

Rechtsmißbrauch in der Betriebsverfassung

ZAAR Beiträge zum Arbeitsrecht

Herausgegeben von Volker Rieble

Band 1

Volker Rieble, Steffen Klumpp, Cornelia Gistel

Rechtsmißbrauch in der Betriebsverfassung

ZAAR Verlag München 2006

Bibliographische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliographie;
detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2006 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Infanteriestraße 8 | 80797 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@zaar.uni-muenchen.de

Druck: Lipp GmbH Graphische Betriebe
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0871
ISBN 3-9809380-6-9
ISBN 978-3-9809380-6-8

Inhaltsverzeichnis

Seite

Inhaltsverzeichnis	5
A. Mitbestimmungsmißbrauch in der Praxis-Umfrage	7
I. Anlaß	7
II. Fragebogen	7
III. Ergebnisse	8
1. Betriebsrattätigkeit im Individualinteresse	9
2. Zeitmoment als Druckmittel	9
3. Drohgebärden des Betriebsrats	10
4. Koppelungsgeschäfte	10
5. Sonstige Fälle	11
6. Schaden durch Mitbestimmungsmißbrauch	11
B. Rechtsmißbrauch in der Betriebsverfassung	13
I. Rechtsmißbrauch als allgemeine Rechtsausübungsschranke	13
II. Besonderheiten der Betriebsverfassung	14
1. Grundsatz: Nur punktuelle Betriebsratsrechte	14
2. Auch: Gefahr für Arbeitnehmerfreiheit	16
3. Also: Keine Privatautonomie	17
4. Dennoch: Zwangsvertrag als Regelungsinstrument	18
C. Rechtsmißbrauch und Rechtsverstoß	21
I. Handeln ohne Aufgabenzuweisung – Rechtsfürsorge für Arbeitnehmer	21
II. Verstoß gegen betriebsverfassungsrechtliche Gebote	23
1. Gebot der Sparsamkeit	23
2. Gebot der Geheimhaltung	27
III. Verstoß gegen betriebsverfassungsrechtliche Verbote	28
1. Streik in der Betriebsverfassung	28
2. Verquickung von Betriebsrats- und Gewerkschaftstätigkeit	29
IV. Sachgrundlose Zustimmungsverweigerung	30
D. Fallgruppen des Rechtsmißbrauchs	32
I. Normzweckwidrige Zustimmungsverweigerung	32
II. Verschleppung des Mitbestimmungsverfahrens	34
III. Drohgebärden des Betriebsrats	36
IV. Koppelungsgeschäfte	37
1. Rechtsmißbräuchliches Verhalten	38
2. Rechtswidrige und normzweckwidrige Koppelungsforderung	40
3. Beeinträchtigung der Abschlußfreiheit	42
4. Zulässige oder folgenlose Koppelungsgeschäfte	44

E. Rechtsfolgen und Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers	45
I. Durchführungsanspruch bei Rechtsmißbrauch?	45
1. Rechtsunsicherheit und Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung	45
2. Koppelungsgeschäfte	46
3. Sonstige Mißbrauchsfälle	46
II. Vorläufige Alleinentscheidungsbefugnis	47
1. Allgemeines vorläufiges Alleinentscheidungsrecht?	48
2. Einstweiliger Rechtsschutz	49
3. Vorsorgeregulung	50
III. Betriebsverfassungsrechtliche Sanktionen	51
IV. Betriebsratstätigkeit im Visier des Strafrechts	51
V. Erfüllungsverweigerung bezüglich der Koppelungsforderung	52
VI. Schadensersatzansprüche	53
VII. Eigene Koppelungsgeschäfte als Antwort?	55
F. Fazit	57
Abkürzungsverzeichnis	59
Literaturverzeichnis	61

A. Mitbestimmungsmissbrauch in der Praxis-Umfrage

I. Anlaß

Wer das Arbeitsrecht im Kontakt mit der Praxis erlebt, weiß, daß Arbeitgeber die betriebliche Mitbestimmung vielfach als Einschränkung ihrer unternehmerischen Freiheit sehen. Der Betriebsrat kann Mitbestimmungsrechte durch Koppelungsgeschäfte und das berühmte „Spiel auf Zeit“ überdehnen – was als „Klotz am Bein“ der Unternehmerfreiheit¹ beschrieben wird. Ein Fall aus der Praxis: Aufgrund einer Auftragspitze will das Unternehmen Überstunden anordnen. Der Betriebsrat freilich macht seine Zustimmung von der Zahlung einer Lärmzulage abhängig². Das Dilemma liegt auf der Hand: Die „Notsituation“ des Arbeitgebers stärkt die Verhandlungsposition des Betriebsrats. Eine schnelle Zustimmung erlangt er nur, indem er sie dem Betriebsrat abkauft – auch dann, wenn dies vom Zweck des Mitbestimmungsrechts nicht gerechtfertigt ist. Solche Fälle kommen nur selten zu Gericht³; die Dunkelziffer ist groß. Denn jedes Koppelungsgeschäft enthält die implizite Friedenspflicht, die Koppelung nicht vor Gericht anzugreifen. Daß § 2 Abs. 1 BetrVG mit seinem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit und dem Gebot der friedlichen Konfliktlösung im Betrieb solche Druckausübung nicht verhindern kann, liegt auf der Hand: Wo Macht ist – und sei es die Mitbestimmungsmacht des Betriebsrats –, ist auch Machtmissbrauch möglich.

Wo aber verläuft die Grenze zwischen zulässigem Verhandlungsdruck und unzulässigem Rechtsmissbrauch? Dieser Frage kann man akademisch nachgehen. Indes geht es hier um gelebte Betriebsverfassung – also um *law in action* –, die nur aus der Anschauung der Lebenswirklichkeit verstanden werden kann. Um diese möglichst konkrete Anschauung zu gewinnen, hat das Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München (ZAAR) im Winter 2004/2005 deutsche Unternehmen zur Zusammenarbeit der Betriebspartner und zum Missbrauch in der Betriebsverfassung befragt.

II. Fragebogen

Das ZAAR hat eine bundesweite Umfrage durchgeführt, um herauszufinden, wie Betriebsverfassung tatsächlich „gelebt“ wird. Hierzu wurde stichprobenartig an bundesweit 1.800 Unternehmen jeglicher Größe ein Fragebogen „Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat“ mit folgendem Inhalt versandt:

- Gab es in Ihrem Betrieb (einem Ihrer Betriebe) Fälle einer vom Betriebsrat initiierten und nicht in der Sache begründeten Koppelung verschiedener Verhandlungsgegenstände?

1 Etwa Arbeitgeber Magazin Heft 11/52 2000, 12 f.

2 Vgl. LAG Nürnberg vom 6.11.1990 – 4 TaBV 13/90 – NZA 1991, 281 = DB 1991, 707.

3 Etwa LAG Köln vom 14.6.1989 – 2 TaBV 17/89 – LAGE § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit Nr. 1 = NZA 1989, 939; weitere Beispiele bei *Eich*, Rechtsmissbräuchliche Nutzung von Mitbestimmungsrechten durch den Betriebsrat (Koppelungsgeschäfte), ZfA 1988, 93 (95).

- Wollte der Betriebsrat Gegenstände regeln, die in keinem betrieblichen Zusammenhang standen?
- Gab es Fälle, in welchen der Betriebsrat Verhandlungen bewußt verzögerte und so das Zeitmoment als Druckmittel nutzte?
- Setzte sich der Betriebsrat – außerhalb der gesetzlichen Aufgaben – für die Interessen einzelner Arbeitnehmer ohne kollektiven Bezug ein?
- Setzte der Betriebsrat nicht im Verhandlungsgegenstand selbst begründetes Druckpotential ein?
- Gab es andere Vorgehensweisen des Betriebsrats, die Sie als mißbräuchlich bezeichnen würden?
- Ist durch eine der vorgenannten Vorgehensweisen ein Schaden für den Betrieb oder die Belegschaft entstanden?

III. Ergebnisse

- 4 Von den 1.800 angeschriebenen haben sich 317 Unternehmen an der Umfrage beteiligt. 304 davon hatten Betriebe mit Betriebsrat und wurden in die Auswertung einbezogen. Die Umfrage erhebt nicht den Anspruch, in statistisch abgesicherter Weise die Frage nach Quantität und Qualität von Mißbrauchsfällen bei der Ausübung betrieblicher Mitbestimmungsrechte zu beantworten. Das hat zwei Gründe: Einmal verfügt das ZAAR nicht über ein repräsentatives Firmenpanel (wie das IAB). Vor allem aber ist Mitbestimmungsmißbrauch ein komplexer Rechtsbegriff, der rechtliche Wertungen voraussetzt, die den Befragten in einer Umfrage nicht zu vermitteln sind. Insofern ging es uns bei der Umfrage um ein aktuelles Stimmungsbild, wie Geschäftsleitungen die Kooperation mit ihren Betriebsräten einschätzen und welche beispielhaften Formen der Ausübung von Betriebsratsmacht ihnen mißbräuchlich erschienen. Insofern könnte man vom „gefühlten Rechtsmißbrauch“ sprechen. Indes geht es auch um die Frage der Akzeptanz der gelebten Mitbestimmung bei den Unternehmen. Daß bei einer solchen Umfrage womöglich jene Unternehmen eher antworten, deren Personalverantwortliche sich über den Betriebsrat schon geärgert haben, ist denkbar. Das aber ist einer jeden Umfrage immanent.⁴

4 Daß mit dieser Umfrage ein Nerv getroffen wird, zeigt die Reaktion in der Zeitschrift *Mitbestimmung* der Hans-Böckler-Stiftung: Zuerst wurde die gerade angelaufene Umfrage kritisiert, so als ob schon die Frage nach dem Mitbestimmungsmißbrauch ein Sakrileg sei, Heft 12/2004, S. 8. Dem ZAAR wurde unterstellt, die Umfrage als Instrument gegen die Mitbestimmung als solche nutzen zu wollen – offenbar frei von der systemischen (Er-)Kenntnis, daß jede Eindämmung des Rechtsmißbrauchs das zugrundeliegende System stabilisiert. Und in der festen Erwartung eines bestimmten Umfrageergebnisses. Jene Veröffentlichung während der laufenden Umfrage war womöglich von dem Hintergedanken getragen, daß Betriebsräte ihren Personalleitern beim Ausfüllen des ZAAR-Fragebogens zur Hand gehen könnten. Etwas später zeigt ein Beitrag von *Zumbeck*, *Verhandeln im Pakt*, *Mitbestimmung* 3/2005, S. 64, worum es geht: um die umfassende Öffnung der Betriebsverfassung für alle Koppelungsgeschäfte. Der Betriebsrat soll im Rahmen seiner Beteiligungsrechte ganz frei entscheiden dürfen, ob und welche Kompensationen er fordere. [Ob *Zumbeck* im Rahmen dieser Freiheit auch persönliche Vorteile für Betriebsratsmitglieder (diesseits der Lustreise) im Auge hat, wird nicht ganz klar.] Über die Rechtsfrage mag man in der Tat streiten; jedenfalls aber ist der

Nur etwas mehr als die Hälfte (169) der antwortenden Unternehmen gaben aus der betriebsverfassungsrechtlichen Zusammenarbeit Beispiele für nach ihrer Auffassung rechtsmißbräuchliches Verhalten des Betriebsrats. Insgesamt zeigt dieses Ergebnis, daß die Betriebsverfassung im Grundsatz anerkannt ist und gut funktioniert. Mitbestimmungsmißbrauch ist die Ausnahme. Dennoch kommt sie nur der Meinung einiger Unternehmen vor. In der folgenden Darstellung sind die Prozentzahlen auf die mißbrauchsbejahenden Unternehmen bezogen. **5**

1. Betriebsratstätigkeit im Individualinteresse

44% der Unternehmen vermißten bei der Interessenvertretung ihres Betriebsrats bisweilen den kollektiven Bezug; der Betriebsrat verfolge bei seiner Tätigkeit oftmals eigene Interessen oder die einzelner Arbeitnehmer, deren Wahrnehmung ihm nicht ausdrücklich durch das Betriebsverfassungsgesetz erlaubt ist. Im einzelnen wurden folgende Fälle genannt: **6**

- Der Betriebsrat setzte sich bei Arbeitszeitregelungen und gelegentlich auch bei Lohnverhandlungen einzelner Mitarbeiter ein.
- Der Betriebsrat leistete von sich aus Hilfestellung für Arbeitnehmer, die Ansprüche aus dem TzBfG durchsetzen wollten.
- Er wurde im Einzelinteresse tätig bei Abmahnungsfällen, Beförderungsanliegen, im Rahmen von Aufhebungsvereinbarungen und bei Zeugniserteilungen.
- Bei der Anhörung zu betriebsbedingten Kündigungen brachte er neben Sozialauswahlkriterien auch persönliche Präferenzen vor.

2. Zeitmoment als Druckmittel

Die Hälfte (51%) der Unternehmen bezeichnete die Verschleppung von mitbestimmungspflichtigen Regelungen durch den Betriebsrat als „gängige Praxis“. Die Zeitkomponente werde gezielt ausgenutzt, um auf den Arbeitgeber Druck auszuüben oder Maßnahmen zu verhindern: **7**

- Bei Maßnahmen zur Personalkostenreduzierung (etwa die Einführung neuer leistungsorientierter Entgeltsysteme) und zur Arbeitszeiterhöhung wurde das Mitbestimmungsverfahren bewußt verzögert.
- Betrieblich erforderliche Maßnahmen wurden behindert, indem das Interessenausgleichsverfahren verschleppt wurde.

Vorstoß krasse Außenseiterposition – die absolut herrschende Gegenauffassung wird in jenem Beitrag ebenso unterschlagen wie die BAG-Rechtsprechung, Nachweise unten, Fn. 146. Insofern zeigen jene Veröffentlichungen weniger wissenschaftliche Nachlässigkeit als viel mehr ein operatives Verständnis von der wissenschaftlichen Wahrheitssuche. Dazu *Engelen-Kefer*, Die Funktion juristischer Fachzeitschriften in sozialen Auseinandersetzungen am Beispiel „Arbeit und Recht“, AuR 1994, 123 ff.

- In Angelegenheiten, die einer raschen Entscheidung bedurften (erforderliche Überstundenleistung, kurzfristige Kurzarbeit), nutzte der Betriebsrat das Zeitmoment, um für die Betroffenen zusätzliche Vergünstigungen zu fordern.
- Als Verzögerungsmittel wurden vom Betriebsrat mehrmalige Abteilungsversammlungen angesetzt oder die Auswahl des Vorsitzenden der Einigungsstelle blockiert.

3. Drohgebärden des Betriebsrats

- 8 29% der Unternehmen warfen dem Betriebsrat den Einsatz von nicht im Verhandlungsgegenstand selbst begründetem Druckpotential vor:
- Für den Fall der Beschäftigung von Leiharbeitnehmern an Stelle von gewünschten Festanstellungen wurde mit der Kündigung bestehender Betriebsvereinbarungen (etwa zur flexiblen Arbeitszeitregelung) gedroht.
 - Auch wies der Betriebsrat gezielt auf die Möglichkeit hin, (noch) häufiger und intensiver Schulungen und Seminare zu besuchen oder auf die gesetzlichen Möglichkeiten zu weiteren Betriebs- oder Abteilungsversammlungen (§ 43 Abs. 1 S. 4 BetrVG).
 - Häufig drohte der Betriebsrat auch mit der pauschalen Verweigerung jeglicher Überstundenregelungen.
 - In einigen Fällen drohte der Betriebsrat gar mit Veröffentlichungen in der Presse, um „heikle“ Entscheidungen wie Personalabbau, Verlagerung oder Ergebnissituation zu beeinflussen.

4. Koppelungsgeschäfte

- 9 40% der Unternehmen gaben an, ihr Betriebsrat stelle sachwidrig Koppelungsforderungen: „Jede Forderung der Geschäftsleitung muß dem Betriebsrat förmlich abgekauft werden“. Mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten würden mit mitbestimmungsfreien bunt vermischt.
- So forderten Betriebsratsmitglieder im Tausch gegen die Regelung kollektiver mitbestimmungspflichtiger Tatbestände persönliche Vorteile (Prämien, Sonderleistungen, Dienstfahrzeug etc.).
 - Die Zustimmung zur Eindämmung von Raucherräumen wurde abhängig gemacht von der Freistellung eines weiteren Betriebsratsmitglieds.
 - Die Zustimmung zur Samstagarbeit gab der Betriebsrat nur gegen „Antrittsprämien“.
 - Das hygienebedingte Tragen von Haarnetzen wurde vom Betriebsrat nur gegen Gewährung von kostenlosen Getränken im Sommer befürwortet.
 - Die Überstundengenehmigung wurde von Neueinstellungen, der Übernahme von Auszubildenden oder der Schaffung zusätzlicher Ausbildungsplätze abhängig gemacht.

- Für den Aufbau eines Gleitzeit-rahmens forderte er die unbefristete Übernahme befristet eingestellter Mitarbeiter.
- Nur gegen weitere Einstellungen wurde auch der Verlängerung oder Änderung einer Betriebsvereinbarung zugestimmt.
- Während der Tarifrunden verlangte der Betriebsrat für die Zustimmung zur Mehrarbeit die Zusage der Geschäftsleitung, auf die Möglichkeit der Aussperrung definitiv zu verzichten.

5. Sonstige Fälle

Zu anderen mißbräuchlichen Vorgehensweisen führten 28% der Unternehmen aus: **10**

- Die Tätigkeit als Betriebsratsmitglied wurde mit der Tätigkeit als Gewerkschafts-Vertrauensmann vermischt, z.B. erfolgte die Versendung von Gewerkschaftswerbung auf Unternehmenskosten.
- Die Belegschaft wurde vom Betriebsrat aufgefordert, während der Arbeitszeit an einer Hartz-Demonstration außerhalb des Werks teilzunehmen.
- Der Betriebsrat nutze die Möglichkeit, Sachverständige hinzuzuziehen extensiv; so gab der Betriebsrat häufig kostenaufwendige externe Überprüfungen von rechtlich eindeutigen Sachverhalten in Auftrag.
- Bildungsveranstaltungen gem. § 37 Abs. 6 BetrVG wurden bei wesentlich teureren Anbietern besucht als etwa bei vergleichbaren Seminaren der Gewerkschaft; inhaltlich wurden Weiterbildungen zu Themen wie „Mobbing, Terrorgefahr, Rechtsradikalismus“ ohne konkreten betrieblichen Bezug aufgesucht.
- Trotz Vertraulichkeitserklärung durch den Arbeitgeber gab der Betriebsrat geheimhaltungsbedürftige Informationen an die Belegschaft oder an die Presse weiter.
- Der Kündigungsschutz wurde nach Auffassung einiger Unternehmen von einzelnen Betriebsratsmitgliedern grob ausgenutzt und als eine Art „Narrenfreiheit“ verstanden.

6. Schaden durch Mitbestimmungsmißbrauch

Durch oben genannte Vorgehensweisen gaben 27% der Unternehmen an, ihnen sei ein Schaden entstanden. Dieser sei zwar oft schwer quantifizierbar, auf lange Sicht sei aber durch die mißbräuchliche Mitbestimmungsausübung eine schwindende Wettbewerbsfähigkeit zu befürchten. **11**

- So wurde etwa die Schädigung des Betriebsklimas angeführt. Systematisch würden Teilwahrheiten verbreitet und Sachverhalte einseitig dargestellt, was dazu führe, daß die Belegschaft gegen den Arbeitgeber „aufgebracht“ oder verängstigt würde und dadurch die Leistungen nachließen (Dienst nach Vorschrift).

- Als Folge unsachlicher Öffentlichkeitsauftritte der Betriebsräte entstünden Imageschäden bei Investoren, Aktionären und der Bevölkerung.
 - Meßbare Schäden traten bei zeitlich verzögerten Systemeinführungen ein. So führte etwa die durch den Betriebsrat um neun Monate verzögerte Einführung von erhöhten Zeitkonten dazu, daß in diesem Zeitraum weiter Mehrarbeitsstunden mit Zuschlägen bezahlt werden mußten oder ein verspäteter Personalabbau zu nicht gedeckten Personalkosten.
 - Die Blockadehaltung von Betriebsräten führe zu Produktionsausfällen.
 - Durch unnötige Hinzuziehung von Anwälten und Sachverständigen seien hohe Kosten entstanden.
- 12** Die Umfrage zeigt also, daß die Betriebspartner grundsätzlich gut zusammenarbeiten, aber auch daß zumindest „gefühlter“ Mißbrauch der Mitbestimmungsrechte vorkommt. Eine belastbare Aussage läßt sich aufgrund der Umfrage freilich treffen: Wenn der Arbeitgeber der Meinung ist, die betriebsverfassungsrechtlichen Befugnisse würde mißbraucht, dann meist im Zusammenhang mit einer „Verzögerungstaktik“ des Betriebsrates (51%); gefolgt von der Betriebsratstätigkeit im Einzelinteresse (44%) und begehrten Koppelungsgeschäften (40%). Hier zeigt sich, daß besonders Entscheidungsverschleppung und Verquickung nicht entscheidungsspezifischer Regelungsgegenstände mit den Verhandlungen zu einer geplanten Maßnahme die Hauptfallgruppen des Mitbestimmungsmißbrauches sind.
- 13** Dennoch: Nicht alles, was der Arbeitgeber meint, beklagen zu müssen, ist schon Rechtsmißbrauch. Für den Arbeitgeber ist die Betriebsverfassung an sich unbequem, weil sie die unternehmerische Freiheit begrenzt. Auf der anderen Seite sind die Rechte des Betriebsrats gesetzlich vorgegeben: Er genießt keine privatautonome Freiheit. Deshalb ist es wichtig, die Scheidelinie zwischen zulässiger Ausschöpfung der Beteiligungsrechte, Rechtsverstoß und Rechtsmißbrauch zu ermitteln.

B. Rechtsmißbrauch in der Betriebsverfassung

I. Rechtsmißbrauch als allgemeine Rechtsausübungsschranke

Rechtsmißbrauch ist zunächst als Fallgruppe des § 242 BGB Innenschranke eines jeden Rechts⁵: Allgemein darf ein Recht nicht in zu mißbilligender, unzulässiger Weise in Anspruch genommen werden⁶. So ist der Rechtsmißbrauch stets ein Verstoß gegen das Gebot zur gegenseitigen Rücksichtnahme zwischen den jeweiligen Beteiligten.⁷ Allerdings darf das Rechtsinstitut des Rechtsmißbrauchs nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen angewandt werden, weil es letztlich nur darum gehen kann, die bewußte Zweckentfremdung der Rechtsausübung zu verhindern.⁸ Ausgangspunkt ist nämlich immer ein bestehendes Recht, dessen Durchsetzung von der Rechtsordnung in die Hand des Rechtsinhabers gelegt ist. Daß sich ein Rechtsinhaber auf eine ihm zustehende Rechtsposition berufen können muß, ist systemtragend und deshalb selbstverständlich.

Außerdem muß der Gefahr vorgebeugt werden, daß durch den Verweis auf einen möglichen Rechtsmißbrauch eine allgemeine Kadi-Aufsicht über Privatrechtssubjekte, also ein genereller Billigkeitsvorbehalt geschaffen wird.⁹ Nicht jede unbillige Rechtsausübung ist rechtsmißbräuchlich, auch wenn sie die Gegenseite wirtschaftlich belastet.¹⁰ Es müssen vielmehr qualifizierende, weil grob unbillige Benachteiligungen der anderen Seite durch die Rechtsausübung vorliegen.

Diese allgemein-rechtlichen Vorgaben gelten auch im Betriebsverfassungsrecht. Hier folgt das Verbot des Rechtsmißbrauchs (auch) aus der Generalklausel des § 2 Abs. 1 BetrVG.¹¹ Weil Arbeitgeber und Betriebsrat vertrauensvoll und zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs zusammenarbeiten sollen, ist die bewußte Zweckentfremdung einer Rechtsposition nicht zulässig¹². Allerdings gilt auch hier, was im allgemeinen Zivilrecht gilt: Um einer ungerechtfertigten und zu weit gehenden Beschränkung der Rechtsausübung nicht Vorschub zu leisten, ist ein strenger Maßstab anzulegen.¹³ Das rechte Maß zu finden, ist (wie so oft) besonders schwierig: Soll doch die betriebliche Mitbestimmung den Arbeitgeber gerade „behindern“ – in dem sie ihn daran hindert, seine Vorstellungen einseitig, ohne Berücksichtigung der

5 Erman/*Hohloch*, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage (2004), § 242 Rn. 101; Staudinger/*Looschelders/Olzen* (2005) § 242 Rn. 108.

6 Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch (MüKo)/*Roth*, 4. Auflage (2001), § 242 Rn. 338.

7 Staudinger/*Looschelders/Olzen* (2005), § 242 Rn. 215.

8 Staudinger/*Looschelders/Olzen* (2005), § 242 Rn. 215.

9 Eindringlich *Pawlowski*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Auslegung des § 242 BGB?, JZ 2002, 627 ff.

10 RG vom 22.1.1935 – II 198/34 – RGZ 146, 385, (396); BGH vom 18.11.1955 – I ZR 176/53 – BGHZ 19, 72 (75); Erman/*Hohloch* (Fn. 5) § 242 Rn. 103, 104; Bamberger/*Roth/Grüneberg*, Bürgerliches Gesetzbuch (2003), § 242 Rn. 91.

11 *Konzen*, Der Mißbrauch betrieblicher Beteiligungsrechts, in: FS Zöllner (1998), S.799, (814).

12 Richardi/*Richardi*, BetrVG, 10. Auflage (2005), § 2 Rn. 19.

13 Gemeinschaftskommentar Betriebsverfassungsgesetz (GK-BetrVG)/*Wiese*, 8. Auflage (2005), § 87 Rn. 101.

Arbeitnehmerinteressen umzusetzen. Sie ist ein Instrument zur „Zähmung der Arbeitgeberfreiheit“, weil der Arbeitgeber mitbestimmungspflichtige Entscheidungen nur dann verwirklichen kann, wenn er sich mit dem Betriebsrat einig wird. Ein Rechtsmißbrauch aber muß über diese systemimmanente Behinderung hinausgehen. Er liegt auch hier nur dann vor, wenn die Rechtsausübung als solche nicht mit den betriebsverfassungsrechtlichen Zielen im Einklang steht.

- 16 Freilich ist bereits eines festzuhalten: § 2 Abs. 1 BetrVG teilt in gewisser Weise das Schicksal mit § 242 BGB. Hier wie dort besteht die Gefahr, eine Generalklausel auszunutzen, in dem Korrekturen des eigentlichen Gesetzesprogramms über einen Verweis auf die „vertrauensvolle Zusammenarbeit“ vorgenommen werden. Und zwar sowohl dahingehend, daß das abgeschlossene Programm der Mitwirkungsrechte des BetrVG über § 2 Abs. 1 BetrVG als „Generalanspruchsnorm“ erweitert werden soll,¹⁴ aber ebenso dadurch, dass mit Hinweis auf „das Betriebswohl“ der durchaus bestehende Interessengegensatz zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat gleichsam minimiert werden soll – weshalb auch für die Rechtsausübung die entsprechenden Folgen gezogen werden.¹⁵ Im einen Falle fände sich dann kaum, in dem anderen recht schnell die Grundlage, um ein rechtsmißbräuchliches Verhalten des Betriebsrates zu bejahren.

II. Besonderheiten der Betriebsverfassung

- 17 Deshalb bedarf es eines Blicks auf die verschiedenen potentiellen Fallgruppen des Mißbrauchs betriebsverfassungsrechtlicher Rechtspositionen – und hierfür zunächst einer Besinnung auf die Besonderheiten des Betriebsverfassungsrechts. Diese Eigenarten¹⁶ ermöglichen es, die spezifischen Punkte des betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsmißbrauchs zu ermitteln. Sie bieten gleichsam ein grundsätzliches Programm, das bei der Mißbrauchswertung hilft.

1. Grundsatz: Nur punktuelle Betriebsratsrechte

- 18 Ausgangspunkt für die Grenzziehung zwischen zulässiger Ausübung der Mitbestimmung und unzulässiger Rechtsausübung ist das dem Betriebsverfassungsgesetz zugrundeliegende Regel-Ausnahme-Verhältnis von unternehmerischer Freiheit und betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechten. § 2 Abs. 1 BetrVG ist dabei kein Auffangtatbestand zur Kreation immer neuer Rechte des Betriebsrates, sondern nur Auslegungskorrektiv.¹⁷
- 19 Im Ausgangspunkt ist der Arbeitgeber in seinen unternehmerischen Entscheidungen frei, Art. 2, 12, 14 GG¹⁸. Dies wird schon in der Gesetzessystematik erkennbar. Unternehmerische Entscheidungen sind dem Betriebsverfassungsrecht regelmäßig

14 Dagegen auch Richardi/*Richardi* (Fn. 12) § 2 Rn. 21.

15 In diese Richtung *Heinze*, Inhalt und Grenzen betriebsverfassungsrechtlicher Rechte, ZfA 1988, 86 ff.; dazu *Konzen* (Fn. 11) S. 816.

16 *Konzen* (Fn. 11) S. 811.

17 Richardi/*Richardi* (Fn. 12) § 2 Rn. 17 ff.

18 GK-BetrVG/*Wiese* (Fn. 13) § 87 Rn. 141 f.; dazu auch *Walker*, Die freie Unternehmerentscheidung im Arbeitsrecht, ZfA 2004, 501, 523.

vorgelagert, sie können vom Betriebsrat nicht erzwungen, sondern lediglich sozialverträglich mitgestaltet werden, dies belegen die §§ 111 ff. BetrVG oder – profaner – das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG: Der Unternehmer entscheidet über das „Ob“ einer sozialen Einrichtung, der Betriebsrat kann das „Wie“ mitgestalten.¹⁹ Der Gesetzgeber hat die Beteiligungsrechte des Betriebsrats um so schwächer ausgestaltet, je intensiver die unternehmerische Entscheidungsfreiheit betroffen ist. So hat der Betriebsrat etwa bei der Gestaltung des Arbeitsablaufs nur Unterrichts- und Beratungsrechte, § 90 BetrVG; entsprechendes gilt im Bereich der wirtschaftlichen Angelegenheiten, § 106 und § 111 BetrVG.

Von der Unternehmerfreiheit umfaßt ist nicht nur die Gründung, sondern gerade die Führung des Unternehmens²⁰, also auch sämtliche Organisationsentscheidungen, die Zweck, Umfang und Bestand des Unternehmens umfassen.²¹ Auf den Betrieb als arbeitsorganisatorische Ebene bezogen bedeutet das: der Arbeitgeber legt die Betriebs- und Arbeitsorganisation fest und trifft innerhalb der arbeitsvertraglichen Grenzen (vor allem durch Ausübung seines Direktionsrechts) die betriebspolitischen Entscheidungen.²²

Freilich steht diese Unternehmerfreiheit, wie das BVerfG formuliert, „in einem sozialen Bezug und einer sozialen Funktion“.²³ Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats bilden deswegen punktuelle Ausnahmen, für die der Gesetzgeber genau angeordnet hat, in welchen Fällen und in welcher Weise der Arbeitgeber in seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit beschränkt werden darf.²⁴ Dabei soll die Mitbestimmung des Betriebsrats das „Wie“ der Ausgestaltung der unternehmerischen Entscheidung beeinflussen, um die sozialen und wirtschaftlichen Interessen der Arbeitnehmer angemessen zu berücksichtigen.²⁵ Der Arbeitgeber soll mit anderen Worten sein weites Direktionsrecht nicht „ungezügelt“ ausüben können.

Zwar hat das BAG gemeint, die unternehmerische Freiheit begrenze die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nicht.²⁶ Eine solche Schranke ist auch nicht erforderlich, denn das hieße, das Pferd von hinten aufzuzäumen: Die unternehmerische Freiheit ist der Grundsatz, die gesetzlichen Beteiligungsrechte für den Betriebsrat sind Ausnahmen. Der Betriebsrat darf sich überhaupt nur einmischen,

19 Richardi/*Richardi* (Fn. 12) § 87 Rn. 626.

20 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 = AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG = EzA § 7 MitbestG Nr. 1.

21 Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK)/*Kania*, 6. Auflage (2006), Einleitung vor § 74 BetrVG Rn. 7; GK-BetrVG/*Wiese* (Fn. 13) § 87 Rn. 146 ff.

22 Etwa Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR)/v. *Hoyningen-Huene*, 2. Auflage (2000), § 301 Rn. 1.

23 BVerfG vom 1.3.1979 (Fn. 20).

24 BAG vom 31.8.1982 – 1 ABR 27/80 – BAGE 30, 107 = AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit = DB 1983, 453; *Richardi*, Betriebsverfassung und Privatautonomie (1973), S. 12 f.

25 BVerfG vom 1.3.1979 (Fn. 20); GK-BetrVG/*Wiese* (Fn. 13) § 87 Rn. 147.

26 BAG vom 4.3.1986 – 1 ABR 15/84 – AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit = EzA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 17 = NZA 1986, 432; BAG vom 31.8.1982 (Fn. 24).

soweit es das Gesetz (oder ein Tarifvertrag) ausdrücklich erlaubt – äußerste Grenze dabei: der Normzweck.²⁷

- 21** Gerade weil der Betriebsrat keine generelle Überwachungsfunktion gegenüber dem Arbeitgeber wahrnimmt - und sich in unternehmerische Entscheidungen nicht unter Berufung auf das Wohl der Arbeitnehmer, § 2 Abs. 1 BetrVG, einmischen kann²⁸ - ist der Ausgangspunkt für die Bestimmung der Reichweite eines punktuellen Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechtes der Zweck der jeweiligen Rechtsgrundlage. In ihr ist der Umfang eines Rechtes des Betriebsrates festgelegt; aus ihr folgt auch, wie viel „Belästigungspotential“ ein Mitbestimmungs- oder Mitwirkungsrecht hat. Dies wiederum ist für die Grenzziehung zwischen zulässiger Rechtsausübung und Rechtsmißbrauch wichtig. So sollen die Verhandlungen gemäß § 111 BetrVG zu einem Ausgleich der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmern führen, sie sollen aber nicht die unternehmerische Freiheit im Sinne eines „rätedemokratischen“ Vorbehalts beschneiden.²⁹ Weshalb alles, was nicht auf Verhandlung, sondern auf Verzögerung und damit im Kern auf eine Verhinderung der unternehmerischen Maßnahme durch Zeitablauf gerichtet ist, potentiell rechtsmißbräuchlich ist.
- 22** Eben dieser Gedanke dokumentiert sich auch darin, daß der Betriebsrat personellen Einzelmaßnahmen, § 99 BetrVG, nur aufgrund der gesetzlich vorgegebenen Gründe die Zustimmung verweigern kann – und daß er dies darüber hinaus auch nicht gleichsam formelhaft tun darf, sondern bezogen auf bestimmte Tatsachen, die das Vorliegen der gesetzlich genannten Gründe zumindest möglich erscheinen lassen.³⁰ Freilich reicht für die Wirksamkeit des Widerspruches die bloße Möglichkeit aus.

Die Besinnung auf den jeweiligen Normzweck hilft, Selbstverständliches zu erkennen: Einmal, die Umsetzung des Gesetzeskonzepts, nach dem das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auf die sozialverträgliche Umsetzung von Arbeitgeberentscheidungen angelegt ist. Und zum anderen aber auch die Grenze zum Rechtsmißbrauch.

2. Auch: Gefahr für Arbeitnehmerfreiheit

- 23** Betriebsverfassung ist fremdnützig: Sie ist für den Betriebsrat nicht Selbstzweck, sondern soll den Arbeitnehmern Teilhabe und Schutz in bestimmten personellen, sozialen und wirtschaftlichen Bereichen gewährleisten. Beide Aspekte bedingen sich insofern, als der Schutz der Arbeitnehmer durch die (vom Betriebsrat vermittelte) Teilhabe verwirklicht wird.³¹ Das Bedürfnis hierfür resultiert nach der Vorstellung des

27 ArbG Hannover vom 19.2.2004 – 10 BVGa 1/04 – DB 2004, 2223; vgl. auch GK-BetrVG/Wiese (Fn. 13) § 87 Rn. 146.

28 Statt aller GK-BetrVG/Kraft (Fn. 13) § 2 Rn. 7.

29 Richardi/Richardi (Fn. 12) § 111 Rn. 15.

30 Richardi/Thüsing (Fn. 12) § 99 Rn. 266 ff.

31 BAG vom 24.3.1981 – 1 ABR 32/78 – AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitssicherheit = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Ordnung Nr. 6 = DB 1981, 1882; GK-BetrVG/Wiese (Fn. 13) Einleitung 76, 78 ff.; Wiese, Individuum und Kollektiv im Betriebsverfassungsrecht, NZA 2006, 1; ders., Schutz und Teilhabe als Zwecke notwendiger Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten und deren Rangverhältnis ZfA 2000, 117, (119 ff.); ders., Der personale Gehalt des Arbeitsverhältnisses, ZfA 1996, 439, (474).

Gesetzgebers aus der Eingliederung der Arbeitnehmer in eine fremde Arbeitsorganisation. Tatsächliche und rechtliche Abhängigkeit sollen abgemildert, gesundheitliche, materielle und ideelle Interessen der Arbeitnehmer gewahrt werden, um dem Ideal des selbstbestimmten Arbeitens näher zu kommen.³²

Jedoch begegnet das Konzept gerade vor dem Hintergrund möglichen Mitbestimmungsmissbrauchs einem Einwand: Mitbestimmung verschafft dem Arbeitnehmer keine wirkliche individuelle Selbstbestimmung; er wird weiterhin fremdbestimmt – nur eben vom selbstgewählten Vertretungskollektiv. *Wiese* beschreibt genau dies, wenn er von einer Verlagerung der „idealtypisch von dem einzelnen Arbeitnehmer wahrzunehmende(n) Selbstbestimmung auf das Kollektiv“ spricht.³³ Das stimmt, allerdings wird der Arbeitnehmer auch nicht gefragt, ob er einer solchen Verlagerung zustimmt, weil diese in Betrieben mit Betriebsrat zwangsläufig ist. **24**

Freilich ist für eine praktisch durchführbare Teilhabe aller Arbeitnehmer an der sozialen Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen im Betrieb eine solche Konzentration der Verhandlungsmacht bei einem Arbeitnehmerorgan, dem Betriebsrat, unumgänglich. Inwieweit die Abgrenzung der individuellen und der kollektiven Kompetenzen im System des BetrVG geglückt ist, kann hier nicht erörtert werden³⁴, aber eine Besinnung darauf, daß es nicht nur zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, sondern auch zwischen Arbeitnehmer und Betriebsrat zu Interessenkollisionen kommen kann – als Beispiel diene das Recht der Mitbestimmung bei der Gruppenarbeit, §§ 28a, 87 Abs. 1 Nr. 13 BetrVG –, schärft den Blick für eine zweite Ebene der Mißbrauchsgefahr: Mitbestimmungsmacht läßt sich nicht nur zu Lasten der Arbeitgeberseite, sondern gerade auch zu Lasten der Arbeitnehmer, auch bestimmter betrieblicher Minderheiten ausnutzen. Funktionäre können sich Privilegien auf Kosten der von ihnen vertretenen Belegschaft verschaffen; auch der Betriebsrat ist vom „Prinzipal-Agenten-Problem“³⁵ nicht verschont.

Die „Einmischungsbefugnis“ des Betriebsrats zugunsten der Arbeitnehmer ist dabei gestuft. Je nach der Intensität des Eingriffs in die unternehmerische Freiheit reichen sie von bloßen Informationsrechten, über Anhörungs- und Beratungsrechte bis hin zu Zustimmungsverweigerungs- und schließlich „echten“ paritätischen Mitbestimmungsrechten. **25**

3. Also: Keine Privatautonomie

Rechtlich läßt sich das eben beschriebene so zusammenfassen: Der Betriebsrat könnte etwa zu Koppelungsgeschäften umfassend nur dann berechtigt sein, wenn er selbst Träger von Privatautonomie ist. Vertragsfreiheit zur Regelung der eigenen (!) Angelegenheiten kommt dem Betriebsrat aber – im Unterschied zu den Gewerkschaften – gerade nicht zu. Er agiert nicht für einen autonomen, selbst gewählten Zusammenschluß der Arbeitnehmer und ist so nicht Mittel zur Ausübung kollektiver **26**

32 GK-BetrVG/*Wiese* (Fn. 13) Einleitung Rn. 76 f.; *ders.* (Fn. 31), NZA 2006, 1.

33 *Wiese* (Fn. 31), NZA 2006, 1, (2).

34 Dazu *Wiese* (Fn. 31) NZA 2006, 1 ff.

35 Zu diesem *Kieser/Walgenbach*, Organisation, 4. Auflage (2003), S. 49 ff.; *Picot/Dietl/Franck*, Organisation, 4. Auflage (2005), S. 72 ff. m.w.N.

Privatautonomie³⁶; er ist vielmehr Produkt einer Staatsintervention, Träger eines privaten Amtes mit eng vorgegebenen Kompetenzen, die zudem zweckgebunden sind. Das aber ist der wesentliche Unterschied zur Privatautonomie: Das privat-autonom handelnde Subjekt ist frei, weil es keiner apriorischen Zwecksetzung erliegt. Personenmehrheiten, insbesondere die juristische Person tragen nur den autonom gewählten Zweck als Beschränkung in sich. Der Betriebsrat aber ist – im Gegensatz zu den Tarifvertragsparteien – auch nicht kollektiv-privatautonom legitimiert.

Diese Erkenntnis setzt sich rechtlich darin fort, daß dem Betriebsrat gerade keine umfassende Handlungsfreiheit zukommt: Er ist nicht grundrechtsfähig, sondern nur partiell rechtsfähig, soweit dies die Aufgaben des Betriebsrates erfordern.³⁷ Eine Kompetenzkompetenz des Betriebsrates, die diesen legitimierte, selbst Aufgaben gleichsam auf sich zu ziehen, gibt es dagegen nicht. Gerade deshalb sind die Rechte des Betriebsrates auch strikt zweckgebunden.³⁸

- 27** Anders als der Betriebsrat ist der (private) Arbeitgeber durchaus umfassend privat-autonom legitimiert. Für ihn ist die Mitbestimmung Beschränkung seiner Privatautonomie; der Betriebsrat aber wird dadurch nicht zum selbständigen Träger einer Verhandlungsposition. Er bleibt an die Vorgaben seines Mandates gebunden – er ist und bleibt Vertreter fremder Interessen. Eigene Interessen darf der Betriebsrat rechtlich nicht haben.

4. Dennoch: Zwangsvertrag als Regelungsinstrument

- 28** Arbeitgeber und Betriebsrat verfolgen abstrakt zunächst gegensätzliche Interessen. Das von der Betriebsverfassung vorgesehene Ordnungsinstrument zum Ausgleich dieser widerstreitenden Interessen ist, zumindest in ihrem Kernbereich der sozialen Angelegenheiten, die Betriebsvereinbarung als kollektiver Vertrag mit normativer Wirkung. Dadurch wird die Kooperation zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat erzwungen³⁹, weil der Arbeitgeber hier ohne den Betriebsrat nicht rechtswirksam handeln kann (positives Konsensprinzip).⁴⁰ Andere Bereiche freilich sind für den Arbeitgeber weniger einschneidend geregelt – etwa der Bereich der personellen (Zustimmung) oder der wirtschaftlichen Angelegenheiten (Information und Beratung).

36 *Waltermann*, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie (1996), S. 99 ff.

37 GK-BetrVG/*Wiese* (Fn. 13) Einleitung Rn. 69.

38 Zur strikten Zweckbindung der Mitbestimmungsrechte BAG vom 17.10.1989 – 1 ABR 31/87 – AP Nr. 39 zu § 76 BetrVG 1972 – EzA § 76 BetrVG 1972 Nr. 54 = NZA 1990, 399 = SAE 1990, 170, 175 mit Anmerkung *Rieble*.

39 *Brossette*, Der Zweck als Grenze der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, ZfA 1992, 379 (396, 399); *Heinze* (Fn. 15) ZfA 1988, 53 (85).

40 h.M. etwa BAG vom 24.3.1981 (Fn. 31); BAG GS 3.12.1991 – GS 1/90 – AP Nr. 52 § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = DB 1991, 2593 = AuR 1993, 28; GK-BetrVG/*Wiese* (Fn. 13) § 87 Rn. 98; *Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier (Fitting)*, Betriebsverfassungsgesetz, 23. Auflage (2006), § 87 Rn. 568; *Däubler/Kittner/Klebe (DKK)/Klebe*, Betriebsverfassungsgesetz, 10. Auflage (2006), § 87 Rn. 4.

Grundsätzlich herrscht so Einigungszwang mit Zwangsschlichtung. Der Arbeitgeber kann nicht ohne den Betriebsrat. Er muß deshalb mit diesem auf dem Verhandlungswege zu einer Lösung kommen. Zivilrechtlich ist ein solches Verhandeln „zum Richtigen hin“ eine schiere Selbstverständlichkeit. Betriebsverfassungsrechtlich wird aber das Vertragsverfahren nur abgebildet – ohne daß dahinter Vertragsfreiheit stünde. Mitbestimmung ist also eher ein System der Mitverwaltung. Der Betriebsrat ist sowenig Träger von Privatautonomie wie die staatliche Verwaltung, wenn diese den öffentlich-rechtlichen Vertrag als Regelungsinstrument (anstelle des Verwaltungsaktes) nutzt.⁴¹

Anders auch als es dem klassisch-liberalistischen Freiheitsbild der Privatautonomie entspricht, gilt der Grundsatz des *stat pro ratione voluntas* – also des Handelns ohne Kontrolle auf die Vernünftigkeit – nicht uneingeschränkt.⁴² Und er kann schon deshalb nicht gelten, weil unmittelbare Drittbetroffenheit vorliegt. Und anders als in der Tarifautonomie (deren Mittel ebenfalls ein kollektiver Normenvertrag ist) sollen die Verträge nicht durch Macht und Gegenmacht ausgefochten werden – insbesondere steht den Betriebspartnern als letztes Mittel nicht der Arbeitskampf zur Verfügung, § 74 Abs. 2 BetrVG.

Dem Vertragsprinzip ist es immanent, daß die Parteien versuchen, ihr jeweiliges Anliegen weitgehend zu verwirklichen. Für die Betriebsverfassung bedeutet das, daß der Betriebsrat nicht alle Maßnahmen des Arbeitgebers entweder annehmen oder ablehnen muß. Wegen des Vertragsprinzips gilt kein „Alles-oder-Nichts“. Der Betriebsrat kann und soll sich vielmehr mit dem Unternehmer in Verhandlungen auseinandersetzen, um die Belegschaftsinteressen zu wahren und eine möglichst beiden Seiten entsprechende Lösung zu finden. Dies mag den Arbeitgeber im Einzelfall stören, weil er über die Durchführung bestimmter Maßnahmen nicht mehr allein entscheiden kann. Die Auseinandersetzung mit dem Betriebsrat ist aber das vom Gesetzgeber vorgesehene Grundkonzept. Deshalb darf der Betriebsrat grundsätzlich in den Verhandlungen mit der Geschäftsleitung auch Verhandlungsdruck ausüben.

Freilich liegt gerade in dieser Verhandlungslösung ein Mißbrauchspotential begründet, denn sie ist nur beschränkt mit dem „gegenseitigen Einwirken zum Richtigen hin“⁴³ in Vertragsverhandlungen zwischen privatautonom Handelnden zu vergleichen. Zum einen ist der Arbeitgeber an den Betriebsrat gleichsam gekettet. Arbeitgeber und Betriebsrat befinden sich in einer „Zwangsgemeinschaft“.⁴⁴ Der Arbeitgeber kann sich bei Nichtgefallen des Betriebsrates keinen anderen Verhandlungspartner suchen (der Betriebsrat ebensowenig einen anderen Arbeitgeber). Zudem kann der Arbeitgeber inhaltlich auf eine Einigung regelmäßig nicht verzichten, betrachten doch Rechtsprechung und herrschende Meinung die ausgeübte Mitbestimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung für individualrechtliche Maß-

41 Siehe auch Richardi/*Richardi* (Fn. 12) Einleitung Rn. 114 f.

42 *Richardi* (Fn. 24) S. 25 meint die Betriebsverfassung habe den Zweck die „...vernünftige Selbstbestimmung“ zu fördern.

43 Grundlegend *Schmidt-Rimpler*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), S. 130.

44 *Brossette*, (Fn. 39), 379 (396, 399); *Heinze* (Fn. 15), ZfA 1988, 53 (85).

nahmen des Arbeitgebers.⁴⁵ Der Arbeitgeber hat regelmäßig nicht die Möglichkeit, seinem Vertragspartner ein schlichtes „Nein“ entgegenzuhalten. Die Einigung mit dem Betriebsrat ist also zwangsläufig, insbesondere kann sie auch durch die Zustimmung aller Arbeitnehmer nicht ersetzt werden. Tatsächlich heißt dies, daß gerade die erzwungene Verhandlungssituation ohne Ausweichmöglichkeit einen Anreiz bieten kann, Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte mißbräuchlich einzusetzen.

- 32** Wegen dieser Zwangsgemeinschaft folgt nun aber auch, daß der Betriebsrat im Rahmen der Mitbestimmung bestimmte Rücksichtnahmepflichten gegenüber dem Arbeitgeber hat. Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats sind gerade kein Selbstzweck. Die Wahrnehmung seiner Rechte ist vielmehr pflichtgebunden – an das Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs, § 2 BetrVG.⁴⁶ Hier wirkt der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit als Korrektiv und stellt für beide Seiten Rücksichtnahme-, Schutz- und Förderpflichten auf und begrenzt so den Vertragsgrundsatz.⁴⁷ Insbesondere entspringt ihm ein Verhandlungsanspruch gegenüber dem jeweils anderen Betriebspartner.⁴⁸ Bezogen auf den Betrieb schließt das etwa eine blinde Konzentration auf Arbeitnehmerinteressen aus.

45 Seit BAG vom 7.9.1956 – 1 AZR 646/54 – AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG 1952 = BAGE 3, 207; für die heute h.M. statt aller GK-BetrVG/*Wiese* (Fn. 13) § 87 Rn. 98 ff.

46 *Witt*, Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats und das Verbot des Rechtsmißbrauchs, BB 1986, 2194 (2195); *Gentz*, Schutz gegen den Missbrauch (?) von Mitbestimmungsrechten, NZA 2004, 1011 (1011).

47 BAG vom 21.2.1978 – 1 ABR 54/76 – AP Nr. 1 zu § 74 BetrVG 1972 = EzA Nr. 4 zu § 74 BetrVG 1972 = DB 1978, 1547; *Fitting* (Fn. 40) § 2 Rn. 19; GK-BetrVG/*Kraft* (Fn. 13) § 2 Rn. 7; *Witt*, Die betriebsverfassungsrechtliche Kooperationsmaxime und der Grundsatz von Treu und Glauben (1987) S. 34, (81 ff.) m.w.N.; *Belling*, Die Haftung des Betriebsrates und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen (1990), S. 307 ff.; *Konzen*, Betriebsverfassungsrechtliche Leistungspflichten des Arbeitgebers (1984) S. 65 ff.; v. *Hoyningen-Huene*, Das Betriebsverhältnis, NZA 1989, 121 (124 f.).

48 ArbG Hannover vom 19.2.2004 (Fn. 2727); ArbG Cottbus vom 26.11.2001 – 4 BV 27/01 – NZA-RR 2002, 643.

C. Rechtsmißbrauch und Rechtsverstoß

Kein Rechtsmißbrauch, sondern Rechtsanmaßung liegt vor, wenn der Betriebsrat verbotswidrig oder ohne Rechtsgrundlage handelt. Anders als beim Rechtsmißbrauch werden nicht formal vorhandene Rechtspositionen in zu mißbilligender Weise ausgenutzt, sondern es besteht von vornherein kein entsprechendes Recht. **33**

I. Handeln ohne Aufgabenzuweisung – Rechtsfürsorge für Arbeitnehmer

Die Betriebsverfassung ist kollektivbezogen. Gleichwohl setzen sich Betriebsräte auch für einzelne Arbeitnehmer und deren individuelle Probleme ein: durch Rechtsberatung für einzelne Arbeitnehmer oder durch verdeckte faktische Geltendmachung individueller Rechte im Beschlußverfahren.⁴⁹ Das BetrVG sieht den Schutz von Individualinteressen nur als Ausnahme in Einzelfällen vor.⁵⁰ Zu nennen sind die §§ 81 ff. BetrVG, insbesondere § 83 und § 85 BetrVG, und schließlich die Einrichtung von Sprechstunden für die Arbeitnehmer, § 39 BetrVG.⁵¹ Der Betriebsrat ist darauf angewiesen, daß ihn die Betroffenen bemühen, ein Initiativrecht hat er nicht. Die Sprechstunde wird auf Initiative der Arbeitnehmer genutzt. Die Individualrechte der §§ 81 ff. BetrVG sehen von vornherein nur die Hinzuziehung eines einzelnen Betriebsratsmitglieds und nicht des Gremiums vor – und nur auf Wunsch des Arbeitnehmers.⁵² Das betriebliche Beschwerdeverfahren (§§ 84, 85 BetrVG) soll gerade nicht in individuelle Rechtsschutzgewähr umschlagen.⁵³ **34**

Für individuelle Angelegenheiten der Arbeitnehmer hat der Betriebsrat also keine allgemeine Zuständigkeit.⁵⁴ Auch die Beteiligung bei personellen Einzelmaßnahmen, § 99 BetrVG, dient nicht vorwiegend dem Individualinteresse,⁵⁵ sondern der Wahrnehmung betrieblicher Interessen und des Betriebsfriedens.⁵⁶ Bei den sozialen Mitbestimmungsrechten sieht § 87 Nr. 5 BetrVG ausnahmsweise den Einsatz des Betriebsrates vor, wenn sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber nicht auf eine Festlegung des Erholungsurlaub einigen können.⁵⁷ **35**

-
- 49 BAG vom 18.1.2005 – 3 ABR 21/04 – AP Nr. 24 zu § 77 BetrVG 1972 = EzA 77 BetrVG 2001 Nr. 11.
 50 Ausführlich *Butzke*, Beteiligung des Betriebsrats im Individualinteresse einzelner Arbeitnehmer, BB 1997, 2269 ff.
 51 Nach v. *Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, 5. Auflage (2002), S. 50, vertritt der Betriebsrat Individualinteressen auch bei §§ 87 Abs. 1 Nr. 5, 98 Abs. 3, 99 Abs. 2 und 102 BetrVG.
 52 §§ 81 Abs. 4 S. 3; 82 Abs. 2 Satz 2, 83 Abs. 1 Satz 2 BetrVG; dazu jüngst BAG vom 16.11.2004 – 1 ABR 53/03 – AP Nr. 3 zu § 82 BetrVG 1972 = EzA § 82 BetrVG 2001 Nr. 1 = NZA 2005, 416.
 53 Arg. § 85 Abs. 2 Satz 3 BetrVG, näher GK-BetrVG/*Wiese* (Fn. 13) § 85 Rn. 10 ff., 14.
 54 *Butzke* (Fn. 50), BB 1997, 2269; zum rechtlichen Verhältnis des Betriebsrats zur Belegschaft und zum einzelnen Arbeitnehmer vgl. auch *Pouyadou*, Die Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Betriebsrat, 1978, S. 104 ff.
 55 *Butzke* (Fn. 50), BB 1997, 2269 (2272).
 56 BAG vom 14.5.1974 – 1 ABR 40/73 – BAGE 26, 149 = AP Nr. 2 zu § 99 BetrVG 1972; BAG vom 27.7.1993 – 1 ABR 11/93 – BAGE 74, 10 = AP Nr. 110 zu § 99 BetrVG 1972.
 57 Dazu *Klump*, Allgemeines Urlaubsrecht – Überblick, AR-Blattei SD 1640.1, Rn. 277 ff.

- 36** Die individuelle Rechtsdurchsetzung ist Sache des einzelnen Arbeitnehmers.⁵⁸ Die Amtsführung des Betriebsrats gründet sich auf das Votum der gesamten Belegschaft. Dieses legitimiert ihn zwar, sich für übergeordnete Belange der Belegschaft einzusetzen, eine Vertretungsbefugnis zugunsten einzelner Arbeitnehmer verleiht die Wahl aber nicht.⁵⁹ Der Betriebsrat ist so kein Sachwalter in Individualvertragsangelegenheiten – weder bei der Vertragsgestaltung noch bei der Überwachung der Vertragstreue. Und er ist auch nicht kostenfreie Rechtsfürsorge- oder Rechtsberatungsstelle des Arbeitnehmers⁶⁰ – aus vier guten Gründen:
- 37** ● Erstens würde der Betriebsrat auf diese Weise den Gewerkschaften und ihrem autonomen Rechtsschutzangebot Konkurrenz machen und damit die Attraktivität der Mitgliedschaft untergraben – ein weiterer Fall der unzulässigen beitragsfreien Ersatzgewerkschaft. Daß er das gerade nicht darf, zeigt insbesondere der Umstand, daß der Betriebsrat dem Arbeitnehmer nicht einmal die Durchsetzung individueller Ansprüche aus einer Betriebsvereinbarung oder einem Sozialplan abnehmen darf⁶¹. Der Betriebsrat ist weder Prozeßstandschafter⁶² noch Rechtsberater des Arbeitnehmers. Auch die Eingruppierungshilfe nach § 99 BetrVG ist allenfalls systemwidrige Ausnahme, aber keine Grundlage für ein Individualbetreuungskonzept.
- 38** ● Zweitens müßte der Arbeitgeber auf diese Weise die Rechtsverfolgung gegen sich selbst finanzieren⁶³ – ein krasser Verstoß gegen die prozessuale Waffengleichheit und damit gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG⁶⁴. Das Prinzip zeigt sich deutlich an der Absicherung der Kostentragung nach § 12a ArbGG im Verfahren nach § 103 BetrVG⁶⁵. Der Arbeitgeber hat selbst keine allgemeine Pflicht zur Rechtsberatung.⁶⁶ Dieses Ergebnis darf

58 BAG vom 18.1.2005 – 3 ABR 21/04 – AP Nr. 24 zu § 77 BetrVG 1972 = EzA § 77 BetrVG 2001 Nr. 11; BAG vom 31.8.1994 – 7 AZR 893/93 – AP Nr. 98 zu § 37 BetrVG 1972 = NZA 1995, 225; BAG vom 17.10.1989 – 1 ABR 75/88 – AP Nr. 53 zu § 112 BetrVG 1972 = EzA § 112 BetrVG 1972 Nr. 54 = NZA 1990, 441; BAG vom 19.5.1983 – 6 AZR 290/81 – AP Nr. 44 zu § 37 BetrVG 1972 = NJW 1983, 2720; *Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock (HSWG)/Worzalla*, Betriebsverfassungsgesetz 6. Auflage (2003), § 87 Rn. 18; ähnlich *Richard/Thüsing* (Fn. 12) § 80 Rn. 14 m.w.N.; *ErfK/Kania* (Fn. 21) § 80 BetrVG Rn. 7; *GK-BetrVG/Kraft* (Fn. 13) § 80 Rn. 17, 271.

59 *Butzke* (Fn. 50), BB 1997, 2269 (2270).

60 BAG vom 18.1.2005 – 3 ABR 21/04 – AP Nr. 24 zu § 77 BetrVG 1972 = EzA § 77 BetrVG 2001 Nr. 11; dazu bereits *Rieble* Anmerkung zu BAG vom 3.5.1994 – 1 ABR 58/93 – EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 122; *ErfK/Eisemann* (Fn. 21) § 37 BetrVG Rn. 3.

61 BAG vom 17.10.1989 (Fn. 38).

62 BAG vom 18.2.2003 – 1 ABR 17/02 – AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 – EzA § 77 BetrVG 2001 Nr. 4 = NZA 2004, 336.

63 BAG vom 18.1.2005 – 3 ABR 21/04 – AP Nr. 24 zu § 77 BetrVG 1972 = EzA § 77 BetrVG 2001 Nr. 11; BAG vom 10.6.1986 – 1 ABR 59/84 – AP Nr. 26 zu § 80 BetrVG 1972 = EzA § 80 BetrVG 1972 Nr. 26 = NZA 1987, 28.

64 Zur prozessualen Waffengleichheit *Stein/Jonas/Brehm*, ZPO, 22. Auflage (2003), vor § 1 Rn. 293; bereits *Böttcher*, Die Gleichheit vor dem Richter, Heft 16 (1961) der Hamburger Universitätsreden, wieder abgedruckt in: *Böttcher*, Gleichbehandlung und Waffengleichheit (1979), S. 9 ff.

65 Dazu BAG vom 31.1.1990 – 1 ABR 39/89 – AP Nr. 28 zu § 103 BetrVG 1972 = EzA § 40 BetrVG 1972 Nr. 64; auch *GK-BetrVG/Raab* (Fn. 13) § 103 Rn. 82.

66 BAG vom 26.8.1993 – 2 AZR 376/93 – AP Nr. 8 zu § 72 LPVG NW = EzA § 4 n.F. KSchG Nr. 47 = NZA 1994, 281; *ErfK/Preis* (Fn. 21) § 611 BGB Rn. 779.

nicht dadurch erreicht werden, daß der Betriebsrat zur Klärung schwieriger Rechtsfragen teure externe Sachverständigengutachten anfordert, die der Arbeitgeber finanziert.

- Drittens würde der einzelne Arbeitnehmer so einer womöglich fachlich zweifelhaften Rechtsberatung ausgesetzt, für die der Betriebsrat mangels Vermögensfähigkeit gar nicht haften kann; das widerspricht jedem Professionalitätsgedanken. Eine Haftung des Arbeitgebers für Beratungsfehler des Betriebsrats ist gänzlich abwegig. **39**
- Viertens besteht gerade die Gefahr, daß der Betriebsrat keine an den Interessen des Arbeitnehmers ausgerichtete Beratung leistet, sondern daß er Arbeitnehmer in Konflikte schickt, um sein Machtspiel mit dem Arbeitgeber zu betreiben. Plastisches Beispiel ist das „Verheizen“ der Arbeitnehmer in einem kollektiven Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB – in betriebsrätlichem Regelungsinteresse – bei dem diese schlußendlich ihren Arbeitsplatz verlieren.⁶⁷ **40**

Auch aus der allgemeinen Überwachungsaufgabe des Betriebsrates, insbesondere aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG folgt nichts anderes: Zwar hat der Betriebsrat darüber zu wachen, daß die arbeitsrechtlichen Gesetze eingehalten werden – er kann aber aus den genannten Gründen nicht für den einzelnen Arbeitnehmer Ansprüche aus diesen Gesetzen einklagen, sondern er ist auf ein Beanstandungsrecht gegenüber dem Arbeitgeber beschränkt.⁶⁸ **41**

Das in der Umfrage gerügte Verhalten des Betriebsrats, wonach dieser sich ungefragt für einzelne Arbeitnehmer einsetze, etwa in Lohnfragen (A.III.1) ist daher kein rechtsmißbräuchliches, sondern vielmehr rechtsgrundloses Handeln. Der Arbeitgeber kann dieses Verhalten schlicht ignorieren. Die Frage nach rechtsmißbräuchlichem Verhalten stellt sich allerdings, wenn der Betriebsrat versucht, Individualforderungen im Mitbestimmungsverfahren durchzusetzen. In der Umfrage wurde hierzu vorgebracht, daß das Mitbestimmungsverfahren genutzt werde, um ein höheres Gehalt oder einen neuen Dienstwagen für den Betriebsratsvorsitzenden oder dessen Vertreter, Freigetränke für bestimmte Arbeitnehmer oder die Übernahme von Auszubildenden durchzusetzen (oben A.III.4); dazu sogleich unter E. **42**

II. Verstoß gegen betriebsverfassungsrechtliche Gebote

1. Gebot der Sparsamkeit

Unternehmen monieren vielfach extensive Kostenverursachung durch den Betriebsrat (oben A.III.5) – besonders durch Einholung von Sachverständigengutachten oder durch Besuch teurer Schulungen. **43**

67 Dazu *Rieble*, Kollektiver Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB, NZA 2005, 1, (8).

68 BAG vom 10.6.1986 – 1 ABR 59/84 – AP Nr. 26 zu § 80 BetrVG 1972 = EzA § 80 BetrVG 1972 Nr. 26 = NZA 1987, 28; BAG vom 16.7.1985 – 1 ABR 9/83 – AP Nr. 17 zu § 87 BetrVG Lohngestaltung = EzA § 87 BetrVG 1972 Nr. 9; BAG vom 25.5.1982 – 1 ABR 19/80 – AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie = EzA § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn Nr. 7.

- 44** Rechtlicher Ausgangspunkt ist auch hier, daß der Betriebsrat bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben unzumutbare, nicht erforderliche Belastungen des Arbeitgebers zu vermeiden hat. Dies folgt bereits aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit, das durch § 40 BetrVG konkretisiert wird. Zwar besteht keine generelle Verpflichtung des Betriebsrats, den Arbeitgeber finanziell nicht zu belasten,⁶⁹ BAG und Schrifttum leiten aber aus § 2 Abs. 1 BetrVG die Pflicht des Betriebsrats ab, auf die finanziellen Belange des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen und diesen nur mit erforderlichen und verhältnismäßigen Kosten zu belasten.⁷⁰
- 45** Der Betriebsrat hat aus der Warte eines vernünftigen Dritten das Belegschaftsinteresse an sachgerechter Amtsausübung gewissenhaft gegen das berechnete Interesse des Arbeitgebers an einer Begrenzung der Kosten abzuwägen.⁷¹ Dabei sind die betrieblichen Belange zu berücksichtigen, denn Betriebsratskosten können für den Arbeitgeber auch dann unzumutbar sein, wenn sie außer Verhältnis zur Größe und Leistungsfähigkeit des Betriebsrats stehen.⁷² Bei mehreren gleichwertigen Möglichkeiten der Aufgabenerfüllung, ist der Betriebsrat gehalten, die finanziell günstigste Option zu wählen.

So hat er etwa bei einer erforderlichen Schulungs- und Bildungsveranstaltung bei qualitativ vergleichbaren Angeboten die nächstgelegene bzw. preisgünstigste Veranstaltung zu besuchen.⁷³ Gleiches gilt, wenn er Sachverständigen nach § 80 Abs. 3 BetrVG beiziehen möchte. Auch hier darf sich der Betriebsrat nur von dem Gesichtspunkt sachgerechter Aufgabenwahrnehmung leiten lassen. Ohne konkreten Aufgabenbezug darf ein Sachverständiger nicht angefordert werden⁷⁴ und kostengünstigere Möglichkeiten sind vorziehen – etwa das eigene Studium der Fachliteratur, Auskünfte der Gewerkschaft oder sachkundige Belegschaftsmitglieder.⁷⁵ Letzteres hat der Gesetzgeber nunmehr mit § 80 Abs. 2 S. 3 BetrVG ausdrücklich

69 Witt (Fn. 48) S. 118.

70 St. Rspr., vgl. zur Erforderlichkeit BAG vom 27.9.1974 – 1 ABR 67/73 – AP Nr. 8 zu § 40 BetrVG 1972 = EzA § 40 BetrVG 1972 Nr. 15 = BB 1995, 371; BAG vom 19.4.1989 – 7 ABR 6/88 – BAGE 61, 340 = AP Nr. 29 zu § 40 BetrVG 1972 = EzA § 40 BetrVG 1972 Nr. 62 = NZA 1990, 740; BAG vom 28.6.1995 – 7 ABR 55/94 – AP Nr. 48 zu § 40 BetrVG 1972 = EzA Nr. 74 zu § 40 BetrVG 1972 = NZA 1995, 1216; Richardi/Thüsing (Fn. 12) § 40 Rn. 6 f.; GK-BetrVG/Wiese/Weber (Fn. 13) § 40 Rn. 9 ff.; Fitting (Fn. 40) § 40 Rn. 9 f.; HSWG/Glock (Fn. 58) § 40 Rn. 8 f.

71 BAG vom 16.10.1986 – 6 ABR 2/85 – AP Nr. 31 zu § 40 BetrVG 1972 = NZA 1987, 753 f.; BAG vom 8.4.1992 – 7 ABR 56/91 – BAGE 70, 126-137 = AP Nr. 15 zu § 20 BetrVG 1972 = EzA § 20 BetrVG 1972 Nr. 15 = NZA 1993, 415; GK-BetrVG/Wiese/Weber (Fn. 13) § 40 Rn. 11.

72 Vgl. BAG vom 28.6.1995 (Fn. 70); GK-BetrVG/Wiese/Weber (Fn. 13) § 40 Rn. 12; Fitting (Fn. 40) § 40 Rn. 72.

73 Vgl. BAG vom 15.5.1986 – 6 ABR 74/83 – BAGE 52, 78 = AP Nr. 54 zu § 37 BetrVG 1972 = EzA § 37 BetrVG 1972 Nr. 85 = NZA 1987, 63; LAG Schleswig-Holstein vom 23.9.1987 – 5 Sa 409/87 – LAGE Nr. 23 zu § 37 BetrVG 1972 = DB 1988, 713; a.A. BAG vom 28.6.1995 (Fn.74), das dem Betriebsrat im Rahmen einer pflichtgemäßen Ermessensausübung neben dem Kostenfaktor auch andere Erwägungen zugesteht, wie etwa die Gewerkschaftsnähe eines Veranstalters und die Größe und Leistungsfähigkeit des Betriebsrats; DKK/Berg (Fn. 40) § 40 Rn. 60; GK-BetrVG/Wiese/Weber (Fn. 13) § 40 Rn. 62, 63 m.w.N.; Richardi/Thüsing (Fn. 12) § 40 Rn. 40

74 Vgl. BAG vom 25.7.1989 – 1 ABR 41/88 – AP Nr. 38 zu § 80 BetrVG 1972 = EzA § 80 BetrVG 1972 Nr. 38 = NZA 1990, 33.

75 GK-BetrVG/Kraft/Weber (Fn. 13) § 80 Rn. 109.

festgeschrieben: sachkundige Arbeitnehmer sind die zum Sachverständigen kostengünstigere Alternative.

Schließlich hat der Betriebsrat das Gebot der Sparsamkeit bei der Einberufung von Betriebs- und Abteilungsversammlungen (§§ 43 ff. BetrVG) zu beachten. Für die gesetzlich (mindestens) kalendervierteljährlich vorgesehenen Betriebsversammlungen hat der Arbeitgeber den hierfür erforderlichen Raum zur Verfügung zu stellen – notfalls auf eigene Kosten anzumieten⁷⁶ – und für die Dauer der regelmäßig während der Arbeitszeit stattfindenden Versammlung ersatzlos auf die Arbeitskraft der teilnehmenden Arbeitnehmer zu verzichten. Der Betriebsrat darf freilich die Betriebsversammlung nicht auf einen Zeitpunkt legen, an dem aufgrund betrieblicher Besonderheiten kein Arbeitnehmer entbehrlich wäre, ohne daß es zu – im Hinblick auf andere Termine vermeidbaren oder geringer ausfallenden – Störungen des Produktions- und Geschäftsablaufs käme.⁷⁷

In der Umfrage nicht ausdrücklich erwähnt, aber in der Praxis von erheblicher Bedeutung, ist das Gebot der Sparsamkeit für die seit 2001 bestehende Möglichkeit des Betriebsrats, im Interessenausgleichsverfahren einen Berater hinzuzuziehen, § 111 S. 2 BetrVG. Die separate Regelung eines „Beratungsrechts“ sollte nach der Gesetzesbegründung dazu dienen, das zeitaufwendige Verfahren bei der Zuziehung von Sachverständigen zu beschleunigen. Das Mittel hierfür: der Verzicht auf das Einverständnis des Arbeitgebers.⁷⁸ Neben der Beschleunigung sollte die Rechtsposition des Betriebsrats gestärkt werden, indem er die Auswirkungen von Betriebsänderungen auf die Arbeitnehmer besser verstehen und früh Alternativvorschläge machen kann.⁷⁹

Anders als das Recht, nach § 80 Abs. 3 BetrVG Sachverständige beizuziehen, steht die Möglichkeit zur Konsultation von Beratern nicht unter dem Vorbehalt des Arbeitgebervereinnehmens. Das Gesetz spricht in § 111 BetrVG auch nicht von Erforderlichkeit. Der Betriebsrat entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen darüber, ob ein Berater hinzugezogen werden soll.⁸⁰ Für diese Ermessensentscheidung ist das Gebot der Sparsamkeit und damit auch das Prinzip der Erforderlichkeit maßgebend.⁸¹

So sehr der Betriebsrat auf Sparsamkeit verpflichtet ist, sowenig kann seine Entscheidung aber effektiv kontrolliert werden. Die Arbeitsgerichte prüfen jene nur auf Ermessensfehler. Hat der Betriebsrat etwa bereits die Sachkunde, um die Folgen der Betriebsänderung abschätzen zu können, so bedarf es einer Beratung nicht. Das kann der Fall sein, wenn schon vorher vom Wirtschaftsausschuß ein Sachverständiger hinzugezogen wurde. Daß die Hinzuziehung eines Beraters keine vorherige

76 GK-BetrVG/*Weber* (Fn. 13) § 42 Rn. 22 f.

77 Vgl. *Witt* (Fn. 47) S. 117 ff. mit weiteren Beispielen zur Rücksichtnahmepflicht des Betriebsrats.

78 *Richardi/Annunzi* (Fn. 12) § 111 Rn. 52; *Bauer*, Neues Spiel bei der Betriebsänderung und der Beschäftigungssicherung?, NZA 2001, 375 (376).

79 *Oetker*, Die Hinzuziehung eines Beraters bei Betriebsänderungen – Der neue § 111 S. 2 BetrVG, NZA 2002, 465 (468).

80 *Oetker* (Fn. 79), NZA 2002, 465 (468); *Löwisch*, Änderungen der Betriebsverfassung durch das Betriebsverfassungs-Reformgesetz, BB 2001, 1790 (1798).

81 *Natzel*, Hinzuziehung internen wie externen Sachverständigen nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, NZA 2001, 872, (874).

Absprache mit dem Arbeitgeber erfordert, verwundert allerdings gerade im Bereich der Verhandlungen zum Interessenausgleich. Es entstehen erhebliche Kosten, schon wegen des Umfangs der Regelungsmaterie. Die behauptete Beschleunigung⁸² ist daher eine vom Gesetzgeber gewollte Kostenfalle für den Arbeitgeber und verzögert das Interessenausgleichsverfahren ebenso wie die Hinzuziehung eines Sachverständigen⁸³. Berater brauchen ihre Zeit und nicht selten zieht ein Gutachten Gegen- und Obergutachten nach sich.⁸⁴

- 50** Unter dem Aspekt der Sparsamkeit ist der sachkundige Arbeitnehmer des Betriebs oder Unternehmens vorrangig.⁸⁵ Zwar ist eine entsprechende Möglichkeit anders als bei § 80 Abs. 2 S. 3 BetrVG nicht ausdrücklich vorgesehen. Der Vorschrift ist aber im Hinblick auf den Rückgriff auf externen Sachverstand ein allgemeiner Rechtsgedanke zu entnehmen. Weil aber im Rahmen des § 80 BetrVG der Arbeitgeber die Auskunftsperson zur Verfügung stellt, während sich der Betriebsrat die Berater im Interessenausgleichsverfahren nach der gesetzlichen Regelung selbst beschaffen kann, hat der Betriebsrat einen weiteren Beurteilungsspielraum als bei § 80 BetrVG. Akzeptiert er die angebotenen fachkundigen Arbeitnehmer nicht, muß er hierfür gewichtige Gründe haben, die das Interesse des Arbeitgebers an Kostenreduzierung überwiegen – etwa deren (fehlende) Unabhängigkeit.
- 51** Der Zeitraum, in dem der Betriebsrat einen Berater hinzuziehen darf, ist auf das Interessenausgleichsverfahren begrenzt, denn die Vorschrift steht systematisch beim Interessenausgleichs- und nicht beim Sozialplanverfahren.⁸⁶ Das Recht endet also mit dem Scheitern des Interessenausgleichs vor der Einigungsstelle.
- 52** Den Wirkungen von derlei Verstößen kann sich der Arbeitgeber freilich nur zu einem gewissen Teil entziehen. Bei Schulungen und der Hinzuziehung von Sachverständigen hat der Arbeitgeber ein Mitwirkungsrecht, für rechtswidriges Handeln des Betriebsrats muß der Arbeitgeber keine Kosten tragen.⁸⁷ Er kann die Zustimmung zur nicht erforderlichen Schulung verweigern. Die Beiziehung von Interessenausgleichsberatern ist vom Einverständnis des Arbeitgebers unabhängig, mithin störanfällig. Besonders schwer wiegt, daß die externe Beratung das Interessenausgleichsverfahren verzögert. Mißbrauch droht durch endlose Beratungen, der für den Arbeitgeber zudem schwer nachweisbar ist, weil die Zuziehung im Ermessen des Betriebsrats steht. Dieses Zeitmoment kann der Betriebsrat ausspielen: Weil das Gelingen einer Sanierungsmaßnahme oft davon abhängt, daß die Beratung im Interessenausgleichsverfahren zügig erfolgt, kann er sich die „zügige Verhandlung“ vom Arbeitgeber durch erhöhte Sozialplanabfindungen abkaufen lassen.

82 BT-Drucks. 14/5741, S. 52.

83 Oetker (Fn. 79), NZA 2002, 465 (472).

84 Hanau, Denkschrift zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes, RdA 2001, 65 (72).

85 BT-Drucks. 14/5741, S. 52.

86 BT-Drucks. 14/5741, S. 52; Oetker (Fn. 79), NZA 2002, 465 (469).

87 Richardi/Thüsing (Fn. 12) vor § 26 Rn. 13; Belling (Fn. 47) S. 288.

2. Gebot der Geheimhaltung

In der Umfrage wurde darauf hingewiesen, daß Betriebsräte zum Teil für vertraulich erklärte Informationen an die Öffentlichkeit gaben (oben unter A.I.3.e.). Mit diesem Verhalten verstößt der Betriebsrat jedenfalls gegen das Verbot des § 79 BetrVG und möglicherweise zusätzlich gegen das Gebot des § 74 Abs. 2 S. 2 BetrVG, jede Störung des Betriebsfriedens zu unterlassen. Nach § 79 BetrVG ist der Betriebsrat zur Geheimhaltung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verpflichtet. Dies sind Daten, Tatsachen, Erkenntnisse oder Unterlagen, die im Zusammenhang mit dem technischen Betrieb oder der wirtschaftlichen Betätigung des Unternehmens stehen, nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt sind und nicht an Dritte – wozu auch die Arbeitnehmer des Betriebs zählen – weitergegeben werden dürfen. Dabei muß der Arbeitgeber einen entsprechenden Willen bekundet haben, daß die Informationen geheimgehalten werden sollen und die Geheimhaltung muß objektiv für den Betrieb oder das Unternehmen wichtig sein.⁸⁸ Insbesondere beabsichtigte personelle Maßnahmen wie etwa Rationalisierungen sind bis zu ihrer Realisierung Geschäftsgeheimnisse.⁸⁹

Weil die Rechtsprechung die Verpflichtung zur Auskunftserteilung an den Betriebsrat nach § 80 Abs. 2 BetrVG äußerst großzügig sieht,⁹⁰ ist die Geheimhaltungspflicht und ihre Durchsetzung für die betriebsverfassungsrechtliche Zusammenarbeit von erheblicher Bedeutung. Ein Ausgleich der widerstreitenden Interessen ist eben nur möglich, wenn noch sachlich über Alternativen oder einen Interessenausgleich verhandelt werden kann. Werden dagegen etwa Pläne über Werksschließungen öffentlich, liegen die möglichen negativen Wirkungen auf Betriebsfrieden und Öffentlichkeit auf der Hand. Rechtswidrig ist es deshalb, wenn der Betriebsrat seine Kenntnisse nutzt, um den Arbeitgeber durch „Gang in die Öffentlichkeit“ unter Druck zu setzen. Der Arbeitgeber muß sich diesem Risiko aussetzen, weil er nach der Rechtsprechung schon frühzeitig Unternehmensinterna offenlegen muß.⁹¹

Ein derartiges Verhalten bleibt für die Betriebsratsmitglieder in der Theorie nicht folgenlos: sie können sich strafbar machen, § 120 BetrVG, ihnen droht der Verlust ihres Amtes, § 23 BetrVG und möglicherweise des Arbeitsplatzes, § 626 BGB, wenn sie neben ihren Betriebsratspflichten auch gegen Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verstoßen.⁹² Es besteht die arbeitsvertraglichen Nebenpflicht, den Arbeitgeber nicht

88 Statt aller *Fitting* (Fn. 40) § 79 Rn. 3.

89 BAG vom 16.3.1982 – 3 AZR 83/79 – AP Nr. 1 zu § 611 BGB Betriebsgeheimnis = EzA § 242 BGB Nachvertragliche Treuepflicht Nr. 1 = DB 1982, 2247; BAG vom 26.2.1987 – 6 ABR 46/84 – AP Nr. 2 zu § 79 BetrVG 1972 = EzA § 79 BetrVG Nr. 1 = NZA 1988, 63; ArbG Hamburg vom 13.9.1989 – 16 BV 17/88 – AiB 1992, 44; GK-BetrVG/*Oetker* (Fn. 13) § 79 Rn. 11; *Richardl/Thüsing* (Fn. 12) § 79 Rn. 4.

90 Jüngst BAG vom 21.10.2003 – 1 ABR 39/02 – AP Nr. 62 zu § 80 BetrVG 1972 = EzA § 80 BetrVG 2001 Nr. 3 = NZA 2004, 936; BAG vom 30.5.2004 – 1 ABR 61/01 – AP Nr. 3 zu § 5 EBRG = EzA § 5 EBRG Nr. 1 = ZIP 2004, 1468.

91 BAG vom 27.6.1989 – 1 ABR 19/88 – AP Nr. 37 zu § 80 BetrVG 1972 – EzA § 80 BetrVG 1972 Nr. 11 – NZA 1989, 929

92 So die herrschende Simultantheorie, BAG vom 22.8.1974 – 2 ABR 17/74 – AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG 1972 = EzA § 103 BetrVG 1972 Nr. 6 = DB 1974, 2310; BAG vom 16.10.1986 – 2 ABR 71/85

zu schädigen und vertrauliche Informationen nicht beliebig zu veröffentlichen. Freilich bleibt das praktische Problem, daß der Arbeitgeber den Geheimnisverrat nicht nachweisen kann. Ermittlungsmöglichkeiten stehen ihm nur beschränkt zur Verfügung. Staatsanwaltschaften zeigen im Rahmen solcher Antragsdelikte auch wenig Ermittlungsinteresse. Die Betriebsräte in börsennotierten Aktiengesellschaften (und gelegentlich auch in deren Töchtern) hingegen haben allen Grund zur Vorsicht: Sie sind Primärinsider und damit nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 WpHG zur Verschwiegenheit verpflichtet. Kursrelevante Informationen dürfen sie nicht offenbaren oder weitergeben, sonst machen sie sich nach § 38 Abs. 1 Nr. 2c i.V.m. 39 Abs. 2 Nr. 3 WpHG strafbar.⁹³

III. Verstoß gegen betriebsverfassungsrechtliche Verbote

1. Streik in der Betriebsverfassung

- 55** Legen die Arbeitnehmer die Arbeit zeitweise nieder, so enthalten sie dem Arbeitgeber ihre Arbeitskraft vor. Dies kann vom Betriebsverfassungsrecht wie im Falle der Teilnahmeberechtigung an einer Betriebsversammlung, § 44 BetrVG goutiert werden – sogar durch eine Vergütungspflicht des Arbeitgebers, § 44 Abs. 1 Satz 2 BetrVG. Weil aber für den Arbeitgeber durch Arbeitsniederlegungen ein erhebliches Belastungspotential ausgeht, werden durch Betriebsräte initiierte Arbeitsniederlegungen bisweilen zu nicht betriebsverfassungsrechtlich vorgesehenen Zwecken durchgeführt. Unternehmen warfen dem Betriebsrat etwa den Aufruf zu Hartz-Demonstrationen außerhalb des Betriebsgeländes aber innerhalb der Arbeitszeit vor (oben A.III.5). Nicht genannt, aber in engem thematischen Bezug, steht die vom Betriebsrat initiierte Arbeitsniederlegung, im Rahmen einer Betriebserhaltung, wie etwa im Juli 2004 bei DaimlerChrysler oder Opel.⁹⁴
- 56** Zu unterscheiden ist, ob das Betriebsratsmitglied die Arbeitsniederlegung in Ausübung seines Amtes oder als Arbeitnehmer, möglicherweise sogar als Gewerkschaftsmitglied, initiiert. Während die Arbeitnehmer des Betriebs gem. § 74 Abs. 3 BetrVG in der Betätigung für ihre Gewerkschaft nicht gehindert sind, auch wenn sie das Amt eines Betriebsrats bekleiden, trifft den Betriebsrat gem. § 74 Abs. 2 BetrVG ein absolutes Kampfverbot. Die Arbeitsniederlegung zur Durchsetzung seiner Forderungen ist daher ausgeschlossen. Daran ändert nichts, wenn der Betriebsrat seine Aufforderung zur Arbeitsniederlegung als „Informationsveranstaltung“ betitelt. Zwar hat der Betriebsrat gem. § 43 BetrVG das Recht, Betriebsversammlungen einzuberufen und zwar auch mit tarifpolitischem Inhalt, § 45 S. 1 BetrVG. Das Arbeitskampfverbot des § 74 BetrVG ist aber schon nach der Verweisung in § 45 S. 1 2. HS BetrVG zu beachten. Der Betriebsrat darf also die Betriebs-

– AP Nr. 95 zu § 626 BGB = EZA § 626 nF BGB Nr. 105 = DB 1987, 1304; ErfK/*Eisemann* (Fn. 21) § 23 BetrVG Rn. 14; *Fitting* (Fn. 40) § 23 Rn. 23; DKK/*Trittin* (Fn. 41) § 23 Rn. 44.

93 Dazu *Rieble/Klebeck*, Strafrechtliche Risiken der Betriebsratsarbeit, ZAAR Beiträge zum Arbeitsrecht 2 demnächst.

94 Dazu ausführlich *Rieble*, Arbeitsniederlegung zur Standorterhaltung, RdA 2005, 200.

versammlung nicht zur parteipolitischen Betätigung nutzen oder gar als Streik mit Entgeltfortzahlung mißbrauchen.⁹⁵

Zudem darf er nach § 77 Abs. 1 S. 2 BetrVG nicht einseitig in die Leitung des Betriebs eingreifen. Dieses Verbot ist einschlägig, wenn der Betriebsrat die Arbeitsorganisation oder den Produktionsablauf stört, indem er während der Arbeitszeit zu politischen Demonstrationen oder Streiks für den Standorterhalt aufruft.⁹⁶

Als Streik im Sinne des Arbeitskampfrechts ist die durch den Betriebsrat initiierte Arbeitsniederlegung auch deswegen rechtswidrig, weil dieser nur mit dem Ziel eines Tarifvertrags durch tariffähige Parteien geführt werden kann⁹⁷. Weder der Betriebsrat noch die Belegschaft ist tariffähig und damit entsprechend § 2 TVG regelungsbefugt. Daher kann auch dann, wenn Betriebsräte als Arbeitnehmer zusammen mit ihrer Belegschaft für den Standorterhalt „streiken“, und man Ad-hoc-Koalitionen zuläßt,⁹⁸ ein Arbeitskampf nicht mit den Mitteln des Tarifrechts – also insbesondere nicht mit dem das Arbeitsverhältnis suspendierenden Streik – geführt werden. Möglich ist nur die kollektive Ausübung von Individualrechten, etwa der Änderungskündigung oder dem Kollektivwiderspruch nach § 613a BGB.⁹⁹ Dabei riskieren die Arbeitnehmer freilich, daß der Arbeitgeber auf das Änderungsangebot nicht eingeht oder ihnen beim Widerspruch gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses kündigt.

Der Arbeitgeber kann Arbeitnehmer bei derart rechtswidrigem Verhalten anweisen, ihrer Arbeitspflicht nachzukommen, andernfalls mit der Kündigung wegen Arbeitsverweigerung, mindestens aber einer Abmahnung, drohen. Außerdem ist vor Schadensersatzansprüchen zu warnen, die auf die Arbeitnehmer in diesem Fall zukommen – wegen eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und wegen Verletzung ihrer Vertragspflichten.

2. Verquickung von Betriebsrats- und Gewerkschaftstätigkeit

Betriebsratsamt und Gewerkschaftstätigkeit stehen getrennt nebeneinander. In der Praxis findet gleichwohl eine Verquickung statt, die den Arbeitgeber irritiert und ärgert, vor allem, wenn Betriebsräte in ihrer vom Arbeitgeber bezahlten Amtszeit für die Gewerkschaft tätig sind, mit Gewerkschaftsarbeit Sachkosten auslösen, ja gar Gewerkschaftswerbung auf Kosten des Arbeitgebers versenden (A.III.5). In ihrer Stellung als Amtsinhaber sind die Betriebsratsmitglieder als Repräsentanten der gesamten Belegschaft freilich zur Neutralität verpflichtet, § 75 Abs. 1, § 74 Abs. 2 BetrVG. In ihrer Stellung als Arbeitnehmer dürfen Betriebsräte zwar nach §§ 2 Abs. 3 und 74 Abs. 3 BetrVG für ihre Gewerkschaft aktiv werden. Sie müssen aber den Arbeitsvertrag einhalten. Arbeitsbefreiung für Koalitionsbetätigung kann

95 Statt aller Richardi/*Richardil/Annuß* (Fn. 12) § 45 Rn. 8, 18 f.

96 v. *Hoyningen-Huene* (Fn. 51) S. 212, für den Fall daß der Betriebsrat die Arbeitnehmer nach Hause schickt.

97 *Löwisch/Rieble*, Arbeitskampf I, AR-Blattei SD 170.1, Rn. 37.

98 *MünchArbR/Löwisch/Rieble* (Fn. 22) § 243 Rn. 49.

99 Jüngst zum Kollektivwiderspruch beim Betriebsübergang: BAG vom 30.9.2004 – 8 AZR 462/03 – AP Nr. 275 zu § 613a BGB = EZA § 613a BGB 2002 Nr. 28 = NZA 2005, 43.

der Arbeitnehmer grundsätzlich nicht beanspruchen.¹⁰⁰ Dieser Grundsatz darf nicht dadurch umgangen werden, daß Arbeitnehmer, die zugleich ein Betriebsratsamt bekleiden, die hierfür gem. § 37 Abs. 2 BetrVG angeordnete Arbeitsfreistellung für Gewerkschaftstätigkeit nutzen – etwa indem sie Sprechstunden für Gewerkschaftsarbeit oder Betriebsratssitzungen zu gewerkschaftlichen Diskussionen nutzen.

- 59** Das kollektive Betätigungsrecht der Koalition¹⁰¹ erlaubt zwar Information, Beratung und Werbung für die eigene Koalition¹⁰² – aber nicht mit Mitteln des Arbeitgebers oder auf seine Kosten.¹⁰³ Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, die materiellen Grundlagen für die Mitgliederwerbung des sozialen Gegenspielers zu stellen. Eine solche Pflicht wäre mit dem Gegenmachtprinzip nicht vereinbar. So dürfen Arbeitnehmer etwa Flugblätter nicht auf dem Papier des Arbeitgebers drucken oder Informationsbroschüren auf Kosten des Arbeitgebers versenden. Ebenso dürfen Betriebsratsmitglieder die für das Betriebsratsamt zur Verfügung gestellten Sachmittel nicht für Gewerkschaftswerbung nutzen.

Betriebsratsmitglieder, die gegen dieses Verbot verstoßen, machen sich schadenersatzpflichtig und bisweilen zugleich strafbar, weil sie die ihnen anvertrauten Vermögenswerte unterschlagen, bei Bejahung einer Vermögensbetreuungspflicht zugunsten des Arbeitgebers sogar veruntreuen, § 266 StGB. Weiter können sie einen Betrug begehen, denn sie nutzen die bezahlte aber zweckgebundene Arbeitsbefreiung aufgabenfremd. Der Arbeitgeber geht zumindest in sachgedanklichem Mitbewußtsein davon aus, seinem Arbeitnehmer die Entschädigung für die Ausübung seines Betriebsratsamtes zu zahlen. Bei wiederholten Verstößen kann der Arbeitgeber sogar mit dem Amtsenthebungsverfahren nach § 23 Abs. 1 BetrVG reagieren. Schließlich droht diesen Arbeitnehmern die Kündigung, weil ein Verstoß gegen betriebsverfassungsrechtliche und arbeitsvertragliche Pflichten vorliegt.

IV. Sachgrundlose Zustimmungsverweigerung

- 60** Ein weiterer Kritikpunkt in der Praxisumfrage war die sachgrundlose Zustimmungsverweigerung oder –verzögerung des Betriebsrats zu geplanten Arbeitgebermaßnahmen. So werfen Arbeitgeber ihrem Betriebsrat Verzögerungstaktik in sozialen Angelegenheiten vor (A.III.2), in einem speziellen Fall wurde die Zustimmung zur Einstellung von Leiharbeitnehmern verweigert, weil der Betriebsrat Festanstellungen bevorzugte (A.III.3).

Bei personellen Einzelmaßnahmen des § 99 BetrVG ist der Arbeitgeber vor sachgrundloser Zustimmungsverweigerung geschützt: Einmal, weil das Gesetz nur bestimmte abschließend aufgezählte Zustimmungsverweigerungsgründe zuläßt, zum

100 MünchArbR/Löwisch/Rieble (Fn. 22) § 245 Rn. 25.

101 Etwa BVerfG vom 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212 = AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 97; BAG vom 14.2.1967 – 1 AZR 494/65 – AP Nr. 10 zu Art. 9 GG = EzA Art. 9 GG Nr. 2 = DB 1967, 341; Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage (2004), Grundl. Rn. 17; Fitting (Fn. 40) § 74 Rn. 68.

102 Etwa MünchArbR/Richardj (Fn. 22) § 194 Rn. 30; MünchArbR/Löwisch/Rieble (Fn. 22) § 245, 30 ff.

103 Dazu BVerfG vom 22.8.1991 – 6 P 10/90 – AP Nr. 2 zu § 28 BPersVG = EzA § 23 BetrVG 1972 Nr. 30 = NJW 1992, 385.

anderen, weil die Zustimmung als erteilt gilt, wenn der Betriebsrat die Verweigerung nicht innerhalb einer Woche – und unter Angabe der nach § 99 Abs. 2 BetrVG tragenden Gründe – schriftlich mitteilt oder die Verweigerung offensichtlich mißbräuchlich ist.¹⁰⁴ Das ist der Fall, wenn die Verweigerungsgründe des Betriebsrats nur „formelhaft“, d.h. durch Wiederholung des Gesetzeswortlauts vorgetragen werden oder offensichtlich keinerlei Bezug zum konkreten Sachverhalt haben.¹⁰⁵ Allerdings besteht eine gewisse Rechtsunsicherheit, wie detailliert der Vortrag sein muß, weil das Gesetz einen Tatsachenvortrag eigentlich nur für Nr. 3 und 6 fordert.

Verweigert der Betriebsrat dagegen seine Zustimmung, indem er sich zumindest formal auf einen der gesetzlichen Gründe stützt, ist der Arbeitgeber allerdings auf den Gang zum Arbeitsgericht angewiesen. Er hat kein materielles Vorprüfungsrecht hinsichtlich der Schlüssigkeit der Zustimmungsverweigerung.¹⁰⁶ Ihm bleibt die vorläufige Durchführung der personellen Maßnahme, § 100 BetrVG – mit dem Risiko des § 101 BetrVG. **61**

Im Bereich der sozialen Angelegenheiten fehlt ein vergleichbarer Schutz. Der Arbeitgeber ist grundsätzlich darauf verwiesen, die Einigungsstelle als Konfliktlösungsinstrument anzurufen. Ein Recht zur vorläufigen Durchführung von Maßnahmen gibt das BetrVG hier nicht. Die sachgrundlose Mitbestimmungsverweigerung kann rechtsmißbräuchlich sein, insbesondere wenn der Betriebsrat durch Verzögerung die Maßnahme vereiteln will. Denn die Betriebsparteien sind gem. § 74 Abs. 2 BetrVG verpflichtet, mit dem ernststen Willen zur Einigung zu verhandeln, dazu sogleich D.II.

104 BAG vom 24.7.1979 – 1 ABR 78/77 – AP Nr. 11 zu § 99 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 2 = DB 1979, 2327; BAG vom 16.7.1985 – 1 ABR 35/83 – AP Nr. 21 zu § 99 BetrVG = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 40 = NZA 1986, 163.

105 *Fitting* (Fn. 40) § 99 Rn. 214; *Dannhäuser*, Die Unbeachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen, NZA 1989, 617 (618 ff.).

106 Vgl. hierzu die sehr strenge Rechtsprechung: BAG vom 18.7.1978 – 1 ABR 43/75 – AP Nr. 1 zu § 101 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 23 = DB 1978, 2322; BAG vom 15.9.1987 – 1 ABR 44/86 – AP Nr. 46 zu § 99 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 57 = NZA 1988, 101.

D. Fallgruppen des Rechtsmißbrauchs

- 62** Von diesen Fällen der Rechtsanmaßung ist nun der Rechtsmißbrauch zu scheiden. Er liegt allgemein formuliert vor, wenn der Betriebsrat seine formale Rechtsstellung in grob unbilliger Weise nutzt, und dadurch entgegen der gesetzlichen Aufgabenzuordnung in den Kernbereich der unternehmerischen Entscheidung (Entscheidungsfreiheit oder in die Durchsetzung einer Entscheidung) eingreift. So kann er vom Unternehmer gewünschte Maßnahmen ausnutzen, um unzulässige Forderungen durchzusetzen, er kann versuchen, die Unternehmerentscheidung unzulässig zu beeinflussen und schließlich kann er mit Hilfe der ihm an die Hand gegebenen Rechte Maßnahmen im Betrieb blockieren oder gar vereiteln.

I. Normzweckwidrige Zustimmungsverweigerung

- 63** Rechtsmißbräuchlich handelt der Betriebsrat mithin dann, wenn er in unzulässiger Weise gegen die Durchführung einer unternehmerischen Entscheidung vorgeht, indem er seine erforderliche Zustimmung normzweckwidrig verweigert.
- 64** Für die begrenzten Mitwirkungsrechte §§ 99 Abs. 2, 102 Abs. 2 S. 1, 3 BetrVG leuchtet dies unmittelbar ein; der Gesetzgeber hat hier bestimmte abschließende Zustimmungsverweigerungsgründe festgelegt. So darf der Betriebsrat die Zustimmung zur Einstellung von Leiharbeitnehmern nicht versagen, weil er die Einstellung regulärer Arbeitnehmer betreiben will (weil diese „zählen“ und anders als Leiharbeitnehmer zur eigenen Klientel rechnen); allerdings kann der Betriebsrat versuchen, einen Einstellungs-vorrang für befristet beschäftigte Arbeitnehmer geltend zu machen¹⁰⁷. Erst recht darf der Betriebsrat nicht versuchen, organisierten Arbeitnehmern einen Einstellungs-vorrang zu verschaffen. Gleiches gälte für die Zustimmungsverweigerung zu einer Versetzung (A.III.3), weil sie für den Arbeitnehmer lediglich unbequem ist.
- 65** Im Rahmen der sozialen Mitbestimmungstatbestände des § 87 BetrVG ist dies dagegen problematisch, denn hier hat der Gesetzgeber weder einen abschließenden Katalog von Zustimmungsverweigerungsgründen noch eine Begründungspflicht vorgesehen. Der Gegenschluß freilich, der Betriebsrat könne in sozialen Angelegenheiten mangels abschließender Verweigerungsgründe seine Entscheidungen nach freiem Belieben treffen¹⁰⁸, ist unzulässig. Abschließende Zustimmungsverweigerungsgründe könnten überhaupt nur in Bereichen mit einem sehr engen Anwendungsbereich aufgenommen werden. § 87 Abs. 1 BetrVG enthält dagegen eine Vielzahl von Regelungsfragen, deren konkrete Ausgestaltung einen weiten Be-

107 § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG, vgl. *Fitting* (Fn. 40) § 99 Rn. 189 m.w.N.

108 So aber LAG Nürnberg vom 6.11.1990 (Fn. 2); v. *Hoyningen-Huene*, Die fehlerhafte Beteiligung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten – Rechtsfolgen und Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats, DB 1987, 1426 (1427), der jedoch allgemein auf die Einschränkung dieser Freiheit durch § 2 Abs. 1 BetrVG verweist. DKK/*Klebe* (Fn. 40) § 87 Rn. 9.

urteilungsspielraum der Betriebsparteien voraussetzt. Eine exakte Grenzziehung liefe dem zuwider und wäre auch regelungstechnisch kaum umzusetzen.¹⁰⁹

§§ 2 Abs. 1, 74 Abs. 1, 99 Abs. 2, 3, 102 Abs. 3, 76 Abs. 5 S. 3, 112 Abs. 5 BetrVG 66 enthalten einen allgemeinen Rechtsgedanken: Beteiligungsrechte müssen nach sachlichen Erwägungen ausgeübt werden.¹¹⁰ Anknüpfungspunkt im Rahmen des § 87 BetrVG ist das oben herausgearbeitete Verhältnis von unternehmerischer Freiheit und Betriebsratsrechten: die Aufgabenzuweisung an den Betriebsrat ist zugleich wichtigste Grenze bei Vertretung der Arbeitnehmerinteressen.¹¹¹ Da er seine Aufgaben nicht aus einem unmittelbaren eigenen Recht herleitet oder unmittelbar aus der Legitimation durch die Arbeitnehmer, sondern ausschließlich aus der gesetzlichen Aufgabenübertragung, bildet der Normzweck des jeweiligen Mitbestimmungstatbestandes die äußerste Grenze für jegliche Einwände und Bedenken gegen unternehmerische Maßnahmen.¹¹²

Der Betriebsrat hat kein Recht, Vorteile beliebiger Art für die Arbeitnehmer des Betriebs durchzusetzen – ungeachtet eines hehren oder profanen Motivs. Zwar bedeutet nicht jede Begründung, die „etwas weit hergeholt“ erscheint, automatisch Rechtsmißbrauch. Die in der Umfrage bisweilen erkennbare Verzögerungstaktik von Betriebsräten kann aber in diese Gruppe des Rechtsmißbrauchs fallen, wenn bewußt normzweckwidrig vorgebrachte Bedenken genutzt werden. Der Betriebsrat läßt sich dann nur formal auf die vom Gesetz geforderten Verhandlungen ein, materiell geht seine Argumentation aber am gesetzlich vorgesehenen Mitbestimmungsrecht vorbei.

Die Zustimmungsverweigerung erfolgt insbesondere auch dann normzweckwidrig, wenn sie an unzulässige, also vom Zweck des jeweiligen Mitbestimmungsrechts nicht gedeckte Forderungen geknüpft wird. Vorteile für die Arbeitnehmer darf der Betriebsrat nur verfolgen, soweit dies dem Sinn und Zweck der jeweiligen Aufgabenzuweisung entspricht. Läßt er dennoch sachfremde Erwägungen in die Ausübung seiner Beteiligungsrechte einfließen, handelt er rechtsmißbräuchlich. Der Normzweck begrenzt also den „Altruismus“ des Betriebsrats.

Daraus ergibt sich als weitere Untergruppe des Rechtsmißbrauchs, daß der Betriebsrat das Mitbestimmungsverfahren nicht leerlaufen lassen darf. Er ist gehalten, Auseinandersetzungen nicht zu vereiteln, indem er sich etwa hartnäckig weigert, für seine Zustimmungsverweigerung Gründe anzugeben. Als eine Art betriebsverfassungsrechtliche Nebenpflicht muß der Betriebsrat seine Ablehnung gegenüber dem Arbeitgeber – zumindest auf Nachfrage – begründen, um diesem die Möglichkeit zur Verhandlung zu geben.¹¹³ Für das Personalvertretungsrecht hat der Gesetz-

109 Hierzu *Konzen* (Fn. 11) S. 799 (819); *Brandl*, Koppelungsgeschäfte in der Rechtsordnung unter besonderer Berücksichtigung des Betriebsverfassungsrechts (2000) S. 149.

110 *Richardl/Richardi* (Fn. 12) § 2 Rn. 22.

111 BAG vom 4.3.1986 (Fn. 26); BAG vom 28.11.1989 – 1 ABR 97/88 – BAGE 63, 283 = AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Initiativrecht = NZA 1990, 406; LAG Köln vom 14.6.1989 (Fn. 3); GK-BetrVG/*Wiese* (Fn. 13) 87 Rn. 361; ausführlich *Brossette* (Fn. 39), ZfA 1992, 379 ff.

112 *Gentz* (Fn. 46), NZA 2004, 1011 (1011 f.); *Hanau*, Probleme der Ausübung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats, NZA 1985, Beil. 2, 3 (9); GK-BetrVG/*Kraft* (Fn. 13) § 2 Rn. 15.

113 ArbG Hannover vom 19.2.2004 (Fn. 27); BGH vom 24.1.1972 – II ZR 3/69 – NJW 1972, 862 = BB 1972, 550 für den vergleichbaren Fall der Ausübung von Geschäftsführungsbefugnissen in einer

geber diesen Gedanken in § 69 Abs. 2 BPersVG auch ausdrücklich festgeschrieben. Aber auch die betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung erfordert, daß sich beide Seiten so deutlich artikulieren, daß jede Seite zumindest nach einer kurzen „Überlegensfrist“ weiß, was die andere will; nur dann ist ein Gedankenaustausch als Basis für weitere Verhandlungen möglich und der Arbeitgeber kann auf die Forderungen des Betriebsrats eingehen oder Überzeugungsarbeit leisten.

II. Verschleppung des Mitbestimmungsverfahrens

- 67** Mißbrauchspotential besteht vor allem durch die Verschleppung des Mitbestimmungsverfahrens. Für die Arbeitnehmer ungünstige Maßnahmen sollen so möglichst lange hinausgezögert (A.III.2) oder völlig vereitelt werden (etwa Überstunden in Eilfällen). Laut Umfrage nutzen Betriebsräte solche Situationen eher, um für die Arbeitnehmer zusätzliche Vergünstigungen durchzusetzen (näher bei den Koppelungsgeschäften unten unter D.IV).
- 68** Im Bereich der personellen Angelegenheiten hat der Gesetzgeber dem Betriebsrat feste Fristen vorgegeben, innerhalb derer er seine Beteiligungsrechte wahrnehmen muß; andernfalls verfallen sie, §§ 99 Abs. 3 S. 1 und 102 Abs. 2 S. 1, 2 BetrVG. In sozialen Angelegenheiten des § 87 BetrVG ist dies nicht so, weil es zwar die Beendigung der Verhandlungen durch die zwangsschlichtende Einigungsstelle gibt, diese aber zum einen ebenfalls nicht „zeitkostenneutral“ erfolgt und zum anderen gerade in Eilfällen meist nicht praktisch ist. Es stellt sich also die Frage, ob wann einer sachgerechten Verhandlungslösung geschuldete intensive Verhandlungen in ein rechtsmißbräuchliches Verzögern umschlagen.

Korrespondierend zu den Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats hat der Gesetzgeber für die Betriebsparteien die Verpflichtung aufgestellt, mit dem ernstesten Willen zur Einigung zu verhandeln, § 74 Abs. 1 S. 2 BetrVG. Dies erfordert allerdings vom Betriebsrat weder „neutrales“ Handeln, noch daß er alle Maßnahmen des Arbeitgebers kritiklos hinnimmt. Von Rechtsmißbrauch kann man nur dann sprechen, wenn das Verhalten des Betriebsrats über die normale Verzögerung, die durch Beratung oder Überprüfung des Sachverhalts entsteht, hinausgeht. Auch hier gilt allgemein, daß besondere Umstände hinzukommen müssen, die den Arbeitgeber in grob unbilliger Art und Weise benachteiligen:

- 69** Rechtsmißbrauch von Mitbestimmungsrechten kommt deshalb insbesondere in Betracht, wenn der Betriebsrat das Mitbestimmungsverfahren verzögert, um eine Maßnahme allein durch Zeitablauf zu verhindern.¹¹⁴ Die besonderen Umstände liegen hier darin, daß der Betriebsrat seine formal bestehende Machtposition dazu ausnutzt, um zielgerichtet in die unternehmerische Freiheit einzugreifen. Diese Befugnis

GbR; *Brossette* (Fn. 39), ZfA 1992, 379 (398 f.); *Hanau* (Fn. 112), NZA 1985, Beil. 2, 3 (9); *Dannhäuser* (Fn. 105), NZA 1989, 617 (619).

¹¹⁴ HSWG/*Worzalla* (Fn. 58) § 87 Rn. 35h; *Belling* (Fn. 47) S. 327; zur Verschleppung des Mitbestimmungsverfahrens als zweckwidriger Rechtsausübung im Rahmen des § 87 BetrVG vgl. *Worzalla*, Mitbestimmung des Betriebsrats in Eil- und Notfällen (1992) S. 103 ff.; *Eich* (Fn. 3), ZfA 1988, 93 (97); *Federlin*, Verhandlungen über einen Interessenausgleich und den Abschluß eines Sozialplanes, ZfA 1988, 99 ff.

steht ihm nicht zu; das belegt schon § 77 BetrVG, der jeden einseitigen Eingriff in die Leitung des Betriebs untersagt. Der Betriebsrat soll über die betrieblich-sozialen Aspekte einer unternehmerischen Maßnahme mitentscheiden, nicht über die Maßnahmen selbst.

Für Geschäftsführungsbefugnisse eines BGB-Gesellschafters hat dies der BGH bereits **70** entschieden. Die Ähnlichkeit zur betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung besteht darin, daß Geschäftsführungsbefugnisse ebenfalls nicht zugunsten der individuellen Belange des Geschäftsführers, sondern uneigennützig im Interesse der Gesellschaft bestehen¹¹⁵ und gem. § 709 Abs. 1 BGB als gesetzlicher Grundfall die einstimmige Geschäftsführung vorgesehen ist; die Gesellschaft kann daher nur handeln, wenn alle Gesellschafter zustimmen. Der BGH hat ausgeführt, es bestehe zwar grundsätzlich keine Rechtspflicht, einer von den übrigen Gesellschaftern gewünschten Maßnahme zuzustimmen.¹¹⁶ Mit dem Recht zur Geschäftsführung korrespondiere aber die Pflicht zur Mitwirkung, weil nur dann ein Gedankenaustausch möglich sei. Der BGH leitet dies im Gesellschaftsrecht aus der Verantwortung gegenüber der Gesellschaft ab.

Für die Betriebsverfassung folgt die Mitwirkungspflicht aus der Verantwortung **71** gegenüber Betrieb und Arbeitnehmern, § 2 BetrVG. Auch wenn der Betriebsrat vermeintlich zur Wahrung der Belegschaftsinteressen handelt, darf das Mittel nicht die Vereitelung von unternehmerischen Entscheidungen sein. Sinn und Zweck der Betriebsverfassung ist die Teilhabe der Arbeitnehmer an den sie betreffenden Entscheidungen. Hierzu hat der Gesetzgeber dem Betriebsrat punktuell (etwa § 87 BetrVG) ein Verhandlungsrecht eingeräumt – also das Recht, innerhalb des Mitbestimmungszwecks mit dem Arbeitgeber Argumente auszutauschen, mit dem Ziel, eine gemeinsame Vereinbarung zu treffen, wie Arbeitgeberentscheidungen umgesetzt werden.¹¹⁷ Daraus resultiert eine Mitwirkungs- oder „Zweckerfüllungspflicht“.¹¹⁸ Der Betriebsrat muß unter Berücksichtigung der Belange des Betriebs in sachlich angemessener Zeit eine Regelung anstreben.¹¹⁹ Schließlich darf der Betriebsrat die Unternehmerentscheidung nicht zensieren, sondern im Rahmen des Mitbestimmungsrechts nur versuchen bei ihrer Umsetzung die Arbeitnehmerinteressen so gut es geht zu wahren.

Der Zeitraum, innerhalb dessen der Betriebsrat seine Zustimmung verweigert und **72** Verhandlungen führt, muß daher grundsätzlich so bemessen sein, daß der Arbeitgeber noch eine Entscheidung durch die Einigungsstelle herbeiführen kann, ohne daß sich die geplante Maßnahme allein durch Zeitablauf erledigt. Freilich setzt dies voraus, daß der Arbeitgeber die besondere Eilbedürftigkeit der Entscheidung nicht

115 BGH vom 28.11.1955 – II ZR 16/54 – BB 1956, 92 = LM Nr. 11 zu § 105 HGB.

116 BGH vom 24.1.1972 (Fn. 113); RG vom 2.1.1920 – II 312/19 – RGZ 97, 329; RG vom 1.11.1939 – II 91/39 – RGZ 162, 78.

117 Eine Ausnahme bildet insoweit das betriebliche Vorschlagswesen nach Nr. 12; hier besteht das Mitbestimmungsrecht ausnahmsweise auch hinsichtlich des „Ob“ der Einführung.

118 *Belling* (Fn. 47) S. 324; *Worzalla*, Anm. zu BAG vom 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, SAE 2000, 153 (158); *Brossette* (Fn. 39), ZfA 1992, 379 (399 f.).

119 *Brossette*, Überstunden ohne Zustimmung des Betriebsrats?, Jura 1992, 253 (257); *ders.* (Fn. 39), ZfA 1992, 379 (398).

selbst schuldhaft herbeigeführt hat. Auch das Einigungsstellenverfahren darf der Betriebsrat nicht verzögern, gerade wenn er davon ausgehen muß, daß ein rechtzeitiger Spruch der Einigungsstelle zugunsten des Arbeitgebers ausfallen würde.

In dringenden Fällen können sehr kurze Fristen für die Ausübung des Mitbestimmungsrechts geboten sein, wenn die Rechtsausübung des Betriebspartners ansonsten erschwert oder gar verhindert würde.¹²⁰ Anhaltspunkt kann hier etwa die Drei-Tages-Frist des § 69 BPersVG sein. Allerdings muß auch der Arbeitgeber alle Möglichkeiten ausgeschöpft haben, um Termine für Aussprachen zu finden und er darf auch hier den Eilfall nicht selbst herbeigeführt haben.

- 73** Auch das Beteiligungsverfahren des Betriebsrats in wirtschaftlichen Angelegenheiten, §§ 111 ff. BetrVG, ist mißbrauchsanfällig: Die geplante Betriebsänderung muß vielfach aus wirtschaftlichen Gründen schnell durchgeführt werden. Oft wird davon sogar der Erfolg einer Sanierung abhängen. Stellt sich der Betriebsrat quer, zwingt der Zeitdruck den Arbeitgeber, sich eine Beschleunigung durch überbeuerte „freiwillige“ Sozialplanabfindungen zu erkaufen. Übergeht der Arbeitgeber den Betriebsrat, riskiert er neben der Sanktion des Nachteilsausgleichs in manchen LAG-Bezirken eine Unterlassungsverfügung.¹²¹ Die Dauer des Interessenausgleichsverfahrens kann damit zur Machtfrage werden, insbesondere auch deshalb, weil das BAG für den „Versuch des Interessenausgleichs“ die Anrufung der Einigungsstelle fordert, bis zu deren Bestellung im Extremfall Monate verstreichen können.¹²² Die Verhandlungsstärke des Betriebsrats steigt mit der Zeitspanne, um die er die Betriebsänderung hinauszögern kann. Hier hülfe eine Befristung des Interessenausgleichsverfahrens wünschenswert, um gleiche Verhandlungsbedingungen zu schaffen, wie dies bereits einmal Gesetz gewesen ist.¹²³ Die Einführung einer angemessenen Frist wäre ein erheblicher Fortschritt für mehr Rechts- und Planungssicherheit im Arbeitsrecht.

III. Drohgebärden des Betriebsrats

- 74** Um für die Arbeitnehmer Vorteile herauszuhandeln oder für sie nachteilige Entscheidungen (insbesondere Umstrukturierungen) zu verhindern, werden bisweilen negative Konsequenzen für den Arbeitgeber in Aussicht gestellt, sollte nicht eine den

120 *Brossette* (Fn. 119), Jura 1992, 253 (257).

121 Äußerst umstritten. Dagegen: LAG Düsseldorf vom 19.11.1996 – 8 TaBV 80/96 – LAGE § 111 BetrVG 1972 Nr. 14; GK-BetrVG/*Oetker* (Fn. 13) § 111 Rn. 192; *Richardi/Annuß* (Fn. 12) § 111 Rn. 168; *Heupgen*, Anspruch des Betriebsrats auf Unterlassung betriebsbedingter Kündigungen vor Einigung über einen Interessenausgleich und einen Sozialplan Bemerkungen zum neuen § 113 III BetrVG, NZA 1997, 1271, 1272; dafür: LAG Thüringen vom 26.9.2000 – 1 TaBV 14/2000 – LAGE § 111 BetrVG 1972 Nr. 17; MünchArbR/*Matthes* § 361 Rn. 50; *Heither*, Die Sicherung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei geplanten Betriebsänderungen, FS Däubler (1999), S. 338 ff.

122 BAG vom 13.6.1989 – 1 AZR 819/87 – AP Nr. 19 zu § 113 BetrVG 1972 = EzA § 113 BetrVG 1972 Nr. 19 = NZA 1989, 894; BAG vom 18.12.1984 – 1 AZR 176/82 – AP Nr. 11 zu § 113 BetrVG 1972 = EzA § 113 BetrVG 1972 Nr. 12 = NZA 1985, 400.

123 Mit dem arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25.9.1996 (BGBl I 1996, S. 1476) war eine solche Regelung kurzzeitig in das BetrVG aufgenommen, aber zum 1.1.1999 (BGBl I 1998, S. 3843) wieder aufgehoben worden.

Wünschen des Betriebsrates entsprechende Lösung eines Problems erfolgen. Arbeitgeber sprechen bisweilen vom Drohen des Betriebsrates (A.III.3).

Freilich ist mit der „gefühlten Drohung“ nicht viel gewonnen, weil der Betriebsrat sowohl mit formal rechtmäßigem als auch mit rechtswidrigem Handeln „drohen“ kann. In die erste Kategorie sind die Fälle einzuordnen, in denen der Betriebsrat mit einer „extensiven“ Handhabung kostenverursachender Rechte droht – Schulungen, Sachverständigenauskünfte, Betriebsversammlungen. In die zweite Kategorie gehört die Drohung mit Veröffentlichungen von vertraulichen Unternehmensdaten (geplante Rationalisierungen). Das alles darf der Betriebsrat nicht. Der Gesetzgeber hat den Betriebsrat nicht als generellen Verfechter von Arbeitnehmerinteressen im Betrieb eingesetzt. Der Betriebsrat ist weder Zensurstelle noch Aufsichtsorgan des Arbeitgebers. Arbeitnehmerinteressen darf der Betriebsrat ausschließlich über die ihm gesetzlich zugestandenen Beteiligungsrechte vertreten. Das Mittel hierzu ist die Verhandlung, nicht die Drohung, § 74 Abs. 1 und 2 BetrVG. Durch Argumentation sollen Meinungsverschiedenheiten beseitigt werden, nicht durch Unterwerfung der anderen Seite unter den eigenen Willen.

75

Der Drohung, die Kosten in die Höhe zu treiben, kann der Arbeitgeber begegnen, indem er dem Betriebsrat ein jährliches Budget gibt. Darüber hinausgehende Kosten bedürfen dann einer besonderen Rechtfertigung. Überdies trifft den Arbeitgeber keine Kostenpflicht für rechtswidriges Handeln des Betriebsrats.¹²⁴ Auch der Drohung mit Veröffentlichungen hat der Arbeitgeber einiges entgegenzusetzen: Betriebsräte machen sich strafbar, wenn sie so handeln, § 120 BetrVG, oder gar § 38 WpHG, und der Arbeitgeber kann mit der Auflösung des Betriebsrats und dem Verlust des Arbeitsplatzes drohen. Zur begrenzten Effektivität solcher Sanktionen unten unter E.

IV. Koppelungsgeschäfte

Koppelungsgeschäfte bilden den komplexesten Fall des Rechtsmißbrauchs: Der Betriebsrat erhält eine gewünschte, günstige Vereinbarung als „Gegenleistung“ für die Einigung in einer die Belegschaft belastenden Angelegenheit. Die Zustimmung zu der mitbestimmungspflichtigen Maßnahme wird unter der Bedingung gegeben, daß sich der Arbeitgeber in einer anderen Angelegenheit zur Gewährung von Vorteilen verpflichtet. Typischerweise werden derlei Geschäfte im Bereich der zwingenden Mitbestimmung oder im Interessenausgleichsverfahren abgeschlossen.¹²⁵ Der Betriebsrat verfügt hier über eine besonders starke Verhandlungsposition. Neben dem Interesse, die geplante Maßnahme zügig durchzuführen, kann der Arbeitgeber ohne Einigung mit ihm keine rechtswirksamen Maßnahmen treffen bzw. es drohen die äußerst umstrittene einstweilige Unterlassungsverfügung durch den Betriebsrat¹²⁶ und die Sanktion des Nachteilsausgleichs nach § 113 BetrVG.

76

124 Richardl/Thüsing (Fn. 12) vor § 26 Rn. 13; Belling (Fn. 47) S. 288.

125 Zu den insoweit unproblematischen, ausschließlich freiwilligen und daher zulässigen Koppelungsgeschäften Brandl (Fn. 109) S. 143.

126 Dafür: LAG Thüringen vom 26.9.2000 – 1 TaBV 14/2000 – LAGE § 111 BetrVG 1972 Nr. 17; MünchArbR/Matthes (Fn. 22) § 361 Rn. 50; Heither, Die Sicherung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei geplanten Betriebsänderungen, FS Däubler (1999), S. 338 ff.; dagegen: LAG Düsseldorf vom 19.11.1996 – 8 TaBV 80/96 – LAGE § 111 BetrVG 1972 Nr. 14; GK-BetrVG/

Seltener werden Koppelungsforderungen an die Zustimmungserteilung bei personellen Maßnahmen (§ 99 BetrVG) geknüpft.¹²⁷ Die Verhandlungsposition des Betriebsrats ist hier weniger stark, denn die Zustimmungsverweigerungsgründe sind abschließend und der Arbeitgeber kann unter den Voraussetzungen des § 100 BetrVG vorläufige personelle Maßnahmen treffen.¹²⁸ Außerdem kommt dem Arbeitgeber hier zumindest in den Fällen, bei denen dem Betriebsrat offensichtlich kein Zustimmungsverweigerungsgrund zur Seite steht, der Zeitablauf zur Hilfe: Eine solche bedingte Zustimmung des Betriebsrates ist unbeachtlich – die Frist des § 99 Abs. 3 BetrVG aber läuft weiter.¹²⁹

1. Rechtsmißbräuchliches Verhalten

- 77** Vereinzelt Stimmen aus Literatur und Rechtsprechung sehen an diesem „altruistischen Handeln“ grundsätzlich nichts Anstößiges, sofern die Grenze zur Sittenwidrigkeit und zur Nötigung nicht überschritten wird.¹³⁰ Koppelungsgeschäfte seien schon deshalb zulässig, weil die Zustimmungsverweigerung bei § 87 BetrVG nicht an bestimmte Gründe gebunden sei.¹³¹ Daneben betonen sie positive Effekte wie rasche betriebliche Lösungen und Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten durch „kulantes“ Verhalten des Arbeitgebers.¹³²
- 78** Die Beantwortung der Frage ist indes diffiziler und betrifft letztlich die Funktionsfähigkeit des Mitbestimmungssystems als solches. Die betriebliche Mitbestimmung soll gewährleisten, daß Arbeitgebermaßnahmen arbeitnehmerinteressengerecht umgesetzt werden. Häufig ist das Ziel der Verhandlungen daher ein Kompromiß. Zwar ist hierfür erforderlich, daß der Betriebsrat auf vorgeschlagene Maßnahmen nicht nur mit Zustimmung oder Ablehnung reagieren darf. Er soll seine Zustimmung auch an kompensierende Bedingungen knüpfen dürfen, ohne die sonst die Maßnahme scheitern müßte.¹³³ Genau deshalb läßt sich auch nicht auf einen Umkehrschluß aus den §§ 99 ff. BetrVG abstellen und sagen, daß die ausdrückliche Begrenzung des Mitwirkungsrechtes durch die enumerativen Zustimmungsverweigerungsgründe des § 99 Abs. 2 BetrVG für § 87 BetrVG, der eine solche

Fabricius/Oetker (Fn. 13) § 111 Rn. 192; *Richard/Annus* (Fn. 12) § 111 Rn. 168; *Heupgen*, Anspruch des Betriebsrats auf Unterlassung betriebsbedingter Kündigungen vor Einigung über einen Interessenausgleich und einen Sozialplan Bemerkungen zum neuen § 113 III BetrVG, NZA 1997, 1271 (1272).

127 Praxisbeispiele bei *Eich* (Fn. 3), ZfA 1988, 93 (95 f. und 97); *Konzen* (Fn. 11) S. 799 (802, 822 ff.); zu diesem Thema vgl. auch *Brandl* (Fn. 109) S. 164.

128 *Eich* (Fn. 3), ZfA 1988, 93 (97), weist zu Recht darauf hin, der Druck auf den Arbeitgeber ergebe sich trotz des § 100 BetrVG daraus, daß ein Arbeitnehmer in der Regel kein Arbeitsverhältnis beginnen möchte, welches von Beginn an unsicher, da im (gerichtlichen) Streit mit dem Betriebsrat ist.

129 GK-BetrVG/*Raab* (Fn. 13) § 99 Rn. 118.

130 LAG Nürnberg vom 6.11.1990 (Fn. 2); ArbG Hamburg vom 6.4.1993 – 5 BV 14/92 – AiB 1994, 120 f.; v. *Hoyningen-Huene*, Mit dem Betriebsrat in die 90er Jahre, NZA 1991, 7 (10); DKK/*Klebe* (Fn. 40) § 87 Rn. 9.

131 ArbG Hamburg vom 6.4.1993 (Fn. 130); DKK/*Klebe* (Fn. 40) § 87 Rn. 9.

132 So v. *Hoyningen-Huene* (Fn. 130), NZA 1991, 7 (11).

133 BAG vom 24.2.1987 – 1 ABR 18/85 – BAGE 54, 191 = SAE 1989, 1 = EzA § 87 BetrVG 1972 Nr. 10; *Worzalla* (Fn. 118), SAE 2000, 153 (158); *ders.* (Fn. 114) S. 99; *Konzen* (Fn. 11) S. 799 (821).

ausdrückliche Begrenzung nicht kennt, gerade eine Unzulässigkeit der Begrenzung bedeute.¹³⁴ Vielmehr wäre eine ausdrückliche, enumerative Aufzählung etwaiger Verweigerungsgründe im Bereich der sozialen Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1 BetrVG mindestens unpraktisch – wenn nicht überhaupt unmöglich. Die möglichen Verhandlungsgegenstände und auch Verhandlungspositionen sind derart weit, daß eine ausdrückliche Begrenzung nicht möglich ist, was aber nicht bedeutet, daß allgemeine Überlegungen dann auch keine Grenzen ziehen könnten. Im Gegenteil.¹³⁵ Die Verhandlungsbedingungen stehen deshalb nicht im freien Belieben des Betriebsrats, denn nicht alles, was das Betriebsverfassungsgesetz nicht ausdrücklich verbietet, ist damit automatisch erlaubt.¹³⁶ Vor allem aber gebietet die Rechtsordnung, daß der Betriebsrat die Arbeitnehmerinteressen nicht verkauft. Den Interessen der Belegschaft kommt kein „Tauschwert“ zu.¹³⁷

Ausgangspunkt ist auch hier das Regel-Ausnahme-Verhältnis von unternehmerischer Freiheit und Betriebsratsrechten.¹³⁸ Eine Beschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit durch den Betriebsrat ist nicht automatisch deshalb möglich, weil er für die Arbeitnehmer Vorteile erstreiten will, sonst würde allein die Fremdnützigkeit der Aufgabenwahrnehmung jeden Rechtsmißbrauch ausschließen.¹³⁹ Der Zweck heiligte dann jedes Mittel. Er ist vielmehr an die punktuelle Aufgabenzuweisung durch die Mitbestimmungsrechte gebunden. Nur soweit nach dem Normzweck ein Schutz der Arbeitnehmer erforderlich ist, darf der Betriebsrat tätig werden und nur mit dem im Betriebsverfassungsgesetz vorgesehenen Mittel der Verhandlung, § 74 BetrVG. **79**

Normzweckwidrige, sachfremde Forderungen dürfen aus Anlaß des Mitbestimmungsverfahrens nicht gestellt, und die Zwangslage des Mitbestimmungsverfahrens nicht zur Willensbeugung in einer damit willkürlich verbundenen Angelegenheit eingesetzt werden. Derartiges Vorgehen gewährleistet auch nicht, daß die Arbeitnehmer bei der jeweiligen Maßnahme hinreichend geschützt sind; finanzielle Zusatzleistungen bieten keine Gewähr für den Ausgleich gesundheitlicher Zusatzbelastungen.

Dabei ist zwischen der mitbestimmten Maßnahme und dem daran gekoppelten Gegengeschäft zu unterscheiden. Während sich das rechtsmißbräuchliche Verhalten in Bezug auf die mitbestimmte Maßnahme aus der normzweckwidrigen Zustimmungsverweigerung und der damit verbundenen sachwidrigen Verzögerung der Arbeitgebermaßnahme ergibt¹⁴⁰, geht es im Hinblick auf die „freiwillig angekoppelte“ **80**

134 LAG Nürnberg vom 6.11.1990 – 4 TaBV 13/90 – NZA 1991, 281.

135 So auch *Konzen* (Fn.11) S. 819.

136 *Worzalla* (Fn. 114) S. 98 ff.; *Brossette* (Fn. 39), ZfA 1992, 379 (387); *ders.* (Fn. 119), Jura 1992, 253 (257 f.); *Otto*, Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Regelung von Dauer und Lage der Arbeitszeit, NZA 1992, 97 (109); *Loritz*, Sinn und Aufgabe der Mitbestimmung heute, ZfA 1991, 1 (17); *Eich* (Fn. 3), ZfA 1988, 93 ff.; *Hanau* (Fn. 112/112), NZA 1985, Beil. 2, 3 (7).

137 *Worzalla* (Fn. 114) S. 101.

138 Vgl. oben B.II.1.

139 Dagegen: BGH vom 24.1.1972 (Fn. 113) für den vergleichbaren Fall des Mißbrauchs von Geschäftsführungsbefugnissen eines BGB-Gesellschafters.

140 A. IV. 1, 2

Vergünstigung darum, daß der Betriebsrat den Arbeitgeber in seiner rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt.

2. Rechtswidrige und normzweckwidrige Koppelungsforderung

- 81** Normzweckwidrig ist eine Zustimmungsverweigerung nicht nur dann, wenn sie komplett versagt wird, sondern auch wenn sie an sach- oder schutzzweckfremde Bedingungen geknüpft wird. Hierunter fällt die Verknüpfung mit einer rechtswidrigen Forderung genauso wie die mit einer rechtmäßigen aber zweckwidrigen Forderung.

Im ersten Fall liegt der Rechtsmißbrauch auf der Hand. Der Betriebsrat darf seine Zustimmung zu einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit nicht von einer vertraglichen Verpflichtung des Arbeitgebers abhängig machen, durch die dieser gegen geltendes Recht verstoßen müßte.¹⁴¹ Hierzu zählen etwa Koppelungsforderungen, durch die Betriebsratsmitglieder persönliche Vorteile anstreben. Der Arbeitgeber wäre gezwungen, gegen das strafbewehrte Verbot des § 78 BetrVG zu verstoßen, § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Die Geschäftsleitung, die auf derartige Forderungen eingeht, veruntreut damit zugleich Unternehmensgelder und gerät weiter in die Strafbarkeit nach § 266 StGB.

Aber auch wenn dies nur für den Bestechenden nach § 119 BetrVG unter Strafe gestellt ist, verstoßen auch die Betriebsräte mit diesem Verhalten gegen betriebsverfassungsrechtliche Grundsätze: Betriebsratstätigkeit ist Ehrenamt, § 37 Abs. 1 BetrVG; sie wird nicht vergütet. Betriebsräte erhalten vielmehr nur eine Entschädigung in Höhe des Verdienstausfalls. Fordern sie zusätzliche Vorteile – oder setzen sie dafür sogar die Drohung ein – können sie sich nach allgemeinen strafrechtlichen Regeln strafbar machen. In Betracht kommen Untreue oder gar Erpressung.

- 82** Schwierig fällt die Rechtsmißbrauchswertung, wenn die Zustimmung unter der Bedingung eines an sich betriebsverfassungsrechtlich zulässigen Inhalts erfolgt. Auch insoweit ist entscheidend, daß dem Betriebsrat nur punktuelle zweckgebundene Beteiligungsrechte zustehen, er deshalb bei der Ausübung seines Mitbestimmungsrechts nur Überlegungen anstellen und seiner Entscheidung zugrundelegen darf, die das konkrete Mitbestimmungsrecht erfordert. Der Betriebsrat darf seine von der Sache gebotene Zustimmung nicht von Zugeständnissen des Arbeitgebers abhängig machen, die er aufgrund seines Mitbestimmungsrechts nicht erwirken könnte, weil sie außerhalb des Schutzzwecks liegen.¹⁴²

Mithin ist die Herstellung eines Bedingungs Zusammenhangs also dann rechtsmißbräuchlich, wenn der Betriebsrat mit der Bedingung ein Ziel verfolgt, das mit der zu regelnden Angelegenheit in keinem inneren sachlichen Zusammenhang steht.¹⁴³ Der Sinn der betrieblichen Mitbestimmung liegt nicht darin, daß sich der Betriebsrat

141 BGH vom 11.11.1993 – I ZR 225/91 – DB 1994, 726 = NJW 1994, 728 = MDR 1994, 677.

142 GK-BetrVG/Wiese (Fn. 13) § 87 Rn. 361; Kappes, Mitbestimmung als Waffe?, DB 1997, 277 (278); so auch LAG Köln vom 14.6.1989 (Fn. 3); a.A. LAG Nürnberg vom 6.11.1990 (Fn. 2).

143 Hanau (Fn. 112), NZA 1985, Beil. 2, 3 (9); Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 5. Auflage (1998), § 46 V, S. 550.

seine Zustimmung „abkaufen“ läßt. Sie dient dem Schutz und der Teilhabe der Arbeitnehmer an den sie betreffenden Arbeitgeberentscheidungen. Hierzu bedarf es der normzweckorientierten Abwägung der widerstreitenden Interessen.

Sachgerecht ist die bedingte Zustimmung dagegen, wenn sie sich im Rahmen des jeweiligen Schutzbereichs des jeweiligen Mitbestimmungstatbestands hält; sie muß geeignet sein, Mehrbelastungen der Arbeitnehmer zu kompensieren oder, wie etwa bei Urlaubsverteilung und Schichtdienst, deren Interessen untereinander und/oder mit denen des Arbeitgebers in Einklang zu bringen.¹⁴⁴ „Annexregelungen“ bilden dabei die äußerste Grenze: Wegen des engen Sachzusammenhangs kann die eine Materie nicht sinnvoll ohne die andere geregelt werden, so daß die Annexregelung ebenso wie die ausdrücklich genannten Mitbestimmungsangelegenheit der zwingenden Mitbestimmung nach § 87 BetrVG unterliegt. Allerdings hat das BAG bisher lediglich im Rahmen der überkommenen Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG (bargeldlose Lohnzahlung) eine Annex-Mitbestimmungskompetenz für die Zahlung von Kontoführungsgebühren oder Einführung einer Kontostunde anerkannt.¹⁴⁵ Bei anderen Mitbestimmungstatbeständen hat es regelmäßig den notwendig engen Zusammenhang und damit auch die Annexkompetenz verneint.¹⁴⁶

In der Praxisumfrage wurde besonders häufig der Mitbestimmungsmissbrauch im Zusammenhang mit Überstundenanordnungen gerügt (oben A.III.2-4). Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG bezweckt hier neben der Kontrolle des zusätzlichen Arbeitsbedarfs und der Prüfung von Varianten zur Vermeidung von Überstunden den (gesundheitlichen) Schutz der Arbeitnehmer vor Sonderbelastungen, die Sicherung ausreichender Freizeit sowie die Verteilungsgerechtigkeit im Hinblick auf Belastungen und Verdienstchancen.¹⁴⁷ Sachlich gerechtfertigt sind daher Bedingungen des Betriebsrats, die auf Schaffung ausreichender Ruhezeiten gerichtet sind, etwa einen späteren Arbeitsbeginn am nächsten Tag oder entsprechenden Freizeitausgleich. Sie sind am Normzweck des Mitbestimmungsrechts ausgerichtet.¹⁴⁸

Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung zu Überstunden freilich grundsätzlich, macht er sie von finanziellen Zusatzleistungen für die Betroffenen abhängig oder

144 *Worzalla* (Fn. 114) S. 100; *Loritz* (Fn. 136), *ZfA* 1991, 1 (10).

145 BAG vom 8.3.1977 – 1 ABR 33/75 – BAGE 29, 40 = AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Auszahlung = *EzA* § 87 BetrVG 1972 Lohn und Arbeitsentgelt Nr. 6; BAG vom 10.8.1993 – 1 ABR 21/93 – *EzA* Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Lohn und Arbeitsentgelt = AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 Auszahlung = *NZA* 1994, 326; *ErfK/Kania* (Fn. 21) Einl. vor § 74 BetrVG Rn. 35 ff.; kritisch *Hanau/Reitze*, Annexregelungen und Koppelungsgeschäfte bei der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, *FS Wiese* (1998), S. 149 ff.

146 BAG v 30.8.1995 – 1 ABR 4/95 – BAGE 80, 366 = AP Nr. 29 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung = *NZA* 1996, 218; BAG vom 1.12.1992 – 1 AZR 260/92 – BAGE 72, 40 = AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1982 Ordnung des Betriebes = *NZA* 1993, 711.

147 BAG vom 27.11.1990 – 1 ABR 77/89 – AP Nr. 41 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit = *DB* 1991, 706 f. = *EzA* § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 40; *Fitting* (Fn. 40) § 87 Rn. 131; *GK-BetrVG/Wiese* (Fn. 13) § 87 Rn. 361; ausführlich zu den Normzwecken des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG *Brossette* (Fn. 39), *ZfA* 1992, 379 (428 ff.).

148 *GK-BetrVG/Wiese* (Fn. 133) § 87 Rn. 361; für die Forderung des Freizeitausgleichs differenzierend *Brossette* (Fn. 39), *ZfA* 1992, 379 (425 f.).

erteilt er sie in Tarifaueinandersetzungen nur, wenn der Arbeitgeber im Gegenzug auf die Aussperrung verzichtet, liegt Rechtsmißbrauch vor. Zwar hat das LAG Nürnberg¹⁴⁹ die Koppelung von Mehrarbeit an die Zahlung einer Lärmzulage für zulässig gehalten.¹⁵⁰ Dieser Rechtsprechung kann aber nicht gefolgt werden. Sofern die Regelung durch Betriebsvereinbarung nicht ohnehin wegen des Tarifvorrangs ausscheidet (§ 77 Abs. 3 BetrVG), fehlt der Forderung nach materiellen Zuständen jedenfalls der Sachzusammenhang. Zusätzliche finanzielle Leistungen sind nicht geeignet, die Belastungen für die Arbeitnehmer zu kompensieren – weder die gesundheitlichen Gefahren noch die Freizeiteinbußen. Ergibt somit eine pflichtgemäße Abwägung des Betriebswohls mit den Belangen der Arbeitnehmer, daß die vom Arbeitgeber angestrebte Verlängerung der Arbeitszeit eine unzumutbare Belastung darstellt, ändern Überstundenzuschläge an dieser Überlastung nichts; der Betriebsrat muß seine Zustimmung verweigern. Auch ein Mitbestimmungsrecht kraft Annexkompetenz scheidet aus, denn finanzielle Ausgleichsregelungen für ungünstige Arbeitszeiten oder kurzarbeitsbedingte Entgeltminderungen stehen nicht in einem notwendigen Regelungszusammenhang.¹⁵¹

- 86** Zu differenzieren ist dann, wenn der Betriebsrat seine Zustimmung zu Überstunden mit der Forderung nach Neueinstellungen verknüpft. Bei nachhaltig guter Auslastung des Betriebs erweist sich das Begehren als sachgerecht, weil es geeignet ist, eine bessere Einhaltung der tariflichen Regelarbeitszeit sicherzustellen.¹⁵² Anders gelagert wäre der als Bedingung formulierte Ruf nach Neueinstellungen bei vorübergehenden Auftragspitzen oder aus sachfremden beschäftigungs- oder gar betriebspolitischen Gründen.¹⁵³

3. Beeinträchtigung der Abschlußfreiheit

- 87** Der Betriebsrat handelt bei Abschluß des Koppelungsgegengeschäfts rechtsmißbräuchlich, wenn er in grob unbilliger Weise auf die unternehmerische Entscheidungsfreiheit Einfluß nimmt und dadurch eine Regelung bewirkt, auf die er keinen Anspruch hat. Dies ergibt sich ohne weiteres, wenn die vom Betriebsrat gestellte Gegenforderung rechtswidrig ist. Aber auch an sich rechtmäßige Koppelungsforderungen können rechtsmißbräuchlich sein. Zwar dürfen Betriebsvereinbarungen nicht nur auf Grundlage des § 87 BetrVG geschlossen werden, sondern gemäß § 88 BetrVG auch im Bereich sonstiger sozialer Angelegenheiten.¹⁵⁴ Erforderlich ist dann aber, daß sie freiwillig geschlossen werden, was bedeutet, daß sich der Arbeitgeber ohne Zwang allein auf Grundlage einer Interessenabwägung für oder gegen den Abschluß der geforderten Betriebsvereinbarung entscheiden kann.

149 LAG Nürnberg vom 6.11.1990 (Fn. 2).

150 Als unproblematisch angesehen von LAG Nürnberg vom 6.11.1990 (Fn. 2).

151 ErfK/*Kania* (Fn. 21) Einl. vor § 74 BetrVG Rn. 36; GK-BetrVG/*Wiese* (Fn. 13) § 87 Rn. 41 ff., 286, 328, 360; *Richardi/Richardi* (Fn. 12) § 87 Rn. 38; a.A. *Hanau/Reitze* (Fn. 145) S. 149 (151).

152 *Gentz* (Fn. 46), NZA 2004, 1011 (1012).

153 *Zöllner/Loritz* (Fn. 143) § 46 V.

154 Nach umstrittener richtiger Ansicht nur in sozialen Angelegenheiten: vgl. jetzt das BAG für den vorsorglichen Sozialplan BAG vom 26.8.1997 – 1 ABR 12/97 – EzA § 112 BetrVG 1972 Nr. 96 = AP Nr. 117 zu § 112 BetrVG 1972 = NZA 1998, 216; umfassende Darstellung des Diskussionstandes bei GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 13) § 77 Rn. 83 ff.

Er muß die Möglichkeit haben, die freiwillige Betriebsvereinbarung in zumutbarer Weise abzulehnen ohne dadurch empfindliche Nachteile zu erleiden.

Unterbreitet der Betriebsrat dem Arbeitgeber aus Anlaß einer sozialen Angelegenheit nach § 87 BetrVG ein sachfremdes Koppelungsansinnen, von dem er seine Zustimmung in der mitbestimmten Angelegenheit abhängig macht, ergibt sich für den Arbeitgeber eine Zwangslage. Er kann nur gemeinsam mit dem Betriebsrat rechtswirksam handeln.¹⁵⁵ Einseitige Anordnungen sind ihm verwehrt – auch für den Eilfall.¹⁵⁶ Der Arbeitgeber kann sich damit dem Koppelungsansinnen nicht in zumutbarer Weise entziehen, weil er dann die gewünschte Maßnahme nicht durchführen kann. Er müßte zur Durchsetzung seiner Interessen das kostenträchtige und langwierige Einigungsstellenverfahren durchlaufen, nicht selten gefolgt von einem noch zeitintensiveren Gerichtsverfahren.¹⁵⁷ Im Extremfall hat sich die gewünschte Maßnahme bis dahin durch Zeitablauf erledigt. Sieht sich der Arbeitgeber zusätzlich der Gefahr eines Nutzungs- bzw. Ertragsausfalls oder drohenden Schadensersatzforderungen wegen Fristversäumnis ausgesetzt, gibt er regelmäßig aufgrund reiner Kostenabwägung mit der geforderten Gegenleistung dem „kalten“ Zwang nach.¹⁵⁸ **88**

Für das Interessenausgleichsverfahren ergibt sich die Zwangslage für den Arbeitgeber daraus, daß geplante Betriebsänderungen möglichst schnell durchgeführt werden müssen, oft wird davon sogar der Erfolg einer Sanierung abhängen.¹⁵⁹ Stellt sich der Betriebsrat quer, zwingt der Zeitdruck den Arbeitgeber, sich eine Beschleunigung durch teure „freiwillige“ Sozialplanabfindungen zu erkaufen. Übergeht der Arbeitgeber den Betriebsrat, riskiert er wie gezeigt neben der Sanktion des Nachteilsausgleichs eine Unterlassungsverfügung durch den Betriebsrat.¹⁶⁰ **89**

Rechtsmißbrauch liegt demnach vor, weil der Betriebsrat gegenüber dem Arbeitgeber ein Koppelungsgegengeschäft durchsetzt, das in keinem Sachzusammenhang zu dem Mitbestimmungsrecht steht, das den Anlaß für die Forderung bildet. Der Arbeitgeber kann sich dem Abschluß der angekoppelten „freiwilligen“ Betriebsvereinbarung in zumutbarer Weise nicht entziehen, weil er an der Einigung in der mitbestimmten Angelegenheit ein wichtiges Vertragsinteresse hat und für ihn keine zumutbare Mög-

155 h.M., BAG GS vom 3.12.1991 – GS 2/90 – BAGE 69, 134 = AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = DB 1992, 1579; *Fitting* (Fn. 40) § 87 Rn. 599 m.w.N.

156 Vgl. BAG vom 19.2.1991 – 1 ABR 31/90 – AP Nr. 42 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit = NZA 1991, 609 = SAE 1992, 320; BAG vom 16.6.1998 – 1 ABR 68/97 – AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz = EzA § 87 BetrVG 1972 Arbeitssicherheit Nr. 3 = NZA 1999, 49; BAG vom 17.11.1998 – 1 ABR 12/98 – AP Nr. 79 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit = EzA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 59 – NZA 1999, 662; GK-BetrVG/*Wiese* (Fn. 13) § 87 Rn. 155 m.w.N.

157 Zum Kostenfaktor *Bengelsdorf*, Die Vergütung der Einigungsstellenmitglieder, NZA 1989, 489 ff.; weiterhin das Beispiel bei *Giese*, Einigungsstellenverfahren – Pausen bei Akkordentlohnung – Verfahrenskosten als Druckmittel, ZfA 1991, 53 (57 ff.); *Ebert*, Kosten der Einigungsstelle gemäß § 76a BetrVG, FA 1999, 182 ff.; zur Verfahrensdauer *Bengelsdorf*, Rechtliche Möglichkeiten zur Beschleunigung des erzwingbaren Einigungsstellenverfahrens, BB 1991, 613 (614 ff.).

158 Ausführlich *Brandl* (Fn. 109) S. 6

159 *Neef*, Die Neuregelung des Interessenausgleichs und ihre praktischen Folgen, NZA 1997, 65,66; *Schiefer*, Kündigungsschutz und Unternehmerfreiheit – Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf die betriebliche Praxis, NZA 2002, 770 (775).

160 Siehe hierzu die Nachweise in Fn. 121.

lichkeit besteht, seinen Bedarf anderweitig zu decken;¹⁶¹ vom Gesetz ist einzig der Betriebsrat als Verhandlungspartner vorgesehen. Diese gesetzlich angeordnete „Zwangsgemeinschaft“ nutzt der Betriebsrat aus, um die Willensfreiheit des Arbeitgebers in unzumutbarer und daher rechtsmißbräuchlicher Weise zu beugen.

4. Zulässige oder folgenlose Koppelungsgeschäfte

- 90** Koppelungsgeschäfte sind nicht per se unzulässig. Hierzu gehören einmal beiderseits freiwillige Koppelungsvereinbarungen. Beiderseits freiwillige Koppelungsvereinbarungen etwa sind unbedenklich, weil hier nicht zu befürchten steht, daß sich einer der Vertragspartner auf einen „faulen Kompromiß“ einläßt.¹⁶² Gleiches gilt für Koppelungsgeschäfte, wenn sich das Gegengeschäft innerhalb des Schutzzwecks des Mitbestimmungstatbestands hält und die Grenzen der Verhältnismäßigkeit wahrt.¹⁶³

Folgenlos bleiben Koppelungsansinnen, die außerhalb der Kompetenzordnung des Betriebsrats liegen – insbesondere weil sie die Tarifsperre des § 77 Abs. 3 BetrVG nicht beachten. Sie zielen auf Abschluß einer Betriebsvereinbarung, die rechtswidrig ist und damit folgenlos bleibt. Der Arbeitgeber kann sich ganz einfach von ihr lösen: durch Berufung auf ihre Unwirksamkeit. Die Berufung des Arbeitgebers auf die Nichtigkeit der Betriebsvereinbarung ist auch nicht selbst unzulässige Rechtsausübung, weil erstens der Betriebsrat kein Vertrauen in die Durchführung der Betriebsvereinbarung haben durfte und es sich zum anderen bei der Verbotsnorm des § 77 Abs. 3 BetrVG um eine im öffentlichen Interesse liegende Verbotsnorm handelt:¹⁶⁴ Sie dient dem Schutz der Tarifautonomie.

161 *Brandl* (Fn. 109) S. 129.

162 Ausführlich *Brandl* (Fn. 109) S. 143 f.

163 *Zumbeck*, Die zulässige Koppelung von Vereinbarungen, AiB 2005, 288 (289).

164 BGH vom 31.5.1972 – KZR 43/71 – BB 1972, 1295 = MDR 1972, 1018 = NJW 1972, 2180.

E. Rechtsfolgen und Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers

Festgestellter Rechtsmißbrauch bedeutet noch keine Klarheit in den Rechtsfolgen. **91** Während beim schlichten Rechtsverstoß klar ist, daß der Arbeitgeber ein solches Verhalten ignorieren kann, sind die Rechtsfolgen problematisch, wenn entweder nach dem Betriebsverfassungsgesetz bestehende Rechte überstrapaziert werden oder wenn der Betriebsrat seine Verhandlungsposition in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten dazu ausnutzt, vom Arbeitgeber Zugeständnisse zu erhalten.

I. Durchführungsanspruch bei Rechtsmißbrauch?

Für den Arbeitgeber besonders effektiv – und für den Betriebsrat abschreckend – ist ein Anspruch auf Durchführung der vom Arbeitgeber angestrebten Maßnahme bei Mitbestimmungsmißbrauch. **92**

1. Rechtsunsicherheit und Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung

Das Beschleunigungsproblem – wie die Gefahr von Koppelungsgeschäften – beruht **93** darauf, daß das BAG und die ganz herrschende Meinung im Schrifttum individualrechtliche Maßnahmen des Arbeitgebers für unwirksam hält, wenn die erforderliche Mitbestimmung fehlt.¹⁶⁵ Das von dieser Theorie angeordnete Prinzip ist im Betriebsverfassungsgesetz nicht niedergeschrieben. Praktisch bedeutet das, daß nicht nur die Betriebsvereinbarung normative Wirkung hat, sondern schon das Mitbestimmungsrecht als solches – nämlich eine negative normative Sperrwirkung. Diese müßte eigentlich im Gesetz verankert sein.¹⁶⁶

Dem kann man freilich die Trennung der Rechtskreise entgegenhalten (vergleichbar **94** der Relativität der Schuldverhältnisse). Danach löst das Verhalten des Arbeitgebers zwar einen Anspruch des Betriebsrats auf Mitbestimmung aus, bleibt aber ohne unmittelbare Rechtsfolgen im Arbeitsverhältnis.¹⁶⁷ Freilich nimmt dies dem Mitbestimmungsgedanken seine hohe Durchsetzungskraft, schüfe aber auf der anderen Seite Handlungsfähigkeit und beschnitte die Verhandlungsmacht der Betriebsräte zu rechtswidrigen Koppelungsgeschäften.¹⁶⁸ Allerdings entspricht diese Auffassung nicht der herrschenden Meinung, so daß es am Gesetzgeber wäre, den Theorienstreit gegen die bislang herrschende Meinung zu entscheiden.

165 GK-BetrVG/Wiese (Fn. 13) § 87 Rn. 99 mit zahlreichen Nachweisen.

166 Kritisch Richardi/Richardi (Fn. 12) § 87 Rn. 104 ff.

167 So die Theorie der erzwingbaren Mitbestimmung, vor allem Dietz, Der Anspruch auf Abschluß und einer Betriebsvereinbarung nach § 56 BetrVG, FS Nipperdey (1955) S. 147 ff.; zur Diskussion GK-BetrVG/Wiese (Fn. 13) § 87 Rn 103 ff.

168 Auch Franzen, Standortverlagerung und Arbeitskampf, ZfA 2005, 315, 345.

2. Koppelungsgeschäfte

- 95** Hat sich der Arbeitgeber auf das Koppelungsgeschäft eingelassen, liegt eine wirksame Zustimmung des Betriebsrats in der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit vor, denn die Bedingung ist eingetreten. Das Mitbestimmungsverfahren ist zumindest formal durchgeführt – auch wenn die Interessenabwägung durch den Betriebsrat materiell nicht normzweckgemäß erfolgte. Die Zustimmung bleibt auch dann wirksam, wenn der Arbeitgeber nachträglich das Koppelungsgeschäft gemäß §§ 123, 142 BGB mit Wirkung *ex tunc* beseitigt oder der Erfüllung die Einrede des Rechtsmißbrauch entgegenhält; wegen des vorangegangenen mißbräuchlichen Verhaltens des Betriebsrats kann er sich auf den Wegfall der gestellten Bedingung nicht berufen – ebenso, wie wenn der Arbeitgeber dem Koppelungsansinnen nicht nachgegeben hat.

Hat der Arbeitgeber das Koppelungsgeschäft noch nicht abgeschlossen, fehlt die erforderliche Einigung in der mitbestimmten Angelegenheit. Die aufschiebende Bedingung (Abschluß des Koppelungsgeschäfts) von der der Betriebsrat die Zustimmung abhängig gemacht hat, ist noch nicht eingetreten. Nach allgemeiner Rechtsgeschäftslehre führt der Nichteintritt der aufschiebenden Bedingung eigentlich zur dauerhaften Unwirksamkeit der Zustimmung. Dem Betriebsrat ist es aber verwehrt, sich auf den Nichteintritt der Bedingung zu berufen.¹⁶⁹ Das entspricht dem Rechtsgedanken des § 162 BGB. Zwar regelt § 162 BGB den Fall, indem der Eintritt der Bedingung rechtsmißbräuchlich verhindert wird, während hier ein Fall vorliegt, bei dem die Bedingung selbst rechtsmißbräuchlich gestellt wurde. Die Vorschrift ist aber auf die in ihr genannten Fälle nicht begrenzt, sondern allgemeiner Ausdruck des Gedankens, daß niemand aus einer von ihm treuwidrig herbeigeführten Situation Vorteile ziehen soll.¹⁷⁰

3. Sonstige Mißbrauchsfälle

- 96** Folgt man dem nicht, so stellt sich wie in den sonstigen Mißbrauchsfällen die Frage, ob und wie der Arbeitgeber die Maßnahme ohne die mißbräuchlich verweigerte Zustimmung des Betriebsrats durchführen kann.
- 97** Allgemein hat der Rechtsmißbrauch zur Folge, daß das jeweilige Recht nicht ausgeübt werden darf.¹⁷¹ Diese Rechtsfolge knüpft aber daran an, daß die Rechtswirkungen auf die Parteien des Vertrags beschränkt bleiben und Dritte nicht betreffen.¹⁷² Im Betriebsverfassungsrecht ist dies mit Blick auf die Fremdnützigkeit der Beteiligungsrechte problematisch, denn die Wirkungen des Rechtsverlusts gehen nicht zu Lasten des Betriebsrats, sondern zu Lasten der Arbeitnehmer. Sie verlieren den mit dem Betriebsverfassungsgesetz bezweckten Schutz, weil ihr Betriebsrat die Teilhabe an den Arbeitgeberentscheidungen nicht mehr vermitteln kann.

169 Im Ergebnis auch *Franzen* (Fn. 168), *ZfA* 2005, 315, 342; *Hanau/Reitze* (Fn. 145) S. 149, 157.

170 BGH vom 22.9.1983 – VII ZR 43/83 – BGHZ 88, 240 = NJW 1984, 230 = DB 1984, 767; *Erman/Armbrüster* (Fn. 5) § 162 Rn. 7; *Bamberger/Roth/Rövekamp* (Fn. 10) § 162 Rn. 1.

171 *MüKo/Roth* (Fn. 6) § 242 Rn. 339, 359.

172 BGH vom 11.1.1966 – V ZR 160/65 – BGHZ 44, 367 (370) = WM 1966, 224; *Erman/Hohloch* (Fn. 5) § 242 Rn. 132.

Aus der Tatsache, daß die Rechte des Betriebsrats pflichtgebunden im Interesse der Belegschaft bestehen, folgt aber nicht automatisch, daß durch fehlerhaftes Betriebsratsverhalten entstehende Rechtsnachteile die Arbeitnehmer nicht treffen dürften. Auch im Privatrecht können die Rechtsfolgen des Verhaltens einer Partei kraft Amtes den hinter dieser stehenden Rechtsträger treffen, etwa den Erben und nicht den Testamentsvollstrecker.¹⁷³ Für das Betriebsverfassungsgesetz hat das BAG für Verfahrensfehler des Betriebsrats im Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG entschieden, daß der Arbeitnehmer den damit verbundenen Rechtsnachteil zu tragen hat.¹⁷⁴ Die Arbeitnehmer haben den Betriebsrat gewählt und müssen die Folgen seines Verhaltens mittragen. Ihnen bleibt zur Not das Ausschluß- oder Auflösungsverfahren nach § 23 Abs. 1 BetrVG.

Auch ist dem Betriebsverfassungsrecht der Gedanke des Maßnahmenvollzugs gegen den Willen des Betriebsrats nicht völlig fremd. § 99 Abs. 3 BetrVG fingiert die Zustimmung des Betriebsrats, wenn dieser sie nicht innerhalb einer Woche unter Angabe der nach Abs. 2 möglichen Verweigerungsgründe versagt oder einer der Verweigerungsgründe nur formal vorgeschoben wird, obwohl offensichtlich zum Sachverhalt keinerlei Bezug besteht. In dieselbe Richtung zielt das vorläufige Durchführungsrecht nach § 100 BetrVG. Allerdings haben diese Vorschriften eine Ausnahmestellung. Im Grundsatz gilt: Der Arbeitgeber hat kein materielles Vorprüfungsrecht im Hinblick auf die Schlüssigkeit der vorgetragenen Gründe; entscheidungsbefugt ist das Arbeitsgericht, in anderen Fällen der Nichteinigung die Einigungsstelle. Entscheidend spricht gegen ein Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers, daß dies für den Vollzug der Betriebsverfassung erhebliche Rechtsunsicherheit verursacht. Der Arbeitgeber muß nämlich beurteilen, ob Rechtsmißbrauch vorliegt oder nicht. Die Grenzen sind wegen der erforderlichen Interessenabwägung fließend.¹⁷⁵ Auch die Unverzichtbarkeit der Beteiligungsrechte spricht gegen den Rechtsverlust.¹⁷⁶

Auch das BAG hat bereits angedeutet, daß es kein Alleinentscheidungsrecht befürwortet. In einer Entscheidung über das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG im Zusammenhang mit einem Arbeitskampf hat es sybillinisch ausgeführt, daß ein mißbräuchliches Verhalten des Betriebsrats nur „mit den Mitteln des Rechts bekämpft“ werden könnte.¹⁷⁷

II. Vorläufige Alleinentscheidungsbefugnis

Damit stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber zumindest ein vorläufiges Alleinentscheidungsrecht hat.

173 *Konzen*, Die Präjudizialität rechtskräftiger arbeitsgerichtlicher Beschlüsse im nachfolgenden Individualprozeß, FS Zeuner (1994), S. 401 (427 f.).

174 BAG vom 42.6.2004 – 2 AZR 461/03 – AP Nr. 22 zu § 620 BGB Kündigungserklärung = EzA § 102 BetrVG 2001 Nr. 9 = NZA 2004, 1330.

175 *Brandl* (Fn. 109) S. 96.

176 *Witt* (Fn. 46), BB 1986, 2194 (2195 f.).

177 BAG vom 22.12.1980 – 1 ABR 2/79 – AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA § 615 BGB Betriebsrisiko = NJW 1981, 937.

1. Allgemeines vorläufiges Alleinentscheidungsrecht?

- 101** Die Befugnis, vorläufig einseitige Maßnahmen anzuordnen, könnte dem Arbeitgeber im Eilfall helfen, normzweckwidrigen Forderungen des Betriebsrats zu widerstehen. Hierunter ist eine Situation zu verstehen, in der eine baldige Regelung erfolgen muß, der Betriebsrat aber seine Zustimmung nicht erteilt hat oder eine alsbaldige Übereinstimmung nicht zu erwarten ist.¹⁷⁸ Die Rechtsprechung sowie die ganz überwiegende Meinung in der Literatur lehnen dies ab;¹⁷⁹ neben dem zu berücksichtigenden Arbeitnehmerschutz ergebe sich dies bereits im Umkehrschluß aus den §§ 100, 115 Abs. 7 Nr. 4 BetrVG bzw. §§ 69 Abs. 5, 72 Abs. 6 BPersVG, die ausdrücklich einseitige Maßnahmen in Eilfällen zulassen.¹⁸⁰ Eine Ausnahme will die herrschende Meinung auch in Eilfällen, in denen der Betriebsrat seine Zustimmung mißbräuchlich verweigert oder unter eine unzulässige Bedingung stellt, nicht zulassen; das vorläufige Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers müsse ausscheiden, weil sich der Mißbrauch sonst letztlich zu Lasten der Belegschaft auswirke.¹⁸¹ Der Arbeitgeber ist auf den Weg zur Einigungsstelle verwiesen.
- 102** Zwar wird die Einigungsstelle die normzweckwidrig verweigerzte Zustimmung regelmäßig erteilen, weil sie bei ihrer Entscheidung an den Normzweck des betreffenden Mitbestimmungstatbestands gebunden ist.¹⁸² Eine schnelle Entscheidung ist aber über diesen Weg nicht gewährleistet: Besteht im Betrieb keine ständige Einigungsstelle, muß vor dem eigentlichen Einigungsstellenverfahren erst das Besetzungsverfahren durchlaufen werden.¹⁸³ Bereits hier kann der Betriebsrat seine Verzögerungstaktik einsetzen.¹⁸⁴ Im klassischen Fall kurzfristiger Überstundenanordnungen bei Auftragspitzen führt das zeitaufwendige Einigungsstellenverfahren nicht zum Ziel. Die Maßnahmen haben sich vorher durch Zeitablauf erledigt. Ferner kann auch die Einigungsstelle den Normzweck in ihrem Entscheidungsermessen

178 DKK/Klebe (Fn. 40) § 87 Rn. 21.

179 BAG vom 5.3.1974 – 1 ABR 28/73 – BAGE 26, 60 = AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit = EZA § 87 BetrVG 1972 Nr. 3; BAG vom 13.7.1977 – 1 AZR 336/75 – AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit = EZA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit = DB 1977, 2235; BAG vom 2.3.1982 – 1 ABR 74/79 – BAGE 38, 96 = AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit = DB 1982, 1115 f.; BAG vom 22.2.1983 – 1 ABR 27/81 – BAGE 42, 11 = AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972 = NJW 1984, 196; GK-BetrVG/Wiese (Fn. 13) § 87 Rn. 155 m.w.N.; *Dzikus*, Die Mitbestimmung des Betriebsrats im Bereich der sozialen Angelegenheiten nach § 87 BetrVG in Eil- und Notfällen (1980) S. 64; a.A. *Hanau*, Die Entwicklung der Betriebsverfassung, NZA 1993, 817 (819); *Zöllner/Loritz* (Fn. 143) § 47 IV 4.

180 *Fitting* (Fn. 40) § 87 Rn. 24.

181 GK-BetrVG/Wiese (Fn. 133) § 87 Rn. 361; MünchArbR/Matthes (Fn. 22) § 332 Rn. 42 ff.; *Gentz* (Fn. 46), NZA 2004, 1011 (1013); *Brossette* (Fn. 39), ZfA 1992, 379 (402); a.A. *Kappes* (Fn. 142), DB 1997, 277 (278); *Bengelsdorf* (Fn. 157), BB 1991, 613 (613); *Heinze* (Fn. 15), ZfA 1988, 53 (88); *Witt* (Fn. 46), BB 1986, 2194 (2196).

182 BAG vom 17.10.1989 – 1 ABR 31/87 – BB 1990, 853 f. = AP Nr. 39 zu § 76 BetrVG 1972 = EZA § 76 BetrVG 1972 Nr. 54 = SAE 1990, 170 ff. m. Anm. *Rieble*.

183 Zum Zeitverlust: *Treber*, Arbeitsrechtliche Neuerungen durch das „Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Arbeitsgerichtsgesetzes“, NZA 1998, 856 (860); *Bauer*, Schnellere Einigungsstelle – Gesetzesreform nötig!, ZIP 1996, 117 (118).

184 Hierzu anschaulich *Bauer*, Betriebsänderungen (1992) S. 92; *ders.*, Einigungsstellen – ein ständiges Ärgernis!, NZA 1992, 433 (433).

falsch gewichten, so daß der Arbeitgeber die Entscheidung vom Arbeitsgericht nachprüfen und aufheben lassen muß (§ 76 Abs. 5 S. 4 BetrVG).

Stimmen, die sich für die Errichtung der Einigungsstelle im Wege der einstweiligen Verfügung¹⁸⁵ oder für eine vorläufige verbindliche Regelung durch die Einigungsstelle¹⁸⁶ bzw. durch deren Vorsitzenden¹⁸⁷ aussprechen, konnten sich bislang nicht durchsetzen. **103**

Ein vorläufiges Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers ist im Rahmen des § 87 BetrVG lediglich in Notfällen anerkannt,¹⁸⁸ also in plötzlich auftretenden, nicht vorhersehbaren und schwerwiegenden Situationen, in denen nicht wieder gutzumachende Schäden drohen, die nur durch unaufschiebbare Maßnahmen verhindert werden können.¹⁸⁹ Gebilligt sind nur wenig praxisrelevante Extremsituationen wie Brand oder Überschwemmung, während die Auslieferung verderblicher Ware kurz vor Arbeitsschluß schon wieder umstritten ist. **104**

Richtigerweise sollte der Arbeitgeber unter strengen Vorgaben auch in Eilfällen ein vorläufiges einseitiges Anordnungsrecht haben¹⁹⁰ – etwa nach dem Vorbild des Personalvertretungsrechts, dort in § 69 Abs. 5 BPersVG. Erforderlich ist, daß die Zustimmungsverweigerung durch den Betriebsrat rechtsmißbräuchlich ist, ohne die vorgesehene mitbestimmungspflichtige Maßnahme objektiv ein Schaden droht, der im Vergleich zur Mehrbelastung der Arbeitnehmer unverhältnismäßig ist und selbst eine vorläufige Regelung durch das Arbeitsgericht zu spät käme. Ferner muß sich der Arbeitgeber selbst zuvor rechtstreu verhalten haben: die Situation darf nicht vorhersehbar und vorsorgefähig sein, und er muß unverzüglich Antrag auf Entscheidung durch die Einigungsstelle sowie auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes durch das Arbeitsgericht gestellt haben.¹⁹¹ **105**

2. Einstweiliger Rechtsschutz

Dem Arbeitgeber ist freilich mit einer langwierigen gerichtlichen Überprüfung regelmäßig nicht geholfen – im Gegenteil hilft dieser Weg eher der Seite, die eine Maßnahme ohnehin verzögern will. Deshalb ist zumindest über die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügungsverfügung nachzudenken. Die Arbeitsgerichte und das überwiegende Schrifttum lehnen den Erlaß einstweiliger Verfügungen bei erzwingbaren **106**

185 LAG Düsseldorf vom 8.2.1991 – 15 TaBV 11/91 – LAGE Nr. 19 zu § 98 ArbGG; *Bauer* (Fn. 184), NZA 1992, 433 (436).

186 *Bengelsdorf* (Fn. 157), BB 1991, 613 (618) m.w.N.; *Otto* (Fn. 136), NZA 1992, 97 (110).

187 *Küttner/Schmidt*, Einseitige Anordnung von Überstunden durch den Arbeitgeber im Arbeitskampf?, DB 1988, 704 (706).

188 BAG vom 19.2.1991 (Fn. 156); BAG vom 17.11.1998 (Fn. 156); MünchArbR/*Matthes* (Fn. 22) § 332 Rn. 30; GK-BetrVG/*Wiese* (Fn. 13) § 87 Rn. 162 f.; differenzierend DKK/*Klebe* (Fn. 40) § 87 Rn. 23.

189 DKK/*Klebe* (Fn. 40) § 87 Rn. 23.

190 So auch *Löwisch*, Maßnahmen zur Vereinfachung und Beschleunigung im Arbeitsrecht, BB 2005, 2580.

191 *Worzalla* (Fn. 114) S. 86; HSWG/*Worzalla* (Fn. 58) § 87 Rn. 35g.

Mitbestimmungsrechten indes ab, weil für Regelungsstreitigkeiten primär die Einigungsstelle zuständig sei.¹⁹²

- 107** Der effektive Rechtsschutz gebietet es jedoch, daß der Arbeitgeber im einstweiligen Rechtsschutzverfahren neben der Unterlassung eine Regelungsverfügung zu seinen Gunsten gem. § 85 Abs. 2 ArbGG, § 940 ZPO erwirken kann, wenn die Zeit für die Durchführung des Einigungsstellenverfahrens nicht mehr ausreicht.¹⁹³ Es ist nicht überzeugend, den Arbeitgeber zur Durchführung des Einigungsstellenverfahrens zu verpflichten, wenn die Folge der endgültige Rechtsverlust ist.¹⁹⁴ Auch das BVerfG hat betont, daß dem Rechtsschutz seine Wirksamkeit nicht dadurch genommen werden darf, daß im weiteren Ablauf des Verfahrens vollendete Tatsachen geschaffen werden oder sonst irreparable Schäden eintreten.¹⁹⁵ Wäre das Einigungsstellenverfahren als eine Art Vorverfahren zwingend, wäre genau dies die Folge: die geplante Maßnahme hätte ihren Sinn im Zeitpunkt der Einigungsstellenentscheidung bereits verloren.¹⁹⁶

3. Vorsorgeregulung

- 108** Wie bereits oben angedeutet, kann der Arbeitgeber dem Mitbestimmungsmissbrauch zu einem gewissen Anteil vorbeugen. Zum einen können bestimmte immer wiederkehrende Fragen vorsorglich geregelt werden.¹⁹⁷ Nach der Rechtsprechung des BAG ist der Betriebsrat hierzu wegen der gebotenen vertrauensvollen Zusammenarbeit zum Wohle der Arbeitnehmer und des Betriebes (§ 2 Abs. 1 BetrVG) sogar verpflichtet, wenn dies einem möglichst reibungslosen Betriebsablauf dient.¹⁹⁸ Der Arbeitgeber nimmt dem Betriebsrat so die Möglichkeit, über das Zeitmoment Druck auszuüben.

Zum anderen erreicht er eine Beschleunigung in Mitbestimmungsstreitigkeiten, wenn es ihm gelingt, eine ständige Einigungsstelle einzurichten – auf Basis einer freiwilligen Betriebsvereinbarung nach § 76 Abs. 1 S. 2 BetrVG.¹⁹⁹ Ratsam wäre dabei insbesondere im Hinblick auf die Eilbedürftigkeit vorübergehender Arbeitszeitregelungen, der Einigungsstelle das Recht zur vorläufigen verbindlichen Regelung

192 ArbG Siegburg vom 3.3.1975 – 1 BVGa 2/75 – DB 1975, 555; ArbG Hamburg vom 9.4.1985 – 1 GaBR 1/85 – NZA 1985, 404; *Germelmann/Matthes/Müller-Glöße/Prütting/Germelmann*, 5. Auflage (2004) Arbeitsgerichtsgesetz, § 85 Rn. 40; GK-BetrVG/*Wiese* (Fn. 13) § 87 Rn. 161; MünchArbR/*Matthes* (Fn. 22) § 332 Rn. 28; *Fitting* (Fn. 40) § 87 Rn. 26; DKK/*Klebe* (Fn. 40) § 87 Rn. 22; *Walker*, Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsprozeß, ZfA 2005, 45, 75.

193 ArbG Hannover vom 19.2.2004 – 10 BVGa 1/04 – DB 2004, 2223; ausführlich auch *Schwonberg*, Die einstweilige Verfügung des Arbeitgebers in Mitbestimmungsangelegenheiten im Rechtsschutzsystem der Betriebsverfassung (1997), S. 46 ff., 213 ff.; *Otto* (Fn. 136), NZA 1992, 97 (110) m.w.N.; *Küttner/Schmidt* (Fn. 187), DB 1989, 704 (706 f.).

194 So auch *Brandl* (Fn. 109) S. 183.

195 BVerfG vom 13.6.1979 – 1 BvR 699/77 – BVerfGE 51, 268 (284 f.) = NJW 1980, 35; BVerfG vom 19.10.1977 – 2 BvR 42/76 – BVerfGE 46, 166 (178 f.) = NJW 1978, 693 = MDR 1978, 172.

196 *Worzalla* (Fn. 114) S. 66.

197 BAG vom 2.3.1982 – 1 ABR 74/79 – AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit = EzA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 11 = DB 1982, 1115 f.; zustimmend statt vieler GK-BetrVG/*Wiese* (Fn. 13) § 87 Rn. 158 f.; *Fitting* (Fn. 40) § 87 Rn. 25.

198 BAG vom 2.3.1982 (Fn. 197).

199 Kritisch *Worzalla* (Fn. 114) S. 58 f.

einzuräumen. Ob sich allerdings mit einem Betriebsrat, der zu mißbräuchlichem Mitbestimmungsverhalten neigt, derart freiwillige Vereinbarungen treffen lassen, bleibt fraglich.

III. Betriebsverfassungsrechtliche Sanktionen

Lassen die mißbräuchlichen Verhaltensweisen des Betriebsrats aufgrund ihres Gewichts und ihrer Häufigkeit nur den Schluß zu, daß ihm an einer vertrauensvollen Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeber nicht gelegen ist, sondern daß er vielmehr bewußt und nachhaltig den Konfrontationskurs sucht, kann der Arbeitgeber nach § 23 Abs. 1 BetrVG die Auflösung des Betriebsrats beantragen.²⁰⁰ Bei beharrlichen und schwerwiegenden Rechtsverstößen einzelner Betriebsratsmitglieder (etwa wiederholten Verstößen gegen die Geheimhaltungspflicht aus § 79 BetrVG) kommt ein Antrag nach § 23 Abs. 1 BetrVG auf Ausschluß aus dem Betriebsrat in Betracht. Diese Sanktionsmittel versprechen allerdings bei einmaligen Mißbrauchsfällen keinen Erfolg und schützen den Arbeitgeber auch in dringenden Regelungsfragen nicht, die einer kurzfristigen Entscheidung bedürfen.²⁰¹ Denn langwierige gerichtliche Sanktionsverfahren sind stets der Gefahr der prozessualen Überholung ausgesetzt – so daß die Anstrengungen des Arbeitgebers hier faktisch ins Leere laufen können, wenn der Betriebsrat vor Abschluß des Beschlußverfahrens ohnehin seine Amtszeit beendet.

Hier zeigt sich auch die bestehende Sanktionsasymmetrie: Während der Betriebsrat erst nach intensiver Pflichtverletzung Sanktionen zu gewärtigen hat – wenn es aus betriebspolitischen Gründen überhaupt zu einer entsprechenden Entscheidung kommt –, ist dies beim Arbeitgeber selbst anders: Dieser wird bei Mitbestimmungsverweigerung sofort sanktioniert – insbesondere durch die Lehre von der notwendigen Mitbestimmung.

IV. Betriebsratstätigkeit im Visier des Strafrechts

Betriebsräte können mit betriebsverfassungswidrigem Verhalten in das Visier des Strafrechts gelangen. Insofern gilt grundsätzlich: Betriebsratsarbeit ist – wie jede Tätigkeit in einem Unternehmen – nicht frei von strafrechtlichem Risiko.²⁰² Während das BetrVG den Arbeitgeber mit recht weitgehenden Strafdrohungen des § 119 BetrVG zur Achtung des Betriebsrats anhält, wird der Betriebsrat selbst durch die Strafvorschrift des § 120 BetrVG (und recht ineffektiv) vor der Preisgabe seiner Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse geschützt. Die Betriebsratsbetätigung wird also

200 So ArbG Krefeld vom 6.2.1995 – 4 BV 34/94 – NZA 1995, 803, auf Antrag eines Viertels der Belegschaft – dem vorangegangen war vom Betriebsrat die Kündigung eines Protokolls über die weitere Zusammenarbeit mit der Geschäftsleitung, ein Antrag nach § 23 Abs. 3 BetrVG sowie die Erstattung einer Strafanzeige gegen die Geschäftsleitung.

201 Eine einstweilige Verfügung, durch die der Betriebsrat aufgelöst oder ihm die Amtsführung untersagt wird, kommt nicht in Betracht, weil anderenfalls die Arbeitnehmerinteressen zeitweise überhaupt nicht wahrgenommen werden könnten, vgl. *Fitting* (Fn. 40) § 23 Rn. 45; GK-BetrVG/O; hierzu ausführlich *Rieble/Klebeck* (Fn. 93), ZAAR Beiträge zum Arbeitsrecht 2 demnächst; GK-BetrVG/Oetker (Fn. 13) § 23 Rn. 109.

202 Hierzu ausführlich *Rieble/Klebeck* (Fn. 93), ZAAR Beiträge zum Arbeitsrecht 2 demnächst.

vor der Beeinträchtigung durch den Arbeitgeber geschützt – nicht aber die unternehmerische Betätigung vor der Beeinträchtigung durch den Betriebsrat. Das BetrVG bietet keinen effektiven Strafrechtsschutz vor dem Machtmißbrauch des Betriebsrats. Verstoßen Betriebsräte börsennotierter Unternehmen gegen ihre Verschwiegenheitspflicht, greift sogar der verschärfte Strafrechtsschutz des § 38 WpHG, denn der Betriebsrat ist Primärinsider; auch dieser Schutz ist aber nur repressiv.²⁰³

- 111** Immerhin ist das Streben nach persönlichem Vorteil – gleich ob Lustreise oder eine vom Ehrenamtsprinzip nicht gedeckte Vergütung oder die Vergabe von Aufträgen an nahe Angehörige – eine Vorteilsnahme. § 119 BetrVG zielt zwar nur auf den bestechenden Arbeitgeber; überschreitet der Betriebsrat aber die Grenzen notwendiger Teilnahme, so macht er sich der Beihilfe oder Anstiftung schuldig. Zudem droht Strafbarkeit nach § 253 StGB, wenn Betriebsratsmitglieder dem Arbeitgeber finanzielle Vorteile abpressen, indem sie mit einer Verweigerungshaltung im Mitbestimmungsverfahren drohen. In Betracht kommt § 266 StGB, sofern man eine eigene Vermögensbetreuungspflicht des Betriebsrats bejaht. Erforderlich ist eine qualifizierte Pflichtenstellung zu dem fremden Vermögen, die über allgemeine vertragliche Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflichten ebenso wie über eine allein tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit deutlich hinausgeht.²⁰⁴
- 112** Hier gehört schließlich der wilde, durch Betriebsratsmitglieder angezettelte Streik, der in Standortauseinandersetzungen gelegentlich vorkommt.²⁰⁵ Der Arbeitskampf ist in der Betriebsverfassung grundsätzlich verboten, § 74 BetrVG. Handelt der Betriebsrat diesem Verbot zuwider, liegt eine rechtswidrige Arbeitsniederlegung vor, die den Tatbestand von Nötigung oder Erpressung erfüllen kann.²⁰⁶ Die Wirtschaftsstaatsanwaltschaft Stuttgart hat freilich jüngst ein Ermittlungsverfahren eingestellt – weil die Arbeitsniederlegung zur Standorterhaltung nicht als verwerflich anzusehen sei.²⁰⁷

Spezielle Strafvorschriften zum Schutz der Arbeitnehmer kennt das BetrVG nicht; insbesondere ist § 120 BetrVG nicht auf die Preisgabe von Privatgeheimnissen der Arbeitnehmer anwendbar.²⁰⁸ Insofern bewendet es bei allgemeinen Strafvorschriften.

V. Erfüllungsverweigerung bezüglich der Koppelungsforderung

- 113** Bei Koppelungsgeschäften könnte die Zwangslage für den Arbeitgeber entschärft werden, wenn er gegenüber dem Betriebsrat die Erfüllung des sachwidrigen Koppelungsgeschäfts verweigern könnte.

203 Dazu *Rieble/Klebeck* (Fn. 93), ZAAR Beiträge zum Arbeitsrecht 2 demnächst

204 BGH vom 8.5.1951 – 1 StR 171/51 – BGHSt 1, 186; BGH vom 13.6.1985 – 4 StR 213/85 – BGHSt 33, 244; Schönke/Schröder/Leckner/Perron, Strafgesetzbuch 27. Auflage (2006), § 266 Rn. 23; dagegen etwa *Witt* (Fn. 47) S. 118.

205 Dazu ausführlich *Rieble* (Fn. 94), RdA 2005, 200.

206 *Löwisch/Krauß*, Arbeitsrecht und Strafrecht, in: Löwisch (Hg.), Arbeitskampf und Schlichtungsrecht (1997), S. 436.

207 Verfügung vom 5.8.2005, 140 Js 113356/04 W.

208 GK-BetrVG/Oetker (Fn. 13) § 120 Rn. 32.

Ohne weiteres kann der Arbeitgeber die Erfüllung verweigern, wenn die an das Mitbestimmungsverfahren angekoppelte Betriebsvereinbarung rechtswidrig ist – weil der Betriebsrat für die Regelung nicht kompetent war (§ 77 Abs. 3 BetrVG oder keine kollektive Angelegenheit) oder die Vereinbarung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, etwa § 78 BetrVG.

Schwieriger ist die Situation, wenn die angekoppelte Betriebsvereinbarung einen an sich zulässigen Inhalt hat. Während sich das Verbot, die Zustimmung unter eine normzweckwidrige Bedingung zu stellen, aus dem absoluten Schutzcharakter des Betriebsverfassungsgesetzes rechtfertigt, bezweckt das Koppelungsverbot den Schutz des Arbeitgebers; beim Abschluß freiwilliger Betriebsvereinbarungen soll seine Entscheidungsfreiheit gesichert werden. Das Koppelungsverbot führt daher nicht automatisch zur Nichtigkeit des Koppelungsgegengeschäfts. Der hiervon bezweckte Schutz hängt vielmehr daher davon ab, daß er vom Arbeitgeber geltend gemacht wird.²⁰⁹ **114**

Ist der Arbeitgeber die Koppelungsforderung nur eingegangen, weil er durch Drohung des Betriebsrats dazu bestimmt wurde, kann er seine Vertragserklärung zur „freiwilligen“ Betriebsvereinbarung anfechten, §§ 123, 142 BGB. Dann muß freilich grundsätzlich – entgegen der herrschenden Meinung²¹⁰ – auch § 142 BGB gelten und die Betriebsvereinbarung *ex tunc* entfallen. Dies um zu verhindern, daß zumindest für die Zeit bis zur Anfechtung die Drohung doch Erfolg hatte. Praktische Probleme bei manchen Regelungsgegenständen mögen freilich bleiben.

Auch unterhalb dieser Grenze kann der Arbeitgeber der Erfüllung die Einrede des Rechtsmißbrauchs entgegenhalten: der Betriebsrat kann kein Recht durchsetzen, das er durch früheres Fehlverhalten erlangt hat (*exceptio doli praeteriti*).²¹¹ Allerdings sind die Beweisschwierigkeiten für den Arbeitgeber beträchtlich, gerade, wenn die Betriebsvereinbarung als „freiwillig“ überschrieben ist. So kann dann bei sachwidriger Koppelung die Einrede des Rechtsmißbrauchs zwar rechtlich erfüllt, aber tatsächlich nicht nachweisbar sein. **115**

VI. Schadensersatzansprüche

Schließlich erföhre der Arbeitgeber bei rechtsmißbräuchlichem Verhalten des Betriebsrats einen gewissen Schutz, wenn er vom Betriebsrat oder den einzelnen Betriebsratsmitgliedern Schadensersatz verlangen könnte. **116**

Da allerdings der Schaden oft schwer quantifizierbar ist, wird auch hier die Durchsetzung schwierig. Dies betrifft sowohl Fälle, in denen der Betriebsfrieden beeinträchtigt wird und die Belegschaft deswegen weniger effektiv arbeitet aber auch die vermeintlich einfachen Fälle verspäteter Systemeinführung; auch im letzteren Fall ist nämlich hypothetisch zu beurteilen, ab wann eine Einigung mit dem Betriebsrat jedenfalls möglich gewesen wäre.

209 Brandl (Fn. 109) S. 171 f.

210 Richardi/Richardi (Fn. 12) § 77 Rn. 49 m.w.N.; wie hier siehe ErfK/Kania (Fn. 21) § 77 Rn. 25.

211 Statt aller Bamberger/Roth/Grüneberg (Fn. 10) § 242 Rn. 57.

Da der Betriebsrat weder rechts- noch vermögensfähig ist, scheidet Schadensersatzansprüche gegenüber dem Gremium, die auf Wiedergutmachung gerichtet sind, von vorneherein aus.²¹² Seine Teilrechtsfähigkeit bezieht sich ausschließlich auf den ihm gesetzlich zugewiesenen Wirkungskreis. In Betracht kommt daher nur die persönliche Haftung der einzelnen Betriebsratsmitglieder.

- 117** Eine generelle Haftung aller Betriebsratsmitglieder für ein Fehlverhalten des Betriebsrats scheidet aus. Da aber die Mitglieder des Betriebsrats ebenso wie das Gremium zu rechtmäßigem Handeln verpflichtet sind und die betriebsverfassungsrechtlichen Gebote zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber auch für die Betriebsratsmitglieder gelten, kommt zumindest eine Haftung derjenigen Mitglieder in Betracht, die für den entsprechenden rechtswidrigen Beschluß des Betriebsrats verantwortlich waren.²¹³ Diese Individualisierung der Betriebsratspflichten bestätigt § 23 Abs. 1 BetrVG, der neben der Auflösung des Gremiums auch den Ausschluß einzelner Betriebsratsmitglieder bei grober Pflichtverletzung ermöglicht.²¹⁴ Die Betriebsratsmitglieder haben ihre Beschlüsse daher so zu fassen, wie es die Verfolgung der dem Betriebsrat gesetzlich anvertrauten Arbeitnehmerinteressen gebietet; insbesondere gehört dazu eine normzweckgerechte Interessenabwägung. Weil das Betriebsratsamt ein Ehrenamt ist, muß die Haftung aber auf mindestens grob fahrlässiges Verhalten beschränkt bleiben; das gebietet der Gleichlauf mit § 23 BetrVG.²¹⁵ Auch hier sei aber auf die Beweisschwierigkeiten bei mehrheitlichen Beschlüssen hinzuweisen – insbesondere, wenn sie womöglich geheim abgestimmt wird.
- 118** In Betracht kommt neben der deliktischen Haftung eine vertragliche bzw. vertragsähnliche Haftung der einzelnen Betriebsratsmitglieder aufgrund der betriebsverfassungsrechtlichen Sonderverbindung zum Arbeitgeber.²¹⁶ Bei unzulässigen Koppelungsforderungen ist gegebenenfalls ein Mitverschulden des Arbeitgebers gem. § 254 BGB zu berücksichtigen, wenn er sich auf diese einläßt, um seine angestrebte Maßnahme ohne Anrufung der Einigungsstelle durchzuführen.²¹⁷ Verletzen die Betriebsratsmitglieder zusätzlich arbeitsvertragliche Pflichten – was insbesondere bei der Veröffentlichung unternehmenssensibler Daten möglich ist – kommt auch eine Haftung aus dem Arbeitsvertrag in Betracht. Im Extremfall droht die Kündigung.²¹⁸ Praktisch wird freilich auch das nicht.
- 119** Der Vollständigkeit halber sei auf einen Schadensersatzanspruch analog § 179 BGB hingewiesen, wenn der Betriebsratsvorsitzende rechtswidrig handelt, indem er ohne einen Betriebsratsbeschluß im Mitbestimmungsverfahren eigenmächtig handelt. Es besteht aber die Möglichkeit durch nachträglichen Beschluß analog § 177 BetrVG dieses fehlerhafte Verhalten zu heilen.²¹⁹

212 BAG vom 24.4.1986 – 6 AZR 607/83 – EzA Nr. 4 zu § 1 BetrVG 1972 = DB 1986, 2680 = AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Sozialeinrichtung; Richardi/*Thüsing* (Fn. 12) vor § 26 Rn. 8 ff.

213 Richardi/*Thüsing* (Fn. 12) vor § 26 Rn. 14, 16.

214 *Belling* (Fn. 47) S. 227 ff.

215 Richardi/*Thüsing* (Fn. 12) vor 26 Rn. 14; *Belling* (Fn. 47) S. 358.

216 *Worzalla* (Fn. 114) S. 75 ff. und *Belling* (Fn. 47) S. 358.

217 *Brandl* (Fn. 109) S. 176.

218 GK-BetrVG/*Kraft* (Fn. 13) § 1 Rn. 80.

219 GK-BetrVG/*Wiese* (Fn. 13) § 26 Rn. 63.

VII. Eigene Koppelungsgeschäfte als Antwort?

Die Praxis hat eine eigene außerrechtliche Antwort auf Koppelungsgeschäfte des Betriebsrats gefunden: Das Koppelungsgeschäft des Arbeitgebers. Wer heutzutage als Arbeitgeber Investitions- oder Produktionsentscheidungen, ja überhaupt irgendeine standortgünstige Entscheidung trifft, ohne den Betriebsrat „zur Kasse zu bitten“, gilt als verträumt. Die Globalisierung ist im Mittelstand angekommen. Fast alles, was man in Deutschland produzieren kann, läßt sich auch anderswo schaffen. **120**

Nicht nur die Vorenthaltung von Standortvorteilen auch die gezielte Drohung mit Nachteilen für den existierenden Standort – vor allem Schließung eines Betriebes, Entzug einer Produktionslinie, die Veräußerung eines Betriebsteils oder eines Absatzmarktes, zur Not auch die Liquidation einer konzernangehörigen Gesellschaft – sind Instrumente zur Steigerung der Verhandlungsbereitschaft von Betriebsräten.

Im Kern darf der Arbeitgeber dies: Anders als der Betriebsrat ist er ein privatautonomes Subjekt und kann derartige Grundentscheidungen kraft seiner Unternehmerfreiheit auch selbständig entscheiden – ohne von Mitbestimmung oder Kündigungsschutz hieran gehindert zu werden. Einen Zwang zu Investitionen kann es ohnehin nicht geben. **121**

Auch die Verknüpfung der Unternehmerentscheidung mit dem geforderten Entgegenkommen der Arbeitnehmerseite ist rechtlich fast immer gedeckt. Denn das Amortisationsstreben für eine Investition, Gewinnerwartung oder der Wunsch nach langen Maschinenlaufzeiten bei hoher Einsatzflexibilität sind vernünftige unternehmerische Ziele, die grundsätzlich nicht verwerflich im Sinne der Zweck-Mittel-Relation des § 240 StGB oder des § 123 BGB sind. Anderes gilt nur dann, wenn der Arbeitgeber die Arbeitnehmerseite täuscht, weil er Entgegenkommen einfordert, obwohl etwa eine in Aussicht gestellte Verlagerung keinerlei Verbesserung brächte.²²⁰ Oder aber, wenn die Drohung der Verlagerung nur vordergründig der kostengünstigeren Produktion, in Wahrheit aber der Disziplinierung des Betriebsrats dienen soll.²²¹

Wenn aber der Arbeitgeber Meister des Koppelungsgeschäftes ist, dann entscheidet am Ende doch die wirtschaftliche Macht. Rechtliche Vorgaben des BetrVG werden zwar nicht Makulatur, aber doch läßlich. Den Betriebsräten und ihren Koppelungsberatern mag man zurufen: Bei jedem Spiel muß man erwägen, daß der Gegner einen vergleichbaren Zug tut. Insofern zieht die Arbeitgeberseite lediglich nach – was die Entrechtlichung der Betriebsverfassung betrifft. Das System als solches – **122**

220 So auch *Franzen* (Fn. 168), ZfA 2005, 315, 328.

221 ArbG Leipzig vom 5.9.2002 – 7 BVGa 54/02 – NZA-RR 2003, 142; dazu auch *Franzen* (Fn. 168), ZfA 2005, 315, 328.

also die Betriebsverfassungsordnung als regelgebundene Friedensordnung, nimmt dabei Schaden. Das Gemeinwohl auch.²²²

222 Zu diesem allgemein *Schuppert*, Gemeinwohl, das – Oder: Über die Schwierigkeiten, dem Gemeinwohlbegriff Konturen zu verleihen, in: Schuppert/Neidhardt (Hg.), Gemeinwohl – Auf der Suche nach der Substanz (2002), S. 19.

F. Fazit

1. Die Praxis-Umfrage des ZAAR von 2004 hat ergeben, daß deutsche Unternehmen mit der Zusammenarbeit mit ihrem Betriebsrat gelegentlich unzufrieden sind. Dabei hat die Umfrage nicht das Ziel in statistisch abgesicherter Weise, die Prozentzahlen fehlerhafter Zusammenarbeit herauszuarbeiten; vielmehr sollte sie im Sinne eines Stimmungsbildes Anlaß dafür bilden, über Konfliktherde in der betrieblichen Zusammenarbeit sowie die daraus resultierenden Rechtsfolgen nachzudenken. **123**
2. Nicht alles was in der Praxis unter dem Namen „Rechtsmißbrauch“ gehandelt wird, hat sich als solcher bestätigt. Vielmehr besteht ein großer Anteil der fehlerhaften Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat darin, daß dieser seine Kompetenzen und betriebsverfassungsrechtliche Verbote nicht beachtet – also gegen geltendes Recht verstößt. Dieses rechtswidrige Handeln des Betriebsrats kann der Arbeitgeber schlicht übergehen oder bei Wiederholungen zum Amtsenthebungsverfahren nach § 23 Abs. 1 BetrVG greifen. Die unbefugte Offenbarung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen erfüllt sogar einen Straftatbestand. **124**
3. Probleme bereiten in der betriebsverfassungsrechtlichen Praxis die Fälle, in denen der Betriebsrat seine formal bestehenden Kompetenzen überdehnt entweder um bestimmte eigene Ziele zu erreichen oder Ziele bzw. Maßnahmen des Arbeitgebers zu verhindern. Dies sind die Fälle des Rechtsmißbrauchs. Hierzu zählt im einzelnen die normzweckwidrige Zustimmungsverweigerung, die Verschleppung des Mitbestimmungsverfahrens, Drohgebärden des Betriebsrats und Koppelungsgeschäfte. **125**
4. Effektiven Schutz erführe der Arbeitgeber vor Mitbestimmungsmißbrauch nur dann, wenn ihm in diesen Fällen ein Alleinentscheidungsrecht zustünde. Allerdings birgt dies erhebliche Rechtsunsicherheit im Vollzug der Betriebsverfassung, weil der Arbeitgeber die schwierige Frage beurteilen muß, ob im konkreten Fall Mitbestimmungsmißbrauch vorliegt. Verbunden damit ist die Gefahr, bei mehrmaliger Falscheinschätzung in die Strafbarkeit, § 119 BetrVG, zu geraten. Insbesondere das betriebsverfassungsrechtliche Sanktionensystem ist nur ein stumpfes Schwert, weil es nachträglich ansetzt und aktuellen Mißbrauch nicht beseitigen kann. **126**

Daß der Betriebsrat in deutschen Unternehmen die ihm zustehenden Rechte nicht immer „zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs“ einsetzt, zeigt nicht zuletzt das Ergebnis der aktuellen Umfrage. Eine effektive Kooperation mit dem Betriebsrat war bei über der Hälfte der teilnehmenden Unternehmen nur eingeschränkt möglich. Diese berichteten von mißbräuchlichen Verhaltensweisen im Rahmen der Mitbestimmungsausübung, etwa in Gestalt sachfremder Regelungs- oder Koppelungsforderungen, bewußter Mitbestimmungsverzögerungen oder in gesetzesfremder Verfolgung rein individueller Interessen.

- 127** 5. Aus der Umfrage lassen sich keine Rückschlüsse auf das Ausmaß betrieblichen Mitbestimmungsmissbrauchs ziehen. Vielmehr dürfte insgesamt gesehen das Mitbestimmungssystem auch gut funktionieren. Auch wenige in der Praxis anzutreffende mißbräuchliche Verhaltensweisen sind geeignet, das System in Mißkredit zu bringen. Funktionsfähig bleibt das komplexe System der betrieblichen Mitbestimmung nur, wenn die Rechtsordnung den Mißbrauch nicht toleriert. Dies sollte für die Rechtsprechung Anlaß sein, ihre restriktive Haltung gegenüber der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes in eiligen Fällen der erzwingbaren Mitbestimmung zu überdenken. Der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit gilt und wirkt in beide Richtungen. Andernfalls entscheidet auch hier der Markt. Eine mißbrauchsanfällige Betriebsverfassung ist ein Standortnachteil.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung	EzA.....	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
Abs.	Absatz	f.	folgende Seite
AcP	Archiv für civilistische Praxis	ff.	folgende Seiten
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb	Fn.	Fußnote
Anm.	Anmerkung	FS	Festschrift
AP	Arbeitsrechtliche Praxis	GbR	Gesellschaft bürger- lichen Rechts
AR	Arbeitsrecht	GG	Grundgesetz
ArbG	Arbeitsgericht	GK.....	Gemeinschafts- kommentar
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz	Grundl.	Grundlagen
Art.	Artikel	GS.....	Großer Senat
AuR	Arbeit und Recht	HGB.....	Handelsgesetzbuch
BAG	Bundesarbeitsgericht	Hg.	Herausgeber
BB	Der Betriebs-Berater	h.M.....	herrschende Meinung
Beil.	Beilage	HS.....	Halbsatz
BetrVG	Betriebsverfassungs- gesetz	HSWG	Hess/Schlochauer/ Worzalla/Glock, Betriebsverfassungs- gesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	IAB.....	Institut für Arbeits- markt- und Berufsforschung
BGBI	Bundesgesetzblatt	i.V.m.....	in Verbindung mit
BGH	Bundesgerichtshof	JZ	Juristenzeitung
BGHSt.....	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen	KSchG.....	Kündigungsschutzgesetz
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen	LAG	Landesarbeitsgericht
BPersVG	Bundespersonal- vertretungsgesetz	LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages	m.	mit
BVerwG	Bundesverwaltungs- gericht	MitbestG.....	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
bzw.....	beziehungsweise	MüKo.	Münchener Kommentar
DB	Der Betrieb	MünchArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
ders.	derselbe	m.w.N.	mit weiteren Nach- weisen
d.h.	das heißt	n.F.....	neue Fassung
DKK	Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungs- gesetz		
ErfK	Erfurter Kommentar		
etc.....	et cetera		

NJW	Neue Juristische Wochenschrift	StGB	Strafgesetzbuch
Nr.	Nummer	TVG	Tarifvertragsgesetz
NZA.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht	TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
NZA-RR.....	NZA-Rechtsprechungs- Report	u.a.....	unter anderem
RdA	Recht der Arbeit	v.	vom
RG	Reichsgericht	vgl.	vergleiche
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen	WpHG.....	Wertpapierhandels- gesetz
Rn.....	Randnummer	ZAAR.....	Zentrum für Arbeits- beziehungen und Arbeitsrecht
Rspr.	Rechtsprechung	z.B.....	zum Beispiel
S.	Seite; Satz	ZfA	Zeitschrift für Arbeits- recht
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen	ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
		ZPO	Zivilprozeßordnung

Literaturverzeichnis

- Bamberger/Roth*, Bürgerliches Gesetzbuch, 2003
- Bauer*, Betriebsänderungen (1992)
- ders.*, Einigungsstellen – ein ständiges Ärgernis!, NZA 1992, 433
- ders.*, Neues Spiel bei der Betriebsänderung und der Beschäftigungssicherung?, NZA 2001, 375
- ders.*, Schnellere Einigungsstelle – Gesetzesreform nötig!, ZIP 1996, 117
- Belling*, Die Haftung des Betriebsrates und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen (1990)
- Bengelsdorf*, Die Vergütung der Einigungsstellenmitglieder, NZA 1989, 489
- ders.*, Rechtliche Möglichkeiten zur Beschleunigung des erzwingbaren Einigungsstellenverfahrens, BB 1991, 613
- Bötticher*, Die Gleichheit vor dem Richter, Heft 16 (1961) der Hamburger Universitätsreden, wieder abgedruckt in: Bötticher, Gleichbehandlung und Waffengleichheit (1979)
- Brandl*, Koppelungsgeschäfte in der Rechtsordnung unter besonderer Berücksichtigung des Betriebsverfassungsrechts (2000)
- Brossette*, Der Zweck als Grenze der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, ZfA 1992, 379
- ders.*, Überstunden ohne Zustimmung des Betriebsrats?, Jura 1992, 253
- Butzke*, Beteiligung des Betriebsrats im Individualinteresse einzelner Arbeitnehmer, BB 1997, 2269
- Dannhäuser*, Die Unbeachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen, NZA 1989, 617
- Däubler/Kittner/Klebe*, Betriebsverfassungsgesetz, 10. Auflage (2006)
- Dieterich/Müller-Glöge/Preis/Schaub*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 6. Auflage (2006)
- Dietz*, Der Anspruch auf Abschluß und einer Betriebsvereinbarung nach § 56 BetrVG, in: Dietz/Hueck/Reinhardt (Hg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey (1955), S. 147
- Ebert*, Kosten der Einigungsstelle gemäß § 76a BetrVG, FA 1999, 182
- Eich*, Rechtsmißbräuchliche Nutzung von Mitbestimmungsrechten durch den Betriebsrat (Koppelungsgeschäfte), ZfA 1988, 93
- Engelen-Kefer*, Die Funktion juristischer Fachzeitschriften in sozialen Auseinandersetzungen am Beispiel „Arbeit und Recht“, AuR 1994, 208

- Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier (Fitting)*, Betriebsverfassungsgesetz, 23. Auflage (2006)
- Erman*, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage (2004)
- Federlin*, Verhandlungen über einen Interessenausgleich und den Abschluß eines Sozialplanes, ZfA 1988, 99
- Franzen*, Standortverlagerung und Arbeitskampf, ZfA 2005, 315
- Gentz*, Schutz gegen den Missbrauch (?) von Mitbestimmungsrechten, NZA 2004, 1011
- Germelmann/Matthes/Müller-Glöge/Prütting*, Arbeitsgerichtsgesetz, 5. Auflage (2004)
- Giese*, Einigungsstellenverfahren – Pausen bei Akkordentlohnung – Verfahrenskosten als Druckmittel, ZfA 1991, 53
- Girndt*, Fragwürdiger Fragebogen des ZAAR – Unternehmen sollen „Koppelungsgeschäfte“ des Betriebsrates melden, Mitbestimmung 2004, Heft 12, 8
- Hanau*, Denkschrift zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes, RdA 2001, 65
- ders.*, Die Entwicklung der Betriebsverfassung, NZA 1993, 817
- ders.*, Probleme der Ausübung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats, NZA 1985, Beil. 2, 3
- ders./Reitze*, Annexregelungen und Koppelungsgeschäfte bei der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, in: Hanau/Lorenz/Matthes (Hg.), Festschrift für Günter Wiese (1998), S. 149
- Heinze*, Inhalt und Grenzen betriebsverfassungsrechtlicher Rechte, ZfA 1988, 86
- Heither*, Die Sicherung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei geplanten Betriebsänderungen, in: Klebe/Wedde/Wolmerath (Hg.), Festschrift für Wolfgang Däubler (1999), S. 338
- Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock*, Betriebsverfassungsgesetz, 6. Auflage (2003)
- Heupgen*, Anspruch des Betriebsrats auf Unterlassung betriebsbedingter Kündigungen vor Einigung über einen Interessenausgleich und einen Sozialplan
Bemerkungen zum neuen § 113 III BetrVG, NZA 1997, 1271
- Kappes*, Mitbestimmung als Waffe?, DB 1997, 277
- Kieser/Walgenbach*, Organisation, 4. Auflage (2003)
- Klumpp*, Allgemeines Urlaubsrecht – Überblick, AR-Blattei SD 1640.1
- Konzen*, Betriebsverfassungsrechtliche Leistungspflichten des Arbeitgebers (1984)
- ders.*, Der Mißbrauch betrieblicher Beteiligungsrechts, in: Lieb/Noack/Westermann (Hg.), Festschrift für Wolfgang Zöllner (1998), S. 799
- ders.*, Die Präjudizialität rechtskräftiger arbeitsgerichtlicher Beschlüsse im nachfolgenden Individualprozeß, in: Bettermann/Löwisch/Otto/Schmidt (Hg.), Festschrift für Albrecht Zeuner (1994), S. 401

-
- Kraft/Wiese/Kreutz/Oetker/Raab/Weber/Franzen*, Gemeinschaftskommentar Betriebsverfassungsgesetz, 8. Auflage (2005)
- Küttner/Schmidt*, Einseitige Anordnung von Überstunden durch den Arbeitgeber im Arbeitskampf?, DB 1988, 704
- Loritz*, Sinn und Aufgabe der Mitbestimmung heute, ZfA 1991, 1
- Löwisch*, Änderungen der Betriebsverfassung durch das Betriebsverfassungs-Reformgesetz, BB 2001, 1790
- ders.*, Maßnahmen zur Vereinfachung und Beschleunigung im Arbeitsrecht, BB 2005, 2580
- ders./Krauß*, Arbeitsrecht und Strafrecht, in: Löwisch (Hg.), Arbeitskampf und Schlichtungsrecht (1997), S.436
- ders./Rieble*, Arbeitskampf I, AR-Blattei SD 170.1
- ders./Rieble*, TVG, 2. Auflage (2004)
- Natzel*, Hinzuziehung internen wie externen Sachverständigen nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, NZA 2001, 872
- Neef*, Die Neuregelung des Interessenausgleichs und ihre praktischen Folgen, NZA 1997, 65
- Oetker*, Die Hinzuziehung eines Beraters bei Betriebsänderungen – Der neue § 111 S. 2 BetrVG, NZA 2002, 465
- Otto*, Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Regelung von Dauer und Lage der Arbeitszeit, NZA 1992, 97
- Pawlowski*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Auslegung des § 242 BGB?, JZ 2002, 627
- Picot/Dietl/Franck*, Organisation, 4. Auflage (2005)
- Pouyadou*, Die Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Betriebsrat, (1978)
- Rebmann/Säcker/Rixecker*, Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Auflage (2001)
- Richardi*, Betriebsverfassung und Privatautonomie (1973)
- ders.*, BetrVG, 10. Auflage (2005)
- ders./Wlotzke*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Auflage (2000)
- Rieble*, Anmerkung zu BAG vom 3.5.1994 – 1 ABR 58/93 – EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 122
- ders.*, Arbeitsniederlegung zur Standorterhaltung, RdA 2005, 200
- ders.*, Kollektiver Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB, NZA 2005, 1
- ders./Klebeck*, Strafrechtliche Risiken der Betriebsratsarbeit, ZAAR Beiträge zum Arbeitsrecht 2 demnächst.
- Schiefer*, Kündigungsschutz und Unternehmerfreiheit – Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf die betriebliche Praxis, NZA 2002, 770

- Schmidt-Rimpler*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), S. 130
- Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 27. Auflage (2006)
- Schuppert*, Gemeinwohl, das – Oder: Über die Schwierigkeiten, dem Gemeinwohlbegriff Konturen zu verleihen, in: Schuppert/Neidhardt (Hg.), Gemeinwohl – Auf der Suche nach der Substanz (2002), S. 19
- Schwonberg*, Die einstweilige Verfügung des Arbeitgebers in Mitbestimmungsangelegenheiten im Rechtsschutzsystem der Betriebsverfassung (1997)
- Staudinger*, BGB (2005) § 242
- Stein/Jonas*, ZPO, 22. Auflage (2003)
- Treber*, Arbeitsrechtliche Neuerungen durch das „Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Arbeitsgerichtsgesetzes“, NZA 1998, 856
- v. Hoyningen-Huene*, Das Betriebsverhältnis, NZA 1989, 121
- ders.*, Mit dem Betriebsrat in die 90er Jahre, NZA 1991, 7
- ders.*, Die fehlerhafte Beteiligung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten – Rechtsfolgen und Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats, DB 1987, 1426
- ders.*, Betriebsverfassungsrecht, 5. Auflage (2002)
- Walker*, Die freie Unternehmerentscheidung im Arbeitsrecht, ZfA 2004, 501
- ders.*, Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsprozeß, ZfA 2005, 45
- Waltermann*, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie (1996)
- Wiese*, Der personale Gehalt des Arbeitsverhältnisses, ZfA 1996, 439
- ders.*, Individuum und Kollektiv im Betriebsverfassungsrecht, NZA 2006, 1
- ders.*, Schutz und Teilhabe als Zwecke notwendiger Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten und deren Rangverhältnis, ZfA 2000, 117
- Witt*, Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats und das Verbot des Rechtsmißbrauchs, BB 1986, 2194
- ders.*, Die betriebsverfassungsrechtliche Kooperationsmaxime und der Grundsatz von Treu und Glauben (1987)
- Worzalla*, Anm. zu BAG vom 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, SAE 2000, 153
- ders.*, Mitbestimmung des Betriebsrats in Eil- und Notfällen (1992)
- Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, 5. Auflage (1998)
- Zumbeck*, Die zulässige Koppelung von Vereinbarungen, AiB 2005, 288
- ders.*, Verhandeln im Pakt, Mitbestimmung 3/2005, 64