte selbst eine Einigungsstelle unter dem Vorsitz unseres Jubilars geduldet, ohne sich allerdings deren Spruch zu unterwerfen, weil so etwas bei Dogen nicht schicklich ist, wie auch bei manchen kecken Anwälten.

Was wäre zu erwarten gewesen?

Martin Bertzbach hätte als erstes die Verfahrensbevollmächtigten um ihre Vollmachten und die weiteren Beteiligten um ihre Legitimation ersucht und danach um eine Darstellung des jeweiligen Begehrens.

Die *Antonio*-Seite hätte sofort auf Zeit gespielt: Jeder Tag Verzögerung bedeutete schließlich in extremis, einen Tag länger zu leben. Das hätte seine Zeit gebraucht, zumal die bevollmächtigten Anwaltsbüros erstmal noch nicht die jeweiligen Chefs, sondern Associates geschickt hätten.

Nach ungefähr drei Wochen – lieber Leser: bis jetzt sehe ich selbst auch noch keinen Ansatz für mehr als eine längere Ouvertüre – läge vielleicht ein Schriftsatz von der *Shylock*-Seite vor, er habe einen notariellen Vertrag und wolle nichts als die Vollstreckung, die der Urkunde laut Schlussformulierung inhärent sei.

Darauf kam die Antwort der Gegenseite (wahrscheinlich doch von *Porzia* eingeflüstert): Der Vertrag sei nach venezianischem Recht unwirksam. (Das wäre jetzt, falls jemand die Oper schreiben wollte, eine großartige Arie mit vielfacher Wiederholung der beiden Seiten – wirksam/unwirksam, nichtig/notariell beurkundet.)

Sehr schwierig, fast unmöglich, hier zu einer Einigung zu kommen.

In solchen Fällen bittet *Martin Bertzbach* regelmäßig und auch hier um ein Gespräch ausschließlich mit den Anwälten. Hier kann man offener miteinander sprechen und das geschieht auch sehr schnell und direkt. »Ich habe ja keine Ahnung wie hier die Rechtslage wirklich ist, aber es ist doch klar, dass ich nicht zulassen werde, dass Antonio einfach umgelegt wird.«, führt er nach kurzer Zeit aus und beeilt sich angesichts der Wortmeldung von *Shylocks* Anwalt schnell hinzuzufügen »Klar ist aber auch, dass *Shylock* hier nicht als Verlierer vom Platz gehen soll, denn schließlich hat ja *Antonios* Notar den Vertrag erstellt, der nun unwirksam sein soll.

Die Juristen besprechen die Angelegenheit weiter, kommen aber zu keinem weiteren Ergebnis und gehen deshalb erst einmal gemeinsam essen (*natürlich in die Leiter, Anm. meiner Frau*).

In der nächsten förmlichen Sitzung der Einigungsstelle wird bereits berichtet, dass die weiteren Schiffe *Antonios* entgegen allen Annahmen mit reichem Gewinn wieder zurückgekommen sind und dieser also keineswegs verarmt ist. Er kann also die 3000 Dukaten zurückzahlen, da allerdings mehr als drei Monate vergangen sind, bleibt es dabei, dass *Shylock* vollstrecken kann.

Der Jubilar könnte dies als eine Art Wiederholung der Einigungsstelle »Dolores« verstehen, bei der der Arbeitgeber antrat mit dem Wunsch Tausende von Arbeitsplätzen abzubauen, dies in der Einigungsstelle über Wochen und Monate begründete mit dem Argument, er verdiene Geld in Dollareinnahmen, bezahle Kosten jedoch überwiegend in DM und gerate dadurch immer weiter in eine Schieflage, wenn er nicht massiv Kosten abbaue (**Do llar lo w res cue**). Die Einigungsstelle mit zum Teil mehr als 30 Betriebsräten dauerte lang genug, um sicher zu stellen, dass inzwischen der Dollar erheblich angezogen war und die geschätzte Zahl der zu produzierenden Produkte heftig zugenommen hatte, sodass man sich schließlich auf eine im Verhältnis zur ursprünglichen Planung sehr geringe Abbauzahl einigen konnte.

Zurück zur Einigungsstelle in Venedig:

Auf gemeinsamen Vorschlag aller Juristen (ausgedacht beim Abendessen) soll nun der Notarius einbestellt und gebeten werden, seine Rechtsauffassung zur Wirksamkeit des notariellen Vertrages darzulegen.

Dabei ist den Beteiligten bekannt, was *Porzia* als verkleideter Advokat erklärt hat, nämlich der Vertrag sei wirksam, er berechtere aber nicht, neben dem Pfund Fleisch etwa auch Blut zu vergießen und/oder etwa auch nur ein Gramm mehr Fleisch abzuschneiden. Indem *Shylock* den Vertrag einfordere, erhelle sich aus offenbarem Hergang auch, dass er auf Umwegen oder geradezu dem Leben eines Bürgers Venedig nachgestellt habe und daher hänge sein Leben an des Dogen Gnade.

In der Oper sollten jetzt erwartungsvoller Trommelwirbel erklingen. Die Zuhörer warten auf den Auftritt des Notarius bei der nächsten Sitzung der Einigungsstelle, die Trommeln verstummen, Zwölfonmusik taucht auf, der Notarius hat einen Boten geschickt.

Er wird nicht kommen, er teilt die Daten seiner venezianischen Rechtsschutz- und Haftpflichtversicherung mit. An diese möge man sich wenden, er fühle sich nicht berufen, weitere Aussagen zu machen.

Die Anwälte und Beisitzer auf *Shylocks* Seite stimmen ein furioses Geschrei an, weniger ein eingespielter Chor als eine empörte Enttäuschung, während der angebliche Einser-Jurist von der Gegenseite kurz danach ein Solo von sich gibt, bei dem immer wiederholt wird, er habe es vorausgesagt und die Einigungsstelle könne nur bitten, nie entscheiden, nicht verlangen, nur betteln, während

von einem Schifferklavier dazu zustimmende Töne zu hören sind.

In der Einigungsstelle reden nun alle gleichzeitig, der Vorsitzende spricht in den Lärm hinein: »Pause jetzt, in einer Stunde sehen wir uns wieder!«

In der Pause wird musikalisch angekündigt, dass etwas Wichtiges zu erwarten ist.

Es folgt die Rede des Vorsitzenden (musikalisch analog zum Komtur im Don Giovanni):

Jede Einigungsstelle muss zu einem Ergebnis führen, wenn die Parteien nichts vorschlagen, muss der Vorsitzende es tun. Dazu möchte ich noch einmal auf die misslungene Parodie einer rechtlichen Würdigung durch eine parteiliche Person, *Porzia*, zurückkommen. Ich zitiere:

»Shylock

Die Zeit geht hin; ich bitt Euch, kommt zum Spruch.

Porzia

Ein Pfund von dieses Kaufmanns Fleisch ist dein. Der Hof erkennt es, und das Recht erteilt es.

Shylock

O höchst gerechter Richter!

Porzia

Ihr müsst das Fleisch ihm schneiden aus der Brust:

Das Recht bewilligt' s, und der Hof erkennt es.

Shylock

O höchst gerechter Richter!

Na, ein Spruch!...

Porzia

Wart noch ein wenig: Eins ist noch zu merken! Die Worte sind ausdrücklich: ein Pfund Fleisch.

Nimm du dein Pfund Fleisch;

Allein vergießest du, indem du' s abschneidst,

nur einen Tropfen Christenblut, so fällt

dein Hab und Gut nach dem Gesetz Venedigs

dem Staat Venedigs heim

[...]

Shylock

Ist das Gesetz?

Porzia

Du sollst die Akte sehn.

Denn weil du dringst auf Recht, so sei gewiss:

Recht soll dir werden, mehr als du begehrst.

[...]

Shylock

Ich nehme das Erbieten denn:

Zahlt dreifach

Mir meinen Schein und lasst den Christen gehn.

Bassanio

Hier ist das Geld

Porzia

Halt!«

Der Vorsitzende fährt fort:

Wie aus diesem Dialog hervorgeht, will *Shylock* ausdrücklich nach Recht und Gesetz vorgehen und lässt sich nach Aufklärung über die Rechtslage auf den geringsten Vergleichsvorschlag, den die Gegenseite unterbreitet hatte, ein. Insoweit weise ich darauf hin, dass aus den Akten hervorgeht, dass außergerichtlich bis zum Zehnfachen des Darlehens angeboten und abgelehnt wurde.

Dass *Shylock* nicht zuvor bereits über die Rechtslage aufgeklärt wurde, liegt allein am fehlerhaften Verhalten des Notarius. Es kann davon ausgegangen werden, dass bei ordnungsgemäßer Erstellung der Urkunde im Beisein

aller Vertragsparteien und der Aufklärung des *Shylock* über die Folgen der Verwirklichung des Rechts auf das Pfund Fleisch wie sie *Porzia* dargelegt hat, eine Vergleichsregelung von vornherein vereinbart worden wäre.

Der Notarius ist nicht Mitglied der Einigungsstelle, soweit also *Antonio* und *Bassanio* auf diesen Vergleich eingehen – und *Shylock* selbstverständlich auch – können diese ihre Mehrkosten wahrscheinlich im Wege des Schadensersatzes vom Notarius herausverlangen.

Wer mit diesem Vorschlag einverstanden ist...

Der Vorsitzende wird übertönt von einem gewaltigen Chor mit dem Text

»We are different, we are one

We all like Martin Bertzbach.«

Die vollständige Oper wird zum 90. nachgereicht.

*Rechtsanwalt Wolfgang Apitzsch,
Frankfurt aM.**

* Partner von APITZSCH SCHMIDT KLEBE Rechtsanwälte GbR, Frankfurt aM.

Betriebsverfassungsrechtliche Normen auf Grundlage arbeitsvertraglicher Regelungen?

Waldemar Reinfelder, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht, Erfurt*

Viele Tarifverträge enthalten betriebsverfassungsrechtliche Normen. Diese bilden wichtige Rahmenbedingungen für die Arbeit von betrieblichen Einigungsstellen, wie sie vielfach von Martin Bertzbach als Vorsitzendem geleitet wurden. Der Beitrag macht unter Hinweis auf Rechtsprechung des 4. Senats¹ deutlich, dass solche betriebsverfassungsrechtlichen Normen nicht auf Grundlage arbeitsvertraglicher Regelungen – insbesondere der arbeitsvertraglichen Inbezugnahme von Tarifverträgen – Geltung erlangen können.

I. Betriebsverfassungsrechtliche Normen

Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Tätigkeit der Betriebsräte hat der Gesetzgeber mit dem BetrVG geschaffen. Daneben können aber – wie sich aus § 1 Abs. 1 und § 3 Abs. 2 TVG ergibt – auch Tarifverträge neben Inhaltsnormen, Abschluss- oder Beendigungsnormen Rechtsnormen über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen enthalten. Der Gesetzgeber hat damit den Tarifparteien ausdrücklich die Kompetenz vermittelt, ihrerseits verbindliche Regelungen für die Betriebsparteien zu schaffen. Betriebsverfassungsrechtliche Normen sind solche, die sich auf Einrichtung und Organisation der Betriebsvertretung und deren Befugnisse und Rechte beziehen.² Dabei ist grundsätzlich auch die Erweiterung von (Mitbestimmungs-)Rechten des Betriebsrats durch Tarifverträge zulässig.³

Anders als bei Inhalts-, Abschluss oder Beendigungsnormen, die die beiderseitige Tarifgebundenheit nach § 3 Abs. 1 TVG voraussetzen, genügt zur Geltung von betriebsverfassungsrechtlichen Normen nach § 3 Abs. 2 TVG die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers.⁴ Dies gilt unabhängig davon, ob der Arbeitgeber selbst tarifvertragsschließende Partei ist («Haustarifvertrag») oder die Tarifgebundenheit als Verbandsmitglied besteht (Flächen- oder unternehmensbezogener Verbandstarifvertrag). Im Betrieb des tarifgebundenen Arbeitgebers gelten die

betriebsverfassungsrechtlichen Normen also verbindlich, unabhängig davon, ob auf Seiten der Arbeitnehmer ihrerseits eine Tarifgebundenheit durch die Mitgliedschaft in der tarifvertragsschließenden Gewerkschaft vorliegt. Die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers ist für die Geltung der betriebsverfassungsrechtlichen Normen (nur) verzichtbar, wenn der Tarifvertrag nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt wurde.

II. Der Ausgangsfall

Die Tarifvertragsparteien der Metall- und Elektroindustrie NRW hatten im Jahr 2018 einen Tarifvertrag Tarifliches Zusatzgeld (TV T-ZUG) vereinbart, der erstmals ab dem Jahr 2019 eine zusätzliche Einmalzahlung, bestehend aus zwei Komponenten, vorsieht. Nach Maßgabe von § 25 des einschlägigen Manteltarifvertrags sind die Beschäftigten unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt, statt des Tariflichen Zusatzgeldes (A) acht bezahlte Freistellungstage pro Jahr zu verlangen. Ein entsprechender Antrag muss bis zum 31. Oktober des Vorjahres gestellt werden. Da dies – bei entsprechender Inanspruchnahme durch die Beschäftigten – zu einem Wegfall von Arbeitsvolumen führt, sieht § 25.4 MTV vor, dass Betriebsrat und Arbeitgeber jeweils

* Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Autors wieder.

1 BAG, 20.1.2021 – 4 AZR 283/20 – NZA 2021, 792; vgl. dazu umfassend Greiner, ZFA 2022, 270 und Kleinebrink, DB 2022, 189; insgesamt abl. Schwarze, Anm. zu AP Nr. 257 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie.

2 Franzen, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl., München 2023, TVG § 1 Rn. 48.

3 St. Rspr., vgl. zB. BAG, 23.4.2009 – 6 AZR 263/08 – NZA 2009, 915, Rn. 12 mwN. = AuR 2009, 281 (zum Zustimmungserfordernis des Betriebsrats zu Kündigungen); BAG, 9.5.1995 – 1 ABR 56/94 – NZA 1996, 156 zu BI2d der Gründe (zu Mitbestimmungsrechten in sozialen Angelegenheiten); Kleinebrink, DB 2022, 189.

4 So schon BAG, 5.9.1990 – 4 AZR 59/90 – NZA 1991, 202; vgl. Oetker, in: Wiedemann (Hrsg.), TVG, 9. Aufl., München 2023, § 3 Rn. 181 f. mwN.

bis zum Ende des Vorjahres anhand der vorliegenden Anträge zu erörtern haben, wie das entfallende Arbeitsvolumen qualifikationsgerecht betriebsintern ausgeglichen werden kann. Dabei sind die Betriebsparteien berechtigt, ggf. eine Reihenfolge der Antragsteller festzulegen, wenn eine vollständige Realisierung nicht für alle Anspruchsteller möglich ist. Kommt keine Einigung zustande und kann das entfallende Arbeitsvolumen nicht mit der entsprechenden Qualifikation betriebsintern kompensiert werden, kann der Arbeitgeber nach § 25.5 Abs. 3 S. 2 MTV Anträge der Arbeitnehmer ablehnen, die dann »nur« einen Anspruch auf das Zusatzgeld haben.

Die Beklagte des Ausgangsverfahrens war zwar im Streitzeitraum Mitglied des tarifvertragsschließenden Arbeitgeberverbandes, bereits seit dem Jahr 2008 aber nur noch im Rahmen einer OT-Mitgliedschaft.⁵ Der im Jahre 2007 abgeschlossene Arbeitsvertrag der Parteien (also ein sog. Neuvertrag)⁶ enthält eine Verweisung auf die Tarifverträge der Metall- und Elektroindustrie NRW in ihrer jeweils gültigen Fassung – und damit auch auf die tariflichen Bestimmungen im TV T-ZUG über das Zusatzgeld und im MTV über die Freistellungstage.⁷ Der Kläger erfüllte für das Jahr 2019 die tariflichen Anspruchsvoraussetzungen und beantragte die Gewährung von Freistellungstagen. Die Beklagte lehnte eine Gewährung – soweit hier von Interesse – mit der Begründung ab, eine qualifikationsgerechte innerbetriebliche Kompensation der ausfallenden Arbeitszeit sei nicht möglich. Deshalb sei sie nach § 25.5. Abs. 3 S. 2 MTV unabhängig von einer Beteiligung des im Betrieb bestehenden Betriebsrats individualrechtlich zur Ablehnung berechtigt. Mit dieser Argumentation hatte die Beklagte vor dem BAG keinen Erfolg.

III. Arbeitsvertrag und betriebsverfassungsrechtliche Normen

1. Rechtsnatur arbeitsvertraglicher Bezugnahmeregelungen

Arbeitsvertragliche Bestimmungen sind Ausfluss der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien (vgl. § 105 S. 1 GewO) und wirken ausschließlich schuldrechtlich. Dies gilt nach ständiger Rechtsprechung auch dann, wenn im Arbeitsvertrag Tarifverträge in Bezug genommen werden und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine nur teilweise oder eine

vollständige (dynamische) Verweisungsklausel handelt. Zwar sind arbeitsvertraglich vollständig in Bezug genommene Tarifverträge – anders als die Bezugnahmeklausel selbst⁸ – nach § 310 Abs. 4 BGB von der AGB-Kontrolle ausgenommen und sie unterliegen anderen Auslegungsgrundsätzen.⁹ Das ändert aber nichts an ihrem Charakter als bloße Vertragsnormen. Die arbeitsvertragliche Inbezugnahme eines Tarifvertrags führt nicht zu dessen tarifrechtlicher Geltung, sondern es handelt sich um eine einzelvertragliche Regelung von Arbeitsbedingungen.¹⁰

2. Fehlende Kompetenz zur Schaffung betriebsverfassungsrechtlicher Normen

Die Tarifvertragsparteien sind – wie dargelegt – kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung berechtigt, betriebsverfassungsrechtliche Normen zu schaffen, die bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen (§ 3 Abs. 2 TVG oder § 5 TVG) unmittelbar und zwingend wirken (vgl. oben I). Eine Schaffung von betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen im Wege des Einzelarbeitsvertrags scheidet hingegen mangels gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage aus.¹¹ Den Arbeitsvertragsparteien

5 Zur Zulässigkeit der OT-Mitgliedschaft vgl. BAG, 4.6.2008 – 4 AZR 419/07 – NZA 2009, 1366, Rn. 25 ff. = AuR 2009, 60.

6 Vgl. zB. BAG, 20.6.2018 – 4 AZR 371/15 – juris, Rn. 30.

7 Ob auch diese Bestimmungen von der Inbezugnahme erfasst sind, wurde von der Beklagten in Frage gestellt, ist aber vom 4. Senat bejaht worden (BAG, 20.1.2021 – 4 AZR 283/20 – NZA 2021, 792, Rn. 14 ff.; vgl. dazu auch Greiner, ZFA 2022, 270, 272); hierauf soll an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden.

8 Vgl. zB. BAG, 2.6.2021 – 4 AZR 387/20 – NZA 2021, 1346 Rn. 12 ff. (Unklarheitenregel); BAG, 26.10.2016 – 7 AZR 140/15 – NZA 2017, 463, Rn. 39 = AuR 2016, 525 (Einbeziehungs- und Transparenzkontrolle).

9 St. Rspr., zuletzt zB. BAG, 3.7.2019 – 10 AZR 300/18 – NZA 2019, 1440, Rn. 14 = AuR 2019, 531; zur Frage, welche Folge die Entscheidung des 4. Senats insoweit haben könnte, vgl. einerseits Kleinebrink, DB 2022, 189, 191 und andererseits Greiner, ZFA 2022, 270, 276.

10 Vgl. zB. BAG, 22.10.2008 – 4 AZR 784/07 – NZA 2009, 151, Rn. 34 mwN. = AuR 2009, 102.

11 BAG, 20.1.2021 – 4 AZR 283/20 – NZA 2021, 792, Rn. 26; BAG, 23.4.2009 – 6 AZR 263/08 – NZA 2009, 915, Rn. 10 ff. (zum Zustimmungserfordernis des Betriebsrats zur Kündigung; ebenso Rinck, in: Bader/Fischermeier/Gallner ua. (Hrsg.), KR, 13. Aufl., Hürth 2022, § 102 BetrVG Rn. 325; insoweit aA. Thüsing, in: Richardi (Hrsg.), BetrVG, 17. Aufl., München 2022, § 102 Rn. 294); Klebe, in: Deinert/Klebe/Wedde (Hrsg.), BetrVG, 18. Aufl., Frankfurt aM. 2022, § 87 Rn. 45; Fitting (Begr.), BetrVG, 31. Aufl., München 2022, § 87 Rn. 6; Henssler, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), 10. Aufl., Köln 2022 (im Folgenden: HWK), § 3 TVG Rn. 21a; Wiese, in: Wiese/Kreutz/Oetker (Hrsg.), GK-BetrVG, 12. Aufl., München 2022, § 87 Rn. 10; wohl auch Lorenz, in: Däubler (Hrsg.), TVG, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, § 3 Rn. 244; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl., München 2017, § 3 Rn. 522 »nur Individualnormen oder Individualregelungen«.

fehlt die Regelungskompetenz für die Schaffung solcher Normen; arbeitsvertraglich vereinbarte betriebsverfassungsrechtliche Regelungen sind deshalb nichtig (§ 134 BGB).¹² Durch diese wird in das gesetzlich geregelte System der Kompetenzverteilung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat eingegriffen, ohne dass dies vom BetrVG oder auf anderer gesetzlicher Grundlage zugelassen wäre.¹³ Dabei ist unerheblich, ob die Arbeitsvertragsparteien selbst unmittelbar entsprechende Regelungen treffen – wie die Vereinbarung des Zustimmungserfordernisses des Betriebsrats zu einer Kündigung¹⁴ – oder ob wie hier im Wege einer umfassenden Verweisklausel auch betriebsverfassungsrechtliche Normen eines Tarifvertrags in Bezug genommen werden. Diese würden Inhalt des Arbeitsvertrags, ohne dass die Arbeitsvertragsparteien die Kompetenz zur Schaffung von Rechten oder Pflichten der betriebsverfassungsrechtlichen Organe hätten. Eine solche Rechtsfolge schließt das BetrVG aus. Deshalb hilft es auch nicht weiter, wenn man als Aufgabe des Betriebsrats die »Tarifhilfe«, also die Unterstützung der Tarifvertragsparteien bei der Durchsetzung und Umsetzung tariflicher Regeln ansieht.¹⁵ Auch dies würde voraussetzen, dass die von den Tarifvertragsparteien geschaffenen betriebsverfassungsrechtlichen Normen normativ im Betrieb gelten. Dies ist beim nicht tarifgebundenen Arbeitgeber nicht der Fall. Die Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien ist hingegen insoweit begrenzt. Individualrechtliche Ansprüche können daraus nicht entstehen.¹⁶ Dabei kommt es auch nicht darauf an, welche Bedeutung die betriebsverfassungsrechtlichen Komponenten gegenüber den Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen im Tarifgefüge haben, ob sie also etwa nachrangig sind. Unabhängig davon, wie eine solche Nachrangigkeit zu bestimmen wäre, erlaubt das BetrVG den Arbeitsvertragsparteien die Vereinbarung betriebsverfassungsrechtlicher Regelungen generell nicht, unabhängig davon, ob diese gegenüber den Inhaltsnormen etwa von geringerer Bedeutung sein könnten.

3. Rechtsfolgen für das Arbeitsverhältnis

Die fehlende Befugnis der Arbeitsvertragsparteien führt weder zu einer Gesamtnichtigkeit des Arbeitsvertrags noch der Bezugnahmeklausel; vielmehr beschränkt sich diese Rechtsfolge auf die Unwirksamkeit

der Inbezugnahme betriebsverfassungsrechtlicher Normen. Diese kann keine Wirkung entfalten, die betriebsverfassungsrechtlichen Normen werden nicht Vertragsbestandteil. Die Nichtigkeit einzelner Vertragsbestimmungen führt entgegen § 139 BGB aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes regelmäßig nicht zur Gesamtnichtigkeit des Arbeitsvertrags.¹⁷ Gleiches gilt im Hinblick auf die Bezugnahmeklausel selbst. Diese hat den Zweck, den Inhalt des Arbeitsverhältnisses umfassend zu gestalten. Dieser Zweck würde im Fall einer Gesamtnichtigkeit der Bezugnahmeklausel verfehlt. Dem mit der Inbezugnahme eines Tarifvertrags ausgedrückten Willen der Vertragsparteien kann deshalb am ehestens entsprochen werden, wenn die Bezugnahmeklausel im Hinblick auf die zulässigerweise in Bezug genommenen Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen aufrechterhalten bleibt.¹⁸ Einer weitergehenden Unwirksamkeit bedarf es auch im Hinblick auf den Schutz der durch das BetrVG und ggf. tarifvertragliche Regelungen gestalteten kollektiven Ordnung vor Eingriffen durch individualrechtliche Vereinbarungen nicht.¹⁹

Im Ausgangsfall führt diese Annahme zu dem Ergebnis, dass § 25.5 MTV als betriebsverfassungsrechtliche Norm²⁰ nicht wirksam in Bezug genommen wurde und deshalb keine Wirkung im Einzelarbeitsverhältnis erlangen kann. Da in dieser Tarifnorm das betriebsverfassungsrechtliche Verfahren über die Notwendigkeit einer qualifikationsentsprechenden Kompensation des ausfallenden Arbeitsvolumens untrennbar mit dem ggf. bestehenden individuellen Ablehnungsrecht des Arbeitgebers

12 Kritisch zu dieser Rechtsfolge wegen des Fehlens einer Verbotsnorm Greiner, ZFA 2022, 270, 274 f.

13 BAG, 23.4.2009 – 6 AZR 263/08 – NZA 2009, 915, Rn. 10, 15.

14 So die Konstellation in BAG, 23.4.2009 – 6 AZR 263/08 – NZA 2009, 915 ff.

15 So Schwarze, Anm. zu AP Nr. 257 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie.

16 BAG, 12.6.2013 – 4 AZR 970/11 – NZA-RR 2014, 76, Rn. 32.

17 BAG, 20.1.2021 – 4 AZR 283/20 – NZA 2021, 792, Rn. 29 mwN.

18 BAG, 20.1.2021 – 4 AZR 283/20 – NZA 2021, 792, Rn. 30 ff.; zustimmend HWK-Henssler (Fn. 11), § 3 TVG Rn. 21a.

19 BAG, 20.1.2021 – 4 AZR 283/20 – NZA 2021, 792, Rn. 32.

20 Kritisch zu diesem Verständnis Schwarze, Anm. zu AP Nr. 257 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie. »Teil-Delegation der Befugnis zur Setzung einer Inhaltsnorm auf die Betriebsparteien«.

verknüpft ist,²¹ scheidet ein solches für den nicht tarifgebundenen Arbeitgeber aus.²² Bei den anspruchsbegründenden Normteilen handelt es sich hingegen um klassische Inhaltsnormen, deren Inbezugnahme unberührt bleibt.²³ Im Zusammenhang mit der Erörterung einer vom Arbeitgeber begehrten ergänzenden Vertragsauslegung²⁴ weist der 4. Senat zunächst darauf hin, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrags schon wegen der damals bestehenden Tarifgebundenheit der Beklagten keine Lücke bestanden habe. Unabhängig davon weise der Vertrag durch den Wegfall der Bezugnahme auf die betriebsverfassungsrechtliche Norm keine so schwerwiegende Lücke auf, dass der Zweck einer inhaltlichen Gestaltung des Arbeitsverhältnisses verfehlt und einem angemessenen Interessenausgleich nicht mehr entsprochen würde.²⁵

4. Bewertung und Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers

Einen Ausweg aus dieser aus Sicht des nicht tarifgebundenen Arbeitgebers durchaus misslichen Lage, einerseits auf vertraglicher Ebene an die anspruchsgewährenden Inhaltsnormen gebunden zu sein, andererseits aber nicht die von den Tarifvertragsparteien vereinbarten betriebsverfassungsrechtlichen Ausgleichsmechanismen nutzen zu können,²⁶ bietet das TVG: Der Arbeitgeber kann einseitig und unmittelbar durch Eintritt in den Arbeitgeberverband – bzw. durch Umwandlung der OT-Mitgliedschaft in eine ordentliche Mitgliedschaft – die Geltung der betriebsverfassungsrechtlichen Normen des Tarifvertrags nach § 3 Abs. 2 TVG herbeiführen. Weder braucht er dazu die Zustimmung der Arbeitnehmer noch kommt es auf deren etwaige Tarifgebundenheit an. Natürlich könnte auch versucht werden, eine Änderung der betroffenen Arbeitsverträge herbeizuführen und ein Ablehnungsrecht des Arbeitgebers zu vereinbaren. Dazu braucht es aber in jedem Einzelfall die Zustimmung des Vertragspartners oder es muss der steinige – und in einer solchen Konstellation wohl kaum erfolgversprechende – Weg einer betriebsbedingten Änderungskündigung²⁷ gegangen werden. Dies mag ein Anreiz für Arbeitgeber sein, (wieder) Verbandsmitglied zu werden²⁸ – zu einem unzulässigen Druck, dem

Arbeitgeberverband beizutreten, führt diese Rechtsprechung aber nicht. Vielmehr ist die Unwirksamkeit solcher vertraglich in Bezug genommener betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen schlicht die Folge der fehlenden Kompetenz der Arbeitsvertragsparteien zur Schaffung solcher Regelungen. Deshalb geht es rechtlich auch nicht um eine »Besserstellung« der Arbeitnehmer im Betrieb eines nicht tarifgebundenen Arbeitgebers²⁹ – auch betriebsverfassungsrechtliche Normen, die zugunsten der Arbeitnehmer wirken würden, können nicht wirksam in Bezug genommen werden.³⁰

Auf einige wichtige Aspekte ist noch hinzuweisen: Die rechtliche Situation beim tarifungebundenen Arbeitgeber ist nicht mit derjenigen beim tarifgebundenen Arbeitgeber, bei dem kein Betriebsrat gewählt wurde, gleichzusetzen. In einem solchen Unternehmen gelten die betriebsverfassungsrechtlichen Normen kraft Tarifgebundenheit des Arbeitgebers unmittelbar und zwingend, es fehlt allerdings mit dem Betriebsrat der Verhandlungspartner auf Arbeitnehmerseite. Der 4. Senat hat deshalb ausdrücklich offengelassen, wie ein solcher Fall im Hinblick auf das Ablehnungsrecht nach § 25.5 MTV zu behandeln wäre.³¹ Gleiches gilt generell für die Beantwortung der Frage, ob und ggf. wie mit in betriebsverfassungsrechtlichen Normen verknüpfte Rechte von Arbeitnehmern und/oder

21 Kritisch zu dieser Annahme Greiner, ZFA 2022, 270, 277 f.

22 Anders Kaufmann, EWiR 2021, 442, 444: Eine Tarifauslegung »mit dem Ergebnis eines einseitigen Ablehnungsrechts des Arbeitgebers gebunden an die tariflichen Realisierungs-Kriterien« sei zu befürworten – ohne allerdings aufzuzeigen, wie das nach gängigen Auslegungsmethoden möglich wäre.

23 BAG 20.1.2021 – 4 AZR 283/20 – NZA 2021, 792, 35 ff.

24 Vgl. zu den Voraussetzungen BAG, 12.12.2018 – 4 AZR 123/18 – NZA 2019, 1723, Rn. 24 f. = AuR 2019, 243.

25 BAG, 20.1.2021 – 4 AZR 283/20 – NZA 2021, 792, Rn. 42 ff.

26 Greiner, ZFA 270, 277: »Faktische Differenzierungsklausel auf Arbeitgeberseite«.

27 Vgl. zu den Voraussetzungen zuletzt zB. BAG, 2.3.2017 – 2 AZR 546/16 – NZA 2017, 905, Rn. 19 mwN. = AuR 2017, 312.

28 Zutreffend Kleinebrink, DB 2022, 189, 193.

29 So aber Mues, ArbRB 2021, 166.

30 Zutreffend Greiner, ZFA 2022, 270, 279.

31 BAG, 20.1.2021 – 4 AZR 283/20 – NZA 2021, 792, Rn. 39; vgl. Greiner, ZFA 270, 280 f.

Arbeitgebern bei Fehlen eines Betriebsrats im tarifgebundenen Betrieb zur Geltung gebracht werden können. Schließlich ist kein Thema der Entscheidung, wie die Situation bei Betriebsnormen iSv. §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 2 TVG zu werten ist.³²

IV. Fazit

Die Kompetenz zur Schaffung betriebsverfassungsrechtlicher Normen liegt beim Gesetzgeber und – vermittelt über § 1 Abs. 1 TVG – bei den Tarifvertragsparteien. Im letztgenannten Fall genügt nach § 3 Abs. 2 TVG die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers für deren Geltung,

soweit der Tarifvertrag nicht bereits nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt wurde. Den Arbeitsvertragsparteien ist die Schaffung betriebsverfassungsrechtlicher Normen hingegen verwehrt. Dies gilt auch dann, wenn Tarifverträge, die solche betriebsverfassungsrechtlichen Normen enthalten, arbeitsvertraglich vollständig in Bezug genommen werden. Entsprechende arbeitsvertragliche Regelungen sind insoweit nichtig und können die Geltung der betriebsverfassungsrechtlichen Normen nicht vermitteln.

³² Vgl. dazu Greiner, ZFA 2022, 270, 279.

Betriebsvereinbarung und Anscheinsvollmacht – ein Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung

Dr. Ursula Rinck, Richterin am Bundesarbeitsgericht, Erfurt

Die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat werden sowohl durch die ausdrücklich im Betriebsverfassungsgesetz geregelten Rechte und Pflichten als auch durch wechselseitige Rücksichtnahmepflichten bestimmt. Solche ergeben sich insbesondere aus § 2 Abs. 1 BetrVG.¹ Wer kennt die Notwendigkeit, sich im betrieblichen Alltag immer wieder auf diesen Grundsatz rückbesinnen zu müssen, besser als der Jubilar? Als langjähriger und erfahrener Einigungsstellenvorsitzender hat er es stets vermocht, auch in mitunter sehr schwierigen Situationen mit den Betriebsparteien allseits akzeptierte betriebliche Lösungen zu erarbeiten.

I. Vertrauensvolle Zusammenarbeit

Der in § 2 Abs. 1 BetrVG verankerte Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit konkretisiert den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben für das Betriebsverfassungsrecht.² Er ist Maßstab dafür, wie die Betriebsparteien ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten wahrzunehmen und auszuüben haben.³ Aus dem Gebot, auf die Interessen der jeweils anderen Betriebspartei Bedacht zu nehmen, können sich auch Nebenpflichten der Betriebsparteien ergeben. Zwar betrifft das Gebot nur das Verhältnis von Arbeitgeber und Betriebsrat, nicht hingegen dasjenige zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Da die Betriebsparteien aber ebenfalls befugt sind, durch den Abschluss von Betriebsvereinbarungen normatives Recht zu setzen, können sich die vom Betriebsrat zu berücksichtigenden Interessen des Arbeitgebers auch aus dessen Verhältnis zu den Arbeitnehmern ergeben. Dies wird besonders an dem Beispiel deutlich, dass eine Betriebsvereinbarung mangels eines (ordnungsgemäß zustande gekommenen) Betriebsratsbeschlusses unwirksam ist.

II. Schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers im Zusammenhang mit dem Abschluss von Betriebsvereinbarungen

1. Betriebsverfassungsrechtliche Pflichten

Nach § 77 Abs. 1 BetrVG ist der Arbeitgeber verpflichtet, zwischen ihm und dem Betriebsrat getroffene Vereinbarungen durchzuführen, dh. er muss sie im Betrieb und damit auf die Arbeitsverhältnisse der von ihnen betroffenen Arbeitnehmer anwenden.⁴ Betriebsvereinbarungen gestalten nicht nur das Verhältnis der Betriebsparteien untereinander, sondern gelten nach § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG zudem unmittelbar und zwingend für die einzelnen Arbeitsverhältnisse und setzen damit betriebliches Recht. Deshalb hat der Arbeitgeber ein berechtigtes und schutzwürdiges Interesse zu wissen, ob eine vom Betriebsratsvorsitzenden abgegebene Erklärung zum Abschluss einer Betriebsvereinbarung auf einem (wirksamen) Beschluss des Gremiums beruht.

2. Zivilprozessuale Pflichten

Aufgrund der normativen Wirkung von Betriebsvereinbarungen kann es dem Arbeitgeber im Rahmen eines Rechtsstreits mit einem Arbeitnehmer nach den allgemeinen Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast obliegen, die

1 BAG, 8.2.2022 – 1 AZR 233/21 – AP Nr. 124 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 41.

2 BAG, 19.11.2019 – 7 ABR 52/17 – NZA 2020, 727, 729, Rn. 30 mwN.; zu Fallgruppen Preis, FS Ingrid Schmidt, 2021, S. 413, 420 ff.; zu Beispielen aus der Rechtsprechung sh. *Worzalla*, FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, S. 843, 847 ff.

3 BAG, 8.2.2022 – 1 AZR 233/21 – AP Nr. 124 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 41 mwN.

4 Vgl. zB. BAG, 18.5.2010 – 1 ABR 6/09 – BAGE 134, 249, Rn. 16 mwN.

Wirksamkeit einer Betriebsvereinbarung – etwa einer die Entgeltgrundsätze verschlechternden Betriebsvereinbarung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG oder einer Betriebsvereinbarung im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung – darzulegen und zu beweisen. Da der klagende Arbeitnehmer regelmäßig keine Kenntnis von der Beschlussfassung des Betriebsrats hat, kann er mit Nichtwissen (§ 138 Abs. 4 ZPO) bestreiten, dass ein Beschluss gefasst worden ist. Der in Anspruch genommene Arbeitgeber ist dann – ohne Rücksicht auf die seit Abschluss der Betriebsvereinbarung verstrichene Zeit – gehalten, hierzu nähere Angaben zu machen. Aber auch er hat typischerweise keine weiteren Kenntnisse über die Beschlussfassung des Betriebsrats. Für ihn besteht dabei die Gefahr, dass er sich die Informationen aufgrund Zeitablaufs nicht mehr verschaffen kann, weil die Sitzungsniederschrift trotz der Erstellungs- und Aufbewahrungspflicht⁵ beim Betriebsrat nicht (mehr) vorhanden und entsprechende Auskünfte von diesem aufgrund personeller Veränderungen nicht mehr zu erlangen sind.⁶ Zivilprozessuale Erleichterungen der Beweisführung stehen ihm nicht zur Verfügung. Eine Vermutung iSv. § 292 ZPO, nach der der Betriebsratsvorsitzende auf der Grundlage und im Rahmen eines ordnungsgemäßen Beschlusses gehandelt hat, lässt sich dem Gesetz, insbesondere § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG, nicht entnehmen.⁷ Auch eine tatsächliche Vermutung dafür, dass das Verhalten des Betriebsratsvorsitzenden stets von einem wirksamen Beschluss des Gremiums gedeckt wäre, kann nicht angenommen werden.⁸

III. Keine Anwendung von Rechtsscheinsgrundsätzen

Diese schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers gebieten nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gleichwohl nicht die Anwendung von Rechtsscheinsgrundsätzen auf den Fall, dass der Unterzeichnung einer Betriebsvereinbarung durch den Betriebsratsvorsitzenden kein Beschluss des Gremiums zugrunde liegt.⁹ Eine Anscheinsvollmacht setzt voraus, dass der Vertretene das Handeln des Scheinvertreters nicht kennt, es jedoch bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können und die andere Vertragspartei darauf vertraut hat oder vertrauen durfte, der Vertretene kenne und billige das Handeln des Vertreters.¹⁰ Ist das der Fall, wird die vom Scheinvertreter im Namen des Vertretenen

abgegebene Willenserklärung dem Vertretenen zugeordnet.¹¹ Diese Rechtsgrundsätze können schon deshalb nicht auf das Verhältnis zwischen dem Betriebsrat und seinem Vorsitzenden übertragen werden, weil der Vorsitzende das Gremium nach § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG nur im Rahmen der von ihm gefassten Beschlüsse vertritt. Er gibt lediglich Erklärungen für den Betriebsrat ab und trifft nicht an dessen Stelle selbst Entscheidungen.¹² Im Gegensatz zu einem rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Vertreter erfolgt keine Vertretung im Willen, sondern lediglich in der Erklärung.¹³ Nur in den ihm im Gesetz ausdrücklich zugewiesenen Fällen steht dem Betriebsratsvorsitzenden eine eigene Entscheidungsbefugnis zu.¹⁴ Im Übrigen ist eine Beschlussfassung des Gremiums erforderlich.¹⁵ Die gesetzlich vorgesehene Verknüpfung der Willensbildung im Betriebsrat mit der – lediglich diesen Willen äußernden – Erklärung des Vorsitzenden steht einer unmittelbaren Anwendung der Grundsätze über die Anscheinsvollmacht entgegen.¹⁶ Diese Gesichtspunkte sprechen auch dagegen, dem Betriebsrat das Handeln seines Vorsitzenden nach den Grundsätzen der Duldungsvollmacht zuzurechnen.¹⁷

Mit Blick auf die Rechtsnatur von Betriebsvereinbarungen kommt auch eine entsprechende Anwendung von

5 Vgl. BAG, 30.9.2014 – 1 ABR 32/13 – BAGE 149, 182, Rn. 43 mwN.

6 Vgl. BAG, 8.2.2022 – 1 AZR 233/21 – AP Nr. 124 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 42.

7 Raab, ZFA 2022, 149, 161; Nause, FS Etzel, 2011, S. 271, 279; vgl. auch Tillmanns, FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, S. 745, 753.

8 Ausf. Raab, ZFA 2022, 149, 161 ff.; Nause, FS Etzel 2011, S. 271, 279; offengelassen in BAG, 9.12.2014 – 1 ABR 19/13 – BAGE 150, 132, Rn. 17; zweifelnd BAG, 19.1.2005 – 7 ABR 24/04 – juris; für eine solche Vermutung noch BAG, 19.3.2003 – 7 ABR 15/02 – BAGE 105, 311 mwN.

9 BAG, 8.2.2022 – 1 AZR 233/21 – AP Nr. 124 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 43 ff.; aA. Gaul/Brungs, ArbRB 2019, 47, 49; Wietfeld, ZFA 2022, 72, 98 f.

10 Vgl. zB. BAG, 28.9.2016 – 7 AZR 377/14 – AP Nr. 9 zu § 15 TzBfG, Rn. 26 mwN.; BAG, 23.2.2017 – 6 AZR 665/15 – BAGE 158, 214, Rn. 45; BGH, 6.4.2017 – III ZR 368/16 – BGHZ 214, 324, Rn. 35 mwN.

11 BAG, 8.2.2022 – 1 AZR 233/21 – AP Nr. 124 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 25.

12 Vgl. BAG, 19.3.2003 – 7 ABR 15/02 – BAGE 105, 311 mwN.

13 Sh. bereits die Gesetzesmaterialien zum BetrVG 1952, BT-Drs. I/3585, S. 7; st. Rspr., vgl. etwa BAG, 19.3.2003 – 7 ABR 15/02 – BAGE 105, 311 mwN.; BAG, 21.2.2002 – 2 AZR 581/00 – juris; diff. Raab, ZFA 2022, 149, 153.

14 Vgl. Fitting (Begr.), BetrVG, 31. Aufl., München 2022, § 26 Rn. 22.

15 Vgl. auch Schubert, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., München 2021 (im Folgenden: MÜKoBGB), § 164 Rn. 76.

16 BAG, 8.2.2022 – 1 AZR 233/21 – AP Nr. 124 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 27.

17 AA. Corzelius, NZA 2022, 1582, 1583; Krois, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 2021 § 293 Rn. 26.

Rechtsscheinsgrundsätzen nicht in Betracht. Betriebsvereinbarungen wirken kraft gesetzlicher Anordnung (§ 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG) unmittelbar und zwingend gegenüber den Normadressaten. Sie sind also Akte privater Rechtsetzung. Deshalb müssen Beeinträchtigungen verfassungsrechtlich geschützter Rechtspositionen der Arbeitnehmer, die durch ihre Regelungen bewirkt werden, demokratisch legitimiert sein. Die Rechtsgrundlage hierfür bildet das Betriebsverfassungsgesetz, das den Betriebsparteien die Aufgabe zuweist, einen bestimmten Bereich nach näheren Maßgaben im Wege der Selbstverwaltung autonom zu regeln.¹⁸ Diese Rechtsetzungsbefugnis erfordert aber eine Willensbildung des Gremiums, die den demokratischen Grundprinzipien gerecht wird und die vom Betriebsverfassungsgesetz vorgegebenen Binnenschranken einhält. Das schließt eine betriebliche Rechtsetzung aufgrund Anscheinsvollmacht des Betriebsratsvorsitzenden aus.¹⁹ Die bloße Veranlassung eines Rechtsscheins durch den Betriebsrat oder seine Mitglieder ist keine demokratisch legitimierte Grundlage für die Geltung betrieblicher Normen.²⁰

Eine entsprechende Anwendung des Rechtsinstituts der Anscheinsvollmacht für den Fall eines fehlenden Betriebsratsbeschlusses wäre mit Blick auf den damit verfolgten Zweck zudem überschießend. Die Grundsätze sollen den Vertragspartner schützen, indem sie den »scheinbar Vertretenen« rechtlich wirksam binden. Das findet seine Rechtfertigung darin, dass derjenige, der den Rechtsschein veranlasst hat, auch die hiermit verbundenen Wirkungen tragen soll.²¹ Die Inhaltsnormen von Betriebsvereinbarungen entfalten – anders als ein schuldrechtlicher Vertrag und die schuldrechtlichen Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung – aber nicht nur Rechtswirkungen zwischen den Betriebsparteien. Sie gelten nach § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG vielmehr auch – ohne jede weitere Voraussetzung – unmittelbar und zwingend für die Arbeitnehmer des Betriebs. Je nach Inhalt der Betriebsvereinbarung würde sich damit der auf den Vertragspartner bezogene Schutz der Anscheinsvollmacht rechtlich zugunsten oder zulasten Dritter auswirken.²²

Für Tarifverträge hat das Bundesarbeitsgericht einen wirksamen Abschluss kraft Anscheinsvollmacht demgegenüber nicht grundsätzlich ausgeschlossen.²³ Jedoch wäre auch hier zu fragen, ob nicht der Umstand, dass der Tarifvertrag nicht nur – schuldrechtliche – Verpflichtungen zwischen den Tarifvertragsparteien selbst begründet, sondern auch normativ geltende Inhaltsnormen schafft

(§ 4 Abs. 1 TVG), gegen eine Anwendung von Rechtsscheinsgrundsätzen spricht.²⁴ Im Unterschied zu Betriebsvereinbarungen wirken die Inhaltsnormen von Tarifverträgen zwar nur unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen iSv. § 3 Abs. 1 TVG. Der Abschluss von Tarifverträgen und die damit bewirkte Normsetzung ist – anders als im Fall von Betriebsvereinbarungen – kollektiv ausgeübte Privatautonomie.²⁵ Gleichwohl würde sich auch hier die Bindung aufgrund bloßen Rechtsscheins gegenüber den Arbeitnehmern als »Dritten« auswirken. Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Beschränkung des Geltungsbereichs auf die tarifgebundenen Arbeitnehmer nicht ausnahmslos gilt. So gelten Betriebsnormen nach § 3 Abs. 2 TVG ungeachtet der Tarifgebundenheit des einzelnen Arbeitnehmers für alle Betriebe, deren Arbeitgeber tarifgebunden ist.

IV. Möglichkeiten für einen Ausgleich der Interessen

1. Sog. Sphärentheorie

Soweit das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung annimmt, Mängel im Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich des Betriebsrats im Rahmen des Anhörungsverfahrens nach § 102 BetrVG wirkten sich grundsätzlich nicht zulasten des Arbeitgebers aus (sog. Sphärentheorie)²⁶, lassen sich diese Erwägungen nicht auf den Abschluss einer Betriebsvereinbarung übertragen.²⁷

18 Ausf. BAG, 12.12.2006 – 1 AZR 96/06 – BAGE 120, 308, Rn. 16 f.; vgl. auch BAG, 28.7.2020 – 1 ABR 4/19 – BAGE 171, 347, Rn. 28.

19 AA. *Gaul/Brungs*, ArbRB 2019, 47, 49.

20 BAG, 8.2.2022 – 1 AZR 233/21 – AP Nr. 124 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 29.

21 Allgemein zur Rechtsscheinsvollmacht zB. *Raab*, in: *Wiese/Kreutz/Oetker* (Hrsg.), GK-BetrVG, 12. Aufl., München 2022, § 26 Rn. 47.

22 BAG, 8.2.2022 – 1 AZR 233/21 – AP Nr. 124 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 29 f.

23 BAG, 12.12.2007 – 4 AZR 996/06 – BAGE 125, 169, Rn. 17; BAG, 13.7.1994 – 4 AZR 699/93 – BAGE 77, 201.

24 Für Verbandstarifverträge *Wiedemann*, in: *Thüsing* (Hrsg.), TVG, 8. Aufl., München 2019, § 1 Rn. 176; zust. *Corzeli*, NZA 2022, 1582, 1583.

25 BAG, 28.4.2021 – 4 AZR 230/20 – NZA 2021, 1572, 1575, Rn. 34; BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – BAGE 137, 231, Rn. 40 mwN.

26 Vgl. nur BAG, 22.11.2012 – 2 AZR 732/11 – NZA 2013, 665, 669, Rn. 43; BAG, 6.10.2005 – 2 AZR 316/04 – NZA 2006, 990, 991 f., Rn. 21 mwN.

27 Ebenso *Tillmanns*, FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, S. 745, 756; aA. *Gaul/Brungs*, ArbRB 2019, 47, 49.

§ 102 Abs. 2 S. 2 BetrVG sieht eine Zustimmungsfiktion für den Fall vor, dass sich der Betriebsrat auf die Anhörung des Arbeitgebers zu einer beabsichtigten Kündigung nicht äußert. Diese Rechtsfolge soll den Arbeitnehmer auch treffen, wenn der Betriebsrat zwar eine Stellungnahme zur beabsichtigten Kündigung übermittelt, sie jedoch in einem fehlerhaften Verfahren zustande gekommen ist.²⁸ Für den Abschluss von Betriebsvereinbarungen ist eine entsprechende gesetzliche Regelung nicht vorgesehen, weshalb für deren Zustandekommen andere Maßstäbe gelten müssen.²⁹

2. Rechtsgedanke der »schwebenden Wirksamkeit«

Die Anfechtbarkeit der Betriebsratswahl nach § 19 BetrVG führt – anders als deren Nichtigkeit – nicht zur Unwirksamkeit der vom Betriebsrat bis zur Rechtskraft einer dem Wahlanfechtungsantrag stattgebenden Entscheidung vorgenommenen Handlungen. Der Betriebsrat bleibt vielmehr mit allen betriebsverfassungsrechtlichen Befugnissen bis zu diesem Zeitpunkt im Amt und repräsentiert während dieser Zeit die Arbeitnehmer des Betriebs.³⁰ Deshalb verlieren Betriebsvereinbarungen, die zwischen der (fehlerhaften) Betriebsratswahl und der Rechtskraft der Entscheidung, die deren erfolgreiche Anfechtung feststellt, abgeschlossen wurden, nicht nachträglich ihre Wirkung. Diese Wertung lässt sich jedoch nicht auf den Abschluss von Betriebsvereinbarungen übertragen. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass in der Praxis – ebenso wie mit Blick auf die Ordnungsgemäßheit der Betriebsratswahl – ein gewisses Bedürfnis an Rechtssicherheit im Betrieb besteht.³¹ Bei einer Betriebsvereinbarung handelt es sich jedoch um einen privatrechtlichen kollektiven Normenvertrag, für den ein Anfechtungsverfahren – anders als für die Betriebsratswahl – im Betriebsverfassungsgesetz gerade nicht vorgesehen ist.³² Das Gesetz bietet deshalb keine Grundlage dafür, die Normwirkung einer unwirksamen Betriebsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer so lange für wirksam zu erachten, bis die Unwirksamkeit im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer festgestellt wird.³³ Für eine solche Annahme besteht auch kein rechtliches Bedürfnis, da sich aus den gesetzlichen Vorgaben hinreichende anderweitige Möglichkeiten für den Arbeitgeber ableiten lassen, Rechtssicherheit zu schaffen.

3. Gesetzlich vorgesehene Möglichkeiten der Absicherung für den Arbeitgeber

a) Genehmigung

Da der Vorsitzende den Betriebsrat nur in der Erklärung, nicht aber im Willen vertritt, sind die gesetzlichen Regelungen der §§ 164 ff. BGB nicht unmittelbar anwendbar. Eine entsprechende Heranziehung dieser Normen ist jedoch geboten, um den Betriebsparteien die Möglichkeit zu eröffnen, Fehler bei der Beschlussfassung des Betriebsrats nachträglich zu beheben.³⁴ Hat der Betriebsratsvorsitzende eine Betriebsvereinbarung unterzeichnet, die nicht auf einem zuvor vom Gremium gefassten wirksamen Beschluss beruht, ist die Erklärung entsprechend § 177 Abs. 1 BGB zunächst schwebend unwirksam und kann vom Betriebsrat durch (nachträglichen) Beschluss genehmigt werden. Durch die Beschlussfassung ist die vom Gesetz vorgegebene Form als Grundlage für eine demokratische Willensbildung gewahrt. Damit wird der Mangel geheilt. Die – unbefristet mögliche – Genehmigung wirkt entsprechend § 184 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt zurück, zu dem die Betriebsvereinbarung unterzeichnet wurde, dh. die Betriebsvereinbarung ist so zu behandeln, als sei sie von Anfang an wirksam gewesen.³⁵ Der Arbeitgeber hat es dabei in der Hand, den bestehenden Schwebezustand zu beenden, indem er seine Willenserklärung entsprechend § 178 S. 1 BGB widerruft oder den Betriebsrat entsprechend § 177 Abs. 2 S. 2 BGB erfolglos auffordert, sich zur Genehmigung zu erklären.³⁶ Die rückwirkende Geltung ihrer Normen begegnet auch mit Blick auf § 75 Abs. 1 BetrVG

28 Vgl. BAG, 23.8.1984 – 2 AZR 391/83 – BAGE 46, 258; BAG, 4.8.1975 – 2 AZR 266/74 – BAGE 27, 209; krit. dazu Raab, ZFA 2022, 149, 171 ff.

29 BAG, 8.2.2022 – 1 AZR 233/21 – AP Nr. 124 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 31; krit. Corzelius, NZA 2022, 1582, 1584; aA. Gaul/Brungs, ArbRB 2019, 47, 50.

30 BAG, 16.1.2018 – 7 ABR 21/16 – BAGE 161, 276, Rn. 22; BAG, 27.7.2011 – 7 ABR 61/10 – BAGE 138, 377, Rn. 32 mwN.

31 In diese Richtung Schwarze, JA 2023, 163, 165.

32 Vgl. auch Lembke, NZA 2021, 1665, 1673.

33 So aber Lembke, NZA 2021, 1665, 1674.

34 BAG, 8.2.2022 – 1 AZR 233/21 – AP Nr. 124 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 33; ebenso MüKoBGB-Schubert (Fn. 15), § 164 Rn. 77; Lembke, NZA 2021, 1665, 1674.

35 BAG, 8.2.2022 – 1 AZR 233/21 – AP Nr. 124 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 33 mwN.; für den Tarifvertrag s. BAG, 12.12.2007 – 4 AZR 996/06 – BAGE 125, 169, Rn. 18 mwN.

36 BAG, 8.2.2022 – 1 AZR 233/21 – AP Nr. 124 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 33; vgl. dazu auch BAG, 17.11.2010 – 7 ABR 120/09 – AP Nr. 50 zu § 99 BetrVG 1972, Rn. 37 mwN.

keinen rechtlichen Bedenken. Zwar ist eine Rückwirkung normativer Regelungen grundsätzlich durch das Vertrauensschutzprinzip beschränkt.³⁷ Aber schon wegen der gesetzlich vorgegebenen Fiktion in § 184 Abs. 1 BGB müssen sowohl der Arbeitgeber als auch die Arbeitnehmer des Betriebs regelmäßig mit einer Rückwirkung der vom Betriebsrat erteilten Genehmigung rechnen.³⁸ Sie können nicht berechtigterweise darauf vertrauen, dass eine schwebend unwirksame Betriebsvereinbarung nicht zum ursprünglich beabsichtigten Zeitpunkt – rückwirkend – in Kraft gesetzt wird, zumal der Wirksamkeitsmangel in aller Regel zunächst unerkannt bleibt.

b) Verlangen der Anberaumung einer Betriebsratssitzung

Nach § 29 Abs. 3 und Abs. 4 iVm. § 34 Abs. 2 S. 1 BetrVG hat der Arbeitgeber zudem die Möglichkeit, vor dem Abschluss einer Betriebsvereinbarung die erforderliche Beschlussfassung des Betriebsrats zu veranlassen und sich diese durch Aushändigung einer Abschrift des Sitzungsprotokolls nachweisen zu lassen. Nach § 29 Abs. 3 BetrVG kann der Arbeitgeber beantragen, eine Betriebsratssitzung zu einem von ihm verlangten Gegenstand anzuberäumen oder auch nur die Tagesordnung einer bereits anberaumten Sitzung zu ergänzen.³⁹ Zwar hat er nach § 29 Abs. 4 S. 1 BetrVG nur das Recht, an den Sitzungen des Betriebsrats oder Teilen von ihnen teilzunehmen, die auf sein Verlangen anberaumt wurden. Er ist hingegen nicht berechtigt, bei den entsprechenden Beschlussfassungen anwesend zu sein. Der ihm nach § 34 Abs. 2 S. 1 BetrVG abschriftlich auszuhändigende Teil der Sitzungsniederschrift umfasst jedoch auch eine dort erfolgte Beschlussfassung.⁴⁰ Aus der Abschrift der Sitzungsniederschrift müssen sich – wie die Vorgaben in Abs. 1 S. 1 der Norm zeigen – sowohl der Inhalt des vom Betriebsrat gefassten Beschlusses als auch das Stimmverhältnis ablesen lassen. Dabei muss die Anwesenheitsliste als Bestandteil der Sitzungsniederschrift beigefügt werden. Zudem hat die Abschrift etwaige für die Beschlussfassung erhebliche Einwendungen zu enthalten, die nach § 34 Abs. 2 S. 2 BetrVG gegen die Niederschrift oder ihre Anwesenheitsliste erhoben wurden. Um die Übereinstimmung der Abschrift mit dem Original der Sitzungsniederschrift zu belegen, ist die Kopie schließlich vom Betriebsratsvorsitzenden zu unterzeichnen.⁴¹

4. Richterrechtlich entwickelte Nebenpflicht

In seiner Entscheidung vom 8. Februar 2022⁴² hatte das Bundesarbeitsgericht den Fall zu beurteilen, dass der Unterzeichnung der Betriebsvereinbarung durch den Betriebsratsvorsitzenden nicht nur ein unwirksamer, sondern gar kein Beschluss des Gremiums zugrunde lag. Der Erste Senat hat dabei über die gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten hinaus aus § 77 Abs. 1 iVm. § 2 Abs. 1 BetrVG eine Nebenpflicht des Betriebsrats abgeleitet, dem Arbeitgeber eine den inhaltlichen und formellen Maßgaben des § 34 Abs. 2 S. 1 BetrVG entsprechende Abschrift desjenigen Teils der Sitzungsniederschrift auszuhändigen, aus dem sich die Beschlussfassung des Betriebsrats ergibt, die für die Wirksamkeit der vom Betriebsratsvorsitzenden abgegebenen Erklärung erforderlich ist.⁴³ Ist aus dem Sitzungsprotokoll das Stimmverhältnis nicht erkennbar, kann der Betriebsrat gehalten sein, dieses dem Arbeitgeber ergänzend mitzuteilen. Der – ggf. zu ergänzende – Nachweis ist vom Betriebsrat nur auf Verlangen des Arbeitgebers beizubringen. Der Betriebsratsvorsitzende hat seine Befugnis zum Abschluss der Betriebsvereinbarung nicht von sich aus nachzuweisen. Das berechtigte Interesse des Arbeitgebers, Kenntnis von einer entsprechenden Beschlussfassung zu erhalten, ist vielmehr bereits dann ausreichend geschützt, wenn er einen Nachweis beim Betriebsrat anfordern kann. Um zu gewährleisten, dass es dem Betriebsrat möglich ist, dem Verlangen des Arbeitgebers nachzukommen, muss die Geltendmachung durch den

37 S. zB. BAG, 15.12.2020 – 1 AZR 499/18 – Rn. 32 mwN.

38 BAG, 8.2.2022 – 1 AZR 233/21 – AP Nr. 124 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 33; vgl. auch BAG, 3.5.2022 – 3 AZR 472/21 – Rn. 43; *Fitting* (Begr.), BetrVG, 30. Aufl., München 2020, § 77 Rn. 30; im Ergebnis ebenso *Tillmanns*, FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, S. 745, 753.

39 BAG, 8.2.2022 – 1 AZR 233/21 – AP Nr. 124 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 36; ebenso *Fitting* (Fn. 14), BetrVG, § 29 Rn. 29; *Wedde*, in: *Deinert/Klebe/Wedde* (Hrsg.), BetrVG, 18. Aufl., Frankfurt aM. 2022, § 29 Rn. 34; *Raab-GK-BetrVG* (Fn. 21), § 29 Rn. 30; *Thüsing*, in: *Richardi* (Hrsg.), *Betriebsverfassungsgesetz*, 17. Aufl., München 2022, § 29 Rn. 24.

40 BAG, 8.2.2022 – 1 AZR 233/21 – AP Nr. 124 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 38 mwN.

41 BAG, 8.2.2022 – 1 AZR 233/21 – AP Nr. 124 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 39; vgl. auch *Raab-GK-BetrVG* (Fn. 21), § 34 Rn. 26; *Fitting* (Fn. 14), BetrVG, § 34 Rn. 23; *Thüsing-Richardi* (Fn. 39), § 34 Rn. 14.

42 BAG, 8.2.2022 – 1 AZR 233/21 – AP Nr. 124 zu § 77 BetrVG 1972.

43 BAG, 8.2.2022 – 1 AZR 233/21 – AP Nr. 124 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 43 mwN.

Arbeitgeber zeitnah nach Abschluss der Betriebsvereinbarung erfolgen.⁴⁴ Eine solche Nebenpflicht des Betriebsrats stellt keine unzulässige – mit der gesetzlich geforderten Eigenständigkeit des Betriebsrats und damit seiner Unabhängigkeit unvereinbare – Einmischung des Arbeitgebers in die vom Betriebsrat selbständig und eigenverantwortlich wahrzunehmende Amtsführung dar. Der Arbeitgeber erhält lediglich zur Sicherung seiner berechtigten Interessen die Möglichkeit, einen aussagekräftigen Nachweis über das Vorhandensein eines dem Handeln des Betriebsratsvorsitzenden zugrunde liegenden Beschlusses zu erlangen.⁴⁵

Kann der Arbeitgeber im Rechtsstreit eine unterschriebene, den Vorgaben des § 34 Abs. 2 S. 1 BetrVG entsprechende Kopie der Sitzungsniederschrift nebst Anwesenheitsliste und etwaigen Einwendungen vorlegen, begründet dies zwar keine gesetzliche Vermutung iSv. § 292 ZPO dafür, dass der dort wiedergegebene Beschluss von den anwesenden Betriebsratsmitgliedern gefasst worden ist.⁴⁶ § 34 BetrVG enthält keine solche Beweisregel.⁴⁷ Bei Vorlage einer entsprechenden Kopie kann der Arbeitnehmer aber das Vorhandensein eines mehrheitlichen Beschlusses einschließlich der Beschlussfähigkeit des Betriebsrats nicht mehr nach § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen bestreiten. Er muss dann vielmehr konkret vortragen, woraus sich aus seiner Sicht die Unwirksamkeit des Beschlusses ergeben soll.⁴⁸

Aufgrund dieser Verpflichtung des Betriebsrats ist es dem Arbeitgeber möglich, sich zeitnah weitgehend Gewissheit darüber zu verschaffen, ob der Unterzeichnung der Betriebsvereinbarung durch den Betriebsratsvorsitzenden ein ordnungsgemäßer Beschluss zugrunde lag. So kann er nachvollziehen, ob überhaupt ein (mehrheitlicher) Beschluss in einer Betriebsratssitzung gefasst wurde und – unter Hinzunahme der beizufügenden Anwesenheitsliste ob der Betriebsrat beschlussfähig war. Zudem kann er erkennen, ob und ggf. welche für die Beschlussfassung relevanten Einwendungen erhoben worden sind. Verlangt der Arbeitgeber die abschriftliche Überlassung der genannten Unterlagen, bietet dies für den Betriebsrat zugleich die Möglichkeit, eventuelle Fehler zu erkennen und zu beheben. So dient die aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit abgeleitete Nebenpflicht zugleich dem Betriebsfrieden.

Die vom Bundesarbeitsgericht beschriebene Nebenpflicht gewährleistet nicht die Aufdeckung sämtlicher Fehler, die bei der Beschlussfassung unterlaufen können. Der Ausgangsfall, der das gänzliche Fehlen eines Betriebsratsbeschlusses betraf, bot allerdings keinen Anlass, die Nebenpflicht des Betriebsrats weitergehend zu präzisieren. Gleichwohl dürfte die Entscheidung als praktischer Leitfaden dienen, zumal eine nicht ordnungsgemäße Beschlussfassung des Betriebsrats nicht in jedem Fall zur Nichtigkeit des Betriebsratsbeschlusses führt. Die Rechtsfolge eines Verfahrensverstößes hängt vielmehr von der Bedeutung der formellen Anforderung für die ordnungsgemäße Beschlussfassung ab. Nur Verstöße gegen wesentliche Verfahrensvorschriften führen zur Unwirksamkeit. Ob die Verletzung der geschützten Interessen stärker zu gewichten ist als das Interesse an der Aufrechterhaltung des Beschlusses, hängt vom Regelungszweck der betroffenen Verfahrensvorschrift ab.⁴⁹ Unerlässliche Voraussetzung einer ordnungsgemäßen Beschlussfassung ist indes etwa die Ladung aller ordentlichen Betriebsratsmitglieder und – im Verhinderungsfall – von Ersatzmitgliedern unter Mitteilung der Tagesordnung. Ein Ladungsmangel wird nur geheilt, wenn der Betriebsrat iSv. § 33 Abs. 2 BetrVG beschlussfähig ist und die Anwesenden einstimmig beschließen, über einen Regelungsgegenstand zu beraten und abzustimmen.⁵⁰ Der Arbeitgeber wird anhand der ihm auf Verlangen auszuhändigenden Unterlagen regelmäßig nicht feststellen können, ob die Ladung ordnungsgemäß erfolgt ist.⁵¹ Es dürfte jedoch einiges dafür sprechen, dass er seiner Darlegungslast in einem späteren Individualrechtsstreit auch in einem solchen Fall schon genügt, indem er die ordnungsgemäße Beschlussfassung durch Vorlage einer unterschriebenen Kopie der Sitzungsniederschrift nebst Anwesenheitsliste belegt, und sodann der Arbeitnehmer mögliche Ladungsmängel

44 BAG, 8.2.2022 – 1 AZR 233/21 – AP Nr. 124 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 44.

45 BAG, 8.2.2022 – 1 AZR 233/21 – AP Nr. 124 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 48; ebenso *Tillmanns*, FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, S. 745, 755.

46 BAG, 22.11.2017 – 7 ABR 46/16 – NZA 2018, 732, 734 f., Rn. 21.

47 Vgl. BAG, 30.9.2014 – 1 ABR 32/13 – BAGE 149, 182, Rn. 38.

48 BAG, 8.2.2022 – 1 AZR 233/21 – AP Nr. 124 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 48.

49 BAG, 28.7.2020 – 1 ABR 5/19 – BAGE 171, 347, Rn. 40; BAG, 15.4.2014 – 1 ABR 2/13 (B) – BAGE 148, 26, Rn. 24.

50 BAG, 22.11.2017 – 7 ABR 46/16 – NZA 2018, 732, 733 f., Rn. 14.

51 Dazu *Lembke*, Anmerkung zu BAG, 8.2.2022 – 1 AZR 233/21 – AP Nr. 124 zu § 77 BetrVG 1972; *Kleinebrink/Schomburg*, DB 2022, 1969.

substantiiert darzulegen hat. Sollte die dem Arbeitgeber ausgehändigte und vom Betriebsratsvorsitzenden unterzeichnete Sitzungsniederschrift in Zusammenschau mit der Anwesenheitsliste einen hinreichenden Grund zu Zweifeln an der Wirksamkeit des Betriebsratsbeschlusses geben, könnte auf der Grundlage von § 2 Abs. 1 BetrVG auch eine weitergehende Nebenpflicht in Betracht gezogen werden. Teilweise wird darüber hinaus vertreten, der Betriebsrat und seine Mitglieder seien zur Offenbarung verpflichtet, sollten sie Kenntnis über Fehler haben, die dem Gremium im Vorfeld oder bei der Beschlussfassung unterlaufen sind.⁵² Die Pflichten und Obliegenheiten von Betriebsrat und Arbeitgeber im Einzelnen werden ggf. von der Rechtsprechung zu klären sein.

V. Fazit

Die Problematik zeigt erneut, dass dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit eine erhebliche praktische Bedeutung zukommt. Das gilt ganz besonders, soweit es um die Beschlussfassung betreffend den Abschluss einer Betriebsvereinbarung geht. Da die Betriebsparteien dadurch betriebliches Recht setzen, das unmittelbar und zwingend für die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer gilt, tragen sie eine große Verantwortung, die es rechtfertigt, auf der Grundlage von § 2 Abs. 1 BetrVG Nebenpflichten der Betriebsparteien zu statuieren.

⁵² Gaul/Brungs, ArbRB 2019, 47, 50.

Die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern – Überlegungen zur Notwendigkeit einer Novellierung der §§ 78 S. 2, 37 Abs. 4 BetrVG

Prof. Dr. Marlene Schmidt,
Rechtsanwältin/Goethe-Universität Frankfurt aM.*

I. Einleitung

Die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern ist seit langem ein »Dauerbrenner« des Betriebsverfassungsrechts. Spätestens seit der Entscheidung des BGH vom 10. Januar 2023¹ hat das Thema auch strafrechtliche Brisanz gewonnen. Die zentralen gesetzlichen Regelungen – §§ 78 S. 2, 37 Abs. 4 BetrVG – bedürfen dringend der Novellierung, weil den Arbeitgebern sonst mittelfristig die betrieblichen Akteure für eine Betriebsverfassung in vertrauensvoller Zusammenarbeit abhandenkommen werden. Aus vielen großen Unternehmen ist zu hören, dass es aufgrund der Entscheidung des BGH im Fall der Volkswagen AG und nachfolgender staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen in anderen Unternehmen schwieriger geworden ist, junge Menschen für die Betriebsratsarbeit zu gewinnen. Potentielle Kandidatinnen und Kandidaten schrecken vor der Übernahme eines Mandats zurück. Sie befürchten, dass ihre gehaltliche Entwicklung mit der Amtsübernahme weitgehend zum Stillstand kommen könnte.

Anlässlich des 80. Geburtstags von *Martin Bertzbach* greife ich dieses hoch aktuelle Thema auf, weil ich ihn vor einigen Jahren für den Vorsitz einer von den Betriebsparteien eingerichteten freiwilligen Clearing-Stelle gewinnen konnte. Die Anpassung der Vergütung der Betriebsratsmitglieder war in dem betreffenden Unternehmen lange Zeit vernachlässigt worden mit der Folge, dass rückwirkend für Zeiträume von teilweise deutlich über 20 Jahren Vergleichsarbeitnehmer gefunden und festgelegt werden mussten. Mit der Einrichtung der Clearing-Stelle sollte den Betriebsratsmitgliedern die Möglichkeit gegeben werden, das Ergebnis der Recherchen des Arbeitgebers durch einen erfahrenen Arbeitsrichter überprüfen zu lassen in der Hoffnung, dass der Weg zum Arbeitsgericht sich in den meisten Fällen durch die Stellungnahme der Clearing-Stelle

erledigen würde. *Martin Bertzbach* hat diese Aufgabe erwartungsgemäß mit Einfühlungsvermögen, Humor, aber auch der notwendigen Klarheit gelöst. Es war und ist eine Freude, mit ihm arbeiten zu dürfen.

Zur Betriebsratsvergütung gäbe es sehr viel zu sagen. Ich beschränke mich im Folgenden auf die Punkte, zu denen ich am 12. Juni 2023 im Rahmen einer Anhörung durch die vom BMAS eingesetzte dreiköpfige Kommission »Rechtssicherheit in der Betriebsratsvergütung«² Stellung genommen habe.

II. Bestimmung der Vergleichsgruppen

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG³ sind vergleichbar iSv. § 37 Abs. 4 BetrVG Arbeitnehmer, die im Zeitpunkt der Amtsübernahme ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt haben wie der Amtsträger und dafür in gleicher Weise wie dieser fachlich und persönlich qualifiziert waren. Diese Anforderungen leuchten auf den ersten Blick ein, sie sollen das Betriebsratsmitglied vor Benachteiligung schützen. Nach meiner Erfahrung bewirken sie in der Praxis jedoch oftmals das Gegenteil. Denn die konkreten Anforderungen sind hoch. Dem Betriebsratsmitglied, das die Darlegungs- und Beweislast trägt, gelingt es nur selten, Ansprüche aus § 37 Abs. 4 BetrVG gerichtlich durchzusetzen – auch weil

* Rechtsanwältin und Partnerin von APITZSCH SCHMIDT KLEBE Rechtsanwältinnen GbR, Frankfurt aM., Fachanwältin für Arbeitsrecht und apl. Professorin am Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt aM.

1 BGH, 10.1.2023 – 6 StR 133/22 – NZA 2023, 301–305.

2 Vorsitzender: Prof. Dr. *Rainer Schlegel*, Präsident des Bundessozialgerichts, weitere Mitglieder: *Ingrid Schmidt*, Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts aD., Prof. Dr. *Gregor Thüsing*, Universität Bonn.

3 Zuletzt BAG, 23.11.2022 – 7 AZR 122/22 – NZA 2023, 513, 515, Rn. 28, mwN.

der Arbeitgeber es oftmals versäumt, zu Beginn der Amtsübernahme Vergleichsarbeitnehmer festzulegen.

Für die Arbeitgeber ist die Festlegung von Vergleichspersonen mit einem Aufwand verbunden, den sie lieber vermeiden. Nach meiner Erfahrung werden Vergleichsgruppen daher oftmals gar nicht gebildet mit der Folge, dass eine betriebsübliche berufliche Entwicklung nicht nachvollzogen werden kann. Der Arbeitgeber, der dieses Versäumnis nachholen möchte, muss (bzw. müsste) enormen Recherche- und Begründungsaufwand betreiben, um Personen zu finden, die mit dem Betriebsratsmitglied zu dessen Amtsantritt, der oftmals Jahrzehnte zurückliegt, nach den Kriterien des BAG vergleichbar waren.

Die Entscheidung des 6. Strafsenats des BGH vom 10. Januar 2023⁴ dürfte die Zurückhaltung der Arbeitgeber noch verstärkt haben. Denn wer keine Vergleichsarbeitnehmer festlegt, kann auch nicht wegen fehlerhafter Festlegung nach § 266 StGB zur Rechenschaft gezogen werden. Dass dies dazu führen kann, dass der Arbeitgeber sich nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG wegen Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds strafbar macht, stellt für den Arbeitgeber hingegen kein Risiko dar. Die Benachteiligung von Betriebsratsmitgliedern, die ebenfalls nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG strafbar ist, interessiert die Staatsanwaltschaften nicht.⁵

1. Verpflichtung des Arbeitgebers zur Festlegung von Vergleichspersonen

Unabdingbar erscheint mir vor diesem Hintergrund die gesetzliche Klarstellung, dass der Arbeitgeber zur Festlegung von Vergleichspersonen verpflichtet ist. In der Gesetzesbegründung könnte darauf hingewiesen werden, dass ein Arbeitgeber, der es unterlässt, Vergleichsarbeitnehmer zu benennen, seine Verpflichtungen aus dem BetrVG iSv. § 23 Abs. 3 BetrVG grob verletzt, so dass der Betriebsrat als Gremium die Festlegung von Vergleichspersonen durchsetzen könnte. Das Unterlassen der Benennung von Vergleichspersonen ist zumeist kein individuelles, sondern oftmals – wie oben ausgeführt – ein kollektives Problem. Die Frage, ob die benannten Vergleichspersonen tatsächlich vergleichbar sind, müsste das betreffende Betriebsratsmitglied dann – wie heute auch – individuell arbeitsgerichtlich klären lassen.

Die Vergleichspersonen, die der Arbeitgeber benennt, sollten dem Betriebsratsmitglied mitgeteilt werden müssen,

damit dieses gegebenenfalls einen Anspruch auf eine höhere Vergütung nach § 37 Abs. 4 BetrVG geltend machen oder sich gegen die Auswahl der Vergleichspersonen wehren kann.

2. Überprüfung der Vergleichsgruppen in sachlicher sowie zeitlicher Hinsicht

In sachlicher Hinsicht gibt es keinen zwingenden Grund daran festzuhalten, dass nur Personen vergleichbar iSv. § 37 Abs. 4 BetrVG sind, die bei erstmaligem Amtsantritt im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt haben wie der Amtsträger und dafür in gleicher Weise wie dieser fachlich und persönlich qualifiziert waren. Diese Anforderungen wurden von der Rechtsprechung entwickelt: § 37 Abs. 4 BetrVG kam 1972 erst im fortgeschrittenen Gesetzgebungsverfahren auf Vorschlag des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung ohne Begründung ins Gesetz.⁶ In seiner ersten in juris dokumentierten Entscheidung zu § 37 Abs. 4 BetrVG⁷ hat das BAG seine damals noch etwas offeneren Anforderungen unter Verweis auf die Kommentarliteratur entwickelt und seitdem verfeinert.

Um insbesondere eine Benachteiligung freigestellter Betriebsratsmitglieder zu vermeiden, sollte man es nicht bei einer Verpflichtung zur Festlegung von Vergleichspersonen bei Amtsantritt belassen. Es empfiehlt sich, flankierend eine Verpflichtung zur Überprüfung und ggfs. Neufestlegung mit Beginn einer jeden neuen Amtszeit, bei Freistellung und bei jedem sonstigen Entwicklungsschritt des Betriebsratsmitglieds, der eine Neubewertung seiner Vergütung erfordert, zu regeln.⁸ Diese wichtige Präzisierung ist bereits in der aktuellen Rechtsprechung des BAG angelegt: Die Entscheidung des BAG vom 23. November 2022⁹ lässt erkennen, dass Vergleichsgruppen nachzujustieren sind, wenn sich die dem Anspruch aus § 37 Abs. 4 BetrVG zugrundeliegenden

4 BGH, 10.1.2023 – 6 StR 133/22 – NZA 2023, 301–305.

5 Das Angebot des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeits- und Sozialrecht, Staatsanwälte kostenlos bezüglich der betriebsverfassungsrechtlichen Voraussetzungen des § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zu schulen, wurde abgelehnt. Vgl. auch den Bericht von *Thon*, AuR 2019, 53 f.

6 Vgl. BT-Drs. VI/2729, S. 17.

7 BAG, 17.5.1977 – 1 AZR 458/7 – juris, Rn. 9.

8 *Fischer*, AuR 2023, 230.

9 BAG, 23.11.2022 – 7 AZR 122/22 – NZA 2023, 513, 515, Rn. 38 f.

Tatsachen ändern. Dies beinhaltet auch einen Austausch oder die Ergänzung von Vergleichspersonen.

Als vergleichbar sollten solche Arbeitnehmer betrachtet werden, die im Zeitpunkt der Amtsübernahme nach einer Wahl, im Zeitpunkt der Freistellung des Betriebsratsmitglieds oder bei sonstigen relevanten Änderungen an den Leistungen, Fähigkeiten und Kenntnissen des Betriebsratsmitglieds im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausführen wie der Amtsträger und dafür in gleicher Weise wie dieser fachlich und persönlich qualifiziert sind.

Bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern sollte man zur Feststellung der von ihnen ausgeübten »Tätigkeit« allerdings nicht mehr auf die ursprüngliche Berufstätigkeit, sondern auf die in der Betriebsrats Tätigkeit angelegten Tätigkeitsmerkmale abstellen. Betriebsratsmitglieder würden dann wie alle anderen Arbeitnehmer auch in das im Betrieb geltende tarifliche oder betriebliche Entgeltsystem eingruppiert und entsprechend vergütet. Damit würden nicht die Inhalte der Betriebsratsarbeit bewertet, sondern lediglich die mit der Amtsausübung verbundenen Anforderungen. Die innere und äußere Unabhängigkeit des Betriebsrats bliebe gewährleistet; das Ehrenamtsprinzip würde nicht angetastet.

III. Das Konzept der hypothetischen beruflichen Entwicklung

Zur Begünstigung iSv. § 78 S. 2 BetrVG liegen bislang nur wenige BAG-Entscheidungen vor.¹⁰ Die Rechtsprechung des BAG zum Benachteiligungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG enthält jedoch interessante Aspekte, die auch für das Begünstigungsverbot relevant sind:

1. Die Rechtsprechung des BAG zum Benachteiligungsverbot

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG zum Benachteiligungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG folgt aus diesem die Verpflichtung des Arbeitgebers,

»den Mitgliedern des Betriebsrats eine berufliche Entwicklung zu gewährleisten, die derjenigen entspricht, die sie ohne ihre Amtstätigkeit durchlaufen hätten. Von dem Benachteiligungsverbot erfasst wird nicht nur die berufliche Tätigkeit, sondern auch das sich aus ihr ergebende Entgelt.«¹¹

Das Gericht unterscheidet drei Varianten, wie das Betriebsratsmitglied eine vermeintliche Benachteiligung iSv. § 78 S. 2 BetrVG darlegen kann.¹² Für die hypothetische berufliche Entwicklung von Betriebsratsmitgliedern ist vor allem die dritte Variante interessant:

»(3) Scheitert [...] eine tatsächliche oder eine fiktive Bewerbung des freigestellten Amtsträgers an fehlenden aktuellen Fachkenntnissen oder daran, dass der Arbeitgeber sich zur Beurteilung der fachlichen und beruflichen Qualifikation infolge der Freistellung außerstande gesehen hat, so ist zwar die Entscheidung des Arbeitgebers für den als qualifizierter erachteten Bewerber nicht zu beanstanden. Gleichwohl kann in einem solchen Fall ein fiktiver Beförderungsanspruch des Amtsträgers bestehen, wenn das Fehlen von feststellbarem aktuellem Fachwissen gerade aufgrund der Freistellung eingetreten ist (vgl. BAG 4. November 2015 - 7 AZR 972/13 - Rn. 31; 14. Juli 2010 - 7 AZR 359/09 - Rn. 20 mwN).«

Mit anderen Worten: Aus dem Benachteiligungsverbot kann ein fiktiver Beförderungsanspruch des Mandatsträgers entstehen, der (deutlich) über die nach § 37 Abs. 4 BetrVG geschuldete berufliche Entwicklung hinausgehen kann, selbst wenn dem Betriebsratsmitglied die aktuellen Fachkenntnisse fehlen oder der Arbeitgeber sich zur Beurteilung der fachlichen und beruflichen Qualifikation wegen der Freistellung außerstande gesehen hat.

2. Konsequenzen für das Begünstigungsverbot

Aus der soeben unter II.1. skizzierten Rechtsprechung des BAG zum Benachteiligungsverbot folgt für das Begünstigungsverbot: Ein Arbeitgeber, der einem (freigestellten) Betriebsratsmitglied zur Vermeidung einer Benachteiligung die hypothetische Karriere zukommen lässt, die dieses Betriebsratsmitglied genommen hätte, wenn es nicht Betriebsrat geworden wäre, handelt aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht rechtmäßig, auch wenn die hypothetische berufliche Entwicklung des Betriebsratsmitglieds (deutlich) über die betriebsübliche Entwicklung seiner Vergleichsarbeitnehmer hinausgeht.

¹⁰ BAG, 11.12.1991 - 7 AZR 75/91 - NZA 1993, 909, Rn. 28; BAG, 15.1.1992 - 7 AZR 194/91 - AP Nr. 84 zu § 37 BetrVG 1972, Rn. 34; BAG, 17.8.2005 - 7 AZR 528/04 - NZA 2006, 448, 449, Rn. 13; BAG, 8.9.2010 - 7 AZR 513/09 - NZA 2011, 159, 160, Rn. 18.

¹¹ St. Rspr., zuletzt BAG, 20.1.2021 - 7 AZR 52/20 - NZA 2021, 864, 866, Rn. 23 mwN.

¹² St. Rspr., zuletzt BAG, 20.1.2021 - 7 AZR 52/20 - NZA 2021, 864, 866, Rn. 24 mwN.

Der Praxis ist dies vielfach unbekannt. Der 6. Strafsenat des BGH ist hierfür ein prominentes Beispiel.¹³ Eine gesetzliche Verankerung des Konzepts der hypothetischen beruflichen Entwicklung ist daher dringend geboten.

Besonders wichtig erscheint mir dabei, dass jede individuelle Anhebung der Vergütung vom Arbeitgeber begründet und diese Begründung dokumentiert und dem Betriebsratsmitglied zur Verfügung gestellt wird. Ohne eine solche Dokumentation wäre es für den Arbeitgeber im Nachhinein sehr einfach zu behaupten, die für ihn handelnden Personen hätten sich geirrt und/oder tatsächlich begünstigt – mit allen existentiellen Rechtsfolgen, die sich für das Betriebsratsmitglied ergeben können. Denn nach der Rechtsprechung des BAG findet § 817 S. 2 BGB keine Anwendung mit der Folge, dass die bereicherungsrechtlichen Rückforderungsansprüche des Arbeitgebers auch dann nicht entfallen, wenn er von der Rechtswidrigkeit der Vergütung wusste.¹⁴

Da sich das Problem der hypothetischen beruflichen Entwicklung in erster Linie bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern stellt, kann man auch schlecht ausschließlich auf die in Ausbildung und Beruf tatsächlich erbrachten Leistungen abstellen; diese liegen oftmals Jahrzehnte zurück. Man kann aber auf anderweitig – privat, als Aufsichtsratsmitglied oder in der Betriebsratsarbeit – erbrachte bzw. erworbene Leistungen, Fähigkeiten und Kenntnisse zur Untermauerung der hypothetischen beruflichen Entwicklung abstellen, die das Betriebsratsmitglied genommen hätte, wäre es nicht Betriebsrat geworden. Auch kann man als Indiz für den Verlauf der hypothetischen beruflichen Entwicklung des Betriebsratsmitglieds berücksichtigen, ob dem Betriebsratsmitglied konkrete Stellen (innerhalb und außerhalb seiner hypothetischen beruflichen Entwicklung) angeboten wurden oder ob das Betriebsratsmitglied für bestimmte Stellen ernsthaft in Betracht gezogen wurde. Man kann ferner darauf abstellen, dass das Betriebsratsmitglied mit den hypothetisch oder den tatsächlich erworbenen Fähigkeiten und Kenntnissen (ggfs. hypothetische) Prüfungen bestanden hätte oder besteht, die im Unternehmen für bestimmte Beförderungsschritte üblich sind.

Das BAG hatte bislang nicht zu entscheiden, ob das Anknüpfen an Kriterien wie die soeben genannten im Rahmen von § 78 S. 2 BetrVG rechtmäßig ist. Aus meiner Sicht kann diese Frage nur bejaht werden. Denn wenn

man nicht auf diese Kriterien abstellen dürfte, liefe der Anspruch insbesondere der freigestellten Betriebsratsmitglieder auf Gewährung einer hypothetischen beruflichen Entwicklung leer. Sie wären auf § 37 Abs. 4 BetrVG zurückgeworfen. Aus der Mindestabsicherung wäre eine Höchstgrenze geworden.

3. Kein Erfordernis einer freien, zu besetzenden Stelle

Darauf, ob eine tatsächlich vorhandene Stelle zu besetzen ist, ob diese Stelle ausgeschrieben wurde oder das Betriebsratsmitglied sich auf diese Stelle beworben hat und/oder diese Stelle tatsächlich antritt, kommt es meiner Meinung nach nicht an.

Für die Dauer der Freistellung ist das freigestellte Betriebsratsmitglied von seiner Verpflichtung zur Arbeitsleistung entbunden.¹⁵ Das arbeitsvertragliche Synallagma ist dahingehend modifiziert, dass an die Stelle der Arbeitspflicht die Verpflichtung des Betriebsratsmitglieds tritt, während seiner Arbeitszeit im Betrieb anwesend zu sein und sich dort für anfallende Betriebsratsarbeit bereit zu halten.¹⁶ Für die Dauer der Freistellung ist nicht länger der Arbeitsvertrag die maßgebliche Rechtsquelle zur Bestimmung der Pflichten des freigestellten Betriebsratsmitglieds, sondern das BetrVG.

Freigestellte Betriebsratsmitglieder haben sich ausschließlich der Betriebsratsarbeit zu widmen. Sie verlieren deshalb nicht selten ihre beruflichen Fertigkeiten und Kenntnisse. Daher kann es¹⁷

13 Dem Tatbestand der Entscheidung (siehe oben, Fn. 2) ist zu der Frage, wie die Vergütungsentwicklungen konkret begründet wurden, ebenso wenig zu entnehmen wie der Entscheidung der Vorinstanz. Dies hat der BGH in Rn. 27–30 seiner Entscheidung auch deutlich gerügt. Da es um hohe sechsstellige Gehälter ging, dürfte § 37 Abs. 4 BetrVG in der Lesart des BAG nicht einschlägig gewesen sein. In Betracht kommt allein eine Gehaltsentwicklung auf Basis der hypothetischen beruflichen Entwicklung. Dies hat der BGH ganz offensichtlich verkannt, wenn er im Kontext des § 78 S. 2 BetrVG im Grunde allein den gesetzlichen Mindestschutz des § 37 Abs. 4 BetrVG prüft, dann ausdrücklich erklärt, der von ihm für § 37 Abs. 4 BetrVG zugrunde gelegte »strenge Maßstab« verbiete es, auf die hypothetische Gehaltsentwicklung des Betriebsrats bei einer Sonderkarriere abzustellen, um sich weiter an den Voraussetzungen des § 37 Abs. 4 BetrVG abzuarbeiten (Rn. 22). Entsprechend unzutreffend sind die Ausführungen in Rn. 24, in der der BGH auch solche Argumente, auf die zur Begründung einer konkreten hypothetischen beruflichen Entwicklung abgestellt werden könnte, verwirft.

14 *Thüsing/Denzer*, Rechtssichere Betriebsratsvergütung, Frankfurt aM. 2019, Rn. 401 ff., 411 f.

15 BAG, 28.9.2016 – 7 AZR 248/14 – NZA 2017, 335, Rn. 30.

16 BAG, 10.7.2013 – 7 ABR 22/12 – NZA 2013, 1221, Rn. 20.

17 So beispielsweise *Fitting* (Begr.), BetrVG, 31. Aufl., München 2022, § 38 Rn. 91.

› »im Interesse eines ordnungsgemäßen Ablaufs erforderlich sein, den durch die Freistellung freiwerdenden Arbeitsplatz mit einem anderen Arbeitnehmer zu besetzen. Aus diesem Grund haben Betriebsratsmitglieder, die über einen längeren Zeitraum freigestellt waren, nach Beendigung der Freistellung nicht selten Schwierigkeiten, wieder einen angemessenen Arbeitsplatz im Betrieb zu finden.«

Mit anderen Worten: Es ist der Normalfall, dass ein freigestelltes Betriebsratsmitglied keine konkrete Stelle besetzt.

Auch die Rechtsprechung des BAG zum Benachteiligungsverbot belegt, dass Vergütung und berufliche Tätigkeit (= Stelle) bei einem Betriebsratsmitglied auseinanderfallen können.

› »Von dem Benachteiligungsverbot erfasst wird nicht nur die berufliche Tätigkeit, sondern auch das sich aus ihr ergebende Entgelt. Ein Betriebsratsmitglied, das nur infolge der Amtsübernahme nicht in eine Position mit höherer Vergütung aufgestiegen ist, kann daher den Arbeitgeber unmittelbar auf Zahlung der höheren Vergütung in Anspruch nehmen.«¹⁸

Dass das Betriebsratsmitglied zugleich die Versetzung auf die höherwertige Position verlangen müsste, ist der Rechtsprechung des BAG nicht zu entnehmen. Im Gegenteil ergibt sich aus der soeben zitierten Passage, dass ein Anspruch auf das höhere Entgelt auch dann besteht, wenn die Stelle tatsächlich mit einem als qualifiziert erachteten Bewerber besetzt wurde.

Weder das Benachteiligungsverbot noch das Begünstigungsverbot verlangen also, dass der Arbeitgeber dem Betriebsratsmitglied einen freien Arbeitsplatz zuweist, der dessen nur hypothetischer beruflicher Entwicklung entspricht.

Eine solche Verpflichtung wäre überdies eine reine Formsache. Denn es steht dem privaten Arbeitgeber grundsätzlich frei, neue Stellen nach Belieben zu schaffen. Der Arbeitgeber könnte also auch eine neue Stelle schaffen, auf die er das Betriebsratsmitglied zwecks Gewährleistung der hypothetischen beruflichen Entwicklung versetzt. Aber warum sollte er das tun? Das Betriebsratsmitglied könnte den Arbeitsplatz schließlich weder während der Freistellung noch unmittelbar nach Beendigung der Freistellung tatsächlich ausfüllen, erfolgte die Beförderung doch nur hypothetisch und fehlen ihm doch gerade deswegen tatsächlich die erforderlichen Qualifikationen.

Daher hat auch der Gesetzgeber in § 38 Abs. 4 S. 2 f. BetrVG vorgesehen, dass einem Betriebsratsmitglied, das länger als drei volle, aufeinanderfolgende Amtsperioden

freigestellt war, nach Beendigung seiner Amtszeit innerhalb von zwei Jahren im Rahmen der Möglichkeiten des Betriebs Gelegenheit zu geben ist, an betrieblichen und außerbetrieblichen Berufsbildungsmaßnahmen teilzunehmen, um eine wegen der Freistellung unterbliebene betriebsübliche Entwicklung nachzuholen.

Wenn aber keine tatsächlich vorhandene Stelle besetzt werden muss, ist auch keine Ausschreibung, Bewerbung oder gar der Antritt der Stelle erforderlich.

IV. Überlegungen zur Minderung des Strafbarkeitsrisikos

Die betriebsverfassungsrechtliche Rechtslage zur Betriebsratsvergütung, insbesondere zu §§ 78, 37 Abs. 4, 119 BetrVG, ist sehr unübersichtlich.

Vor diesem Hintergrund ist umso problematischer, dass der BGH nun entschieden hat, dass jeder (auch kleinere) Verstoß gegen das Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG als Untreue iSv. § 266 StGB zu werten ist,¹⁹ und zugleich die umfangreiche rechtliche Expertise, die vom Unternehmen zur Absicherung der getroffenen Entscheidungen eingeholt worden war, in Frage stellt.²⁰ Die Schaffung einer »Grauzone« erscheint mir dringend geboten, weil andernfalls damit zu rechnen ist, dass Betriebsräte »sicherheitshalber« benachteiligt werden. Um dem entgegenzuwirken, sollten folgende zwei Änderungen kumulativ aufgenommen werden:

1. Gesetzliche Verankerung der Verpflichtung zur Gewährung einer hypothetischen beruflichen Entwicklung

Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gewährung einer hypothetischen beruflichen Entwicklung und eine Pflicht

¹⁸ BAG, 20.1.2021 – 7 AZR 52/20 – NZA 2021, 864, 866, Rn. 23 mwN.

¹⁹ BGH, 10.1.2023 – 6 StR 133/22 – NZA 2023, 301, 302, Rn. 20 f.: »Diese Vermögensbetreuungspflicht wird verletzt, wenn einem Betriebsrat ein Arbeitsentgelt bewilligt wird, das gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot (§ 78 Satz 2 BetrVG) verstößt. Eine solche begünstigende Verfügung führt zu einem verbotenen Vermögensabfluss und ist nichtig [...]. Sie überschreitet die in § 93 Abs. 1 AktG normierten [...] äußersten Grenzen des (unternehmerischen) Ermessens und verletzt eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Vermögen.«

²⁰ BGH, 10.1.2023 – 6 StR 133/22 – NZA 2023, 301, 305, Rn. 39: »ein Gutachten, das ›rechtlichen Flankenschutz für die tatsächliche Handhabung‹ (UA S. 123) bieten soll, wird besonders kritischer Würdigung bedürfen.«

zur Aushändigung einer schriftlichen Begründung der jeweiligen individuellen Entwicklungsschritte sowie die Kriterien, auf die hierfür abgestellt werden darf (hierzu siehe soeben oben, II.1. und 2.), sollten gesetzlich klar verankert werden. Damit würde auch den Strafgerichten unmissverständlich signalisiert, dass eine bessere als die betriebsübliche Gehaltsentwicklung eines Betriebsratsmitglieds im Rahmen einer hypothetischen beruflichen Entwicklung durchaus rechtmäßig sein kann.

2. Einschränkung der Anwendbarkeit von § 134 BGB

Mit einer Klarstellung wie soeben unter III.1. vorgeschlagen wäre jedoch noch nicht das Problem gelöst, dass wegen der Auslegung von § 78 S. 2 als Verbotsgesetz iSv. § 134 BGB²¹ jeder Verstoß gegen das Begünstigungsverbot unmittelbar in die Strafbarkeit von § 266 StGB²² führt.

Der Erste Strafsenat des BGH hat 2010 in einem Fall, in dem es um die nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG strafbare Beeinflussung einer Betriebsratswahl durch den Arbeitgeber ging, entschieden, dass eine Normverletzung in der Regel nur dann pflichtwidrig iSd. § 266 StGB ist, wenn die verletzte Schutznorm ihrerseits wenigstens auch vermögensschützenden Charakter für das zu betreuende Vermögen hat.²³ Gleichzeitig hat er zutreffend festgestellt, dass dies bei der Strafnorm des § 119 BetrVG nicht der Fall sei. Diese Vorschrift diene allein dem Schutz der Wahl und der Funktionsfähigkeit der im Gesetz aufgeführten betriebsverfassungsrechtlichen Organe. Der Verstoß gegen § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG sei daher für sich allein nicht geeignet, eine Pflichtwidrigkeit iSv. § 266 StGB zu begründen. Das dadurch verwirklichte Unrecht könne strafrechtlich allein nach Maßgabe von § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG sanktioniert werden.²⁴

Der 6. Strafsenat hat sich der Auffassung des Ersten Senats in seiner Entscheidung vom 10. Januar 2023 nicht angeschlossen und stattdessen zentral auf § 93 Abs. 1 AktG abgestellt.²⁵ Die Auffassung des 6. Senats, wonach die – also jede – Überschreitung des durch § 93 Abs. 1 AktG eingeräumten unternehmerischen Ermessens eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden unternehmerischen Vermögen verletzt, ist allerdings nicht neu; sie kann eher als ständige Rechtsprechung der Strafsenate bezeichnet werden.²⁶ Die Frage ist jedoch, ob sie auf die Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern uneingeschränkt anwendbar

ist. Schließlich existiert mit § 119 Abs. 1 BetrVG eine spezialgesetzliche Strafnorm, die in ihrem Abs. 2 vorsieht, dass die Tat nur auf Antrag verfolgt wird.²⁷ Dem kann hier jedoch nicht weiter nachgegangen werden.

Rechtspolitisch einfacher als eine gesetzgeberische Intervention in das Strafrecht erscheint mir eine Novellierung des § 78 S. 2 BetrVG mit dem Ziel der Verschiebung der Strafbarkeitsgrenzen:

Der zentrale Aspekt, der die Verletzung der aus § 93 Abs. 1 AktG folgenden Vermögensbetreuungspflicht des Arbeitgebers durch jegliche begünstigende Vergütungsabrede begründet, ist die Nichtigkeit der begünstigenden Vergütungsabrede infolge des Verstoßes gegen § 134 BGB. Nur weil die Vergütungsabrede nach § 134 BGB nichtig ist, ist der Vermögensabfluss verboten.²⁸ Aus dem Verstoß der Vergütungsabrede gegen das Begünstigungsverbot²⁹ des § 78 S. 2 BetrVG iVm. § 134 BGB folgt gleichsam automatisch der Verstoß gegen § 93 Abs. 1 AktG und hieraus wiederum die Verwirklichung des objektiven Tatbestands des § 266 StGB.

Die Entscheidung des BGH vom 10. Januar 2023 in Sachen Volkswagen führt anschaulich vor Augen, wie schwierig und unwägbare die Erfüllung der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gewährung einer hypothetischen beruflichen Entwicklung ist, die das Betriebsratsmitglied ohne seine Betriebsratsmitgliedschaft genommen hätte –

21 Nicht nur durch den BGH, 10.1.2023 – 6 StR 133/22 – NZA 2023, 301 ff., sondern auch durch das BAG, 20.1.2010 – 7 ABR 68/08 – NZA 2010, 777; BAG, 16.2.2005 – 7 AZR 95/04 – NZA-RR 2005, 556; BAG, 21.3.2018 – 7 AZR 590/16 – NZA 2018, 1019.

22 Genau genommen zunächst einmal zur Verwirklichung des objektiven Tatbestands, aber wer möchte schon darauf vertrauen, dass staatsanwaltschaftliche Ermittlungen zu dem Ergebnis kommen, dass kein Vorsatz oder jedenfalls ein Verbotsirrtum vorlag. Den angeklagten Managern von VW haben jedenfalls selbst umfangreiche Expertengutachten das strafgerichtliche Verfahren nicht erspart (vgl. hierzu BGH, 10.1.2023 – 6 StR 133/22 – NZA 2023, 301, 304, Rn. 31 ff., Rn. 38 f.).

23 BGH, 13.9.2010 – 1 StR 220/09 – NJW 2011, 88–96.

24 BGH, 10.1.2023 – 6 StR 133/22 – NZA 2023, 301, 305, Rn. 39.

25 BGH, 10.1.2023 – 6 StR 133/22 – NZA 2023, 301, 304, 303, Rn. 24; Zur Kritik vgl. nur Fischer, AuR 2023, 230, 233 ff.

26 BGH, 10.2.2022 – 3 StR 329/21 – NZG 2022, 1293, Rn. 9; BGH, 27.1.2021 – 3 StR 628/19 – NZG 2021, 748, Rn. 15; BGH, 12.10.2016 – 5 StR 134/15 – NJW 2017, 578 (HSH Nordbank); BAG, 20.1.2010 – 7 ABR 68/08 – NZA 2010, 777, Rn. 10; BGH, 17.9.2009 – 5 StR 521/08 – NJW 2009, 92, 94, Rn. 34.

27 Fischer, AuR 2023, 230, 234 f.

28 BGH, 10.1.2023 – 6 StR 133/22 – NZA 2023, 301, Rn. 20; BGH, 17.9.2009 – 5 StR 521/08 – NJW 2009, 92, 94, Rn. 34–37.

29 Beim Benachteiligungsverbot stellt sich dieses Problem nicht. Ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot führt beim Unternehmen zu keinem Vermögensabfluss.

und das sicherlich trotz allerbesten interner und externer juristischer Beratung. Mir selbst ist aus der Praxis bekannt, welche Fülle an Informationen über die berufliche und persönliche Entwicklung des Betriebsratsmitglieds man verarbeiten und bewerten muss.³⁰ Und letztlich geht es nicht um die Beurteilung von Fakten, sondern um die einer rein hypothetischen Entwicklung. Für deren Beurteilung muss dem Arbeitgeber zwangsläufig ein (erheblicher) Spielraum zustehen.

Daher sollte in die Novellierung auch aufgenommen werden, dass eine gegen das Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG verstoßende Vergütungsabrede nur dann gem. § 134 BGB nichtig ist, wenn sich der Verstoß gegen § 78 S. 2 BetrVG einem Außenstehenden förmlich aufdrängen muss, also besonders offensichtlich ist. Schließlich bestimmt § 134 BGB selbst ausdrücklich, dass die Nichtigkeitsfolge nur eintritt, wenn sich nicht aus dem Verbotsgesetz etwas anderes ergibt. Die vorgeschlagene Formulierung orientiert sich an der Rechtsprechung des BGH zur Business Judgement Rule. Diese findet nach ganz überwiegender Auffassung weder auf die Entscheidung über die Benennung der Vergleichspersonen noch auf die Festlegung der hypothetischen beruflichen Entwicklung Anwendung, weil es hierbei nicht um die Ausübung unternehmerischen Ermessens, sondern um Rechtsanwendung geht.³¹ Die Anwendung der §§ 78 S. 2, 37 Abs. 4 BetrVG ist aber so komplex, dass es geboten erscheint, die Nichtigkeit einer gegen das Begünstigungsverbot verstoßenden Vergütungsvereinbarung, die gerade bei nicht gravierenden Verstößen oftmals erst nach langen Rechtsstreitigkeiten im Nachhinein festgestellt wird, auf offensichtliche Verstöße zu beschränken.

Die vorgeschlagene Regelung hätte zur Folge, dass auch die Strafbarkeit nach § 266 StGB nur bei schlechthin

unvertretbarem, ganz offensichtlich pflichtwidrigem Handeln gegeben wäre. Dies entspräche auch den Anforderungen, die das BVerfG 2010 in seiner Entscheidung zum Untreuetatbestand³² aufgestellt hat: Danach ist die Anwendung des Untreuetatbestands auf Fälle klaren und deutlichen (evidenten) pflichtwidrigen Handelns zu beschränken.

Aus der vorgeschlagenen Klarstellung entstünde für die Arbeitgeberseite ein deutliches Mehr an Rechtssicherheit, und zwar gleichermaßen bei der Festlegung von Vergleichspersonen wie bei der Gewährung einer über die betriebsübliche berufliche Entwicklung hinausgehenden hypothetischen beruflichen Entwicklung.

Eine solche Novellierung des § 78 S. 2 BetrVG hätte darüber hinaus zur Folge, dass Betriebsratsmitglieder bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsansprüchen nur dann ausgesetzt wären, wenn der Verstoß sich einem Außenstehenden aufdrängt. Das würde ihnen Rechtssicherheit hinsichtlich ihrer Lebensplanung geben, die derzeit nicht gegeben ist. Denn in Anbetracht der Fülle an betrieblichen und biographischen Informationen, die für die Prüfung der Vergütungsabrede erforderlich sind,³³ wird den Betroffenen auf Basis des geltenden Rechts kein Dritter verlässlich bescheinigen können, ob die Grenzen des § 78 S. 2 BetrVG eingehalten werden. Ob sich ein Verstoß gegen § 78 S. 2 BetrVG förmlich aufdrängt, lässt sich indes schon eher beurteilen.

30 Vgl. oben, III.2.

31 Kudlich/Scheuch/Thüsing, ZIP 2023, 609, 611 mwN.

32 BVerfG, 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 ua. – NJW 2010, 3209, Rn. 110.

33 Vgl. oben, III.1.

Die Besetzung der Einigungsstelle – vertrauensvolle Zusammenarbeit bei der Benennung von Beisitzern?

Dr. Maximilian Schmidt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Kanzlei Seitz, Köln

Dem Autor dieser Zeilen begegnete der Name »Bertzbach« das erste Mal im Zusammenhang mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz. *Martin Bertzbach* hatte als einer der ersten Arbeitsrechtler Deutschlands die Bedeutung dieses Gesetzes erkannt und gemeinsam mit *Wolfgang Däubler* den Grundlagenkommentar zum AGG, den »Däubler/Bertzbach«, herausgegeben. Als wissenschaftlicher Mitarbeiter galt es, die Kommentierung von *Gregor Thüsing* zu eben diesem Gesetz zu bearbeiten und hierbei die wichtige Kommentierung des »Däubler/Bertzbach« zu berücksichtigen. Zu diesem Zeitpunkt ahnte ich nicht, dass mir *Martin Bertzbach* einige Jahre später nicht mehr allein in der wissenschaftlichen Theorie, sondern in der handfesten Praxis begegnen würde: In einer dauerhaften Einigungsstelle bei einem großen deutschen Automobilhersteller. Seitdem haben sich unsere Wege in Mandaten aus verschiedenen Wirtschaftszweigen viele Male gekreuzt, nicht immer waren wir einer rechtlichen Auffassung. Umso mehr ist es ein Privileg, mit einem der erfahrensten und besten Einigungsstellenvorsitzenden Deutschlands diskutiert und verhandelt zu haben.

Martin Bertzbach hat hierbei stets den Blick dafür gehabt, die Gemeinsamkeiten der Betriebsparteien herauszuarbeiten und einen für beide Seiten gangbaren Kompromiss zu finden. Ganz im Sinne der vertrauensvollen Zusammenarbeit zum Wohl der Arbeitnehmer und zum Wohl des Betriebs.

Doch gilt dieser betriebsverfassungsrechtliche Grundsatz auch bei der Benennung von Beisitzern einer Einigungsstelle? Und wenn ja, wie kann die jeweilige Betriebspartei die Einhaltung des Grundsatzes der vertrauensvollen Zusammenarbeit durchsetzen?

I. Grundsätze der Besetzung einer Einigungsstelle

Bevor ein Verfahren vor der Einigungsstelle stattfinden kann, muss die Einigungsstelle einvernehmlich oder

durch gerichtliche Bestellung eingesetzt werden. Die Einigungsstelle bedarf eines Regelungsgegenstandes, eines Vorsitzenden und einer festgelegten Anzahl an Beisitzern.

Die Anzahl der Beisitzer ist häufig Gegenstand von Streitigkeiten zwischen den Betriebsparteien: Der Betriebsrat möchte in der Regel eher eine hohe Anzahl an Beisitzern erreichen, etwa um neben einem Verfahrensbevollmächtigten auch mehrere Betriebsratsmitglieder zu benennen. Der die Kosten des Einigungsstellenverfahrens tragende Arbeitgeber ist hingegen auf eine möglichst effiziente Besetzung bedacht. Die Festlegung der Zahl der Beisitzer im gerichtlichen Einsetzungsverfahren gem. § 100 ArbGG hängt von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Komplexität und Bedeutung der anstehenden Streitfrage, ab. In der gerichtlichen Praxis hat sich folgende Differenzierung herausgebildet:

- Im Regelfall wird eine Besetzung mit zwei Beisitzern für jede Seite angemessen sein.¹
- Eine Besetzung mit lediglich einem Beisitzer je Seite kommt in Betracht, wenn es sich um kleinere Streitfragen handelt, etwa eine Beschwerde gem. § 85 Abs. 2 BetrVG.²
- Bei besonders schwierigen und bedeutsamen Fällen kann die Einigungsstelle ausnahmsweise mit bis zu drei Beisitzern besetzt werden.³

Haben sich die Betriebsparteien auf eine Anzahl an Beisitzern geeinigt bzw. das Gericht diese im gerichtlichen Einsetzungsverfahren gem. § 100 ArbGG festgelegt, benennt jede Betriebspartei die als Beisitzer im Einigungsstellenverfahren beteiligten Personen namentlich. Die jeweils andere Betriebspartei hat hierbei im Grundsatz kein Mitspracherecht – schließlich sollen die in der Einigungsstelle

1 LAG Baden-Württemberg, 18.3.2021 – 17 TaBV 1/21 – NZA-RR 2021, 370 ff.; LAG Düsseldorf, 8.5.2018 – 3 TaBV 15/18 – juris.

2 LAG Hessen, 3.11.2009 – 4 TaBV 185/09 – NZA-RR 2010, 359 ff.

3 LAG Bremen, 2.7.1982 – 1 TaBV 7/82 – juris; LAG München, 15.7.1991 – 4 TaBV 27/91 – juris; LAG Schleswig-Holstein, 4.2.1997 – 1 TaBV 3/97 – juris.

stimmberechtigten Beisitzer die Vorstellungen der sie benennenden Partei vertreten. So kommt es in der Praxis nur sehr selten vor, dass ein Beisitzer ausschert und »gegen« die ausdrücklich mitgeteilten Interessen der sie benennenden Partei stimmt.

In zwischen den Betriebsparteien emotional aufgeladenen Situationen kann es dazu kommen, dass eine Seite mit der Festlegung eines bestimmten Beisitzers nicht einverstanden ist. Dies kann etwa bei bekannten »Provokateuren« der Fall sein, deren Aufgabe es ersichtlich sein soll, in der Einigungsstelle für Unruhe zu sorgen oder das Verfahren zu verzögern. Auch kann eine Seite mit der Benennung von Beisitzern andere ersichtlich sachwidrige Zwecke verfolgen. Ferner könnte die Kompetenz eines Beisitzers in Frage stehen. Was tun in all diesen Fällen?

II. Verstoß gegen vertrauensvolle Zusammenarbeit bei Benennung von Beisitzern der Einigungsstelle?

1. Grundsätze in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Im Grundsatz gilt: Die Betriebsparteien sind bei der Benennung der Beisitzer der Einigungsstelle weitgehend frei. Persönliche oder sachliche Voraussetzungen für die Bestellung als Beisitzer sind im Gesetz nicht genannt. Die Beisitzer müssen also etwa auch nicht Angehörige des Betriebs sein, arg. ex. § 76a Abs. 2 und 3 BetrVG. Für die Auswahlentscheidung des Betriebsrats hinsichtlich der von ihm zu benennenden Beisitzer ist in erster Linie das Vertrauen in die Person des Beisitzers maßgebend. Er muss für den Betriebsrat die Gewähr dafür bieten, die streitigen Regelungsfragen in Verhandlungen mit dem Arbeitgeber einer Konfliktlösung zuzuführen und dabei die Interessen der vom Betriebsrat vertretenen Belegschaft angemessen zu wahren.⁴

Allerdings nimmt das BAG an, dass in engen Grenzen auch bei der Benennung der Beisitzer einer Einigungsstelle der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit gilt.⁵ Ein Verstoß gegen diesen betriebsverfassungsrechtlichen Grundsatz könne vorliegen, wenn eine formale Rechtsstellung missbräuchlich und damit unzulässig ausgeübt wird. Hierbei handele es sich jedoch um eng begrenzte Ausnahmefälle, da Betriebsrat und Arbeitgeber

strukturell gegensätzliche Interessen verfolgen.⁶ Das BAG hat etwa den Fall benannt, in dem die Auswahl einer Person durch den Betriebsrat dazu dient, die Kosten der Einigungsstelle zu erhöhen und so einen Einigungsdruck auf den Arbeitgeber auszuüben.⁷ Ein Verstoß gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit könne ferner vorliegen, wenn die vom Betriebsrat ausgewählte Person offensichtlich ungeeignet sei hinsichtlich Kenntnissen und Erfahrungen bezüglich der Regelungsmaterie in der Einigungsstelle.⁸

2. Systematisierung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und weitere Fallbeispiele

Die Fallbeispiele des BAG sind bisher eher rar gesät – sei es, weil die Fälle in der Praxis nicht vorkommen oder es nicht allzu häufig bis zum BAG schaffen. Aus den Leitlinien des BAG und den bisher entschiedenen Fällen lassen sich jedoch Ableitungen für in der Praxis denkbare Konstellationen herstellen.

Systematisiert man die bisher entschiedenen Fälle des BAG, lassen sich zwei wesentliche Fallgruppen herausbilden: Die erste Fallgruppe betrifft das Motiv des Betriebsrats bei der Benennung des Beisitzers selbst. Wenn der Betriebsrat rechtsmissbräuchlich einen Beisitzer benennt, stellt dies einen Verstoß gegen die vertrauensvolle Zusammenarbeit dar. Die Bestimmung der Rechtsmissbräuchlichkeit wird hierbei stets an den Zwecken der gesetzlichen Regelung selbst erfolgen müssen und ist Einzelfallfrage.

Die zweite Fallgruppe betrifft die Person des Beisitzers selbst: Gibt die Person nicht hinreichend Gewähr dafür, nicht offensichtlich ungeeignet zu sein, stellt auch die Benennung dieser Person einen Verstoß gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit dar. Auch in diesen Fällen kann nur anhand des jeweiligen Einzelfalls entschieden werden, ob die Benennung des Beisitzers unzulässig ist.

Beide Fallgruppen lassen sich anhand der deutlich genauer konturierten Rechtsprechung des BAG zu groben

4 BAG, 19.11.2019 – 7 ABR 52/17 – NZA 2020, 727, 729, Rn. 27.

5 BAG, 19.11.2019 – 7 ABR 52/17 – NZA 2020, 727, 729, Rn. 30.

6 Ebd.

7 BAG, 24.4.1996 – 7 ABR 40/95 – juris, Rn. 22, dort abgelehnt.

8 BAG, 28.5.2014 – 7 ABR 36/12 – NZA 2014, 1213 ff.

Pflichtverletzungen gem. § 23 Abs. 1 BetrVG besser fassen.⁹ Es liegt nahe, den strengen Maßstab der Rechtsprechung für solche groben Pflichtverletzungen auch auf die Benennung von Beisitzern einer Einigungsstelle zu übertragen.

Eine missbräuchliche Ausübung der Rechtsstellung könnte demnach – je nach Einzelfall – etwa auch in folgenden Konstellationen anzunehmen sein:

- Benennung eines bekannten »Provokateurs« als Beisitzer. Der Betriebsrat benennt einen wirtschaftlichen Sachverständigen in einer Einigungsstelle zu einer Betriebsänderung, der bereits zuvor durch unsachliche und provokante Stellungnahmen gegenüber der Arbeitgeberseite die vorhergehenden innerbetrieblichen Verhandlungen massiv gestört hat. In diesen Fällen wird abzuwägen sein: Einerseits dürfen der Betriebsrat selbst und auch die von ihm benannten Sachverständigen sowie Beisitzer eine pointierte Meinung vertreten und eine klare Gegenposition zum Arbeitgeber einnehmen. Andererseits ist die Grenze erreicht, wo der Kampf der Meinungen und Interessenvertretung endet.
- »Zeitspiel«: Es wird gerade in für den Arbeitgeber eilbedürftigen Einigungsstellenverfahren dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit bei der Besetzung der Einigungsstelle widersprechen, wenn der Betriebsrat einen Beisitzer für die Einigungsstelle benennt, der erkennbar nicht zeitnah für Einigungsstellentermine verfügbar ist. Bei externen Beisitzern könnte dies etwa der Fall sein, wenn Rechtsanwälte oder wirtschaftliche Berater benannt werden, die über mehrere Wochen oder Monate keine Sitzungen einrichten können.
- Benennung eines örtlich weit entfernten Beisitzers: Auch die Benennung eines örtlich weit entfernten externen Beisitzers, der nicht über eine besondere, nicht einfacher zu beschaffende Sachkunde verfügt, kann im Einzelfall dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit widersprechen. Zwar erfolgt keine Prüfung der Erforderlichkeit bei der Benennung externer Beisitzer.¹⁰ Ein Verstoß gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit kann also nicht *allein* darin liegen, dass ein Beisitzer örtlich weiter entfernt vom Betrieb ist. Jedoch kann es in einem solchen Fall – je nach den Umständen des Einzelfalls – naheliegen, dass die Benennung nur erfolgt, um den Kostendruck auf den Arbeitgeber zu erhöhen. Dies ist nach der Rechtsprechung des BAG eine anerkannte Fallgruppe eines Verstoßes gegen die vertrauensvolle Zusammenarbeit bei der Benennung

von Beisitzern der Einigungsstelle. Zudem könnte eine Kombination aus unzulässigem Kostendruck und »Zeitspiel« in Betracht kommen. Wenn der weit entfernte Beisitzer auch noch zeitlich schlecht verfügbar ist und kein naheliegender Grund für eine besondere Expertise ersichtlich ist, dürfte ein Verstoß gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit aufgrund einer Gesamtbewertung der Umstände vorliegen.

- *Vertraulichkeitsverstöße*: Benennt der Betriebsrat einen Beisitzer, der bereits zuvor vertrauliche Informationen rechtswidrig weitergegeben hat, wird dies in der Regel einen Verstoß gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit begründen. Dieser Beisitzer ist nämlich nach der Rechtsprechung des BAG offensichtlich persönlich ungeeignet. Verstöße, die eine grobe Pflichtverletzung gem. § 23 Abs. 1 BetrVG begründen, führen dann auch zu einem Verstoß gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit bei der Benennung als Beisitzer einer Einigungsstelle.

Die vorgenannten Fallgruppen können sich im Wege einer Gesamtbetrachtung auch gegenseitig verstärken und erst so einen Verstoß gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit begründen. So wird in einem Einigungsstellenverfahren zu einer eilbedürftigen Betriebsänderung die Benennung eines mehrere Wochen »ausgebuchten« wirtschaftlichen Beraters, der zudem eine Anreise von mehr als fünf Stunden zum Tagungsort der Einigungsstelle hätte, als Beisitzer rechtsmissbräuchlich sein.

III. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit bei der Benennung von Beisitzern der Einigungsstelle

Das BAG hat sich bisher vor allem mit Honorarforderungen eines unter Verstoß gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit benannten Beisitzers der Einigungsstelle auseinandergesetzt. In einer lesenswerten Leitentscheidung aus dem Jahr 2019 stellt das

⁹ S. den hilfreichen Überblick zu Einzelfällen bei Koch, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl., München 2023, § 23 BetrVG, Rn. 5 f. sowie vertiefend Thüsing, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 17. Aufl., München 2022, § 23 BetrVG, Rn. 25 ff.

¹⁰ BAG, 19.11.2019 – 7 ABR 52/17 – NZA 2020, 727, 729, Rn. 28.

BAG fest, dass der Beisitzer bei einem schwerwiegenden Verstoß gegen die Grundsätze der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 2 Abs. 1 BetrVG, den dieser erkennen musste, ausnahmsweise keinen Vergütungsanspruch gegen den Arbeitgeber hat.¹¹

Darüber hinaus hat sich das BAG jedoch noch nicht ausdrücklich mit der Rechtsfrage auseinandergesetzt, welche Auswirkungen eine gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit verstoßende Bestellung von Beisitzern der Einigungsstelle auf das Verfahren vor der Einigungsstelle hat. Dies ist in der Praxis vor allem wichtig für die Fragen, ob das Verfahren bei einem entsprechenden Einwand des Arbeitgebers überhaupt beginnen kann und – sofern der Einwand erst nach Abschluss des Verfahrens erhoben wird – ein Spruch der Einigungsstelle wirksam ist. Folgerichtig ist, dass die rechtsmissbräuchliche Benennung von Beisitzern nicht nur den Honoraranspruch des benannten Beisitzers entfallen lässt, sondern rechtlich insgesamt unbeachtlich ist. Schließlich richtet sich die Benennung des Beisitzers unter Verstoß gegen die vertrauensvolle Zusammenarbeit stets gegen die andere Seite und ist gerade deshalb unzulässig. Im Ergebnis ist die entsprechend unzulässig benennende Betriebspartei daher mit einem Beisitzer weniger in der Einigungsstelle vertreten, auch wenn dies rechtskräftig erst zu einem späteren Zeitpunkt festgestellt wird. Da es sich nicht um einen Ermessensfehler handelt, gilt die Zwei-Wochen-Frist des § 76 Abs. 5 S. 4 BetrVG zur gerichtlichen Rüge nicht. Ein Besetzungsfehler liegt nicht vor, da die benannten Beisitzer ordnungsgemäß geladen sind und die unzulässig benennende Partei schlicht einen Beisitzer weniger benannt hat (s. § 76 Abs. 5 S. 2 BetrVG: *»Benennt eine Seite keine Mitglieder oder bleiben die von einer Seite genannten Mitglieder trotz rechtzeitiger Einladung der Sitzung fern, so entscheiden*

der Vorsitzende und die erschienenen Mitglieder nach Maßgabe des Absatzes 3 allein.«).

IV. Fazit und Praxishinweise

In Ausnahmefällen sollte geprüft werden, ob die jeweils andere Betriebspartei einen Beisitzer unter Verstoß gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit benannt hat. Sofern die benannte Person offensichtlich ungeeignet ist oder ersichtlich sachwidrige Zwecke mit der Benennung verfolgt werden, liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit vor. Ein Abgleich mit der ausdifferenzierten Rechtsprechung zu groben Pflichtverletzungen gem. § 23 Abs. 1 BetrVG wird in der Regel eine Indikation geben, ob ein Verstoß gegen die vertrauensvolle Zusammenarbeit vorliegen kann. Rechtsfolge eines Verstoßes ist hierbei nicht nur der Wegfall eines Honoraranspruchs des unzulässig benannten Beisitzers. Dieser ist in der Einigungsstelle gar nicht »anwesend« und wird bei Feststellung eines entsprechenden Verstoßes in der Abstimmung nicht berücksichtigt.

Um einen solchen Extremfall zu vermeiden, sollte stets möglichst einvernehmlich über die Besetzung der Einigungsstelle zwischen den Betriebsparteien gesprochen werden. Frühzeitige Transparenz und ein offener Dialog lassen Probleme häufig schon gar nicht erst entstehen. Denn: Wie so oft werden in der Praxis die meisten Fälle eben nicht allein mit dem Gesetzbuch unter dem Arm gelöst, sondern – ganz im Sinne *Martin Bertzbachs* – im Wege vertrauensvoller Zusammenarbeit.

¹¹ BAG, 19.11.2019 – 7 ABR 52/17 – NZA 2020, 727 ff.

Vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber im Datenschutz

Prof. Dr. Gregor Thüsing/Dr. Yannick Peisker,
Universität Bonn

I. »Arbeitgeber und Betriebsrat unterstützen sich gegenseitig bei der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften«

Martin Bertzbach steht wie wohl nur ganz wenige andere für einen Grundpfeiler der Betriebsverfassung, der allzu oft vergessen wird: Die vertrauensvolle Zusammenarbeit von Arbeitgeber und Betriebsrat. In seinen Entscheidungen, in seinen Veröffentlichungen, und vor allem in seinem vielfältigen Wirken als Einigungsstellenvorsitzender hat er dieses in § 2 Abs. 1 BetrVG ausdrücklich normierte Leitmotiv immer wieder mit Leben gefüllt. Es entspricht vielleicht seinem Naturell, sicherlich aber seiner juristischen Einsicht, dass sich im konstruktiven Dialog mehr in der Sache erreichen lässt als in Konfrontation und Muskelspiel. Auch der Gesetzgeber denkt so und hat gerade in neuerer Gesetzgebung diesen Grundsatz etwa für die Datenverarbeitung durch Betriebsrat und Arbeitgeber mit einem vergleichbaren Programmsatz versehen: »Arbeitgeber und Betriebsrat unterstützen sich gegenseitig bei der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften«. Einer trage also des anderen datenschutzrechtliche Last, so werdet ihr das Gesetz erfüllen. § 79a S. 3 BetrVG ordnet – obwohl rein deskriptiv formuliert – eine gegenseitige Unterstützungspflicht von Arbeitgeber und Betriebsrat an. Auch wenn eine eigenständige datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des Betriebsrats abgelehnt wird, begründet dies letztlich durch die Hintertür, zumindest im Innenverhältnis, eine Art gemeinsame Verantwortung von Betriebsrat und Arbeitgeber, indem die Vorschrift sowohl Arbeitgeber als auch Betriebsrat verpflichtet, sich gegenseitig bei der Einhaltung datenschutzrechtlicher Bestimmungen zu unterstützen.¹ Unterstützung meint dabei nur Zusammenwirken; die Entscheidung ob und in welchem Rahmen sie personenbezogene Daten verarbeiten, obliegt aber weiterhin beiden Akteuren selbst, denn § 79a S. 3

BetrVG begründet kein generelles Mitbestimmungsrecht in datenschutzrechtlichen Angelegenheiten.² Der genaue Inhalt der Unterstützungspflicht ist noch nicht näher umrissen worden, sie beruht jedoch auf der »datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit des Arbeitgebers einerseits und der innerorganisatorischen Selbständigkeit und Weisungsfreiheit des Betriebsrats andererseits.«³ Die Norm ist damit darauf gerichtet, den jeweiligen Betriebspartner in die Lage zu versetzen, seine datenschutzrechtlichen Verpflichtungen zu erfüllen.⁴ Bereits bestehende betriebsverfassungsrechtliche Rechte und Pflichten, wie etwa die Unterrichts- und Unterlagenüberlassungspflichten nach § 80 Abs. 2 BetrVG werden durch diese Vorschrift hingegen nicht erweitert, entsprechende Anhaltspunkte fehlen. Denn es handelt sich nicht um datenschutzrechtliche Verpflichtungen, sondern um arbeitsrechtliche Rechte und Pflichten aus der Betriebsverfassung. Einige Konsequenzen dieses Konzepts sollen im Folgenden beispielhaft beleuchtet werden – nicht mögliche Fragen des akademischen Elfenbeinturms, sondern Fragen aus der Praxis, denn *Martin Bertzbach* ist ein Mann der Praxis. Das soll er auch weiterhin sein. Auch in diesem Sinne: *ad multos annos!*

II. Überwachung, Unterrichtung und Unterlagenüberlassung

Zwar ist der Betriebsrat in datenschutzrechtlicher Hinsicht Teil der verantwortlichen Stelle, gleichwohl stehen ihm

1 So auch die Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins zum Betriebsrätestärkungsgesetz, 11.12.2020, S. 18, abrufbar unter <https://anwaltsverein.de/newsroom/sn-05-21-betriebsr%C3%A4test%C3%A4rkungsgesetz?file=files/anwaltsverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2021/dav-sn-05-21.pdf> (21.8.2023); vgl. Thüsing, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 17. Aufl., München 2022, § 79a BetrVG Rn. 11.

2 Thüsing, in: Richardi (Fn. 1), § 79a BetrVG Rn. 12.

3 BT-Drs. 19/28899, S. 22.

4 Fitting (Begr.), BetrVG, 31. Aufl., München 2022, § 79a BetrVG Rn. 38; Schiefer/Worzalla, NZA 2021, 817, 821.

betriebsverfassungsrechtlich Überwachungsrechte zu, die sich auch auf datenschutzrechtliche Aspekte und Verarbeitungstätigkeiten des Arbeitgebers beziehen. Der Ausgangspunkt ist dabei klar: Auskunftsrechte des Betriebsrats in Form von Unterrichtung und Unterlagenüberlassung bestehen nur dort in dem Maße, wie ein Aufgabenbezug der begehrten Informationen und Unterlagen bejaht werden kann und die begehrten Informationen und Unterlagen für die Erfüllung dieser Aufgaben erforderlich sind. Ist dies der Fall, müssen auch personenbezogene Daten an den Betriebsrat weitergeleitet werden. Der Betriebsrat hat den Aufgabenbezug sowie die Erforderlichkeit eigenständig darzulegen, lediglich bei der Unterrichtung trifft den Arbeitgeber die Pflicht, selbständig zu untersuchen, ob und über welche Vorgänge und Informationen er den Betriebsrat unterrichten muss. Der Aufgabenbezug lässt sich regelmäßig mittels des allgemeinen Überwachungsauftrags des Betriebsrats aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG herleiten, soweit es um die Durchführung arbeitnehmer-schützender Vorschriften geht. Die Kontrolle kann sich in datenschutzrechtlichen Angelegenheiten mit den Aufgaben des betrieblichen Datenschutzbeauftragten überschneiden. Unerheblich ist, ob ein Verstoß des Arbeitgebers gegen diese vorliegt oder im Raum steht. Was aber folgt daraus für die praktischen Problemkonstellationen?

1. Die maßgebliche Entscheidung des BAG

Im Jahr 1987 musste sich das BAG erstmals mit den betrieblichen Auskunftsrechten im Datenschutzkontext auseinandersetzen und stellte unter Geltung des BDSG aF. allgemeine Grundsätze auf,⁵ die auch heute noch in der wenigen Literatur, die sich mit dem konkreten praktischen Auskunftsumfang in datenschutzrechtlicher Hinsicht auseinandersetzt, rezitiert werden.⁶ Kurz gesagt: Der Arbeitgeber musste dem Betriebsrat darüber Kenntnis verschaffen, welche Daten er verarbeitet, zu welchen Zwecken, ob und welche Daten er weitergibt und zu welchen Zwecken diese Weitergabe erfolgt, welche Maßnahmen der Arbeitgeber zum Schutz der Daten trifft sowie die Programme und deren Arbeitsweise. Zudem hatte der Arbeitgeber eine Übersicht über alle bestehenden Dateien, in denen personenbezogene Daten der Arbeitnehmer gespeichert sind, zur Verfügung zu stellen. Eine solche hatte unter Geltung des BDSG 1977 nach § 29 S. 3 Nr. 1 BDSG aF. zumindest der betriebliche Datenschutzbeauftragte zu führen.

In welchem Maße sich diese Ausführungen in die derzeitige Rechtslage unter Geltung der DSGVO transferieren lassen und welche Informationen und Unterlagen der Arbeitgeber dem Betriebsrat konkret zur Verfügung zu stellen hat, wird häufig nicht näher ausgeführt; nur vereinzelt finden sich Autoren, die sich in der Literatur hiermit auseinandersetzen.⁷ Es bedarf daher einer konkreten Aufschlüsselung der Informationen und Unterlagen, die zu beauskunften sind.

2. Vorlage des Verzeichnisses von Verarbeitungstätigkeiten (VVT)

Die Verfahren zur Verarbeitung personenbezogener Daten können regelmäßig einem VVT entnommen werden. Jede IT-Lösung wird dabei im Rahmen der datenschutzrechtlichen Prüfung einem bestimmten Verfahren zugewiesen und im VVT integriert. Auch wenn nur Verarbeitungstätigkeiten und damit bestimmte Prozesse abgebildet werden, wird über diese Arbeitsweise auch stets ein Verweis auf die dazugehörigen IT-Lösungen gezeigt.

Soweit sich die Literatur mit der Vorlage des VVT auseinandersetzt, bejaht sie durchweg eine entsprechende Verpflichtung des Arbeitgebers.⁸ Diese Einschätzung wird auch wohl auf der Linie des BAG liegen, das in dem o.g. Beschluss noch explizit eine Pflicht zur Überlassung einer Übersicht nach § 29 S. 3 Nr. 1 BDSG aF. (1977) bejahte, welche die Art der gespeicherten personenbezogenen Daten, die Geschäftszwecke und Ziele, zu deren Erfüllung die Kenntnis der Daten erforderlich ist, die Empfänger sowie die Art der eingesetzten Datenverarbeitungsanlagen enthalten musste. Inhaltlich kongruent sind letztlich die zwingenden

⁵ BAG, 17.3.1987 – 1 ABR 59/85 – NZA 1987, 747, 749.

⁶ So etwa in *Fitting* (Fn. 4), BetrVG, § 80 BetrVG Rn. 53; *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 1), § 80 BetrVG Rn. 10; *Werner*, in: Rolf/Giesen/Meßling/Udsching (Hrsg.), BeckOK ArbR, 68. Ed., München 2023, § 80 BetrVG Rn. 9; *Thüsing/Granetzny*, in: Thüsing (Hrsg.), Beschäftigtendatenschutz & Compliance, 3. Aufl., München 2021, § 20 Rn. 77; *Kort*, NZA 2010, 1267, 1268; *Kort*, NZA 2011, 1319, 1321; *Kort*, NZA 2015, 1345, 1347; *Lücke*, NZA 2019, 658, 667; *Wybitul*, CCZ 2016, 194, 197.

⁷ Etwa *Däubler*, Gläserne Belegschaften, 9. Aufl., Frankfurt aM. 2021, Rn. 639b; *Gola*, Handbuch Beschäftigtendatenschutz, 8. Aufl., Frechen 2019, Rn. 2193 ff.; *Althoff*, ArbRAktuell 2018, 414; *Kort*, NZA 2011, 1319; *Schulze*, ArbRAktuell 2022, 66, 68; *Weichert*, NZA 2020, 1597, 1600.

⁸ *Schulze*, ArbRAktuell 2022, 66, 68; *Weichert*, NZA 2020, 1597, 1600; nicht ausdrücklich, aber wohl bejahend *Däubler*, Gläserne Belegschaften (Fn. 7), Rn. 634; *Althoff*, ArbRAktuell 2018, 414, 416.

Inhalte des Verarbeitungsverzeichnisses nach Art. 30 Abs. 1 S. 2 DSGVO, sodass die Bejahung der Vorlagepflicht daher folgerichtig erscheint. Rechtlich folgt der notwendige Aufgabenbezug des Betriebsrats zumindest mittelbar aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BDSG iVm. § 26 BDSG, bzw. nach dessen Unionsrechtswidrigkeit aus Art. 6 DSGVO.⁹ Zwar lässt sich Art. 30 DSGVO wohl nicht unmittelbar als arbeitnehmerschützende Vorschrift heranziehen, da die Pflicht, ein VVT zu führen, nicht primär gegenüber den Betroffenen besteht, sondern die Einhaltung der DSGVO gegenüber den zuständigen Datenschutzbehörden sicherstellen soll, vgl. Art. 30 Abs. 4 DSGVO.¹⁰ Allerdings genügt die indizielle Bedeutung der Unterlagen für die Aufgabenerfüllung des Betriebsrats: Dieser muss zur Überprüfung, ob die Grenzen der datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestände eingehalten werden, insbesondere Kenntnis von den Verarbeitungszwecken, Übermittlungsvorgängen sowie der eingesetzten Programme besitzen.¹¹

Soweit die Verarbeitung personenbezogener Daten der Beschäftigten betroffen ist, müssen die relevanten Bestandteile des VVT daher als Unterlagen iSd. § 80 Abs. 2 S. 2 BetrVG überlassen werden. Andere Bestandteile des VVT, die die Verarbeitung von Kundendaten oder Daten anderer Personen betreffen, können geschwärzt werden.¹²

3. Vorlage Lösch- und Speicherkonzept

Dies gilt auch für das Lösch- und Speicherkonzept des Verantwortlichen, welches ebenfalls nach Art. 30 Abs. 1 S. 2 lit. f) DSGVO Bestandteil des VVT ist. Löschungspflichten dienen den Interessen der datenschutzrechtlich betroffenen Beschäftigten, denn jede Verarbeitung ist auch in zeitlicher Hinsicht nur solange gerechtfertigt, wie sie für die Zweckerfüllung erforderlich ist. Es gilt der Grundsatz der Speicherbegrenzung nach Art. 5 Abs. 1 lit. e) DSGVO, welcher in Art. 17 DSGVO in Form einer Lösungsverpflichtung näher konkretisiert wird. Insofern besteht ein Aufgabenbezug des Betriebsrats durch die Überwachung der Durchführung des Art. 17 DSGVO als eine die betroffenen Arbeitnehmer schützende Vorschrift. Daher ist der praktischen Umsetzung geraten, auch das Lösch- und Speicherkonzept zu überlassen, sofern die Verarbeitung personenbezogener Daten betroffen ist.

4. Darstellung der technischen und organisatorischen Maßnahmen (TOM)

Ebenso muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat die getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen darstellen. Das BAG hatte in der angesprochenen Entscheidung aus dem Jahre 1987 eine Pflicht zur Unterrichtung über die zum Schutz der Datenverarbeitung getroffenen Maßnahmen bejaht, soweit die Verarbeitung personenbezogener Daten der Beschäftigten in Rede steht.¹³ Mit Blick auf den Umstand, dass eine Beschreibung der getroffenen TOM ohnehin in das Verarbeitungsverzeichnis aufzunehmen ist, Art. 30 Abs. 1 S. 2 lit. g) DSGVO, kann die damalige Erkenntnis ohne weiteres auf die Rechtslage unter Geltung der DSGVO übertragen werden.

5. Vorlage der Risikobewertung und der Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA)

Ob auch die Mitteilung der Risikobewertung sowie der DSFA erforderlich ist, kann durchaus mit guten Argumenten verneint werden. Denn die Bewertung des Risikos ist grundsätzlich eine Einschätzung seitens des Verantwortlichen, die inhaltlich – auch wenn die Einordnung grundsätzlich objektiv vorgenommen werden soll, so EG 76 S. 2 DSGVO – nur eingeschränkt überprüft wird.¹⁴ § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG soll hingegen nur die Durchführung der arbeitnehmerschützenden Vorschriften sicherstellen, in datenschutzrechtlicher Hinsicht insbesondere, ob die Verarbeitung rechtmäßig ist. Welches Risiko diese Verarbeitung mit sich bringt, könnte insoweit eine reine

9 Zur Unionsrechtswidrigkeit des § 26 BDSG Thüsing/Peisker, NZA 2023, 213.

10 Vgl. EG 82 DSGVO; Bertermann, in: Ehmman/Selmayr (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., München 2018, Art. 30 DSGVO Rn. 2; Petri, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (Hrsg.), Datenschutzrecht, 1. Aufl., Baden-Baden 2019, Art. 30 DSGVO Rn. 1.

11 Vgl. BAG, 17.3.1987 – 1 ABR 59/85 – NZA 1987, 747, 749.

12 Vgl. BAG, 16.8.2011 – 1 ABR 22/10 – NZA 2012, 342, Rn. 37.

13 BAG, 17.3.1987 – 1 ABR 59/85 – NZA 1987, 747, 749.

14 Die zuständige Aufsichtsbehörde und die Gerichte prüfen lediglich, ob mit Blick auf das tatsächliche Risiko angemessene Schutzmaßnahmen getroffen wurden, unerheblich ist grundsätzlich, ob die Einordnung in eine Risikokategorie zutreffend erfolgte, Martini, in: Paal/Pauly (Hrsg.), 3. Aufl., München 2021, Art. 24 DSGVO Rn. 36b; Hinsichtlich der DSFA wird trotzdem empfohlen, dass die Gründe, die der Risikobewertung zugrunde liegen, ausreichend dokumentiert werden, um die erforderlichen Nachweise bereithalten zu können, Martini, in: Paal/Pauly, Art. 35 DSGVO Rn. 53; Nolte/Werkmeister, in: Gola (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., München 2018, Art. 35 DSGVO Rn. 52; wertvolle Hinweise zur DSFA liefert auch die DSK, Kurzpapier Nr. 5.

Einschätzung sein, deren Ergebnis nicht genau vorgegeben ist und die sich der Betriebsrat anhand der zu beauskunftenden Inhalte des Verarbeitungsverzeichnisses und der Verarbeitungstätigkeiten selbst bilden kann. Deren Mitteilung würde dann nicht mehr der Durchführung arbeitnehmerschützender Vorschriften dienen.

Allerdings ist Ziel der DSFA die Bewertung des mit der Datenverarbeitung verbundenen Risikos zur Ermittlung und anschließender Eindämmung geeigneter Maßnahmen, Garantien und Verfahren.¹⁵ Auch eine allgemeine Risikobewertung soll nach Art. 24 Abs. 1 S. 1 DSGVO sowie nach Art. 32 Abs. 1 DSGVO erfolgen, um geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu treffen und sicherzustellen, dass die Verarbeitung ordnungskonform erfolgt sowie um ein dem Risiko angemessenes Schutzniveau zu gewährleisten. Auch das BAG bejahte 1987 die Pflicht des Arbeitgebers, die zum Schutze der Datenverarbeitung getroffenen Maßnahmen zu beauskunften. Für die zu treffenden Maßnahmen ist die Risikobewertung jedoch essentiell. Insofern lässt sich durchaus nachvollziehen, weshalb nach der Literatur wohl einhellig eine verpflichtende Beauskunftung der DSFA erforderlich ist.¹⁶ Angesichts der Pflicht, die TOM darzustellen, empfiehlt sich auch die Beauskunftung der allgemeinen Risikobewertung, andernfalls verbleibt jedenfalls ein rechtliches Risiko.

6. Vorlage der Auftragsverarbeitungs- und Verträge über gemeinsame Verantwortlichkeit

Die in der DSGVO enthaltenen Regelungen zum Inhalt der Auftragsverarbeitungsverträge sowie der Verträge über eine gemeinsame Verantwortlichkeit dienen zumindest mittelbar den Interessen der Personen, die von der Verarbeitung personenbezogener Daten betroffen sind. Regelmäßig wird auch ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bestehen, sodass der Aufgabenbezug daher besteht. Sofern in der Literatur behandelt, wird auch die Erforderlichkeit der Vorlage der Verträge selbst bejaht.¹⁷ Auch das BAG hatte eine Unterrichtungspflicht darüber angenommen, welche Daten weitergegeben werden und zu welchen Zwecken eine Weiterverarbeitung erfolgt.¹⁸ Eine Parallele lässt sich ebenfalls zur Vorlage von Arbeitnehmerüberlassungsverträgen herstellen, wo eine vergleichbare Drei-Personen-Konstellation besteht. Dort hatte das BAG ebenfalls einen Anspruch des Entleiher-Betriebsrats auf Vorlage von Arbeitnehmerüberlassungsverträgen zwischen Entleiher

und Verleiher bejaht.¹⁹ Insofern erscheint die Ausdehnung auf Auftragsverarbeitungsverträge sowie Verträge über eine gemeinsame Verantwortlichkeit folgerichtig.²⁰ Dies gilt ebenfalls für Verträge über Unterauftragsverarbeitungen, auch hier erfolgt die Verarbeitung im Auftrag des Verantwortlichen (Art. 4 Nr. 8 DSGVO) und sie beinhalten dieselben Verpflichtungen wie der in der Kette erste Auftragsverarbeitungsvertrag.²¹

Ebenfalls der Überwachung unterliegen die seitens des verantwortlichen Arbeitgebers ausgesprochenen Weisungen gegenüber dem Auftragsverarbeiter und dessen Unterauftragsverarbeitern.²² Die tatsächliche Tätigkeit des Auftragsverarbeiters und der Unterauftragsverarbeiter kann hingegen nicht kontrolliert werden; die Befugnisse des Betriebsrats werden durch seine betriebsverfassungsrechtliche Zuständigkeit begrenzt, welche das Kontrollrecht nach § 80 BetrVG nur auf den Arbeitgeber erstreckt.²³ Überschreitet der (Unter-) Auftragsverarbeiter seine Kompetenzen, handelt er als eigenständiger Verantwortlicher und der Arbeitgeber büßt seine Verantwortlichenstellung ein (Art. 28 Abs. 10 DSGVO). Dass der Betriebsrat diese Tätigkeit des (Unter-) Auftragsverarbeiters nicht überwachen kann, mag angesichts des Schutzes der Beschäftigten nicht zufriedenstellend sein, die Aufgabe des Betriebsrats ist jedoch nicht originär datenschutzrechtlicher, sondern betriebsverfassungsrechtlicher Art und vor dem Hintergrund der eindeutigen Zuständigkeitsverteilung hinzunehmen.²⁴

All dies gilt jedoch nur, soweit tatsächlich die Überprüfung arbeitnehmerschützender Vorschriften bezweckt wird. Die Bestandteile der Vereinbarung, die keinen Bezug zur Durchführung der Datenverarbeitung selbst besitzen, wie etwa eine konkrete Preisabrede, können

15 So der Wortlaut des EG 90 DSGVO.

16 *Däubler*, Gläserne Belegschaften (Fn. 7), Rn. 634a, 639b; *Schulze*, ArbRAktuell 2022, 66; *Weichert*, NZA 2020, 1597.

17 *Schulze*, ArbRAktuell 2022, 66, 68; *Weichert*, NZA 2020, 1597, 1600.

18 BAG, 17.3.1987 – 1 ABR 59/85 – NZA 1987, 747, 749.

19 BAG, 31.1.1989 – 1 ABR 72/87 – NZA 1989, 932.

20 I.E. daher wohl zurecht *Schulze*, ArbRAktuell 2022, 66, 68; *Weichert*, NZA 2020, 1597, 1600.

21 *Schulze*, ArbRAktuell 2022, 66, 68; *Weichert*, NZA 2020, 1597, 1600.

22 *Flink*, Beschäftigtendatenschutz als Aufgabe des Betriebsrats, Berlin 2021 (zugl. Bonn, Univ., Diss. 2021) S. 117 f.

23 *Flink*, Beschäftigtendatenschutz als Aufgabe des Betriebsrats (Fn. 22), S. 117 f.

24 *Flink*, Beschäftigtendatenschutz als Aufgabe des Betriebsrats (Fn. 22), S. 117 f.

geschwärzt werden, da die Mitteilung insofern nicht erforderlich ist.²⁵ Ebenso wenig müssen (Unter-) Auftragsverarbeitungs- und Verträge über eine gemeinsame Verantwortlichkeit vorgelegt werden, wenn es um die Verarbeitung von Kundendaten oder anderen Nicht-Beschäftigten-Daten geht.

7. Vorlage der Informationen nach Art. 13, 14 DSGVO

Auch zur Nachprüfung, ob die den betroffenen Arbeitnehmer schützenden Informationspflichten nach Art. 13 und 14 DSGVO eingehalten werden, muss der Arbeitgeber den Betriebsrat unterrichten und diesem die erforderlichen Unterlagen überlassen, insofern besteht ein Aufgabenbezug aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. In der Regel ist ausreichend, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat die Musterinformationsschreiben zur Verfügung stellt und ihn darüber unterrichtet, in welchen Fällen er eine Unterrichtung vornimmt; eine Problematisierung in der gegenwärtigen Literatur und Rechtsprechung ist gleichwohl (noch) nicht ersichtlich.

8. Darlegung der Art und Anzahl von Datenschutzverstößen

Die Praxis steht immer wieder vor Streitigkeiten über die Frage, ob der Arbeitgeber dem Betriebsrat auch die Art und Anzahl der Datenschutzverstöße mitteilen muss. Einige aus der Literatur bejahen eine solche Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers, wenn eine »Datenpanne« eintritt, bei der auch Beschäftigtendaten betroffen sind.²⁶ In der Pauschalität kann dies jedoch nicht überzeugen. Denn allgemein gilt, dass vergangenheitsbezogenes Verhalten des Arbeitgebers nur dann zu beauskunften ist, wenn dieses Fehlverhalten auf ein gegenwärtiges oder zukünftiges Verhalten schließen lässt, was der Betriebsrat konkret darlegen muss – ein allgemeiner Wille zum »Nachkarten« genügt nicht, dies ist nicht Aufgabe des Betriebsrats.²⁷ Dass in der Vergangenheit ein Datenschutzverstoß erfolgt ist, lässt aber nicht zwingend auf ein datenschutzwidriges Verhalten in der Zukunft schließen, dies kann mitunter erst bei strukturellen Problemen angenommen werden. Andererseits könnte sich ein Aufgabenbezug aus Art. 34 DSGVO herleiten lassen, denn hat eine Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten iSd. Art. 4 Nr. 12 DSGVO voraussichtlich ein hohes Risiko für

die persönlichen Rechte und Freiheiten zur Folge, muss der Verantwortliche die betroffene Person unverzüglich benachrichtigen. Die Vorschrift dient damit unmittelbar dem Interesse der betroffenen Person selbst, im Falle einer verordnungswidrigen Verarbeitung den angerichteten oder drohenden Schaden zu beurteilen und eigenes Verhalten darauf einzustellen.²⁸ Ob der Verantwortliche aber seiner Benachrichtigungspflicht nachkommt, und so diese arbeitnehmerschützende Vorschrift durchführt, lässt sich mitunter nur ermitteln, wenn Art und Anzahl der Verstöße einschließlich der betroffenen Beschäftigten dem Betriebsrat mitgeteilt werden. Je nach den Umständen des Einzelfalles kann daher auch die Unterrichtung über die Art und Anzahl der Datenschutzverstöße erforderlich sein, sofern sie auf die gegenwärtige oder zukünftige Einhaltung der gesetzlichen Verpflichtungen des Arbeitgebers in Bezug auf die Verarbeitung der Beschäftigtendaten schließen lassen. Vor dem Hintergrund, dass in der Literatur – sofern überhaupt thematisiert – eine entsprechende Mitteilungspflicht bejaht wird, empfiehlt sich zumindest für die Praxis eine entsprechende Mitteilung und Überlassung der einschlägigen Unterlagen.

9. Kein Anspruch auf datenschutzkonforme Umsetzung und Justiziabilität der Rechte

Die Überwachungsaufgabe macht den Betriebsrat nicht zu einem dem Arbeitgeber übergeordneten Kontrollorgan,²⁹ daher ist anerkannt, dass aus dem Überwachungsrecht kein Recht des Betriebsrats auf Durchführung oder Mitdurchführung einer zu Gunsten der Arbeitnehmer geltenden Regelung besteht, dies ist und bleibt ausschließlich Aufgabe des Arbeitgebers.³⁰ Eine Rechtsdurchsetzung

25 Allg. hierzu BAG, 16.8.2011 – 1 ABR 22/10 – NZA 2012, 342 Rn. 37.

26 *Däubler*, Gläserne Belegschaften (Fn. 7), Rn. 634; *Fuhlrott*, NZA 2019, 649, 650.

27 BAG, 24.4.2018 – 1 ABR 6/16 – NZA 2018, 1565, Rn. 28; BAG, 29.9.2020 – 1 ABR 32/19 – NZA 2021, 53, Rn. 15; *Thüsing*, in: *Richardi* (Fn. 1), § 80 BetrVG Rn. 53a.

28 Mit Blick auf EG 86 S. 1 DSGVO so *Brink*, in: *Wolff/Brink/Ungern-Sternberg* (Hrsg.), *BeckOK DatenschutzR*, 45. Ed., München 2023, Art. 34 DSGVO Rn. Vor. 1.

29 BAG, 12.7.1957 – 1 ABR 6/56 – AP Nr. 1 zu § 54 BetrVG; BAG, 11.7.1972 – 1 ABR 2/72 – AP Nr. 1 zu § 80 BetrVG 1972.

30 St. Rspr., seit BAG, 10.6.1986 – 1 ABR 59/84 – NZA 1987, 28; vgl. auch *Kania*, in: *Müller-Glöße/Preis/Schmidt* (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 23. Aufl., München 2023 (im Folgenden: *ErfK*), § 80 BetrVG Rn. 7; *Thüsing*, in: *Richardi* (Fn. 1), § 80 BetrVG Rn. 19.

arbeitnehmerschützender Rechte ist daher nur dort denkbar, wo sich ein solcher Anspruch außerhalb der allgemeinen Aufgaben des § 80 BetrVG ergibt. Dies ist in der Regel nur bei Rechtsnormen aus Betriebsvereinbarungen und Regelungsabreden im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren möglich.³¹

Ist der Betriebsrat datenschutzrechtlich anderer Auffassung, birgt jedoch das Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG das Potential, dass der Betriebsrat seine Zustimmung zur Einführung von IT-Systemen von einer bestimmten datenschutzrechtlichen Ausgestaltung abhängig macht und so mittelbar versucht, seine datenschutzrechtlichen Vorstellungen umzusetzen. Diese Blockadehaltung könnte einen Verstoß gegen die Grundsätze der vertrauensvollen Zusammenarbeit begründen.³² Ob derartige Koppelungen möglich sind, ist nicht endgültig geklärt. Einerseits könnte dies die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats über die gesetzlichen Zuständigkeiten hinaus mittelbar erweitern, andererseits muss auch dem Betriebsrat ein Verhandlungsspielraum bleiben, um dem Arbeitgeber Zugeständnisse für die Belegschaft zu entlocken.³³ Bisweilen wird aus der Verhandlungspflicht des Betriebsrats gemäß § 74 Abs. 1 S. 1 BetrVG die Pflicht abgeleitet, dass der Betriebsrat eine solche unzulässige Koppelung zu unterlassen habe.³⁴ Ebenso wird eine über den Zweck des jeweiligen Mitbestimmungsrechts hinausgehende Forderung für unzulässig gehalten.³⁵ Die wohl überwiegende Auffassung hält derartige Koppelungen jedoch bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs für zulässig.³⁶ § 87 BetrVG erfordert weder die Darlegung von Verweigerungsgründen, und verbietet auch nicht die Verbindung von Angelegenheiten der freiwilligen Mitbestimmung mit solchen der zwingenden Mitbestimmung. Auch nach der jüngsten Rechtsprechung des BAG kommt eine unzulässige Rechtsausübung des Betriebsrats nur in absoluten Ausnahmefällen in Betracht, wenn sich eine Betriebspartei auf eine formale Rechtsposition beruft, die sie durch ein in erheblichem Maße betriebsverfassungswidriges Verhalten erlangt hat.³⁷ Die Koppelung von Umständen, die nicht der zwingenden Mitbestimmung unterliegen, mit einer Zustimmungsverweigerung im Rahmen der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG verstößt daher prinzipiell nicht gegen das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit. Der Arbeitgeber muss den Weg über die Einigungsstelle und gegebenenfalls die zuständigen Arbeitsgerichte gehen.

10. Ein erstes Zwischenfazit

Aus der allgemeinen Pflicht des Betriebsrats, die Durchführung der arbeitnehmerschützenden Vorschriften zu überwachen, folgt regelmäßig der für eine Unterrichtung und Unterlagenüberlassung erforderliche Aufgabenbezug. Denn die Bestimmungen der DSGVO einschließlich des BDSG sind regelmäßig arbeitnehmerschützend. Der verantwortliche Arbeitgeber hat daher die erforderlichen Unterrichtungen vorzunehmen und die erforderlichen Unterlagen vorzulegen. Einen Anspruch auf datenschutzkonforme Umsetzung der eigenen datenschutzrechtlichen Vorstellungen hat der Betriebsrat jedoch nicht. Macht dieser seine Zustimmung innerhalb der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG davon abhängig, dass die technische Einrichtung nach seinen datenschutzrechtlichen Vorstellungen eingeführt wird, handelt es sich nicht um ein unzulässiges Koppelungsgeschäft, der Arbeitgeber muss den Weg über Einigungsstelle und Arbeitsgerichte bestreiten. Der Betriebsrat darf im Mitbestimmungsverfahren aber nicht etwas für unzulässig erklären, was datenschutzrechtlich zulässig ist.

Im Einzelnen muss der Arbeitgeber das Verarbeitungsverzeichnis einschließlich der zugehörigen technischen Lösungen überlassen, die Basisrisikobewertung und die DSFA sowie die TOM mitteilen. Zudem hat er auch die (Unter-) Auftragsverarbeitungs- und Verträge über eine gemeinsame Verantwortlichkeit, ein Lösch- und Speicherkonzept sowie allgemeine Informationsschreiben nach

31 ErfK-Kania (Fn. 30), § 80 BetrVG Rn. 7 mwN.

32 Der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit ist Maßstab dafür, wie Rechte und Pflichten durch die Betriebsparteien wahrzunehmen und auszuüben sind. Sie müssen auf die Interessen der anderen Betriebspartei Rücksicht nehmen, BAG, 12.3.2019 – 1 ABR 42/17 – NZA 2019, 843 Rn. 43.

33 Vgl. Franzen, in: Wiese/Kreutz/Oetker (Hrsg.), GK-BetrVG, 12. Aufl., München 2022, § 2 BetrVG Rn. 14.

34 Mundt, Über die Zulässigkeit von Koppelungsgeschäften im Zusammenhang mit den Mitbestimmungstatbeständen in den sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz (zugl. Kiel, Univ., Diss. 2001), S. 60 ff.; dem entgegentretend Fritz, Zulässigkeit und Grenzen von Koppelungsgeschäften zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber, Frankfurt aM. 2011 (zugl. Tübingen, Univ., Diss. 2010) S. 22 ff.; Gaude, Annexbedingungen und Koppelungsgeschäfte im Anwendungsbereich des § 87 I BetrVG, Frankfurt aM. 2011 (zugl. Kiel, Univ., Diss. 2010), S. 116 ff.

35 Konzen, FS Zöllner 1998, S. 799, 806 ff.; Rieble/Klebeck, NZA 2006, 758.

36 Fitting (Fn. 4), BetrVG, § 87 BetrVG Rn. 27; Maschmann, in: Richardi (Fn. 1), § 87 BetrVG Rn. 39; Klebe, in: Deinert/Klebe/Wedde (Hrsg.), BetrVG, 18. Aufl., Frankfurt aM. 2022 (im Folgenden: DKW), § 87 BetrVG Rn. 16.

37 BAG, 12.3.2019 – 1 ABR 42/17 – NZA 2019, 843, Rn. 45.

Art. 13, 14 DSGVO zu beauskunften. Sofern Art und Anzahl der Datenschutzverstöße auf ein gegenwärtiges oder künftiges Verhalten schließen lassen, müssen auch diese dargelegt werden. Zumindest bei Verletzungen, die eine Benachrichtigungspflicht nach Art. 34 DSGVO auslösen, sollte eine entsprechende Mitteilung über die Art der Verstöße einschließlich der betroffenen Personen gemacht werden.

III. Zugriff auf Personaldateien

Wird dem Betriebsrat zur Wahrnehmung seiner Aufgaben eine Zugriffsmöglichkeit auf Personaldateien eingeräumt, sind ebenfalls datenschutzrechtliche Grenzen zu beachten, denn jede Form der Datenübermittlung an diesen stellt eine Verarbeitung iSd. Art. 4 Nr. 2 DSGVO dar, die der Rechtfertigung nach Art. 6 DSGVO bedarf.³⁸ Die Verarbeitung durch eine betriebliche Interessenvertretung ist dort also nur in eng gehaltenen Grenzen möglich, insbesondere dann, wenn sie zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus einem Gesetz oder einem Tarifvertrag, einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung erforderlich ist. Aus der betriebsverfassungsrechtlichen Notwendigkeit schließt das BAG regelmäßig auch auf die datenschutzrechtliche Erforderlichkeit,³⁹ denn die Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen sollen nach § 26 Abs. 6 BDSG unberührt bleiben.⁴⁰

1. Beispiel: Einblick in Bruttoentgeltliste

§ 80 Abs. 2 S. 2 BetrVG regelt in seinem 2. Halbsatz das Recht, in die Listen über Bruttolöhne und -gehälter Einblick zu nehmen. Ebenso wie der Anspruch auf Überlassung der erforderlichen Unterlagen stellt dies eine Ergänzung des Informationsrechts dar. Es gelten deshalb prinzipiell dieselben Voraussetzungen.⁴¹ Daher verpflichtet auch § 80 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BetrVG den Arbeitgeber nicht, dem Betriebsrat unmittelbaren Zugang zu dem Entgeltabrechnungssystem zu gewähren, anderenfalls verbliebe ihm keine Möglichkeit, irrelevante Umstände zu schwärzen oder dem Betriebsrat vorzuenthalten.⁴² Gegenstand des Einblicksrechts sind ausschließlich die Bruttolohn- und -gehaltslisten, also die Aufzeichnungen über die den Arbeitnehmern zustehenden, effektiven Arbeitsentgelte, ohne die

gesetzlichen Abzüge.⁴³ Nicht aber besteht ein Anspruch auf Einblick in die Umstände und Verhältnisse der Beschäftigten, die die endgültigen Nettobezüge beeinflussen und zu Abzügen führen. Diese Umstände sind – mit den Worten des BAG – »der Kenntnisnahme durch den Betriebsrat verschlossen«⁴⁴. Ein Zugänglichmachen oder eine Einsichtsgewährung in diese Umstände wäre datenschutzrechtlich nicht erforderlich, da ein korrespondierendes Recht der betrieblichen Interessenvertretung nicht besteht, und würde einen Verstoß gegen die DSGVO darstellen, der nach den allgemeinen Grundsätzen sanktioniert werden kann.

2. Beispiel: Zugriff auf Arbeitszeiterfassung

Praktisch relevant wird weiterhin der Zugriff auf die Arbeitszeiterfassung. Auch die Überwachung der Einhaltung arbeitszeitrechtlicher Grenzen des ArbZG und etwaiger einschlägiger Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen unterfällt der Betriebsratskompetenz des § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, sodass der für ein Auskunftsrecht erforderliche Aufgabenbezug vorliegt.⁴⁵ Die Mitteilung der Arbeitszeitdaten, etwa Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich Über- und Unterschreitung der regelmäßigen betrieblichen wöchentlichen Arbeitszeit, ist auch erforderlich – nach Rechtsprechung des BAG sogar in nicht-anonymisierter Form.⁴⁶ Dieser Aufgabenbezug limitiert aber zugleich auch die

38 BAG, 7.5.2019 – 1 ABR 53/17 – NZA 2019, 1218, Rn. 33; BAG, 9.4.2019 – 1 ABR 51/17 – NZA 2019, 1055, Rn. 32.

39 Exempl. BAG, 7.5.2019 – 1 ABR 53/17 – NZA 2019, 1218, Rn. 43; aus der Literatur auch *Riesenhuber*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK DatenschutzR, 41. Ed., München 2022, § 26 BDSG Rn. 195 f.; ausf. *Flink*, Beschäftigtendatenschutz als Aufgabe des Betriebsrats (Fn. 22), § 79a BetrVG Rn. 17.

40 Allg. *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 1), § 79a BetrVG Rn. 17 ff.; Ebenfalls umfanglich *Thüsing/Schmidt*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2. Aufl., München 2020, Art. 88 DSGVO § 26 BDSG Rn. 16 ff.

41 Näheres in *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 1), § 80 BetrVG Rn. 80; deswegen kommen § 80 Abs. 2 S. 1 und Abs. 2 S. 2 Hs. 2 auch nebeneinander zur Anwendung, BAG, 30.9.2008 – 1 ABR 81/07 – BeckRS 2008, 58212.

42 LAG Nürnberg, 4.8.2004 – 4 TaBV 49/03 – BeckRS 2010, 71976; vgl. auch *Sura*, NZA-RR 2021, 573.

43 BAG, 11.7.1972 – 1 ABR 2/72 – AP Nr. 1 zu § 80 BetrVG 1972.

44 BAG, 7.5.2019 – 1 ABR 53/17 – NZA 2019, 1218, Rn. 44.

45 BAG, 6.5.2003 – 1 ABR 13 – NZA 2003 – 1348, 1350 f.; *Fitting* (Fn. 4), BetrVG, § 80 BetrVG Rn. 53.

46 BAG, 6.5.2003 – 1 ABR 13 – NZA 2003, 1348, 1350 f.; LG Köln, 28.6.2011 – 12 TaBV 1/11 – ZD 2011, 183; aA. BVerwG, 19.3.2014 – 6 P 1/13 – NZA-RR 2014, 387.

Nutzungsbefugnisse der Daten für den Betriebsrat. Denn eine Verarbeitung ist nur im Rahmen dessen zulässig, was auch das BetrVG erlaubt, der Betriebsrat darf diese Daten ausschließlich zur Wahrnehmung seines Überwachungsrechts nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, beziehungsweise seiner Mitbestimmungsrechte aus § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG, nicht aber zu anderen Zwecken verarbeiten.

3. Beispiel: Zugriff auf Personalakten

Zugriff auf die Personaldateien steht ausweislich des § 83 BetrVG neben dem Arbeitgeber grundsätzlich nur dem Arbeitnehmer in Form seines Einsichtsrechts zu, das BetrVG enthält kein allgemeines Zugriffsrecht des Betriebsrats.⁴⁷ Aus diesem Grund dürfen dem Betriebsrat Personalakten nicht zur Verfügung gestellt werden, ein Zugriff auf Inhalte der Personalakte ist nur möglich, soweit sich der Betriebsrat auf § 80 BetrVG stützen kann.⁴⁸ Jedoch darf nicht die gesamte Personalakte überlassen werden. Die Auskunftserteilung durch den Arbeitgeber nach § 80 Abs. 2 BetrVG hat sich vielmehr auf die zur Aufgabenerfüllung erforderlichen Inhalte zu beschränken.⁴⁹ Mangels betriebsverfassungsrechtlicher Pflicht ist die Gewährung einer dauerhaften Einsicht oder eines anlasslosen oder unbeschränkten Zugriffsrechts auf Inhalte der Personalakte auch datenschutzrechtlich nicht erforderlich und daher unzulässig.⁵⁰ Es gilt, entsprechende Zugriffsmöglichkeiten unbedingt zu vermeiden.

4. Ein zweites Zwischenfazit: Vereinbarung als Konfliktlösungsinstrument

Wichtig für eine konfliktfreie Zusammenarbeit aller betrieblichen Akteure ist es, in vertrauensvoller Zusammenarbeit ein gemeinsames Verständnis zu entwickeln, sodass die gesetzlich gesetzten Grenzen von beiden Betriebsparteien akzeptiert werden. Denn wie aufgezeigt, ist jede Datenverarbeitung, die über die betriebsverfassungsrechtliche Erforderlichkeit hinausgeht und so den Aufgabenbezug überschreitet, auch datenschutzrechtlich unzulässig. Es empfiehlt sich daher eine ausdrückliche Festschreibung, zu welchen Zwecken wann und durch wen eine Verarbeitung personenbezogener Daten durch den Betriebsrat erfolgt.

IV. Verhältnis betrieblicher Datenschutzbeauftragter zum Betriebsrat

Abschließend wird auf das Verhältnis des betrieblichen Datenschutzbeauftragten (DSB) zum Betriebsrat eingegangen. Ausgangspunkt ist, dass im jeweiligen Betrieb der DSB und der Betriebsrat nebeneinander tätig werden und gleichzeitig beschäftigendatenschutzrelevante Tätigkeiten wahrnehmen, einerseits originär datenschutzrechtlich (Art. 37 ff. DSGVO), andererseits originär betriebsverfassungsrechtlich (§§ 79a, 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG). Es stellen sich mehrere Fragen: Zum einen, ob wechselseitige Kontrollmöglichkeiten bestehen und zum anderen, in welchem Umfang der DSB gegenüber dem Betriebsrat Rechenschaft ablegen muss, welche Auskünfte er gegenüber dem Betriebsrat tätigen muss und wann er durch den Betriebsrat angerufen werden kann.

1. Wechselseitige Kontrollmöglichkeiten

a. Kontrolle des Betriebsrats durch den DSB

Die bisherige Rechtsprechung des BAG vor Inkrafttreten der DSGVO hatte eine Kontrollbefugnis des betrieblichen Datenschutzbeauftragten für die Datenverarbeitung durch Betriebsräte abgelehnt.⁵¹ Einer solchen Kontrolle stehe der betriebsverfassungsrechtliche Grundsatz der Unabhängigkeit des Betriebsrats entgegen. Denn die autonome Interessenwahrnehmung sei nur möglich, wenn Arbeitgeber und Betriebsrat unabhängig voneinander ihre Meinung bilden können, also insbesondere Verhandlungsziele und Kompromisslinien bestimmen können. Dies würde durch die Kontrollmaßnahmen des DSB beeinträchtigt werden, da der DSB keine neutrale Stellung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat einnehme.⁵² Im Zuge des Inkrafttretens der DSGVO wurde diese Rechtsprechung zunehmend kritisiert, als rein nationale Regelung könne

47 BAG, 20.12.1988 – 1 ABR 63/87 – NZA 1989, 393, 395; Gola, Handbuch Beschäftigendatenschutz (Fn. 7), Rn. 2203 f.

48 LAG Niedersachsen, 22.1.2007 – 11 Sa 614/06 – NZA-RR 2007, 585, 587; Thüsing, in: Richardi (Fn. 1), § 83 BetrVG Rn. 25.

49 Vgl. LAG Niedersachsen, 22.1.2007 – 11 Sa 614/06 – NZA-RR 2007, 585, 587.

50 Gola, Handbuch Beschäftigendatenschutz (Fn. 7), Rn. 2203 f.

51 BAG, 11.11.1997 – 1 ABR 21/91 – NZA 1998, 38; hingegen offengelassen in BAG, 23.3.2011 – 10 AZR 562/09 – NZA 2011, 1036, Rn. 25.

52 BAG, 11.11.1997 – 1 ABR 21/91 – NZA 1998, 385, 387.

das Strukturprinzip der Unabhängigkeit nicht den europarechtlichen Vorrang der DSGVO durchbrechen, die die Kompetenzen des DSB explizit festschreibe.⁵³ Die Schaffung des § 79a BetrVG stellt nun implizit klar, dass entsprechende Kontrollmöglichkeiten des DSB gegenüber dem Betriebsrat bestehen.⁵⁴ Wird ein Blick auf die Gesetzesbegründung geworfen, so geht zunächst einmal der Gesetzgeber davon aus, »die Stellung und die Aufgaben des Datenschutzbeauftragten richten sich nach der [DSGVO] und bestehen somit auch gegenüber dem Betriebsrat als Teil der verantwortlichen Stelle.«⁵⁵ Dies schlägt sich im Wortlaut des Gesetzes in § 79a S. 4, 5 BetrVG nieder. Denn ersterer verpflichtet den Datenschutzbeauftragten zur Verschwiegenheit gegenüber dem Arbeitgeber über Informationen, die Rückschlüsse auf den Meinungsbildungsprozess des Betriebsrats zulassen und S. 5 erklärt die Verschwiegenheitspflichten aus § 6 Abs. 5 S. 2 BDSG (auch für Datenverarbeitungen durch private Stellen) für anwendbar. So begegnet er der Beeinträchtigung des Grundsatzes der Unabhängigkeit und gewährleistet die freie Entscheidungsfindung und Meinungsbildung des Betriebsrates. Der teils geäußerten Behauptung, bereits Art. 39 DSGVO würde eine Kontrollmöglichkeit gegenüber den Beschäftigten nicht vorhalten,⁵⁶ ist entschieden der Wortlaut des Art. 39 Abs. 1 lit. b) DSGVO entgegenzuhalten, welcher die Kontrolltätigkeit einschränkungslos auf sämtliche Verarbeitungstätigkeiten bezieht, also auch auf solche, die dem Verantwortlichen als eigene zuzurechnen sind.⁵⁷ Auch die bisher einzige gerichtliche Entscheidung bejaht aus den genannten Gründen eine Kontrollkompetenz des Betriebsrats,⁵⁸ ebenso wie der Hessische BfDI.⁵⁹

Die Kontrollkompetenzen des DSB erstrecken sich damit auch auf sämtliche Datenverarbeitungen durch den Betriebsrat, es ist Zugang zu allen personenbezogenen Daten und Verarbeitungsvorgängen zu gewähren, eine kontrollfreie Datenverarbeitung darf es nicht geben.⁶⁰ Insofern gelten dieselben allgemeinen Grundsätze, wie für die Kontrolle des verantwortlichen Arbeitgebers.

b. Kontrolle des DSB durch den Betriebsrat

Es ist nur logisch auch darüber nachzudenken, ob umgekehrt ein Kontrollrecht des Betriebsrats über die Tätigkeit des DSB besteht. Bereits 1993 wurden Stimmen laut, die aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG auch die Aufgabe des Betriebsrats herleiteten, die Tätigkeit des DSB zu kontrollieren.⁶¹

Auch heute noch findet dieser Ansatz einer gegenseitigen Kontrolle Beifall, der Betriebsrat habe darauf zu achten, dass der DSB seine Tätigkeit weisungsfrei und ordnungsgemäß ausübt.⁶² Wiederum andere wollen lediglich eine abgeschwächte Kontrollmöglichkeit eröffnen – nämlich darüber, ob der DSB seine Tätigkeit weisungsfrei ausübt und, im Rahmen der Einstellung nach § 99 BetrVG, ob er die erforderlichen Voraussetzungen wie Fachkunde und Zuverlässigkeit besitzt.⁶³

Es überzeugt – mit der wohl herrschenden Meinung – jedoch nicht, eine derartige Kontrollmöglichkeit sowohl bei der Bestellung in Bezug auf Fachkunde und Zuverlässigkeit, als auch bei der späteren Tätigkeit des DSB anzunehmen.⁶⁴ Denn Art. 38 Abs. 3 DSGVO schreibt die Unabhängigkeit des DSB fest, mit dieser wäre es nicht zu vereinbaren, wenn andere Stellen innerhalb des verantwortlichen Arbeitgebers ihrerseits Kontrollrechte gegenüber dem DSB besitzen.⁶⁵ Die zwingenden Normen des

53 So ua. *Drewes*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (Fn. 10), Art. 39 DSGVO Rn. 27; *Franzen*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 2022, § 26 BDSG Rn. 52; *Lücke*, NZA 2019, 658, 668; *Kort*, ZD 2017, 3, 6; *Pötters/Gola*, RDV 2017, 279, 282.

54 *Fitting* (Fn. 4), BetrVG, § 79a BetrVG Rn. 54; GK-BetrVG-Franzen (Fn. 33), § 79a BetrVG Rn. 14; *ErfK-Kania* (Fn. 30), § 79a BetrVG Rn. 1; *Thüsing*, in: *Richardi* (Fn. 1), § 79a BetrVG Rn. 12; *Schiefer/Worzalla*, NZA 2021, 817, 822; *Maschmann*, NZA 2021, 834, 836; *Körner*, NZA 2021, 1137, 1141; aA. *DKW/Buschmann* (Fn. 36), § 79a BetrVG Rn. 22.

55 BT-Drs. 28899, S. 22 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

56 So *DKW/Buschmann* (Fn. 36), § 79a BetrVG Rn. 23.

57 *Paal*, in: *Paal/Pauly* (Fn. 14), Art. 39 DSGVO Rn. 6a; *Raum*, in: *Auernhammer* (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 7. Aufl. Hürth 2020, Art. 39 DSGVO Rn. 10 ff.

58 LAG Baden-Württemberg, 20.5.2022 – 12 TaBV 4/21 – BeckRS 2022, 13788 Rn. 57.

59 So ua. auch der Hessische BfDI, 50. Tätigkeitsbericht zum Datenschutz, S. 142.

60 Sächsischer Datenschutzbeauftragter, Tätigkeitsbericht 1. April 2017 bis 31. Dezember 2018, S. 226; *Bergt*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl., München 2020, Art. 38 DSGVO Rn. 18; *Drewes*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (Fn. 10), Art. 39 DSGVO Rn. 27; Hingewiesen sei an dieser Stelle auf EuGH, 9.2.2023 – C-453/21 – NJW 2023, 1045 zur Abberufung des DSB.

61 *Ehmann*, NZA 1993, 241, 243.

62 *Fitting* (Fn. 4), BetrVG, § 80 BetrVG Rn. 7; in diese Richtung auch *Paal*, in: *Paal/Pauly* (Fn. 14), Art. 38 DSGVO Rn. 9a.

63 *DKW-Buschmann* (Fn. 36), § 79a BetrVG Rn. 20; wohl auch *Däubler*, Gläserne Belegschaften (Fn. 7), Rn. 688; wohl auch GK-BetrVG-*Weber* (Fn. 33), § 80 BetrVG Rn. 16.

64 So auch *Raum*, in: *Auernhammer* (Fn. 58), Art. 38 DSGVO Rn. 22; *Kort*, NZA 2015, 1345, 1351; *Kort*, ZD 2017, 3, 6; *Stück*, ZD 2019, 256, 259; *Flink*, Beschäftigtendatenschutz als Aufgabe des Betriebsrats (Fn. 22), S. 292 ff.

65 GK-BetrVG-*Raab* (Fn. 33), § 99 BetrVG Rn. 192; *Kort*, NZA 2015, 1345, 1351; *Kort*, ZD 2017, 3, 6; *Stück*, ZD 2019, 256, 259; *Flink*, Beschäftigtendatenschutz als Aufgabe des Betriebsrats (Fn. 22), S. 292 ff.

Unionsrechts gehen den nationalen Regelungen des BetrVG vor, als Verordnung ist die DSGVO unmittelbar und zwingend in den europäischen Mitgliedstaaten anzuwenden.⁶⁶ Auch bei der Bestellung zum DSB geht es nicht um die Stellung des DSB als Arbeitnehmer, sondern um seine datenschutzrechtlichen Pflichten kraft DSGVO, sodass keine Möglichkeit bestehen darf, im Rahmen der Bestellung Sachkunde und Zuverlässigkeit des DSB zu prüfen.⁶⁷ Selbst wenn eine solche Prüfungsmöglichkeit im Rahmen des § 99 BetrVG zuerkannt wird,⁶⁸ ergibt sich hieraus jedenfalls nicht das Recht des Betriebsrats, die eigentliche Tätigkeit des DSB zu überwachen.⁶⁹

2. Ausgewählte Problemkonstellationen der Zusammenarbeit

Betriebsrat und DSB handeln also nicht vollkommen autark. Die dem DSB nach Art. 39 Abs. 1 DSGVO zustehenden Kompetenzen darf er auch gegenüber dem Betriebsrat wahrnehmen, es besteht ein entsprechendes Überwachungsrecht nach lit. b. Umgekehrt darf der Betriebsrat die Tätigkeit des DSB nicht kontrollieren, dies stünde dessen Unabhängigkeit entgegen. Wie sich das Verhältnis vom Betriebsrat und dem Datenschutzbeauftragten in der Praxis im Einzelfall ausgestaltet und wie vertrauensvoll sie ist, wird nunmehr anhand ausgewählter Problemkonstellationen näher konkretisiert.

a. Keine Rechenschaftspflicht des DSB

In Konsequenz zur Unabhängigkeit des DSB gegenüber dem Betriebsrat kann dieser nicht dazu verpflichtet sein, ihm gegenüber Rechenschaft über sein Tätigwerden abzulegen.

b. Darlegungspflichten des DSB in Bezug auf Datenschutzkonzept des Unternehmens

Selbiges gilt grundsätzlich für die Darlegungspflichten in Bezug auf das datenschutzrechtliche Agieren des verantwortlichen Arbeitgebers. Dessen Datenschutzkonzept muss der DSB nicht gegenüber dem Betriebsrat offenlegen. Allein der Arbeitgeber ist tauglicher Anspruchsgegner der § 80 Abs. 2 BetrVG, eine betriebsverfassungsrechtliche Unterrichtungspflicht trifft den DSB nicht.

Der Arbeitgeber kann den DSB allerdings als betriebliche Auskunftsperson heranziehen und ihn zur Unterrichtung gegenüber dem Betriebsrat verpflichten.⁷⁰

Ein entsprechender Anspruch des Betriebsrats auf Zurverfügungstellung einer betrieblichen Auskunftsperson besteht dann, wenn dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Betriebsratsaufgaben erforderlich ist. So soll die dem Betriebsrat fehlende Sach- und Fachkunde durch Vermittlung der fachlichen oder erforderlichen Kenntnisse ersetzt werden, damit die Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeber sachgemäß vollzogen werden kann.⁷¹ Generell aber gilt, dass die Auskunftsperson nicht dazu verpflichtet ist, mehr Informationen als der Arbeitgeber zu geben, denn bei Nutzung des betriebsinternen Sachverständigen soll keine weitergehende Überwachung des Arbeitgebers möglich sein; dieser darf die Auskunftsperson – hier den DSB – zur Verschwiegenheit über solche Angelegenheiten verpflichten, die über seine eigene Unterrichtungspflicht hinausgehen.⁷² Wird also der DSB als betriebliche Auskunftsperson tätig, muss er nur insofern Auskunft geben, wie auch die Unterrichtungspflichten des Arbeitgebers gehen. Daher muss auch der DSB nicht stets Anzahl und Art der Datenschutzverstöße darlegen, sondern nur, wenn diese Rückschlüsse auf gegenwärtiges oder künftiges Verhalten zulassen, etwa die Erfüllung der aus Art. 34 DSGVO folgenden Pflicht.

Weiterhin darf der Betriebsrat den DSB als betriebliche Auskunftsperson nicht eigenständig hinzuziehen. Vielmehr muss die Auskunftsperson vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt werden, im Streitfall muss eine gerichtliche Durchsetzung erfolgen.⁷³

66 Thüsing/Granetzny, in: Thüsing (Fn. 6), Beschäftigtendatenschutz & Compliance, § 19 Rn. 25.

67 Kort, ZD 2017, 3, 6; Kort, NZA 2015, 1345, 1349 ff.; aA. Flink, in: Thüsing (Hrsg.) Beschäftigtendatenschutz & Compliance (Fn. 6), S. 297, die eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten bejaht, wenn die Anforderungen des Art. 37 Abs. 5 DSGVO nicht erfüllt werden.

68 So etwa DKW-Buschmann, (Fn. 36), § 79a BetrVG Rn. 20; Däubler, Gläserne Belegschaften (Fn. 7), Rn. 688.

69 GK-BetrVG-Weber (Fn. 33), § 80 BetrVG Rn. 16; Kort, NZA 2015, 1345, 1351.

70 LAG Rheinland-Pfalz, 15.6.2012 – 9 TaBV 1/12 – BeckRS 2012, 71659; GK-BetrVG-Weber (Fn. 33), § 80 BetrVG Rn. 143.

71 BAG, 13.9.1977 – 1 ABR 67/75 – AP Nr. 1 zu § 42 BetrVG 1972; BAG, 25.4.1978 – 6 ABR 9/75 – AP Nr. 11 zu § 80 BetrVG 1972.

72 BAG, 20.1.2015 – 1 ABR 25/13 – NZA 2015, 696, Rn. 18 ff.; Fitting (Fn. 4), BetrVG, § 80 BetrVG Rn. 88; ErfK-Kania (Fn. 30), § 80 BetrVG Rn. 30a; Thüsing, in: Richardi (Fn. 1), § 80 BetrVG Rn. 99; Hanau, RdA 2001, 65, 73; Natzel, NZA 2001, 872.

73 ErfK-Kania (Fn. 30), § 80 BetrVG Rn. 30a; Thüsing, in: Richardi (Fn. 1), § 80 BetrVG Rn. 103.

c. Datenschutzrechtliche Fragen des Betriebsrats an DSB

Nicht jede datenschutzrechtliche Frage, die der Betriebsrat hat, muss der DSB zwingend beantworten.

Vornweg: Wird er als betriebliche Auskunftsperson iSd. § 80 Abs. 2 S. 4 BetrVG herangezogen, muss er nur insoweit Ersuchen beantworten, wie auch der Arbeitgeber zur Beauskunftung verpflichtet ist. Allgemein gilt iRd. § 80 Abs. 2 S. 4 BetrVG, dass eine Hinzuziehung nur zu konkreten Themen und Fragestellungen im Zusammenhang mit einer Betriebsratsaufgabe möglich ist.⁷⁴ Da die Pflicht der Auskunftsperson nicht weiter geht als die des Arbeitgebers, ist abermals ein konkreter Aufgabenbezug erforderlich, den der Betriebsrat notfalls darzulegen hat. Auf allgemeine, anlasslose Fragen ohne einen konkreten Bezug zu einer Aufgabe des Betriebsrats besteht daher keine Verpflichtung zur Beantwortung über § 80 Abs. 2 S. 4 BetrVG.

Auch aus den allgemeinen Aufgaben des DSB folgt nur die Aufgabe, den Verantwortlichen, dessen Auftragsverarbeiter oder die Beschäftigten hinsichtlich ihrer datenschutzrechtlichen Pflichten zu unterrichten und zu beraten, Art. 39 Abs. 1 lit. a) DSGVO. Eine allgemeine Beantwortungspflicht in Bezug auf sämtliche datenschutzrechtliche Fragestellungen lässt sich hieraus nicht herleiten. Denn auch eine Beratung erfasst lediglich anlassabhängige und bedarfsorientierte Behandlung konkreter Probleme und Sachfragen.⁷⁵ Entsprechende Beratungsanfragen kann der DSB abhängig von seiner Auslastung mit Blick auf das Risiko des Verfahrens oder der Verarbeitung weisungsfrei priorisieren.⁷⁶ In Abgrenzung zur Beratung meint Unterrichtung hingegen eine allgemeine Information und Sensibilisierung für datenschutzrechtliche Fragen, etwa proaktiv, oder aber auch bei Rechtsänderungen oder gerichtlichen und aufsichtsbehördlichen Entscheidungen, akuten Bedrohungen sowie technischen Neuerungen.⁷⁷ Erfasst ist auch die Erläuterung der maßgeblichen Vorschriften.⁷⁸ Die Behandlung allgemeiner datenschutzrechtlicher Fragen außerhalb dieser Grundsätze unterfällt in Konsequenz wohl weder dem Begriff »Beratung« noch »Unterrichtung« und damit nicht in die allgemeinen Aufgaben des DSB nach Art. 39 DSGVO. Es steht dem Verantwortlichen aber offen, die Rolle des DSB betrieblich umzugestalten und weitere Kompetenzen und Aufgabenbereiche diesem zuzuschreiben, dies deutet auch Art. 47 Abs. 2 lit. h) DSGVO an.⁷⁹

Als Faustregel gilt daher in Bezug auf datenschutzrechtliche Anfragen des Betriebsrats: Sofern ein konkreter Anlass besteht, muss der DSB beratend tätig werden, eine allgemeine Pflicht zur Beantwortung sämtlicher Anfragen, die datenschutzrechtliche Fragen betreffen, besteht hingegen nicht. Er muss lediglich allgemein informierend und sensibilisierend die Beschäftigten des Verantwortlichen unterrichten. Auch wenn der DSB als betriebliche Auskunftsperson herangezogen wird, besteht eine Auskunftspflicht nur bei einem konkreten Aufgabenbezug der Anfrage zu den Aufgaben des Betriebsrats.

d. Vorlage von Informationen und Dokumenten

Welche Informationen und Dokumente der DSB dem Betriebsrat zur Verfügung stellt, obliegt im Rahmen der Erfüllung seiner Verpflichtungen nach Art. 39 Abs. 1 lit. a) DSGVO seiner eigenen Entscheidung. Konkrete Vorgaben werden ihm dort nicht gemacht. Welche Informationen und Dokumente der DSB als betriebliche Auskunftsperson nach § 80 Abs. 2 S. 4 BetrVG zur Verfügung zu stellen hat, ist deckungsgleich zu dem, was der Arbeitgeber dem Betriebsrat überlassen muss, sofern der Arbeitgeber diese Pflicht noch nicht erfüllt hat. Jedenfalls treffen ihn als Auskunftsperson keine weitergehenden Vorlagepflichten als den Arbeitgeber.

3. Ein drittes und abschließendes Fazit

Wie gezeigt, kann der betriebliche Datenschutzbeauftragte seine Tätigkeit unabhängig von der des Betriebsrats ausüben. Er unterliegt keiner Überwachung durch den Betriebsrat, seine Rolle gestaltet Art. 39 Abs. 3 DSGVO als weisungsfrei aus. Dieser Weisungsfreiheit

74 *Fitting* (Fn. 4), BetrVG, § 80 BetrVG Rn. 86; *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 1), § 80 BetrVG Rn. 103; *Löwisch*, BB 2001, 1790.

75 *Raum*, in: Auernhammer (Fn. 58), Art. 39 DSGVO Rn. 6; *Drewes*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Fn. 10), Art. 39 DSGVO Rn. 11; *Jaspers/Reif*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman (Fn. 76), Art. 39 DSGVO Rn. 9; *Helfrich*, in: Sydow (Fn. 76), Art. 39 DSGVO Rn. 64.

76 BeckOK DatenschutzR-Moos (Fn. 39), Art. 39 DSGVO Rn. 6.

77 *Raum*, in: Auernhammer (Fn. 58), Art. 39 DSGVO Rn. 6; *Jaspers/Reif*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman (Fn. 76), Art. 39 DSGVO Rn. 9; *Bergt*, in: Kühling/Buchner (Fn. 61), Art. 39 DSGVO Rn. 12; etwas weiter *Drewes*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Fn. 10), Art. 39 DSGVO Rn. 7.

78 *Drewes*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Fn. 10), Art. 39 DSGVO Rn. 7.

79 *Klug*, in: Gola, DS-GVO (Fn. 14), Art. 39 DSGVO Rn. 4.

würde die Anwendung der betriebsverfassungsrechtlichen Kontrollrechte aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 iVm. Abs. 2 BetrVG auf den DSB zuwiderlaufen. Richtigerweise ist auch die Bestellung zum DSB nicht nach § 99 BetrVG mitbestimmungspflichtig, entgegen der teilweise befürworteten Kontrollbefugnis bezüglich Fachkompetenz und Weisungsfreiheit besteht eine solche Kompetenz des Betriebsrats nicht. Daher treffen den DSB keine Rechenschaftspflichten gegenüber dem Betriebsrat. Wird der DSB als betriebliche Auskunftsperson herangezogen, treffen ihn keine weitergehenden Informationspflichten als den Arbeitgeber. Weder muss er prinzipiell das Daten-

schutzkonzept des Arbeitgebers darlegen, noch zusätzliche Informationen oder Unterlagen herausgeben. Daneben trifft ihn lediglich die allgemeine Aufgabe, unterrichtend und beratend nach Art. 39 Abs. 1 lit. a) DSGVO tätig zu werden. Dies bedeutet, er muss allgemein sensibilisierend und informierend unterrichten, sowie anlassabhängige und konkrete Datenschutzfragen beantworten. Die Aufgaben des Datenschutzbeauftragten sind eben nicht betriebsverfassungsrechtlicher, sondern datenschutzrechtlicher Natur – sein Wirken mit dem Betriebsrat determiniert die DSGVO und nicht der Grundsatz vertrauensvoller Zusammenarbeit.

Zum »Grundsatz der Rechtsquellenklarheit« in der Betriebsverfassung

Dr. Bertram Zwanziger, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht aD., Berlin

I. Einleitung

Der Wille und die Fähigkeit *Martin Bertzbachs*, in schwierigen betrieblichen Situationen ebenso sozialverträgliche wie für die Arbeitgeberseite machbare Lösungen zu vermitteln, war in Bremen schon zu der Zeit legendär, als der Verfasser in der bremischen Arbeitsgerichtsbarkeit tätig war. Wichtig für solche Lösungen ist dafür natürlich, alle Beteiligten, insbesondere alle beteiligten Vertretungen der Arbeitnehmerseite an einen Tisch zu bekommen. Verhandler sind in diesen Situationen der Versuchung ausgesetzt, alle »mitzunehmen« und eine Gesamtlösung auszuhandeln, die dann von den an den Verhandlungen Teilnehmenden unterzeichnet wird. Es finden sich deshalb in der Praxis Regelungen, die auf Arbeitnehmerseite von Betriebsräten verschiedener Ebenen teilweise zusätzlich auch noch von der Gewerkschaft unterzeichnet sind. Letztes ist oft bei Sanierungsvereinbarungen der Fall, insbesondere wenn ein Betriebsübergang im Raum steht. Dass eine Betriebsvereinbarung von den örtlichen Betriebsräten und dem Gesamtbetriebsrat unterzeichnet wird, soll wohl häufig verdeutlichen, dass die örtlichen Betriebsräte in den Entscheidungsprozess voll einbezogen sind.

Spätestens seit dem 15. April 2008 erweisen sich derartige »Gesamtlösungen« indessen als gefahrengeigeht. An diesem Tag hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts den »Grundsatz der Rechtsquellenklarheit« im Sinne einer Eindeutigkeit der Normurheberschaft formuliert.¹

II. Reichweite und Inhalt des Grundsatzes

1. Anwendungsbereich

Der Grundsatz bezieht sich zunächst auf Normen, die entweder als Betriebsvereinbarung oder als Tarifvertrag aufgefasst werden können. Das wird daraus hergeleitet, dass zwischen beiden Arten von Normen erhebliche

Unterschiede bestehen, insbesondere hinsichtlich des erfassten Personenkreises – Anwendung von Tarifverträgen lediglich auf Tarifgebundene (§ 4 Abs. 1 S. 1 TVG), von Betriebsvereinbarungen auf alle im Betrieb tätigen Arbeitnehmenden (§ 77 Abs. 4 BetrVG) –, der rechtlichen Kontrollmaßstäbe, der Beendigung der Normgeltung und der Auswirkungen beim Betriebsübergang.²

Er gilt aber auch zwischen Betriebsvereinbarungen verschiedener Ebenen, also zwischen Betriebsvereinbarung und Gesamtbetriebsvereinbarung sowie Konzernbetriebsvereinbarung.³ Denn nur, wenn die Urheberschaft klar ist, kann beurteilt werden, ob die Normsetzung von der Normsetzungskompetenz gedeckt ist sowie wer zur Ablösung berechtigt ist; grundsätzlich gibt es nämlich kein Nebeneinander von Zuständigkeiten der Betriebsverfassungsorgane verschiedener Ebenen für dieselbe Angelegenheit.⁴ Eine Vermischung verschiedener Ebenen kann sich auch daraus ergeben, dass für den Fall eines Betriebsüberganges geschlossene Betriebsvereinbarungen zunächst wirksam vom Veräußerer mit seinem Betriebsrat für den dort bestehenden Betrieb und vom Erwerber mit seinem Gesamtbetriebsrat für dessen Unternehmen geschlossen wurden, nach dem identitätswahrenden Übergang des Betriebs auf den Erwerber aber nicht klar ist, durch wen die Vereinbarung nun für den übergegangenen Betrieb geschlossen worden sein soll.⁵

Es spricht zudem einiges dafür, diesen Grundsatz auch auf Interessenausgleiche für anwendbar zu halten, jedenfalls wenn es sich um solche mit Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG oder § 125 InsO handelt.⁶ Denn durch die

1 BAG, 15.4.2008 – 1 AZR 86/07 – NZA 2008, 1074, 1076, Rn. 17 ff.

2 BAG, 15.4.2008 – 1 AZR 86/07 – NZA 2008, 1074, 1076, Rn. 20; ebenso BAG, 12.4.2017 – 7 AZR 446/15 – NZA 2017, 1128, Rn. 35.

3 BAG, 26.9.2017 – 1 AZR 717/15 – NZA 2018, 803, 806, Rn. 40.

4 BAG, 30.1.2019 – 5 AZR 450/17 – NZA 2019, 1065, 1075, Rn. 90 f.; ebenso BAG, 19.11.2019 – 3 AZR 127/18 – NZA 2020, 452, 454, Rn. 23 f.

5 BAG, 22.10.2019 – 3 AZR 429/18 – AP Nr. 81 zu § 1 BetrAVG, Rn. 57 f.

6 Vgl. zu einer derartigen Fallgestaltung BAG, 20.9.2012 – 6 AZR 253/11 – NZA 2013, 797, 802, Rn. 48.

in diesen Bestimmungen festgelegten Kündigungserleichterungen wird unmittelbar die Rechtsstellung der betroffenen Arbeitnehmenden bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen beeinflusst. Das ist eine Materie, die normativer Regelung ohne Weiteres zugänglich ist (dazu § 1 Abs. 1 TVG). Ein solcher Interessenausgleich entfaltet mithin hinsichtlich der ausgesprochenen Kündigungen normähnliche Wirkungen im Arbeitsverhältnis.

2. Anforderungen

Der Grundsatz erfordert, dass sich für die Normadressaten aus der Vereinbarung selbst und ohne Weiteres zweifelsfrei ergibt, um welche Rechtsquelle es sich jeweils handelt. Das muss einer raschen und zuverlässigen Beantwortung zugänglich sein. Normurheberschaft und Normsetzungswille müssen daher deutlich und überprüfbar hervortreten.⁷

In der Rechtsprechung zeigt sich jedoch, dass diese Aussagen nicht so apodiktisch zu verstehen sind, wie sie sich anhören. So ist anerkannt, dass lediglich deshalb, weil eine Vereinbarung von mehreren Parteien unterzeichnet ist, sie nicht gegen den Grundsatz der Rechtsquellenklarheit verstößt.⁸ Denn auch in diesem Falle kann Rechtsquellenklarheit bestehen. Das kann etwa bejaht werden, wenn aus den Umständen klar wird, dass einige der Unterzeichner zwar eine inhaltliche Billigung der Vereinbarung zum Ausdruck bringen, aber keine eigene Norm setzen wollten. So weil klar ist, welches Gremium – zB. der Gesamtbetriebsrat – originär zuständig ist und die weiteren Unterschriften später hinzugefügt wurden.⁹ Gleiches gilt, wenn ein »Beitritt« weiterer Unterzeichner lediglich die Ausdehnung einer Regelung auf einen weiteren Personenkreis bezweckt, der von der Ursprungsregelung, zB. einem Tarifvertrag, nicht erfasst ist.¹⁰

Letztlich ist es eine Frage der Auslegung der maßgeblichen Vereinbarung, welchen Rechtscharakter sie insgesamt oder hinsichtlich einzelner Bestimmungen hat. Dabei kommt es sowohl darauf an, wie die die Vereinbarung abschließenden Parteien benannt werden, etwa, wenn sie als Tarifvertragsparteien bezeichnet werden, als auch auf den Inhalt der Regelung, also ob es sich um Regelungen handelt, die für eine bestimmte Regelungsform – etwa einen Tarifvertrag – typisch sind.¹¹

Der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts hat noch offen gelassen, ob eine Vereinbarung nur entweder als Tarifvertrag

oder als Betriebsvereinbarung auszulegen sein könnte, jedenfalls sei eine getrennte Betrachtung nur bei selbständig abgrenzbaren Regelungskomplexen möglich.¹² Diese Linie hat sich zwischenzeitlich bestätigt. Der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat bei der Beurteilung der Rechtsquellenklarheit einer Regelung allein auf einen bestimmten Abschnitt – sozialplanähnliche Leistungen – abgestellt und dahinstehen lassen, ob andere Abschnitte derselben Vereinbarung diesem Gebot entsprechen. Er hat dies zurecht mit dem allgemeinen Grundsatz begründet, dass § 139 BGB auf Tarifverträge keine Anwendung findet, sondern bei einer Teilunwirksamkeit allein darauf abzustellen ist, ob ohne die unwirksame Bestimmung noch eine sinnvolle, in sich geschlossene Regelung verbleibt.¹³ Dieser Grundsatz gilt ebenso für Betriebsvereinbarungen.¹⁴

3. Rechtsfolgen

Verstößt eine Vereinbarung gegen den Grundsatz der Rechtsquellenklarheit, ist sie unwirksam, da nicht wirksam zustande gekommen.¹⁵ Nach den genannten Grundsätzen kommt aber auch eine Teilunwirksamkeit in Betracht.

Die Unwirksamkeit einer derartigen Vereinbarung als Rechtsnorm schließt jedoch nicht von vornherein aus, dass sie individualvertraglich in Bezug genommen wird.¹⁶ So ist anerkannt, dass eine Bezugnahme auf fehlerhafte Tarifverträge zulässig ist.¹⁷ Grundsätzlich kann für fehlerhafte Betriebsvereinbarungen nichts anderes gelten. Die dadurch getroffene Regelung unterliegt dann aber der vollen Kontrolle nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.¹⁸ Das ist konsequent, weil ein wirksamer Tarifvertrag oder eine wirksame Betriebsvereinbarung gerade nicht

7 BAG, 15.4.2008 – 1 AZR 86/07 – NZA 2008, 1074, 1076 f., Rn. 21 und 23.

8 So bereits BAG, 15.4.2008 – 1 AZR 86/07 – NZA 2008, 1074, 1077, Rn. 23 sowie BAG, 26.2.2020 – 4 AZR 48/19 – NZA 2020, 1121, 1124, Rn. 18.

9 Vgl. BAG, 20.9.2012 – 6 AZR 253/11 – NZA 2013, 797, 799, Rn. 48.

10 BAG, 26.2.2020 – 4 AZR 48/19 – NZA 2020, 1121, 1124, Rn. 21 ff.

11 Vgl. BAG, 26.2.2020 – 4 AZR 48/19 – NZA 2020, 1121, 1124, Rn. 20 und 22.

12 BAG, 15.4.2008 – 1 AZR 86/07 – NZA 2008, 1074, 1077, Rn. 26.

13 BAG, 26.2.2020 – 4 AZR 48/19 – NZA 2020, 1121, 1124, Rn. 26 ff.

14 Vgl. nur BAG, 22.10.2019 – 3 AZR 429/18 – AP Nr. 81 zu § 1 BetrAVG, Rn. 122.

15 Dazu nur BAG, 30.1.2019 – 5 AZR 450/17 – NZA 2019, 1065, 1075, Rn. 89.

16 BAG, 18.8.2009 – 9 AZR 482/08 – NZA 2010, 503, 504, Rn. 24.

17 BAG, 22.1.2002 – 9 AZR 601/00 – zu A.I.2.b) der Gründe.

18 BAG, 18.8.2009 – 9 AZR 482/08 – NZA 2010, 503, 505, Rn. 34 ff.

vorliegen und daher der Ausschluss der Kontrolle derartiger Vereinbarungen nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 310 Abs. 4 S. 1 BGB) nicht greift. Voraussetzung dafür ist natürlich, dass dieses Recht nach § 305 Abs. 1 BGB oder nach § 310 Abs. 3 BGB¹⁹ Anwendung findet. Allerdings kommt es insoweit auf die Auslegung der jeweiligen Bezugnahme Klausel an:

Dabei gilt der Auslegungsgrundsatz, dass Tarifverträge so in Bezug genommen werden sollen, wie sie tarifrechtlich gelten.²⁰ Eine davon abweichende Vereinbarung kann sich aber zB. ergeben, wenn die mögliche Unwirksamkeit ohnehin im Raum steht,²¹ oder wenn es um eine konkrete Situation geht, die unter Verweis auf eine Vereinbarung geregelt werden soll.²² Etwas anderes wird man anzunehmen haben, wenn allgemein auf die einschlägigen Tarifverträge verwiesen wird. Ein unwirksamer Tarifvertrag ist dann gerade kein Tarifvertrag im Sinne derartiger Verweisungsklauseln.

Bei einer Verweisung auf Betriebsvereinbarungen gilt der Grundsatz, dass eine solche in der Regel rein deklaratorisch ist, insbesondere, wenn auf die »geltenden« Betriebsvereinbarungen verwiesen wird.²³ Auch dies führt dazu, dass bei einer allgemeinen Bezugnahme Klausel eine kollektivrechtlich unwirksame Betriebsvereinbarung nicht in Bezug genommen ist. Denn aus dem Arbeitsvertrag ergibt sich dann ja kein Geltungsgrund im Arbeitsverhältnis. Lediglich in den bezeichneten Ausnahmefällen kann von der Auslegungsregel abzuweichen sein. Denn sie geben auch insoweit Anlass zur Abweichung. Das gilt auch in der betrieblichen Altersversorgung. Allerdings sind insoweit Verweisungen auf Betriebsvereinbarungen konstitutiv zu verstehen, weil nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts Betriebsvereinbarungen für die Zeit nach dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis – auch nach dem Versorgungsfall – nicht normativ gelten.²⁴ Eine unwirksame Betriebsvereinbarung ist aber keine Betriebsvereinbarung in diesem Sinne.

III. Zur Kritik

1. Gegen die Rechtsprechung angeführte Gründe

Hält man sich diese Grundsätze vor Augen, wird schnell deutlich, dass sie erhebliche praktische Probleme verursachen. Es kann eben nicht einfach von vornherein mit allen

normsetzungsberechtigten Seiten in einer aufeinander abgestimmten Vereinbarung geklärt werden, was endgültig gelten soll. Beispielsweise kann ein Arbeitgeber, der in einer Vereinbarung mit Gewerkschaft und Betriebsrat Sozialplannormen vereinbart, nicht sicher sein, ob nicht später der Betriebsrat oder die Gewerkschaft »aufsattelt«. Denn ein Tarifvertrag kann mangels Tarifvorrang im Sozialplanrecht (§ 112 Abs. 1 S. 4 BetrVG) die Forderung des Betriebsrats nach einem Sozialplan nicht ausschließen und umgekehrt eine Betriebsvereinbarung auch nicht die gewerkschaftliche Forderung nach einem Sozialplan-Tarifvertrag²⁵. Auch können Arbeitnehmenden Rechtspositionen verloren gehen, obwohl alle Beteiligten und zur Normsetzung Befugten sie ihnen gewähren wollten. Im Hinblick darauf wird der Abschied vom Gebot der Rechtsquellenklarheit gefordert.²⁶

2. Zur Berechtigung

a) Grundsätzliches

Die damit aufgezeigten Nachteile sind nicht zu verkennen. Auf der anderen Seite erscheint es auch aus Gründen der praktischen Durchführung derartiger Vereinbarungen wichtig, zu erkennen, welche Rechtsquelle gerade gilt. Denn es ist von Bedeutung, ob zB. nicht tarifgebundene Arbeitnehmende von einer kollektiv getroffenen Vereinbarung abweichen dürfen, weil der Tarifvertrag lediglich aufgrund ihres Arbeitsvertrages gilt, oder ob sie normativ an die Regelung nach § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG gebunden sind, weil eine Betriebsvereinbarung vorliegt. Dieses Problem stellt sich bei Betriebsvereinbarungen verschiedener Ebenen zwar nicht, aber immerhin gibt es kollektivrechtliche Probleme zB. bei der Beendigung von Betriebsvereinbarungen. Gründe der Rechtssicherheit streiten deshalb letztlich dafür, auf Rechtsquellenklarheit in der Betriebsverfassung nicht zu verzichten.

19 Zur Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf Arbeitsverträge nur BAG, 10.5.2016 – 9 AZR 434/15 – juris, Rn. 23.

20 BAG, 22.1.2002 – 9 AZR 601/00 – zu A.I.2.b) der Gründe.

21 So lag letztlich der Fall BAG, 22.1.2002 – 9 AZR 601/00 – NZA 2002, 1041.

22 So betraf die Entscheidung BAG, 18.8.2009 – 9 AZR 482/08 – NZA 2010, 503 den Eintritt des klagenden Arbeitnehmers in die Altersteilzeit.

23 BAG, 9.11.2021 – 1 AZR 206/20 – NZA 2022, 296, 289, Rn. 28.

24 BAG, 23.1.2018 – 3 AZR 359/16 – AP Nr. 119 zu § 7 BetrAVG, Rn. 31.

25 Zu dessen grundsätzlicher Zulässigkeit nur: BAG, 6.12.2006 – 4 AZR 798/05 – NZA 2007, 821, 823, Rn. 30.

26 Insbesondere *Giesen*, NZA 2014, 1 ff. mit Nachweisen zur Diskussion.

b) Zur Ausformung des Grundsatzes

(1) Auslegungsfragen

Die Berücksichtigung des Grundsatzes der Rechtsquellenklarheit muss aber nicht zwingend heißen, dass jede Unsicherheit gleich zur Unwirksamkeit einer Vereinbarung führt. Wie der Vierte Senat in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2020 zu Recht herausgearbeitet hat, ist die Frage, um welche Rechtsquelle es geht, eine solche der Auslegung.²⁷ Hier lassen sich durchaus Prinzipien finden, die zu einer klaren und im Rahmen von Auslegungen auch rechtsicheren Lösung führen können. So wird bei einer offensichtlichen Zuständigkeit einer bestimmten Arbeitnehmervertretung für bestimmte Regelungskomplexe angenommen werden können, dass – nur – diese Vertretung und die Arbeitgeberseite mit ihr die in einer Vereinbarung enthaltene Regelung auch treffen wollte. In gleicher Weise wird man davon ausgehen können, dass die ausdrückliche Änderung vorhandener Normen typischerweise nur von den Parteien vereinbart werden soll, die diese Norm ursprünglich erlassen haben. Soweit Regelungen getroffen werden, die üblicherweise in Tarifverträgen enthalten sind, wird dies auch bei der Auslegung solcher gemeinsamen Vereinbarungen berücksichtigt werden können.

Durch eine derartige an den betrieblichen Anforderungen orientierte Handhabung können letztlich viele Probleme entschärft werden. Es wäre schon viel gewonnen, das Gebot der Rechtsquellenklarheit eher als Verbot der Rechtsquellenunklarheit aufzufassen.

(2) Umdeutung

Bislang war eine Umdeutung nicht zustande gekommener kollektivrechtlicher Regelungen in eine Gesamtzusage des Arbeitgebers nicht Thema in den gerichtlichen Entscheidungen.²⁸ Es erscheint aber zumindest bei rein innerhalb eines Unternehmens spielenden Vorgängen, wenn also neben den örtlichen Betriebsräten auch der Gesamtbetriebsrat unterzeichnet hat, nicht ausgeschlossen, einem solchen Gedanken näher zu treten. Allerdings ist die Rechtsprechung hinsichtlich einer solchen Umdeutung zurückhaltend. Das hängt damit zusammen, dass sich die Arbeitgeberseite von einer Gesamtzusage anders als von einer Betriebsvereinbarung nicht einseitig und bedingungslos durch Kündigung lösen kann. Daher setzt eine Umdeutung voraus, dass außerhalb der Betriebsvereinbarung liegende Umstände auf den Willen

der Arbeitgeberseite schließen lassen, sie habe eine Leistung auch unabhängig vom Normcharakter einer Betriebsvereinbarung zusagen wollen.²⁹ Ein solcher mit der Zusage zusammenhängender Grund könnte – abgesehen von sonstigen Einzelfällen – insbesondere vorliegen, wenn sich die Betriebsvereinbarung von vornherein auf einen bestimmten Zeitraum bezieht, zB. auf Prämienzahlungen oder Sonderleistungen für ein bestimmtes Jahr.

Im Bereich der betrieblichen Altersversorgung kommt eine derartige Umdeutung noch eher in Frage. Das liegt daran, dass einerseits Zusagen ablösungsoffen sind, die Ablösung aber an ein dreistufiges Prüfungsschema gebunden ist, das für Eingriffe in künftige Zuwächse sachlich-proportionale Gründe erfordert. Andererseits gilt dieses Schema ebenso für die Beendigung von Betriebsvereinbarungen, auch durch Kündigung. Bei einer Angelegenheit von der Bedeutung der betrieblichen Altersversorgung kann zudem nur selten angenommen werden, dass die arbeitgeberseitige Zusage oder deren Änderung an der Rechtsform einer Betriebsvereinbarung hängen soll, vor allem, wenn es im Betrieb eine lange Tradition betrieblicher Altersversorgung gibt.³⁰

IV. Ausblick

Probleme der Rechtsquellenklarheit werden die betriebliche Praxis weiter begleiten. Es erscheint deshalb wichtig, sie im Blick zu haben und sich nicht auf Glück bei Auslegung und Umdeutung zu verlassen. Deshalb empfiehlt es sich auch bei schwierigen Gesprächen, die Rechtssetzungskompetenz der Arbeitnehmervertretungen im Blick zu haben. Vor allem wenn es um die Ebene Tarifvertrag/Betriebsvereinbarung geht, kann es nicht schaden, dass die Verhandelnden auch sich selbst gegenüber Klarheit schaffen, ob ein Tarifvertrag abgeschlossen werden soll oder nicht. Soweit eine Einbeziehung aller Arbeitnehmenden sichergestellt werden soll, kann dann

27 Vgl. BAG, 26.2.2020 – 4 AZR 48/19 – NZA 2020, 1121, 1124, Rn. 22; skeptisch aber offen gelassen bei BAG, 15.4.2008 – 1 AZR 86/07 – NZA 2008, 1074, 1077, Rn. 25.

28 Vgl. nur BAG, 30.1.2019 – 5 AZR 450/17 – NZA 2019, 1065, 1075, Rn. 85 ff., wo allerdings auch revisionsrechtliche Gründe für eine Berücksichtigung der Vereinbarung allein unter dem Gesichtspunkt ihrer möglichen Normwirkung gesprochen haben können.

29 BAG, 9.11.2021 – 1 AZR 206/20 – NZA 2022, 296, 289, Rn. 26.

30 BAG, 19.11.2019 – 3 AZR 127/18 – NZA 2020, 452, 457, Rn. 54 ff.

den Betriebsparteien die Regelung der notwendigen Einzelheiten überlassen werden.³¹ Das muss so geschehen, dass Adressat und Umfang der Übertragung deutlich werden.³²

Das Sonderproblem, die Arbeitgeberseite vor einer doppelten Inanspruchnahme bei Sozialplänen zu schützen, kann dadurch gelöst werden, dass ein Tarifsozialplan abgeschlossen wird und dieser von den Betriebsparteien in Bezug genommen wird mit dem Zusatz, dass Leistungen nach dem Tarifsozialplan voll anrechenbar sind. Dann entstehen keine Doppelansprüche für tarifgebundene Arbeitnehmende und die Nicht-Tarifgebundenen erwerben ihrerseits Ansprüche. Das ist zulässig, weil der Tarifvorrang des § 77 Abs. 3 BetrVG nach § 112 Abs. 1 Satz 4 BetrVG ja keine Anwendung findet. Natürlich hindert auch niemand die Betriebsparteien, einen gegenüber dem Tarifsozialplan schlechteren Sozialplan abzuschließen bei entsprechender Anrechnungsklausel.

Geht es lediglich um das Verhältnis von Konzernbetriebsrat zu örtlichen Betriebsräten kann das betriebspolitische Ziel, die Billigung der Vereinbarung durch alle Ebenen deutlich zu machen, dadurch erreicht werden, dass die zuständige Ebene als normsetzende Partei im Rubrum der Betriebsvereinbarung genannt wird und gleichzeitig vermerkt wird, die Betriebsvereinbarung werde »mit Zustimmung« der Betriebsvertretungen der anderen Ebene abgeschlossen. Soll offenbleiben, welche Ebene zuständig ist, kann ausnahmsweise auf die Methode zurückgegriffen werden, gleichlautende aber getrennte Betriebsvereinbarungen abzuschließen.³³ Der mögli-

che Streit über die Zuständigkeit kann dann auf einen Zeitpunkt nach der Kündigung der Vereinbarung verschoben werden. Ob die Problematik auch durch eine – vorsorgliche – Übertragung der Zuständigkeit auf den Gesamtbetriebsrat nach § 50 Abs. 2 BetrVG oder den Konzernbetriebsrat nach § 58 Abs. 2 BetrVG gelöst werden kann, ist dagegen zweifelhaft.³⁴ Denn eine aufgrund delegierter Zuständigkeit geschlossene Betriebsvereinbarung bleibt eine solche der delegierenden Ebene,³⁵ was dafür spricht, dass das Kündigungsrecht auch dieser zusteht, nicht der Ebene, an die delegiert wird. Es bleiben also Zweifel, die durch das Gebot der Rechtsquellenklarheit gerade vermieden werden sollen. Selbst wenn man es für zulässig hielte, auch das Kündigungsrecht zu übertragen soweit dies auch in der Vereinbarung festgelegt ist,³⁶ kann die delegierende Ebene diese Übertragung wohl jederzeit widerrufen (§ 50 Abs. 2 S. 2 und § 58 Abs. 2 S. 2 iVm. § 27 Abs. 2 S. 4 BetrVG), so dass auch dadurch keine Klarheit hergestellt wird.

Das alles zeigt, dass sich mit offenen Augen die Probleme der Rechtsquellenklarheit lösen lassen.

31 Vgl. BAG, 22.10.2019 – 3 AZR 429/18 – AP Nr. 81 zu § 1 BetrAVG, Rn. 99, 111 ff.

32 BAG, 26.2.2020 – 4 AZR 48/19 – NZA 2020, 1121, 1127, Rn. 48.

33 Zu dieser – sonst allerdings eher absurden – Vorgehensweise: *Giesen*, NZA 2014, 1, 4 f.

34 Bejahend *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 31. Aufl., München 2022, § 50 BetrVG Rn. 62 mNachw.

35 BAG, 18.5.2010 – 1 ABR 6/09 – NZA 2010, 1433, 1434, Rn. 19.

36 So LAG Düsseldorf, 9.8.2012 – 15 TaBV 26/12 – juris, Rn. 37.

Vorschau In einer der nächsten Ausgaben von »Soziales Recht« werden Sie voraussichtlich lesen:

Abhandlungen

- *A. Höland/F. Welti: Arbeits- und sozialgerichtlicher Rechtsschutz in der Pandemie - empirische Erkenntnisse und theoretische Fragen für die Zukunft*
- *E. Klengel: Aktuelle Fragen der Durchsetzung von Arbeitsrecht bei grenzüberschreitenden Einsätzen von Arbeitskräften*

Rezensionen und Zeitgeschichte

- *T. Scholle: Ein Begründer des sozialen Rechtsstaats - Hermann Heller zum 90. Todestag*
- *R. Zimmer: Laudatio auf Dr. Philipp Knitter zum Hugo-Sinzheimer-Preis*



Perfekt ausgelotet.

Alles, was das SGB IX zu bieten hat

Gründlich und gut verständlich erläutert der Kommentar in 5. Auflage das Recht der Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen. Das Bundesteilhabegesetz führte mit einer kompletten Gesetzesneufassung die Dreiteilung des SGB IX ein, mit neuen, für alle Rehabilitationsträger geltenden allgemeinen Vorschriften im Teil 1 und den Neuregelungen eines erweiterten Schwerbehindertenrechts in Teil 3. Der Kommentar legt wie gewohnt ein Schwergewicht auf die Arbeit der Schwerbehindertenvertretungen. So sind u.a. die neuen Regeln der Online-Wahlversammlung aufgenommen und erläutert worden, ebenso auch die Rechtsprechung zu den Rechten der Schwerbehindertenvertretungen. Die Kommentierung zum Betrieblichen Eingliederungsmanagement (§ 167 Abs. 2 SGB IX) wurde aktualisiert; die Änderungen durch das Teilhabestärkungsgesetz und die Rechtsprechung zu dem bisher weniger beachteten Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX sind vollständig eingearbeitet.

Im Zentrum der Neuauflage steht Teil 2 des SGB IX mit dem Eingliederungshilferecht. Die aktuelle Rechtsprechung der Sozialgerichte zur Eingliederungshilfe ist berücksichtigt, ebenso sind die Neuregelungen zum Gewaltschutz nach § 37a SGB IX und zu den digitalen Gesundheitsanwendungen nach § 47a SGB IX eingearbeitet worden.

Die gesetzlichen Änderungen aller drei Teile des SGB IX werden detailliert behandelt – unter Berücksichtigung aller Änderungen durch das Teilhabestärkungsgesetz und der aktuellen Rechtsprechung. Die Auswirkungen der Regelungen werden zudem vor dem Hintergrund der inklusiven Anforderungen durch die UN-Behindertenrechtskonvention kommentiert und kritisch auf ihre Folgen für die Praxis überprüft. Etwa:

Feldes / Kohte / Stevens-Bartol

SGB IX – Sozialgesetzbuch Neuntes Buch

Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen –
Kommentar für die Praxis

5., erweiterte und neu bearbeitete Auflage

2023. 2.091 Seiten, gebunden

€ 189,-

ISBN 978-3-7663-7202-4

bund-shop.de/7202

Vorteile auf einen Blick:

- > Neu: Inkl. Kommentierung des Teils 2, §§ 90 – 150 SGB IX
- > Berücksichtigt das Bundesteilhabegesetz, das Teilhabestärkungsgesetz und die aktuelle Rechtsprechung
- > Hintergrundwissen zum Vertiefen der eigenen Argumentation

- > Welche Rechtsansprüche lassen sich ableiten?
- > Welche neuen Rechte stehen den Schwerbehindertenvertretungen zu?
- > Welche Handlungsmöglichkeiten ergeben sich für die Beratungspraxis?
- > Wie müssen die beteiligten Träger und Behörden reagieren?

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf bund-shop.de/7202 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	7202-4	Feldes / Kohte / Stevens-Bartol SGB IX – Sozialgesetzbuch Neuntes Buch	189,-

Absender: Frau Herr

Name / Vorname: _____

Firma / Funktion: _____

Straße / Nr.: _____

PLZ / Ort: _____

Telefon: _____

E-Mail: _____

Datum / Unterschrift: _____



Bund-Verlag GmbH
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:
069 / 79 50 10-20

Fax:
069 / 79 50 10-11

E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de

www.bund-verlag.de

Immer topaktuell informiert sein

- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Betriebsräte** nutzen.
- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Personalräte** nutzen.
- Den Newsletter kann ich jederzeit wieder abbestellen.



Rechte und Pflichten im Ausbildungsverhältnis

Das Berufsbildungsgesetz (BBiG) gilt für alle Bereiche der Wirtschaft, auch für Handwerksberufe, und setzt die rechtlichen Rahmenbedingungen für die berufliche Bildung. Es ist auf Ausbildungsverhältnisse, die berufliche Fortbildung, Umschulung und auf die Berufsausbildungsvorbereitung anzuwenden.

Der umfassend aktualisierte Basiskommentar erläutert das Berufsbildungsrecht praxisnah und verständlich, auch für Nichtjuristen.

Schwerpunkte der Kommentierung:

- > Teilzeitberufsausbildung
- > Abschluss und Inhalt des Ausbildungsvertrages
- > Bewerberauswahl und Datenschutz
- > Rechte und Pflichten der Ausbildenden und Auszubildenden
- > Ausbildungsvergütung und Mindestvergütung für Auszubildende
- > Mindestlohn für Praktikanten
- > Kündigung und Kündigungsschutz
- > Anspruch auf Weiterbeschäftigung nach der Ausbildung, vor allem für Mandatsträger (Betriebsräte, Jugend- und Auszubildendenvertreter)
- > Neue Berufsabschlüsse (»Geprüfter Berufsspezialist«, »Bachelor Professional«, »Master Professional«)
- > Überwachung der Berufsausbildung durch die zuständigen Kammern
- > Zulassung zur Abschlussprüfung und Kontrolle von Prüfungsentscheidungen

Lakies

Berufsbildungsgesetz

Basiskommentar zum BBiG
6., aktualisierte Auflage
2024. 483 Seiten, kartoniert
€ 44,-

ISBN 978-3-7663-7302-1

bund-shop.de/7302

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf bund-shop.de/7302 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	7302-1	Lakies Berufsbildungsgesetz	44,-

Absender: Frau Herr

Name / Vorname:

Firma / Funktion:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum / Unterschrift:



**BUND
VERLAG**

Bund-Verlag GmbH
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:
069 / 79 50 10-20

Fax:
069 / 79 50 10-11

E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de

www.bund-verlag.de

Immer topaktuell informiert sein

- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Betriebsräte** nutzen.
 Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Personalräte** nutzen.
 Den Newsletter kann ich jederzeit wieder abbestellen.