SONDERDRUCK

aus

Urheberrechte achten!

Hueck-Nipperdey-Dietz

Nachschlagewerk

des Bundesarbeitsgerichts

Arbeitsrechtliche Praxis

AP

Herausgegeben von
J.-H. Bauer · H.-J. Dörner · F. Hauck · H.-C. Matthes · H. Oetker

unter Mitwirkung von
G. Hueck · D. Neumann · H. Wiedemann

Schriftleitung
F. Hauck · H.-C. Matthes · R. Wank

Verlag C.H. Beck

(Nr. 160) BetrVG 1972 § 102; BGB § 139

BAG*

Für eine einzelvertragliche Erweiterung des dem Betriebsrat nach dem Betriebsverfassungsgesetz vor Ausspruch von Kündigungen zustehenden Beteiligungsrechts fehlt es an der erforderlichen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.

Bundesarbeitsgericht, 6. Senat
Urteil vom 23. 4. 2009 – 6 AZR 263/08
2. Instanz: Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Orientierungssätze Richterinnen und Richter des Bundesarbeitsgerichts

1. § 102 Abs. 6 BetrVG lässt Erweiterungen der Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Kündigungen nur durch Betriebsvereinbarung zu.

2. Aus dem einseitig zwingenden Charakter der Mitbestimmungsregelungen des Betriebsverfassungsgesetzes folgt nicht, dass eine Verbesserung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats durch Arbeitsvertrag möglich ist. Eine solche Befugnis der Arbeitsvertragsparteien widerspräche dem System der Betriebsverfassung.

3. Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien eine Erweiterung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Kündigungen als Gegenleistung für den Verzicht des Arbeitnehmers auf ihm zustehende Sonderzahlungen, so spricht viel dafür, dass die Vereinbarung ohne die Stärkung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats nicht geschlossen worden wäre und deshalb die Vereinbarung insgesamt nichtig ist.

Verhältnis zu bisheriger Rechtsprechung: Keine Angaben.

Die Parteien streiten darüber, welche Bedeutung ein einzelvertraglich vereinbartes Zustimmungserfordernis des Betriebsrats zur Kündigung für die Wirksamkeit einer von dem bekl. Insolvenzverwalter ohne diese Zustimmung erklärten betriebsbedingten Kündigung hat. 1

Der Kl. war bei der Schuldnerin bzw. deren Rechtsvorgängerin seit 1986 tätig. Insgesamt beschäftigte die Schuldnerin im Jahre 2006 19 Arbeitnehmer. Im Januar 2006 verständigten sich der Kl. und die Schuldnerin auf eine Vertragsänderung. Der nicht tarifgebundene Kl. verzichtete auf Ansprüche auf tarifliche Sonderzahlungen. Im Gegenzug wurden die Beteiligungsrechte des bei der Schuldnerin gebildeten einköpfigen Betriebsrats verstärkt. Die Vereinbarung vom 5. 1. 2006 bestimmte insoweit: 2

„5. Es besteht auch Einigkeit, dass für Kündigungen, die zu einem Ausscheiden im Jahre 2006 führen, die Zustimmung des Betriebsrates nach § 102 BetrVG erforderlich ist."

Am 1. 6. 2006 wurde über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet und der Bekl. zum Insolvenzverwalter bestellt. Mit Schreiben vom 15. 9. 2006 hörte dieser den Betriebsrat zu der Kündigung sämtlicher Arbeitsverhältnisse wegen einer zum 31. 12. 2006 beabsichtigten Einstellung des Betriebs an. Das Schreiben ging 3

* Für die BAGE bestimmt.

dem Betriebsrat am 19. 9. 2006 zu, der dazu keine Stellung nahm. Unter dem 27. 9. 2006 kündigte der Bekl. das Arbeitsverhältnis mit dem Kl. zum 31. 12. 2006. Gegen diese Kündigung wehrt sich der Kl. mit seiner am 16. 10. 2006 beim ArbG eingegangenen Klage. Die vom Bekl. mit Schreiben vom 25. 1. 2007 vorsorglich ausgesprochene betriebsbedingte Kündigung zum 30. 4. 2007 hat der Kl. mit Klagerweiterung vom 14. 2. 2007 angegriffen.

4 Der Kl. hat die Auffassung vertreten, die Kündigung vom 27. 9. 2006 sei unwirksam, weil es an der erforderlichen Zustimmung des Betriebsrats fehle. Gegen die vom Bekl. behauptete Betriebsstilllegungsabsicht spreche, dass noch kurz vor Jahresende 2006 Kettbäume eingelegt worden seien, woraus sich ein Arbeitsvolumen für sechs Monate ergebe.

5 Der Kl. hat – soweit in der Revision angefallen – beantragt festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 27. 9. 2006 nicht aufgelöst worden ist.

6 Der Bekl. vertritt zur Begründung seines Klagabweisungsantrages die Auffassung, er sei vor dem Ausspruch der Kündigung zum 31. 12. 2006 nicht mehr an die Vereinbarung vom 5. 1. 2006 über das Zustimmungserfordernis des Betriebsrats gebunden gewesen. Das Aufstellen der Kettbäume sei nicht von ihm veranlasst worden. Im Gegenteil habe er Weisung erteilt, nur noch Aufträge entgegen zu nehmen, die bis zum 31. 12. 2006 abgewickelt werden könnten.

7 Das ArbG hat die Kündigungsschutzklagen mit Versäumnisurteil vom 7. 5. 2007 abgewiesen und dieses auf den Einspruch des Kl. mit Urteil vom 11. 6. 2007 aufrechterhalten. Das LAG hat das Urteil des ArbG teilweise abgeändert, das Versäumnisurteil des ArbG teilweise aufgehoben und festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 27. 9. 2006 nicht aufgelöst worden ist, weil die Zustimmung des Betriebsrats fehle. Hinsichtlich der vorsorglichen Kündigung vom 25. 1. 2007 hat es das Versäumnisurteil des ArbG unter Zurückweisung der Berufung aufrecht erhalten. Die Revision hat das LAG nur für den Bekl. zugelassen.

8 In der Revision macht der Bekl. weiter geltend, die Kündigung vom 27. 9. 2006 sei wirksam. Die Revision hat Erfolg.

9 **Aus den Gründen:** Die in der Revision allein noch streitbefangene Kündigung vom 27. 9. 2006 ist nicht wegen fehlender Zustimmung des Betriebsrats unwirksam. Ziffer 5 des Änderungsvertrages vom 5. 1. 2006 ist nichtig. Auf der Grundlage des bislang festgestellten Sachverhalts kann der Senat nicht gemäß § 563 Abs. 3 ZPO selbst entscheiden, ob die Kündigung vom 27. 9. 2006 sozial gerechtfertigt ist. Das führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LAG (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

10 I. Die Schuldnerin und der Kl. konnten das dem bei der Schuldnerin gebildeten Betriebsrat bei Kündigungen zustehende Beteiligungsrecht nicht einzelvertraglich erweitern. Für eine einzelvertragliche Erweiterung des dem Betriebsrat nach dem Betriebsverfassungsgesetz vor Ausspruch von Kündigungen zustehenden Beteiligungsrechts fehlt die erforderliche gesetzliche Ermächti-

gungsgrundlage. Die Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes, die dem Betriebsrat Mitwirkungsrechte einräumen, sind Organisationsnormen, die in einem ausdifferenzierten System die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats grundsätzlich abschließend regeln. Eingriffe in dieses System bedürfen daher einer gesetzlichen Grundlage. Daran fehlt es für einzelvertragliche Erweiterungen des dem Betriebsrat vor Ausspruch von Kündigungen zustehenden Beteiligungsrechts (LAG Hamm 27. 10. 1975 – 5 Sa 755/75 – ARST 1978, 127; KR/*Etzel* 8. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 243a; *Rieble* AuR 1993, 39, 40; offengelassen von BAG 14. 2. 1978 – 1 AZR 76/76 – BAGE 30, 50, 57 = AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 58 sowie *Konzen* Gemeinsame Anm. zu BAG AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 57 – 59 zu I; vgl. allgemein zur rechtsgeschäftlichen Begründung eines Zustimmungserfordernisses für Kündigungen auch BAG 10. 11. 1994 – 2 AZR 207/94 – [II 1 der Gründe], AP KSchG 1969 § 9 Nr. 24 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 43).

1. § 102 Abs. 6 BetrVG eröffnet lediglich den Betriebspartnern **11**
die Möglichkeit, durch Betriebsvereinbarung festzulegen, dass Kündigungen der Zustimmung des Betriebsrats bedürfen und dass bei Meinungsverschiedenheiten über die Berechtigung der Nichterteilung der Zustimmung die Einigungsstelle entscheidet.

Soweit nach gefestigter Rechtsprechung des BAG das Erfordernis **12**
der Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung auch in einem Tarifvertrag vereinbart werden kann, findet sich die Rechtsgrundlage für einen solchen Eingriff der Tarifvertragsparteien in die Betriebsverfassung in § 1 Abs. 1, § 3 Abs. 2 TVG (BAG 10. 2. 1988 – 1 ABR 70/86 – BAGE 57, 317, 323ff. = AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 53; 21. 6. 2000 – 4 AZR 379/99 – BAGE 95, 124, 129 = AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 121).

2. Entgegen der Auffassung des Kl. folgt aus dem einseitig zwin- **13**
genden Charakter der Mitbestimmungsregelungen des Betriebsverfassungsgesetzes (vgl. BAG 10. 2. 1988 – 1 ABR 70/86 – BAGE 57, 317, 325 = AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 53) nicht, dass eine Erweiterung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats durch Arbeitsvertrag möglich sein müsse. Die Arbeitsvertragsparteien sind rechtlich nicht befugt, das Verhältnis der Betriebspartner untereinander zu regeln, unabhängig davon, ob die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats beschränkt oder erweitert werden sollen. Eine derartige Befugnis widerspräche dem System der Betriebsverfassung, die im Allgemeinen bipolar auf Arbeitgeber und Betriebsrat bezogen ist (*Richardi* in Richardi Betriebsverfassungsgesetz 11. Aufl. Einl. Rn. 87). Einzelvertragliche Vereinbarungen über die Erweiterung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats können zu einer unterschiedlichen Mitbestimmungsintensität in Bezug auf verschiedene Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen führen. Der Be-

triebsrat hat jedoch neben den Interessen des einzelnen Arbeitnehmers auch die Interessen der gesamten Belegschaft zu vertreten (vgl. BAG 17. 6. 2008 – 1 ABR 38/07 – Rn. 29, AP BetrVG 1972 § 99 Versetzung Nr. 47 = EzA BetrVG 2001 § 95 Nr. 8). Dies wäre ihm erschwert, wenn die Mitbestimmungsrechte von den Arbeitsvertragsparteien auf einzelne Arbeitnehmer zugeschnitten werden könnten. § 102 Abs. 6 BetrVG will lediglich die Praxis der Betriebspartner gesetzlich billigen, dem Betriebsrat durch freiwillige Betriebsvereinbarungen ein volles Mitbestimmungsrecht bei Kündigungen einzuräumen (Entwurf eines Betriebsverfassungsgesetzes vom 29. 1. 1971 BT-Drucks. VI 1786 S. 52). Dass auch einzelne Arbeitnehmer Einfluss auf das rechtliche Verhältnis der Betriebspartner zueinander nehmen können sollen, ergibt sich daraus gerade nicht.

14 3. Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass die Arbeitsvertragsparteien zu Gunsten des Arbeitnehmers von den Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes abweichen können (vgl. nur *v. Hoyningen-Huene/Linck* KSchG 14. Aufl. § 1 Rn. 11). Derartige Vereinbarungen wirken allein im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien auf individual-vertraglicher Ebene. Einzelvertragliche Erweiterungen der Beteiligungsrechte des Betriebsrats sollen ihre Wirkung dagegen auf kollektiv-rechtlicher Ebene entfalten. Sie sollen den individuellen Kündigungsschutz auf der kollektiven Ebene verfahrensmäßig absichern, indem sie die Beteiligungsrechte des Betriebsrats über § 102 BetrVG hinaus durch eine zusätzliche verfahrensmäßige Hürde verstärken (vgl. zu einer entsprechenden tarifvertraglichen Regelung BAG 21. 6. 2000 – 4 AZR 379/99 – BAGE 95, 124 = AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 121). Solche einzelvertraglichen Vereinbarungen widersprechen, wie ausgeführt, dem System des Betriebsverfassungsrechts.

15 4. Aufgrund der Nichtigkeit von Ziffer 5 der Vertragsänderung vom 5. 1. 2006 dürfte allerdings auch der in Ziffer 2 und 3 dieser Vereinbarung enthaltene Verzicht des Kl. auf Sonderzahlungen hinfällig sein. Nach § 139 BGB ist, wenn ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig ist, das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Maßgebend ist, welche Entscheidung die Parteien bei Kenntnis der Teilnichtigkeit nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten. In der Regel ist davon auszugehen, dass sie das objektiv Vernünftige gewollt und eine gesetzeskonforme Regelung angestrebt haben (BGH 17. 3. 2008 – II ZR 239/06 – Rn. 19, MDR 2008, 868). Es ist kaum anzunehmen, dass die Arbeitsvertragsparteien einen Verzicht des Kl. auf die ihm im Jahr 2006 zustehenden Sonderzahlungen vereinbart hätten, wenn dafür nicht als Gegenleistung die Beteiligungsrechte des Betriebsrats verstärkt worden wären. Letztlich braucht der Senat dies aber, da nicht Streitgegenstand, nicht zu entscheiden.

II. Ob die Kündigung vom 27. 9. 2006 sozial gerechtfertigt ist, kann der Senat auf der Grundlage der vom LAG getroffenen Feststellungen nicht beurteilen. 16

Das Urteil des LAG enthält keine ausreichenden Feststellungen zu den Voraussetzungen einer betriebsbedingten Kündigung wegen beabsichtigter Betriebsstilllegung zum 31. 12. 2006. Das ArbG hat in seinem vom LAG in Bezug genommenen Urteil festgestellt, die vom Bekl. behauptete Stilllegungsabsicht habe im Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung bereits greifbare Formen angenommen. Es hat dabei zutreffend auf das Angebot des Bekl. gegenüber der Verpächterin vom 15. 9. 2006, die Pachtverhältnisse über Betriebsgelände und Maschinen vorzeitig zum 31. 12. 2006 aufzuheben, sowie die Kündigung der Arbeitsverhältnisse aller 19 Arbeitnehmer der Schuldnerin mit Schreiben vom 27. 9. 2006 abgestellt. Das LAG hat sich jedoch – von seinem rechtlichen Standpunkt aus konsequent – bisher nicht mit dem Vortrag des Kl. auseinandergesetzt, der Bekl. habe jedenfalls nicht verhindert, dass noch Mitte Dezember 2006 sog. Kettbäume eingelegt worden seien, was für ein Arbeitsvolumen von sechs Monaten ausreiche. Zwar kommt es für die Beurteilung der sozialen Rechtfertigung auf den Zeitpunkt des Kündigungszugangs an. Das schließt jedoch nicht aus, dass die tatsächliche Entwicklung Rückschlüsse auf die Ernsthaftigkeit und Plausibilität der Prognose zulässt (vgl. BAG 27. 11. 2003 – 2 AZR 48/03 – BAGE 109, 40, 43 = AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 64). Aus diesem Grund kann der Vortrag des Kl. zum Einlegen der Kettbäume nicht vollkommen außer Betracht bleiben. Dessen Würdigung obliegt dem Tatsachengericht. 17

Anmerkung: I. Klare Kante

Der Sechste Senat hat einer arbeitsvertraglichen Klausel, nach der für Beendigungskündigungen „die Zustimmung des Betriebsrates nach § 102 BetrVG erforderlich ist" richtig und klar die Wirksamkeit abgesprochen. Bitter ist das deshalb, weil dieser vertragliche Kündigungsschutz Teil eines betrieblichen Bündnisses gewesen ist, welches nun scheiterte. Der Insolvenzverwalter kündigte ohne Zustimmung des Betriebsrats. Das vom Kl. erbrachte Opfer – Verzicht auf Sonderzahlungen – ist verpufft. Die erwartete Gegenleistung Arbeitsplatzschutz hat der Kl. nicht erhalten. Immerhin tröstet das Gericht den Kl. damit, dass auch jener Verzicht hinfällig sein dürfte. Das ist zwar nicht Streitgegenstand, aber gleichwohl schön – auch wenn die Anmeldung zur Tabelle wohl nur eine bescheidene Quote bringt.

Erstaunlich an diesem Fall ist das abweichende Urteil der zweiten Instanz, des LAG Düsseldorf (LAG vom 1. 2. 2008 – 9 Sa 1221/07 – ZIP 2008, 2328), das von der Wirksamkeit dieser Absprache aus-

gegangen ist, ohne das entscheidungserhebliche Problem überhaupt zu sehen. Dafür hat das LAG eine nachrangige Frage ins Zentrum der Überlegungen gestellt: Ob nämlich die Kündigungserleichterung des § 113 Abs. 1 InsO auch vertragliche Kündigungserschwerungen dergestalt ausschaltet, dass der Verwalter wirklich jeden Arbeitnehmer auf der Basis des KSchG mit einer Frist von höchstens drei Monaten kündigen kann.

II. Betriebsverfassungsrechtliche Seite

Vollkommen klar und richtig sagt das Gericht, dass betriebsverfassungsrechtliche Befugnisse des Betriebsrats nicht durch Arbeitsvertrag begründet oder erweitert werden können. Das liegt daran, dass die Betriebsverfassung nur durch normative Regeln verändert werden kann: Also durch betriebsverfassungsrechtliche Normen eines Tarifvertrags oder durch eine normativ wirkende Betriebsvereinbarung – so wie das § 102 Abs. 6 BetrVG selbst sagt.

Der Betriebsrat soll zwar – nach einer zweifelhaften Entscheidung des BAG – durch schuldrechtliche Regelungsabrede bloß schuldrechtliche Mitbestimmungsrechte begründen können – doch haben jene gerade keine Außenwirkung gegenüber dem Arbeitnehmer (BAG vom 14. 8. 2001 – 1 AZR 744/00 – AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 Regelungsabrede = NZA 2002, 342). Erst recht kann der Betriebsrat keine Arbeitnehmerrechte durch Vertrag zugunsten Dritter erzeugen – weil ihm hierfür die allgemeine rechtliche Handlungsfähigkeit fehlt (GK-BetrVG/*Kreutz* 8. Aufl. [2005] § 77 Rn. 175; *Diehn*, Rückkehrzusagen beim Betriebsübergang [2009] S. 43). Er kann in die Arbeitsverhältnisse nur mit den Regelungsinstrumenten des BetrVG hineinwirken. Die vereinzelte Gegenentscheidung des BAG (vom 31. 1. 1979 – 5 AZR 454/77 – AP Nr. 8 zu § 112 BetrVG 1972 BL.5; zustimmend *Henssler/Willemsen/Kalb/Gaul* 3. Aufl. [2008] § 77 BetrVG Rn. 24; ablehnend *Fitting* BetrVG, 24. Aufl. [2008] § 77 Rn. 36; *Worzalla* in: Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG 7. Aufl [2008] § 77 Rn. 33) ist greifbar falsch: Betriebsrat und Arbeitgeber können eben den leitenden Angestellten keine Sozialplanabfindung verschaffen, weil der Betriebsrat damit seine gesetzlich begrenzte Zuständigkeit überschritte (§ 5 Abs. 3 BetrVG) und ultra vires handelte. Das ist eben nicht verhandelbar (so auch *Richardi* BetrVG 11. Auflage [2008] § 77 Rn. 73).

Der Grund dafür liegt auch darin, dass die Betriebsverfassung grundsätzlich als geschlossenes System konzipiert ist. Eine Kompetenzerweiterung durch Arbeitsvertrag wiese dem Betriebsrat betriebsverfassungsrechtliche Aufgaben auch gegen dessen Willen zu. Das ist den Arbeitsvertragsparten verwehrt – weil ihre Privatautonomie nicht soweit reicht. Ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 102 Abs. 6 BetrVG drängt den Betriebsrat in eine personalwirtschaftliche Entlassungsverantwortung, die ihm das BetrVG mit gutem Grund nicht zumutet. Überdies muss der Arbeitgeber die

Möglichkeit haben, die fehlende Zustimmung beim ArbG ersetzen zu lassen (ErfK/*Kania* 9. Aufl. [2009] § 102 BetrVG Rn. 44; GK-BetrVG/*Raab* 8. Aufl. [2005] § 102 Rn. 209) – wer also das Zustimmungsrecht „verordnet", mutet dem Betriebsrat eine entsprechende Verfahrenslast zu.

Das ist derart einleuchtend, dass nicht ansatzweise zu verstehen ist, dass erst das BAG auf diesen Umstand hinweisen musste.

III. Arbeitsvertragliche Seite

Nur gestreift hat das BAG die arbeitsvertragliche Seite. Das ist misslich. Denn im Ausgangspunkt kann jedem Dritten ein Einfluss auf Bestand und Inhalt von Arbeitsverträgen eingeräumt werden: vor allem durch das Instrument der Drittleistungsbestimmung nach den §§ 317 ff BGB; ggf auch durch ein Zustimmungsrecht zu Kündigungen nach §§ 182 ff BGB. Auf den ersten Blick erstaunt, dass arbeitsvertraglich möglich scheint, was betriebsverfassungsrechtlich unzulässig ist.

Das liegt aber daran, dass der Dritte, dem eine rechtsgeschäftliche Einflussmöglichkeit eingeräumt wird, aus zivilrechtlicher Sicht keine Verantwortung erlangt und in keine Pflichtenstellung gezwängt wird. Verträge zu Lasten Dritter kennt das BGB nicht. § 319 BGB trägt dem unlustigen Dritten ausdrücklich Rechnung: Will der Dritte die Bestimmung nicht treffen, schreitet der Richter zur Ersatzleistungsbestimmung, § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB, es sei denn, der Entscheidungsmaßstab ist nicht justitiabel (freies Belieben), dann scheitert das Rechtsgeschäft, § 319 Abs 2 BGB (dazu eingehend *Staudinger/Rieble* [2009] § 319 Rn. 22 ff).

Das BAG hat in der Entscheidung „Mannheimer Morgen" sogar gemeint, dass man mit einem Redaktionsstatut auf arbeitsvertraglicher Basis ein eigenständiges Mitbestimmungssystem zugunsten eines „Redaktionsrats" auf arbeitsvertraglicher Basis installieren könnte – ohne dass dies eine nach dem BetrVG unzulässige Konkurrenzveranstaltung bedeute (BAG vom 19. 6. 2001 – 1 AZR 463/00 – AP Nr. 3 zu § 3 BetrVG 1972 = NZA 2002, 397, dazu Anmerkung *Auer* EzA § 118 BetrVG 1972 Nr. 73; *Franzen* SAE 2002, 281 ff.). Dort ging es gerade auch um die Bestellung und Abberufung von Redakteuren, so dass die hier zu besprechende Entscheidung mit etwas Mühewaltung doch noch runder geworden wäre.

Freilich: Auf solche Weise lassen sich nur privatrechtliche Redaktionsräte oder Kommissionen (Regelungsausschüsse) oder Naturpersonen beglücken – nicht aber der Betriebsrat als betriebsverfassungsrechtliches Organ. Denn zur Wahrnehmung von privatrechtlichen Regelungsbefugnissen bedarf es der Privatautonomie. Sie fehlt ihm. Der Betriebsrat ist weder umfassend außenrechtsfähig noch umfassend rechtsgeschäftsfähig; er ist nicht privatautonom le-

gitimiert. Seine funktional beschränkte Aktionsfähigkeit ist auf die Betriebsverfassung als Teil des kollektiven Arbeitsrechts beschränkt (BAG vom 29. 9. 2004 – 1 ABR 30/03 – NZA 2005, 125 = AP Nr. 81 zu § 40 BetrVG 1972 – keine Vertragsstrafe zugunsten des nicht vermögensfähigen Betriebsrats; BAG vom 24. 4. 1986 – 6 AZR 607/83 – AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Sozialeinrichtung = NZA 1987, 100: keine Kantinenträgerschaft durch Betriebsrat; *Richardi*, BetrVG, 11. Auflage [2008] Einleitung Rn. 116; GK-BetrVG/*Kraft* 8. Aufl. [2005] § 80 Rn. 27; ErfK/*Eisemann/Koch* 9. Aufl. [2009] § 1 BetrVG Rn. 17). Eben deswegen kann der Betriebsrat auch nie „Dritter" iSv § 317 BGB sein (*Staudinger/Rieble* [2009] § 317 Rn. 43, *derselbe* Qualifizierungstarifverträge, 2. BAG-FS [2004] 831, 851 ff.). Anders freilich hat das BAG noch 1959 entschieden (BAG vom 24. 9. 1959 – 2 AZR 28/57 – AP Nr. 11 zu § 611 BGB Akkordlohn mit Anm. *Nikisch* unter II.4.): Eine gemeinsame Leistungsbestimmung von Arbeitgeber und Betriebsrat sei als „Mischform" von Partei- und Drittleistungsbestimmung sei analog § 317 BGB zu behandeln. Und eben deswegen scheidet auch ein Zustimmungsrecht zur Kündigung nach § 182 Abs. 3 BGB aus. Aus demselben Grund – übrigens – kann der Betriebsrat keine tariflichen Ausschlussfristen für den Arbeitnehmer wahren, ja nicht einmal wenn er ausdrücklich bevollmächtigt wird. Ihm fehlt, was der Stellvertreter nach § 165 BGB braucht: eine zumindest beschränkte (Außen-)Geschäftsfähigkeit (*Löwisch/*TVG, 2 Auflage [2004] § 1 Rn. 749; anders *Wiedemann/Wank* TVG 7. Aufl. [2007] § 4 Rn. 840; *Krause* , Vereinbarte Ausschlussfristen (Teil 2), RdA 2004, 106 mwN).

IV. Insolvenzrechtliches Folgeproblem

Also: Hier im Fall ist alles klar. Der Arbeitsvertrag mit seinem Kündigungsschutzversuch geht ins Leere; der Arbeitnehmer schaut in die Röhre. Dementsprechend werden künftig Betriebsräte darauf achten, solche Zustimmungsrechte durch Betriebsvereinbarung zu vereinbaren – gerade im vorinsolvenzlichen Bündnis für Standorterhalt. Und dann kommt es auf die vom LAG Düsseldorf entschiedene Frage an: Schützt § 113 InsO vor dem Zustimmungserfordernis?

Eben dies hat das BAG schon (obiter) verneint (BAG vom 19. 1. 2000 – 4 AZR 911/98) und ein tarifliches Zustimmungsrecht des Betriebsrats auch gegenüber dem Verwalter greifen lassen – ein solches Zustimmungsrecht könne zwar wie eine zeitlich befristete Kündigungssperre wirken, doch sei dies lediglich Reflex des Zustimmungsrechtes. Lustigerweise hat das BAG in jenem Fall aber eine ergänzende Tarifauslegung vorgenommen, wonach der Tarifvertrag mit seinen Kündigungserschwerungen unter dem Titel „Beschäftigungssicherung" doch nur „für das ‚lebende Unternehmen' abgeschlossen worden sei", weswegen – oh Wunder – bei der vom Insolvenzverwalter vorgenommen Betriebsstillegung nun doch alles

klar gehe. Auch wenn in der Mathematik die Multiplikation zweier negativer Zahlen eine positive ergibt, wenden sich zwei juristische Verrenkungen nicht zum Positiven. Das zweite ist eine die Tarifautonomie verletzende ergänzende Tarifauslegung (statt vieler *Wiedemann/Wank* § 1 Rn. 1038). Hätten die Tarifparteien die Geltung ihres Tarifvertrages für Betriebsstillegungen ausschließen wollen, hätten sie das schon selbst geregelt. Dass sie das nicht getan haben, könnte ja auch daran liegen, dass der Ergänzungstarifvertrag keinen Sonderanreiz zur dann einfacheren Betriebsstillegung gegenüber der tariflich erschwerten Sanierung schaffen sollte.

Das wiederum lenkt den Blick darauf, dass auch schon die erste Aussage angreifbar ist: Ein betriebsverfassungsrechtliches Zustimmungserfordernis regelt zwar in der Tat unmittelbar weder die Unkündbarkeit noch die Länge der Kündigungsfrist, sondern hindert einfach nur den Arbeitgeber – also auch den Verwalter – am Ausspruch der Kündigung, nicht anders als sonstiger Sonderkündigungsschutz mit Zustimmungserfordernis von Integrationsamt oder Gewerbeaufsicht (BAG vom 19. 1. 2000 – 4 AZR 911/98 – [II 2] juris Rn. 34). Das kann man auch anders sehen, weil die Norm – auch im Interesse derjenigen Arbeitnehmer, deren Arbeitsplatz erhalten werden soll – eine Kündigungsmöglichkeit garantiert und die Masse vor Aufzehrung durch Annahmeverzugsentgelt bewahrt. Hätte das BAG recht, könnte der Betriebsrat den Verwalter in die Masselosigkeit treiben – und so die sonderkündigungsgeschützten Arbeitnehmer eben doch wieder – entgegen dem InsO-Konzept – zu bevorrechtigten Gläubigern machen. Bis Arbeitsgerichte im Beschlussverfahren über eine Zustimmungsersetzung rechtskräftig entschieden haben, sind Jahre vergangen.

Damit wird zugleich das besondere beschleunigende insolvenzarbeitsrechtliche Beschlussverfahren nach § 126 InsO ausgehebelt: Dieses Verfahren soll gerade die Masse vor einer Vielzahl langwieriger Individualkündigungsschutzprozesse und dem damit verbundenen Annahmeverzugsentgeltrisiko schützen und die Sanierungschancen auch im Arbeitnehmerinteresse erhöhen (eingehend *Rieble*, Das insolvenzarbeitsrechtliche Beschlussverfahren des § 126 InsO, NZA 2007, 1393). Der Betriebsrat wird sogar beteiligt, Abs. 2! Ein Zustimmungsrecht nach § 102 Abs. 6 BetrVG verschaffte dem Betriebsrat ein gegenüber § 126 InsO nicht zu rechtfertigendes Vetorecht!

Deswegen muss der gegenüber der tariflichen Unkündbarkeit schwächere Zustimmungsschutz „erst recht" weichen (so MünchKommInsO/*Löwisch/Caspers*, 2. Auflage [2008] § 113 Rn. 18; *Kübler/Prütting/Bork/Moll* [1999] § 113 Rn. 46; aA ErfK/*Müller-Glöge* 9. Aufl. [2009] § 113 InsO Rn. 10; HeidelbergerKomm-InsO/*Linck*, 5. Aufl. [2008], § 113 Rn. 16; *Zwanziger*, Das Arbeits-

recht der InsO, 3. Aufl. [2006] § 113 Rn. 20). Dass gesetzliche (!) Zustimmungsrechte auch in der Insolvenz greifen, ist kein Argument. § 113 InsO wendet sich von vornherein nur gegen (kollektiv-)vertragliche Kündigungserschwerungen.

Man sieht: Arbeitsrecht ist schwierig. Manchmal tut Dogmatik gut! Und macht Spaß.

Prof. Dr. Volker *Rieble*, München