

Vertretung des Betriebsrats und Vertrauensschutz des Arbeitgebers bei fehlender Vertretungsmacht

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte
der Universität Passau

vorgelegt von
Michael Geltl

aus
Freising

Gutachter und Tag der Disputation:

Erstgutachter: Prof. Dr. Frank Bayreuther

Zweitgutachter: Prof. Dr. Rainer Sieg

Tag der Disputation: 21.06.2022

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	VII
Literaturverzeichnis.....	VIII
§ 1 Betriebsratsfehler als Arbeitgeberrisiko	1
A. Willensbildung und Willenserklärung des Betriebsrats	1
B. Das Arbeitgeberrisiko	2
C. Ziel der Untersuchung	5
§ 2 Organe und Vertreter des Betriebsrats.....	7
A. Der Betriebsratsvorsitzende	7
I. Rechtsstellung des Betriebsratsvorsitzenden	7
II. Umfang der Aktivvertretungsmacht, § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG	9
1. Im Rahmen der Beschlüsse des Betriebsrats	9
a. Entstehungsgeschichte	9
b. Normzweck	10
c. Zwingender Charakter.....	11
2. Entscheidungsspielraum beim Vollzug der Beschlüsse	12
a. Zulässiger Umfang des Entscheidungsspielraums	12
aa. Kein selbständiges Entscheidungsrecht.....	13
bb. Unselbständiges Entscheidungsrecht	14
b. Rechtliche Konstruktion des Entscheidungsspielraums	15
aa. Meinungsstand.....	15
bb. Stellungnahme	16
B. Der stellvertretender Betriebsratsvorsitzenden.....	17
I. Verhinderung des Betriebsratsvorsitzenden	17
II. Umfang der Vertretungsmacht	18
C. Vertretung durch sonstige Betriebsratsmitglieder.....	19
I. Zulässigkeit	19
II. Umfang der Vertretungsmacht	20
D. Vertretung durch alle Betriebsratsmitglieder.....	21
E. Einköpfiger Betriebsrat.....	22

§ 3 Betriebsratsvertretung ohne Vertretungsmacht	25
A. Ursachen für das Fehlen der Vertretungsmacht.....	25
I. Nicht zur Vertretung befugte Person	25
1. Handeln des Betriebsratsvorsitzenden trotz Verhinderung	25
2. Handeln des stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden ohne Verhinderung des Betriebsratsvorsitzenden	26
3. Vertretung durch sonstige Betriebsratsmitglieder ohne Vollmacht.....	26
II. Fehlender Betriebsratsbeschluss	26
1. Vollständig fehlender Beschluss	26
2. Inhaltlich nicht entsprechender Beschluss	27
III. Nichtiger Betriebsratsbeschluss.....	29
1. Materielle Mängel.....	29
2. Formelle Mängel.....	30
a. Zuständigkeit.....	30
b. Verfahren.....	31
c. Form.....	31
B. Rechtsfolgen fehlender Vertretungsmacht.....	32
I. Schwebende Unwirksamkeit.....	32
II. Genehmigung.....	33
1. Gegenstand der Genehmigung.....	33
a. Beschluss des Betriebsrats?.....	33
b. Rechtsgeschäft des Betriebsratsvorsitzenden.....	34
2. Voraussetzungen der Genehmigung.....	34
a. Meinungsstand	35
b. Stellungnahme.....	35
3. Wirkung der Genehmigung.....	37
a. Rückwirkung nur bei Verträgen?.....	37
b. Ausnahmen von der Rückwirkung.....	38
III. Rechtsfolgen für den Betriebsratsvorsitzenden	39
1. Abberufung und Ausschluss aus dem Betriebsrat.....	39
2. Haftung auf Schadensersatz.....	39

a. § 280 Abs. 1 BGB	39
b. § 179 Abs. 1 BGB	40
aa. Meinungsstand	40
bb. Stellungnahme	41
c. §§ 823 ff. BGB	41
§ 4 Vertrauensschutz bei Geschäftsführungsbeschlüssen	43
A. Keine Schutzwürdigkeit des Arbeitgebers?	43
I. Ansicht eines Teils der Literatur	43
II. Stellungnahme	44
B. Lösungsversuche auf Beschlussebene	46
I. Einschränkung der Beschlussnichtigkeit nach § 19 BetrVG analog	46
1. Lösungsvorschlag von Klevemann	46
2. Ansicht der herrschenden Meinung	47
3. Stellungnahme	49
II. Einschränkung der Beschlussnichtigkeit nach § 44 VwVfG	50
1. Lösungsvorschlag von Oetker	50
2. Stellungnahme	51
III. Einschränkung der Nichtigkeitsfolgen nach der Lehre vom fehlerhaften Dauer- schuldverhältnis	52
1. Lösungsvorschlag von Perwitz und Heinze	53
2. Stellungnahme	53
C. Lösungsversuche auf Vertretungsebene	54
I. Rechtsprechung des BAG	54
1. § 102 BetrVG und § 17 II 2 KSchG	54
2. §§ 103 und 99 BetrVG	56
3. § 104 BetrVG	57
4. Rechtsprechung des BAG im Übrigen	58
5. Stellungnahme	58
II. Verallgemeinerung der Rechtsprechung des BAG	61
1. Ansicht eines Teils der Literatur (große Sphärentheorie)	61
2. Ansicht des LAG Hamm	62

3. Stellungnahme	63
III. Lehre von der Vertrauenshaftung	64
1. Ansicht der herrschenden Literatur	64
2. Stellungnahme	65
D. Eigener Lösungsvorschlag	68
I. Lehre von der Vertrauenshaftung	69
1. Rechtsscheinhaftung	69
a. Scheinbeschluss.....	69
aa. Objektiver Rechtsscheintatbestand	70
(1) Rechtsscheintatbestände der §§ 170–172 BGB	70
(a) § 170 BGB analog	71
(b) § 171 BGB analog	71
(c) § 172 BGB analog	72
(2) Duldungsbeschluss.....	73
(3) Anscheinsbeschluss.....	73
bb. Zurechenbarkeit.....	74
(1) Zurechnungsvoraussetzungen	75
(2) Adressat der Zurechnungsvoraussetzungen	76
cc. Schutzwürdigkeit des Arbeitgebers	77
b. Scheinvollmacht.....	78
c. Scheingenehmigung	78
2. Vertrauenshaftung kraft widersprüchlichen Verhaltens	79
3. Fazit	82
II. Absoluter Gutgläubensschutz	83
1. Dogmatische Grundlage	83
2. Rechtsvergleichung – Rechtslage in Österreich	84
3. Voraussetzungen	86
a. Handeln des Betriebsratsvorsitzender	86
b. Handeln des stellvertretender Betriebsratsvorsitzender.....	86
c. Vertretung durch sonstige Betriebsratsmitglieder	87
d. Gutgläubigkeit des Arbeitgebers.....	87

aa. Sorgfaltsmaßstab.....	87
bb. Nachforschungspflicht	88
4. Rechtsfolgen	89
a. Normativer Teil einer Betriebsvereinbarung	89
b. Disponibilität des Vertrauensschutzes?	91
c. Haftung aus § 179 Abs. 1 BGB?	92
§ 5 Vertrauensschutz bei Organisationsakten	93
A. Wahl des Betriebsratsvorsitzenden.....	93
I. Meinungsstand	94
1. BAG	94
2. Literatur	95
II. Stellungnahme	96
III. Vertrauensschutz.....	99
B. Ausschüsse des Betriebsrats nach §§ 27 und 28 Abs. 1 BetrVG	100
I. Betriebsausschuss, § 27 BetrVG	100
II. Weitere Ausschüsse, § 28 Abs. 1 BetrVG	100
III. Ausschussaufgaben	101
IV. Fehlerquellen	102
1. Errichtung des Ausschusses	102
2. Wahl der Ausschussmitglieder	103
3. Aufgabendelegation	104
V. Meinungsstand	104
1. BAG	104
2. Literatur	105
VI. Stellungnahme	106
VII. Vertrauensschutz	108
§ 6 Zusammenfassung.....	112

Abkürzungsverzeichnis

Die gebrauchten Abkürzungen entsprechend der üblichen Umgangssprache bzw. den einschlägigen Benennungen bei Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Auflage 2021.

Literaturverzeichnis

Literatur und Rechtsprechung sind bis Januar 2022 berücksichtigt.

Ascheid, Reiner/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Kündigungsrecht – Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 6. Auflage (2021), zitiert als: *APS/Bearbeiter*.

Bachof, Otto, Anmerkung zu BGH vom 12.2.1951, DÖV 1951, S. 274 ff.

Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus J., Handelsgesetzbuch, 40. Auflage (2021), zitiert als: *Baumbach/Hopt/Bearbeiter*.

Beck-online.Großkommentar zum Zivilrecht, hrsg. von Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz und Christoph Reymann, Stand: 1.8.2021, zitiert als: *BeckOGK/Bearbeiter*.

Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, hrsg. von Christian Rolfs, Richard Giesen, Ralf Kreikebohm, Miriam Meßling und Peter Udsching, 62. Edition (Stand: 1.12.2021), zitiert als: *BeckOK ArbR/Bearbeiter*.

Beck'scher Online-Kommentar BGB, hrsg. von Wolfgang Hau und Roman Poseck, 60. Edition (Stand: 1.8.2021), zitiert als: *BeckOK BGB/Bearbeiter*.

Belling, Detlev W., Die Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen (1990), zitiert als: *Belling, Haftung*.

Bergwitz, Christoph, Die Rechtsstellung des Betriebsrats (2003), zitiert als: *Bergwitz, Rechtsstellung*.

Besgen, Nicolai, Besonderheiten des Zustimmungseretzungsverfahrens nach § 103 BetrVG, NZA 2011, S. 133 ff.

Blomeyer, Wolfgang, Zur Problematik formloser betrieblicher Einigungen, BB 1969, S. 101 ff.

Bork, Reinhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Auflage (2016), zitiert als: *Bork*, BGB AT.

Brecht, Hans, Die Vertretung des Betriebsrats durch einzelne oder mehrere seiner Mitglieder, BB 1954, S. 840 ff.

Buchner, Herbert, „Ordnungsmäßigkeit der Anhörung“ i. S. § 102 BetrVG trotz fehlender Anhörung?, DB 1976, S. 532 ff.

ders., Anmerkung zu BAG vom 2.4.1976 EzA Nr. 21 zu § 102 BetrVG 1972.

Bulla, Werner, Anmerkung zu BAG 1.6.1976 AP Nr. 1 zu § 28 BetrVG 1972.

Canaris, Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1971), zitiert als: *Canaris*, Vertrauenshaftung.

ders., Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft (2000), Band I, S. 129 ff., zitiert als: *Canaris*, FG 50 Jahre BGH.

ders., Handelsrecht, 24. Auflage (2006), zitiert als: *Canaris*, Handelsrecht.

Däubler, Wolfgang/Klebe, Thomas/Wedde, Peter (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung und EBR-Gesetz, 17. Auflage (2020), zitiert als: *DKW/Bearbeiter*.

Dietz, Rolf, Anscheinsvollmacht des Betriebsratsvorsitzenden, RdA 1968, S. 439 ff.

Dominik, Daniel, Verfahrensfehler bei der Beschlussfassung des Betriebsrats (2018), zitiert als: *Dominik*, Verfahrensfehler.

Düwell, Franz Josef (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 5. Auflage (2018), zitiert als: *Düwell/Bearbeiter*.

Eich, Rolf-Achim, Das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG, DB 1975, S. 1603 ff.

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, hrsg. von Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis und Ingrid Schmidt, 22. Auflage (2022), zitiert als: *ErfK/Bearbeiter*.

Erman, Walter (Begr.), BGB Handkommentar, hrsg. von Barbara Grunewald, Georg Meier-Reimer und Harm Peter Westermann, Band I, §§ 1–758, AGG, UKlaG, 16. Auflage (2020), zitiert als: *Erman/Bearbeiter*.

Fitting, Karl (Begr.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 30. Auflage (2020), zitiert als: *Fitting*.

Flatow, Georg/Kahn-Freund, Otto, Betriebsrätegesetz, 13. Auflage (1931), zitiert als: *Flatow/Kahn-Freund*, BRG.

Flume, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage (1979), zitiert als: *Flume*, BGB AT.

Fuß, Ernst-Werner, Die Überschreitung des Wirkungskreises juristischer Personen des öffentlichen Rechts, DÖV 1956, S. 566 ff.

Galperin, Hans/Löwisch, Manfred, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Band I, Organisation der Betriebsverfassung, §§ 1–73 und Wahlordnung, 6. Auflage (1982), zitiert als: *Galperin/Löwisch*.

Gamillscheg, Franz, Kollektives Arbeitsrecht, Band II, Betriebsverfassung (2008), zitiert als:
Gamillscheg, KollArbR II.

Gast, Wolfgang, Anmerkung zu BAG 28.9.1983 AP Nr. 1 zu § 21 BetrVG 1972.

Gaul, Björn/Brungs, Mario, Das rechtliche Schicksal einer Betriebsvereinbarung bei fehlerhafter Beschlussfassung des Betriebsrats, ArbRB 2019, S. 47 ff.

Gemeinschaftskommentar Betriebsverfassungsgesetz, von Günther Wiese, Peter Kreutz, Hartmut Oetker, Thomas Raab, Christoph Weber, Martin Franzen, Martin Gutzeit, Mathias Jacobs und Claudia Schubert, Band I: §§ 1–73b mit Wahlordnung und EBRG, 12. Auflage (2022), zitiert als: *GK/Bearbeiter*.

Gemeinschaftskommentar Betriebsverfassungsgesetz, von Günther Wiese, Peter Kreutz, Hartmut Oetker, Thomas Raab, Christoph Weber, Martin Franzen, Martin Gutzeit, Mathias Jacobs und Claudia Schubert, Band II, §§ 74–132, 12. Auflage (2022), zitiert als: *GK/Bearbeiter*.

Gemeinschaftskommentar Betriebsverfassungsgesetz, von Günther Wiese, Peter Kreutz, Hartmut Oetker, Thomas Raab, Christoph Weber, Martin Franzen, Martin Gutzeit, und Mathias Jacobs, Band I, §§ 1–73b mit Wahlordnung und EBRG, 11. Auflage (2018), zitiert als: *GK/Bearbeiter*, 11. Auflage.

Griese, Thomas, Neuere Tendenzen bei der Anhörung des Betriebsrats vor Kündigungen, BB 1990, S. 1899 ff.

Grillberger, Konrad, Eine Betriebsrats-Cafeteria, DRdA 1991, S. 158 ff.

Grosjean, Sascha R., Die Rechtsprechung zur formellen (Un-)Wirksamkeit von Betriebsratsbeschlüssen, NZA-RR 2005, S. 113 ff.

Hanau, Peter/Reitze, Serge, Die Wirksamkeit von Sprüchen der Einigungsstelle, Festschrift für Alfons Kraft (1998), S. 167 ff., zitiert als: *Hanau/Reitze*, FS Kraft.

Heinze, Meinhard, Wirksamkeitsvoraussetzungen von Betriebsratsbeschlüssen und Folgen fehlerhafter Beschlüsse, DB 1973, S. 2089 ff.

Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 9. Auflage (2020), zitiert als: *HWK/Bearbeiter*.

Herschel, Wilhelm, Die Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden, RdA 1959, S. 81 ff.

Hess, Harald/Worzalla, Michael/Glock, Dirk/Nicolai, Andrea/Rose, Franz-Josef/Huke, Kristina, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 10. Auflage (2018), zitiert als: *HWGN-RH/Bearbeiter*.

Hoyningen-Huene, Gerrick v., Drittbeziehungen in der Betriebsverfassung, RdA 1992, 355, 356.

Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank, Arbeitsrecht, Band 2, Kollektivarbeitsrecht + Arbeitsstreitigkeiten, 8. Auflage (2020), zitiert als: *Hromadka/Maschmann*, ArbR 2.

Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 2. Band, Kollektives Arbeitsrecht, 2. Halbband, 7. Auflage (1970), zitiert als: *Hueck/Nipperdey*, ArbR II/2.

Hueck, Götz, Bote – Stellvertreter im Willen – Stellvertreter in der Erklärung, AcP Band 152 (1952/1953).

Jabornegg, Peter/Resch, Reinhard/Födermayr, Barbara, ArbVG – Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz, 62. Ergänzungslieferung (Stand: 1.4.2021), zitiert als: *Jabornegg/Resch/Födermayr/Bearbeiter*.

Kaskel, Walter/Dersch, Hermann, Arbeitsrecht, 4. Auflage (1932), zitiert als: *Kaskel/Dersch*, ArbR.

Klevemann, Joachim, Anmerkung zu BAG 28.4.1988 EZA Nr. 1 zu § 29 BetrVG 1972.

Köhler, Helmut, BGB Allgemeiner Teil, 45. Auflage (2021), zitiert als: *Köhler*, BGB AT.

Krampe, Jörg, Die Anfechtbarkeit der Wahl des Betriebsratsvorsitzenden (2006), zitiert als: *Krampe*, Anfechtbarkeit.

Lembke, Mark, Fehlerhafte Betriebsratsbeschlüsse und deren Folgen in der Praxis, NZA 2021, S. 1665 ff.

Linsenmaier, Wolfgang, Non volenti fit iniura – Beschlussverfahren ohne Betriebsratsbeschluss, Festschrift für Hellmut Wissmann (2005), S. 378 ff., zitiert als: *Linsenmaier*, FS Wissmann.

Mansfeld, Werner, Betriebsrätegesetz, 3. Auflage (1930), zitiert als: *Mansfeld*, BRG.

Marhold, Franz, Vertrauensschutz des Betriebsinhaber bei einer Kompetenzübertragung nach § 114 ArbVG, DRdA 2013, S. 403 ff.

Mathy, Thomas, Die Wirksamkeit ungedeckter Vertretungsakte des Betriebsratsvorsitzenden, DRdA 2021, S. 381 ff.

Medicus, Dieter/Petersen, Jens, Bürgerliches Recht, 28. Auflage (2021), zitiert als: *Medicus/Petersen*, BR.

Miersch, Stefan, Die Rechtsfolgen mitbestimmungswidriger Maßnahmen für das Arbeitsverhältnis (1998), zitiert als: *Miersch*, Rechtsfolgen.

Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, hrsg. von Heinrich Kiel, Stefan Lunk und Hartmut Oetker, Band 3, Kollektives Arbeitsrecht I, 4. Auflage (2019), zitiert als: MünchArbR/*Bearbeiter*.

Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, hrsg. von Heinrich Kiel, Stefan Lunk und Hartmut Oetker, Band 4, Kollektives Arbeitsrecht II, 4. Auflage (2019), zitiert als: MünchArbR/*Bearbeiter*.

Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, hrsg. von Reinhard Richardi, Otfried Wlotzke, Hellmut Wißmann und Hartmut Oetker, Band 2, Kollektivarbeitsrecht/Sonderformen, 3. Auflage (2009), zitiert als: MünchArbR/*Bearbeiter*, 3. Auflage.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg, Band 1, §§ 1–240 BGB, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 9. Auflage (2021), zitiert als: MüKoBGB/*Bearbeiter*.

Nause, Helmut, Sphärentheorie und Rechtsschein – „Vertrauensschutz“ der Arbeitgeberin bei §§ 102, 103 BetrVG, Festschrift für Gerhard Etzel (2011), S. 271 ff., zitiert als: *Nause*, FS Etzel.

Neumann-Duesberg, Horst, Betriebsverfassungsrecht (1960), zitiert als: *Neumann-Duesberg*, BetrVR.

Neumayr, Matthias/Reissner, Gert-Peter (Hrsg.), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, 3. Auflage (2018), zitiert als: *Neumayr/Reissner/Bearbeiter*, Zellkomm.

Neuner, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Auflage (2020), zitiert als: *Neuner*, BGB AT.

Oetker, Hartmut, Der nichtige Betriebsratsbeschluß, BIStSozArbR 1984, S. 129 ff.

Grüneberg, Christian et al., Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 81. Auflage (2022), zitiert als: *Grüneberg/Bearbeiter*.

Perwitz, Hans, Anfechtung und Nichtigkeit von Betriebsratsbeschlüssen (1965), zitiert als: *Perwitz, Anfechtung*.

Preis, Ulrich/Greiner, Stefan, Arbeitsrecht, Kollektivarbeitsrecht – Lehrbuch für Studium und Praxis, 5. Auflage (2019), zitiert als: *Preis/Greiner, KollArbR*.

Reitze, Serge, Der Betriebsratsbeschluß (1998), zitiert als: *Reitze, Betriebsratsbeschluss*.

ders., Rückwirkende „Billigung“ unwirksamer oder fehlender Entscheidungen des Betriebsrats, NZA 2002, S. 492 ff.

Richardi, Reinhard (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 17. Auflage (2022), zitiert als: *Richardi/Bearbeiter*.

ders., Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder – Besprechung des Urteils des BGH v. 25.10.2012 – III ZR 266/11, RdA 2013, 317 f.

Richardi, Reinhard/Bayreuther, Frank, Kollektives Arbeitsrecht, 4. Auflage (2018), zitiert: *Richardi/Bayreuther, KollArbR*.

Rieble, Volker, Delegation an den Gesamt- oder Konzernbetriebsrat, RdA 2005, S. 26 ff.

Sabel, Anton, Das Deutsche Betriebsverfassungsgesetz, RdA 1952, S. 281 ff.

Säcker, Franz Jürgen, Die Regelung sozialer Angelegenheiten im Spannungsfeld zwischen tariflicher und betriebsverfassungsrechtlicher Normsetzungsbefugnis, ZfA 1972, Sonderheft S. 41 ff

Schaub, Günter (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Auflage (2021), zitiert als: Schaub ArbR-HdB/Bearbeiter.

Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter (Hrsg.), Verwaltungsrecht VwVfg, Band III und IV (Stand: Juli 2020), zitiert als: Schoch/Schneider/Bearbeiter.

Schönhöft, Andreas/Kessenich, Florian, Rechtsscheintatbestände nach Beauftragung des Gesamtbetriebsrats zum Anschluss einer Betriebsvereinbarung, NZA-RR 2017, S. 1 ff.

Schuckardt, Dieter, Der Betriebsratsbeschuß (1965), zitiert als: *Schuckardt*, Betriebsratsbeschluss.

Schulze, Marc-Oliver/Mensing, Simon, Anforderungen an Betriebsratsbeschlüsse, ArbRAktuell 2021, S. 599 ff.

Schuster, Doris-Maria/Schunder, Maximilian Luca, Betriebsratshaftung – nach 100 Jahren noch alles beim Alten?, NZA 2020, S. 92 ff.

Schwarze, Roland, Das Risiko der Betriebsverfassungswidrigkeit, RdA 2019, S. 1 ff.

Soergel, Hans Theodor (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, Allgemeiner Teil 2, §§ 104–240, 13. Auflage (1999), zitiert als: Soergel/Bearbeiter.

Staudinger, Julius von (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 21–79 (Vereine), Neubearbeitung (2019), zitiert als: Staudinger/Bearbeiter.

Staudinger, Julius von (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 164–240 (Stellvertretung, Zustimmung, Fristen, Verjährung, Selbsthilfe, Sicherheitsleistung), Neubearbeitung (2019), zitiert als: Staudinger/Bearbeiter.

Stege, Dieter/Weinspach, Friedrich/Schiefer, Bernd, Betriebsverfassungsgesetz, 9. Auflage (2002), zitiert als: *Stege/Weinspach/Schiefer*.

Stelkens, Paul (Begr.)/Bonk, Heinz Joachim (Begr.)/Sachs, Michael, Verwaltungsverfahrensgesetz, hrsg. von Michael Sachs und Heribert Schmitz, 9. Auflage (2018), zitiert als: *Stelkens/Bonk/Sachs/Bearbeiter*.

Stoffels, Markus/Lembke, Mark, Betriebsverfassungsrecht, 7. Auflage (2020), zitiert als: *Stoffels/Lembke, BetrVR*.

Südkamp, Stephan, Interne Fehler bei Willenserklärungen des Betriebsrats (1989), zitiert als: *Südkamp, Fehler*.

Tillmanns, Christoph, Fehler bei der Beschlussfassung des Betriebsrats – eine Bestandsaufnahme, Festschrift 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht (2020), S. 745 ff., zitiert als: *Tillmanns, FS 100 Jahre BetrVR*.

Uelhoff, Klaus-Dieter, Die Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden (1963), zitiert als: *Uelhoff, Vertretungsmacht*.

Veit, Barbara, Die funktionelle Zuständigkeit des Betriebsrats (1998), zitiert als: *Veit, Zuständigkeit*.

Van Venrooy, Gerd J., Anmerkung zu BAG 23.8.1984 AP Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972.

Weber, Hansjörg, Die Rechtsfolgen von Amtspflichtverletzungen des Betriebsrats und seiner Mitglieder, DB 1992, S. 2135 ff.

Weiss, Manfred/Weyand, Joachim, Betriebsverfassungsgesetz, 3. Auflage (1994), zitiert als: *Weiss/Weyand*.

Wiebauer, Bernd, Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung (2010),
zitiert als: *Wiebauer*, Sicherung.

Wiese, Günther, Zum Verzicht auf Befugnisse nach dem Betriebsverfassungsgesetz, RdA
1968, S. 455 ff.

Witt, Carsten, Die betriebsverfassungsrechtliche Kooperationsmaxime und der Grundsatz von
Treu und Glauben (1987), zitiert als: *Witt*, Kooperationsmaxime.

Wlotzke, Otfried/Preis, Ulrich/Kreft, Burghard (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 4. Auflage
(2009), zitiert als: *WPK/Bearbeiter*.

§ 1 Betriebsratsfehler als Arbeitgeberrisiko

A. Willensbildung und Willenserklärung des Betriebsrats

Erklärungen des Betriebsrats liegt ein zweistufiges Verfahren zugrunde¹: Zunächst bildet der Betriebsrat seinen Willen über einen bestimmten Gegenstand durch Beschluss (§ 33 BetrVG). Anschließend vollzieht der Betriebsratsvorsitzende diesen Beschluss, indem er für den Betriebsrat den Willen nach außen kundgibt (§ 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG).

Aus der Wendung „im Rahmen der von ihm gefassten Beschlüsse“ in § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG wird einhellig gefolgert, dass die Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden bei der Vollziehung von Betriebsratsbeschlüssen vom Vorhandensein eines inhaltlich entsprechenden Betriebsratsbeschlusses abhängig ist.² Fehlt ein solcher Beschluss, sei es, dass er vom Betriebsrat gar nicht gefasst wurde, sei es, dass er zwar gefasst wurde, aber aufgrund eines Gesetzesverstoßes nichtig ist, handelt der Vorsitzende ohne Vertretungsmacht mit der Folge, dass dem Betriebsrat die Erklärung des Betriebsratsvorsitzenden nach § 177 Abs. 1 BGB nicht zuzurechnen ist.³

Für den Betriebsrat ist dies vorteilhaft: Sein Interesse, nur solche Erklärungen gegen sich gelten zu lassen, die auf einer ordnungsgemäßen Willensbildung in Form eines wirksamen Betriebsratsbeschlusses beruhen, wird optimal geschützt.

Für den Arbeitgeber dagegen ist diese Rechtslage denkbar ungünstig. Er kann sich auf die Erklärungen des Betriebsratsvorsitzenden nicht verlassen, da er stets befürchten muss, dass diesen kein wirksamer Beschluss zugrunde liegt. Andererseits muss er sich aber auf die Erklä-

¹ BAG 24.4.1979, AP Nr. 1 zu § 87 LPVG Berlin; GK/Raab, § 33 Rn. 43; Reitze, Betriebsratsbeschluss, S. 2.

² BAG 10.10.2007, AP Nr. 17 zu § 26 BetrVG 1972; BAG 21.2.2002, NJOZ 2003, 1631, 1634; GK/Raab, § 26 Rn. 31; Fitting, § 26 Rn. 24; Richardi/Thüsing, § 26 Rn. 34–35; ErfK/Koch, BetrVG § 26 Rn. 2; MünchArbR/Krois, § 293 Rn. 20; HWK/Reichold, BetrVG § 26 Rn. 9.

³ BAG 9.12.2014, NZA 2015, 368, 369; BAG 10.10.2007, AP Nr. 17 zu § 26 BetrVG 1972; MünchArbR/Krois, § 293 Rn. 22; Richardi/Thüsing, § 26 Rn. 47; BeckOK ArbR/Mauer, BetrVG § 26 Rn. 6; HWK/Reichold, BetrVG § 26 Rn. 9.

rungen verlassen können, weil von ihnen unter Umständen die Wirksamkeit seiner mitbestimmungspflichtigen Handlungen abhängen.

B. Das Arbeitgeberrisiko

So ist beispielsweise eine vom Arbeitgeber vor Ablauf der Anhörungsfrist ausgesprochene Kündigung nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG unwirksam, wenn die vermeintliche Stellungnahme des Betriebsrats im Rahmen der Anhörung nicht von einem wirksamen Betriebsratsbeschluss gedeckt ist.⁴

Wie sich aus § 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG ergibt, ist eine Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochen, wenn zum Zeitpunkt der Abgabe der Kündigungserklärung das Anhörungsverfahren noch nicht beendet war.⁵ Beendet ist das Anhörungsverfahren, wenn entweder die Anhörungsfrist des § 102 Abs. 2 S. 1 bzw. S. 3 BetrVG abgelaufen oder dem Arbeitgeber eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats zugegangen ist⁶.

Erfolgt die abschließende Stellungnahme des Betriebsrats aufgrund eines Betriebsratsfehlers ohne Vertretungsmacht, ist die Erklärung dem Betriebsrat nach §§ 180, 177 Abs. 1 BGB nicht zurechenbar mit der Folge, dass auch das Anhörungsverfahren noch nicht beendet ist.⁷ Eine im Vertrauen auf die Erklärung vor Ablauf der Anhörungsfrist ausgesprochene Kündigung ist dann „ohne Anhörung“ erfolgt. Dem Arbeitgeber droht ein verlorener Kündigungsschutzprozess und Annahmeverzugslohn des Arbeitnehmers.

Gleiches gilt für eine Kündigung nach § 103 BetrVG. Möchte der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer aus dem in § 103 Abs. 1 BetrVG genannten Personenkreis außerordentlich kündigen, benötigt er nach dieser Vorschrift die Zustimmung des Betriebsrats. Verweigert der Betriebsrat die Zustimmung, muss der Arbeitgeber die Zustimmung nach § 103 Abs. 2 BetrVG vom Arbeitsgericht ersetzen lassen.

⁴ Ergebnis der gesetzlichen Regelung ohne Berücksichtigung der Sphärentheorie das BAG; zu dieser § 4 C. I. 1. (S. 52–54).

⁵ Richardi/*Thüsing*, § 102 Rn. 122; HWGNRH/*Huke*, § 102 Rn. 95 f.

⁶ Das steht zwar nicht explizit im Gesetz, ergibt sich aber daraus, dass die Fristen des § 102 Abs. 2 BetrVG keine Mindest-, sondern Höchstfristen sind, BAG 2.4.1976, AP Nr. 9 zu § 102 BetrVG 1972; BAG 24.3.1977, NJW 1978, 122, 123; APS/*Koch*, BetrVG § 102 Rn. 135; ErfK/*Kania*, BetrVG § 102 Rn. 25; BeckOK ArbR/*Mauer*, BetrVG § 102 Rn. 18.

⁷ *Buchner*, DB 1976, 532, 534; *ders.* Anm. zu BAG 2.4.1976, EzA Nr. 21 zu § 102 BetrVG 1972.

Liegt keine Zustimmung des Betriebsrats vor und wurde diese auch nicht ersetzt, ist die Kündigung unwirksam.⁸ Dieser Fall tritt ein, wenn ein entsprechender Betriebsratsbeschluss nicht gefasst wurde oder nichtig ist und deshalb dem Betriebsrat die Zustimmung des Betriebsratsvorsitzenden wegen § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG nicht zugerechnet werden kann, der Arbeitgeber aber im Vertrauen auf die vermeintliche Zustimmung die Kündigung ausspricht. Auch hier droht ein verlorener Kündigungsschutzprozess und Annahmeverzugslohn.

Wegen dieses Risikos wird dem Arbeitgeber in der Literatur sogar empfohlen, vorsorglich das Zustimmungsersetzungsverfahren einzuleiten.⁹ Aber selbst dann, so die Literatur, bestünde noch ein Risiko: Stelle das Arbeitsgericht später fest, es habe doch ein wirksamer Betriebsratsbeschluss vorgelegen, wäre es für den Ausspruch der Kündigung viel zu spät (nicht mehr „unverzüglich“).¹⁰

Auf eine Zustimmung ist der Arbeitgeber auch bei den in § 99 Abs. 1 BetrVG genannten personellen Einzelmaßnahmen angewiesen. Nach § 99 Abs. 2 BetrVG kann der Betriebsrat unter Umständen die Zustimmung verweigern. Der Arbeitgeber muss sodann, will er die personelle Maßnahme trotzdem durchführen, die Zustimmung nach § 99 Abs. 4 BetrVG gerichtlich ersetzen lassen.

Stimmt nun der Betriebsrat einer Einstellung zu und stellt sich nach Einstellung des Arbeitnehmers heraus, dass die Zustimmung aufgrund eines Betriebsratsfehlers unwirksam ist, dann besteht für den Arbeitgeber das Risiko, dass er zur Lohnzahlung verpflichtet ist, aber keine Arbeitsleistung erhält. Denn einerseits ist der Arbeitsvertrag trotz Verletzung des Mitbestimmungsrechts wirksam¹¹; andererseits kann ihm nach § 101 BetrVG untersagt werden, den Arbeitnehmer zu beschäftigen¹².

Doch hilft im Rahmen des § 99 BetrVG dem Arbeitgeber immerhin der Umstand, dass Betriebsratsfehler durch Fristablauf nach § 99 Abs. 3 S. 2 BetrVG „geheilt“ werden. Die dem

⁸ BAG 1.12.1977, AP Nr. 11 zu § 103 BetrVG 1972; BAG 22.8.1974, AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG 1972; Richardi/Thüsing, § 103 Rn. 55; Fitting, § 103 Rn. 24.

⁹ Besgen, NZA 2011, 133, 134 f.

¹⁰ Besgen, NZA 2011, 133, 135.

¹¹ H.M., BAG 5.4.2001, AP Nr. 32 zu § 99 BetrVG 1972; BAG 2.7.1980, AP Nr. 5 zu § 101 BetrVG 1972; Richardi/Thüsing, § 99 Rn. 329; Fitting, § 99 Rn. 278; DKW/Bachner, § 99 Rn. 250; HWK/Ricken, BetrVG § 99 Rn. 95.

¹² Richardi/Thüsing, § 99 Rn. 330; DKW/Bachner, § 99 Rn. 250; HWK/Ricken, BetrVG § 99 Rn. 95.

Betriebsrat wegen § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG aufgrund eines Betriebsratsfehlers nicht zurechenbare Zustimmung ist wie Schweigen des Betriebsrats zu behandeln mit der Folge, dass die Zustimmung als erteilt gilt.¹³

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG unterliegt die Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen, der Mitbestimmung des Betriebsrats.

Hat der Arbeitgeber im Vertrauen auf die erfolgte Beteiligung des Betriebsrats in entsprechende Geräte oder Software investiert, droht ihm ein finanzieller Schaden, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der Betriebsrat aufgrund eines Betriebsratsfehlers nicht wirksam beteiligt wurde. Kommt es in der Folge zu keiner Einigung mit dem Betriebsrat und scheitert der Arbeitgeber auch vor der Einigungsstelle, dann erweist sich die Investition als nutzlos.

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterliegen Fragen der betrieblichen Lohngestaltung der Mitbestimmung des Betriebsrats.

Führt der Arbeitgeber freiwillige Sonderzahlungen ein, hat der Betriebsrat hinsichtlich der Aufstellung der Verteilungsgrundsätze mitzubestimmen.¹⁴ Ist die hierüber abgeschlossene Betriebsvereinbarung wegen eines nichtigen Betriebsratsbeschlusses unwirksam, kann dies zu einer finanziellen Mehrbelastung des Arbeitgebers führen, wenn der Arbeitgeber im Vertrauen auf die vermeintlich wirksame Betriebsvereinbarung bereits gezahlt hat, es aber später zu einer Einigung oder einem Einigungsstellenspruch mit anderen Verteilungsgrundsätzen kommt.¹⁵

Erhebliche Auswirkung für den Arbeitgeber kann eine unwirksame ablösende Betriebsvereinbarung haben.

Das LAG Düsseldorf musste über die Wirksamkeit einer Betriebsvereinbarung befinden, welche zur Sicherung des Standorts abgeschlossen wurde und mit der verschiedene bis dahin

¹³ BAG 3.8.1999, AP Nr. 7 zu § 25 BetrVG 1972; *Fitting*, § 99 Rn. 273a; MünchArbR/Lunk, § 340 Rn. 85; DKW/Bachner, § 99 Rn. 179.

¹⁴ *Stoffels/Lembke*, BetrVR, § 14 Rn. 144 f.; *Fitting*, § 87 Rn. 438; ErfK/*Kania*, BetrVG § 87 Rn. 110;

¹⁵ *Stoffels/Lembke*, BetrVR, § 14 Rn. 151.

geltende Betriebsvereinbarungen abgelöst werden sollten.¹⁶ Weil der Erklärung des Betriebsratsvorsitzenden kein Betriebsratsbeschluss zugrunde lag, war nach Meinung des LAG Düsseldorf die ablösende Betriebsvereinbarung unwirksam. Ein solcher Sachverhalt, sollte er nicht alsbald bemerkt werden, hat ein erhebliches Schadenspotential für den Arbeitgeber.

Von einem Teil der Literatur wird in diesem Zusammenhang auch auf ein für den Arbeitgeber bestehendes Schadensrisiko im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung verwiesen.¹⁷ Werde durch eine ablösende Betriebsvereinbarung verschlechternd in Versorgungsversprechen eingegriffen und sei diese Betriebsvereinbarung aufgrund eines Betriebsratsfehlers unwirksam, bleibe die Unwirksamkeit der Ablösung der alten Versorgungsordnung womöglich für lange Zeit („Jahrzehnte“) unerkannt. Für den Arbeitgeber könne dies, so die Literatur, existenzbedrohend sein.

Das LAG Hamm¹⁸ und das LAG Nürnberg¹⁹ haben sich in Verfahren auf Zahlung eines Nachteilsausgleichs nach § 113 Abs. 3 BetrVG die Frage gestellt, wie es sich auswirkt, wenn der Betriebsratsvertreter ohne Betriebsratsbeschluss und damit ohne Vertretungsmacht einen Interessenausgleich (§ 112 Abs. 1 S. 1 BetrVG) unterzeichnet hat. Hat der Arbeitgeber, der davon nichts wusste und vom Zustandekommen des Interessenausgleichs ausgegangen ist, in dieser Situation einen Interessenausgleich ausreichend „versucht“ i.S.d. § 113 Abs. 3 BetrVG oder schuldet er betroffenen Arbeitnehmern Nachteilsausgleich?²⁰

C. Ziel der Untersuchung

¹⁶ LAG Düsseldorf 27.04.2018 – 10 TaBV 64/17, BeckRS 2018, 12934.

¹⁷ Auch zum Folgenden *Gaul/Brungs*, ArbRB 2019, 47, 48, unter Verweis auf BAG 24.5.2006, NZA 2006, 1364; zu dieser Entscheidung auch *Dominik*, Verfahrensfehler, S. 2.

¹⁸ LAG Hamm 4.12.2013 – 4 Sa 530/13, BeckRS 2014, 68801.

¹⁹ LAG Nürnberg 10.12.2014 – 2 Sa 379/14, BeckRS 2015, 66522.

²⁰ Das LAG Hamm (Fn. 18) hat die Frage dahingestellt sein lassen, weil der Arbeitgeber jedenfalls nach dem Grundsatz des Vertrauensschutzes so zu behandeln sei, als ob er einen Interessenausgleich ausreichend versucht habe. Anders das LAG Nürnberg (Fn. 19), das der Meinung ist, der Abschluss eines vermeintlich wirksamen Interessenausgleichs sei bereits ein ausreichender „Versuch“; kritisch dazu *Richardi/Annufß*, § 113 Rn. 30.

Diese Beispiele²¹ lassen erkennen, dass der Arbeitgeber über § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG letztlich das Risiko interner Mängel bei der Willensbildung des Betriebsrats trägt²². Mängel bei der Willensbildung des Betriebsrats führen zu fehlender Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden, was wiederum zu mitbestimmungswidrigen Handlungen des Arbeitgebers führt.

Da der Fehler aus dem Verantwortungsbereich des Betriebsrats stammt, ist dieses Ergebnis alles andere als einleuchtend und erscheint nicht sachgerecht²³; vor allem dann nicht, wenn der Arbeitgeber den Mangel der Vertretungsmacht weder verursacht hat, noch Kenntnis davon besitzt oder besitzen muss.

Es stellt sich deshalb bei dieser gesetzlichen Ausgangslage die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen das Vertrauen des Arbeitgebers auf verbindliche Erklärungen Betriebsrats geschützt ist (dazu §§ 4 und 5). Präjudiziell für diese Frage ist erstens, wie Erklärungen des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitgeber generell zustande kommen, d.h. durch welche Personen und unter welchen Voraussetzungen die Beschlüsse des Betriebsrats vollzogen werden (dazu § 2); sowie zweitens, wann diese Erklärungen aufgrund fehlender Vertretungsmacht unwirksam und also dem Betriebsrat nicht zurechenbar sind und welche Rechtsfolgen dies nach sich zieht (dazu § 3).

²¹ Weitere Auswirkungen unwirksamer Betriebsratsbeschlüsse bei *Tillmanns*, FS 100 Jahre BetrVR, 745, 747 f.

²² *Schwarze*, RdA 2019, 1, 8; *Wiebauer*, Sicherung, S. 69 Rn. 133.

²³ *Wiebauer*, Sicherung, S. 69 Rn. 133: „grob unbillig“.

§ 2 Organe und Vertreter des Betriebsrats

A. Der Betriebsratsvorsitzende

I. Rechtsstellung des Betriebsratsvorsitzenden

Der Betriebsratsvorsitzende ist das Vertretungsorgan des Betriebsrats.²⁴ Der Betriebsrat ist im Rahmen seines betriebsverfassungsrechtlichen Wirkungskreises – wozu namentlich die Wahrnehmung der Beteiligungsrechte zählt²⁵ – ein teilrechtsfähiges Rechtssubjekt.²⁶ Als solches, also als juristisches Kunstprodukt ist er natürlicher Handlungen nicht fähig. Erklärungen kann der Betriebsrat selbst deshalb nicht abgeben²⁷, erst sein rechtsgeschäftlich bestelltes Organ ermöglicht ihm am Rechtsverkehr teilzunehmen²⁸. Die Erklärungen des Betriebsratsvor-

²⁴ *Krampe*, Anfechtbarkeit, S. 75; *Bulla*, Anm. zu BAG 1.6.1976, AP Nr. 1 zu § 28 BetrVG 1972; wohl auch *HWK/Reichhold*, BetrVG § 26 Rn. 9; *Uelhoff*, Vertretungsmacht, S. 94 f., der aber auf S. 14 davon ausgeht, dass der Vorsitzende zugleich Vertreter in der Erklärung ist; *Herschel*, RdA 1959, 81, 82 f., der aber die nähere Begründung einer gesonderten Untersuchung vorbehält.

²⁵ Dafür kommt es nicht auf die strittige Frage an, ob Träger der Beteiligungsrechte die Arbeitnehmer sind bzw. die Belegschaft (so *Gamillscheg*, KollArbR II, S. 103; *Bergwitz*, Rechtsstellung, S. 232; *Belling*, Haftung, S. 109 ff. m.w.N.) oder richtigerweise der Betriebsrat als solches (so *Richardi/Richardi*, Einl. Rn. 109; v. *Hoyningen-Huene*, RdA 1992, 355, 356; *Stoffels/Lembke*, BetrVR, § 9 Rn. 4); denn auch nach erstgenannter Ansicht handelt der Betriebsrat bei Wahrnehmung der Beteiligungsrechte im eigenen Namen und soll sich dessen Rechtssubjektivität aus seiner Wahrnehmungszuständigkeit ergeben (*Belling*, Haftung, S. 218 ff.; dagegen zu Recht *Veit*, Zuständigkeit, S. 121 ff.).

²⁶ BAG 29.9.2004, NZA 2005, 123, 124; BAG 9.12.1997, NZA 1998, 661, 663; *Richardi/Richardi*, Einl. Rn. 108; *GK/Franzen*, § 1 Rn. 73; *GK/Wiese*, Einl. Rn. 105; *DKW/Wedde*, Einl. Rn. 142; *Gamillscheg*, KollArbR II, S. 107; *Stoffels/Lembke*, BetrVR, § 9 Rn. 7; *Veit*, Zuständigkeit, S. 129 f.; *Belling*, Haftung, S. 222 f.; *Weber*, DB 1992, 2135, 2136, lehnt Teilrechtsfähigkeit ab und bejaht (volle) Rechtsfähigkeit; vgl. auch BGH NZA 2012, 1382, 1383 f., der die partielle Rechtsfähigkeit des Betriebsrats im Rechtsverkehr mit Dritten bejaht; a.A. noch *Hueck/Nipperdey*, ArbR II/2, S. 1085, wonach dem Betriebsrat keinerlei Rechtsfähigkeit zukomme und Träger sämtlicher Rechte, die das BetrVG gewähre, allein die Belegschaft sei.

²⁷ Weshalb Botenschaft ausscheidet. Nach §§ 133, 157 BGB – die nicht nur für den Inhalt der Willenserklärung gelten, sondern auch für die Frage, ob überhaupt der Tatbestand der Willenserklärung vorliegt (*Soergel/Hefermehl*, vor § 116 Rn. 17), wozu auch die Person des Erklärenden zählt (*Bork*, BGB AT, Rn. 1345) – liegt aus objektiver Empfängersicht eine Erklärung des Betriebsratsvorsitzenden und nicht des physischer Handlungen nicht fähigen Betriebsrats vor.

²⁸ Weshalb gesetzliche Vertretung ausscheidet. Dort ist der Vertreter kein denknwendiges Element der Teilnahme am Rechtsverkehr. Wenn beispielsweise Eltern ihre Kinder vertreten (§§ 1626, 1629 BGB), dann nicht deshalb, weil das Kind prinzipiell unfähig wäre, eine rechtsgeschäftliche Erklärung abzugeben; als natürliche Person kann es das sehr wohl. Die gesetzlich angeordnete Vertretung dient hier vielmehr im Wesentlichen dem Schutz des minderjährigen Kindes vor den Gefahren des Rechtsverkehrs (*Köhler*, BGB AT, § 11 Rn. 2).

sitzenden in Vollziehung der Betriebsratsbeschlüsse werden dem Betriebsrat dabei nicht bloß als fremdes Handeln zugerechnet²⁹, sondern sind als dessen Eigenhandeln anzusehen³⁰.

Die herrschende Meinung bezeichnet den Betriebsratsvorsitzenden demgegenüber als „Vertreter in der Erklärung“.³¹ Dies ergebe sich aus der in § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG besonders ausgestalteten Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden, wonach dieser den Betriebsrat nur im Rahmen bereits gefasster Beschlüsse vertreten könne.³² Anders als dem „normalen“ Vertreter, der den Vertretenen sowohl hinsichtlich der rechtsgeschäftlichen Willensbildung als auch hinsichtlich der Erklärung des Willens vertrete, sei dem Vorsitzenden allein letzteres vorbehalten; die Sachentscheidung selbst treffe stets der Betriebsrat durch Beschluss. Andererseits sei der Vorsitzende aber auch nicht bloß Bote, da er eine eigene Erklärung abgebe und nicht nur eine fremde überbringe.³³ Diese Zwischenstellung möchte die herrschende Meinung mit der Figur der Vertretung in der Erklärung erfassen.

Die Charakterisierung des Betriebsratsvorsitzenden als „Vertreter in der Erklärung“ ist richtigerweise abzulehnen, soweit damit mehr verbunden sein soll als eine bloße Umschreibung der besonders ausgestalteten Vertretungsmacht.³⁴ Neben Stellvertretung und Botenschaft ist weder Raum noch Bedürfnis für eine weitere Form des Handelns für Dritte.³⁵ Zudem kann die Figur eines „Vertreters in der Erklärung“ ohnehin nur die Aktivvertretung nach § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG erfassen, während sie bei der Passivvertretung nach § 26 Abs. 2 S. 2 BetrVG völlig verfehlt ist; warum aber der Betriebsratsvorsitzende bei Abgabe von Erklärungen eine

²⁹ So die Vertretertheorie, BeckOK BGB/*Schöpflin*, § 21 Rn. 14; Staudinger/Schwennicke, § 26 Rn. 18 m.w.N.

³⁰ So die Organtheorie, BeckOK BGB/*Schöpflin*, § 21 Rn. 15; Staudinger/Schwennicke, § 26 Rn. 19 m.w.N.

³¹ BAG 19.3.2003, AP Nr. 77 zu § 40 BetrVG 1972; BAG 21.2.2002, NJOZ 2003, 1631, 1634; BAG 17.2.1981, AP Nr. 11 zu § 112 BetrVG 1972; Richardi/*Thüsing*, § 26 Rn. 34–35; ErfK/*Koch*, BetrVG § 26 Rn. 2; *Fitting*, § 26 Rn. 22; HWGNRH/*Glock*, § 26 Rn. 32; DKW/*Wedde*, § 26 Rn. 17; WPK/*Kreft*, § 26 Rn. 14 (Rn. 15: „Vertreter in der Willenskonkretisierung“); *Hromadka/Maschmann*, ArbR 2, § 16 Rn. 195; *Preis/Greiner*, KollArbR, Rn. 1916; so auch die Gesetzesbegründung zum BetrVG 1952, vgl. *Sabel*, RdA 1952, 281, 286.

³² BAG 19.3.2003, AP Nr. 77 zu § 40 BetrVG 1972; BAG 17.2.1981, AP Nr. 11 zu § 112 BetrVG 1972.

³³ BAG 19.3.2003, AP Nr. 77 zu § 40 BetrVG 1972; Richardi/*Thüsing*, § 26 Rn. 34–35.

³⁴ Ablehnend auch GK/*Raab*, § 26 Rn. 31 f., wonach der Betriebsratsvorsitzende gesetzlicher Vertreter sein soll; ebenso MünchArbR/*Krois*, § 293 Rn. 20; *Stoffels/Lembke*, BetrVR, § 10 Rn. 2; *Linsenmaier*, FS Wissmann, 378, 380; für gesetzliche Vertretung auch BAG 10.10.2007, NZA 2008, 369, 371; gegen die Rechtsfigur des Vertreters in der Erklärung allgemein G. *Hueck*, AcP Bd. 152, 432, 443 ff.

³⁵ GK/*Raab*, § 26 Rn. 32.

andere Rechtsstellung haben soll als bei deren Entgegennahme, erschließt sich nicht, beruht doch die Vertretungsmacht in beiden Fällen auf § 26 Abs. 2 BetrVG. Unabhängig davon wird die Qualifizierung des Betriebsratsvorsitzenden als „Vertreter in der Erklärung“ der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit des Betriebsrats nicht gerecht.

Unterschiedliche Ergebnisse sind mit der Streitfrage jedoch nicht verbunden, weil nach beiden Ansichten auf das Handeln des Betriebsratsvorsitzenden nach § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG die §§ 164 ff. BGB entsprechend anzuwenden sind.³⁶

II. Umfang der Aktivvertretungsmacht, § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG

Der Umfang der Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden ergibt sich aus § 26 Abs. 2 BetrVG. Die Passivvertretung nach § 26 Abs. 2 S. 2 BetrVG weist hierbei keine betriebsverfassungsrechtlichen Besonderheiten auf. Dagegen ist die aktive Vertretungsmacht nach § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG speziell ausgestaltet; sie ist inhaltlich nicht typisiert, sondern von Beschlüssen des Betriebsrats abhängig.

1. Im Rahmen der Beschlüsse des Betriebsrats

a. Entstehungsgeschichte

Die Vorgängernorm des § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG im Betriebsrätegesetz³⁷ war § 28 BRG 1920, der folgenden Wortlaut hatte: „Der Vorsitzende oder sein Stellvertreter sind zur Vertretung des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitgeber, den Schlichtungseinrichtungen und den Arbeitsgerichtsbehörden befugt.“

³⁶ GK/Raab, § 26 Rn. 32; zur Anwendbarkeit der §§ 164 ff. BGB auf das Handeln von Organen MüKoBGB/Schubert, § 164 Rn. 30; Bork, BGB AT, Rn. 1433.

³⁷ Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920, RGBl. 147.

Die Auslegung dieser Vorschrift war umstritten:

Nach einem Teil der Literatur sollte jede Erklärung des Vorsitzenden für den Betriebsrat bindend sein, auch wenn dieser damit intern seine Befugnisse überschreite.³⁸

Ein anderer Teil der Literatur ging dagegen schon damals davon aus, dass der Vorsitzende an die Beschlüsse des Betriebsrats gebunden sei.³⁹ Seine Vertretungsmacht setze einen wirksamen Betriebsratsbeschluss voraus, so diese Meinung, denn es widerspreche dem Grundgedanken des Betriebsrats als einer Gesamtvertretung, wenn der Vorsitzende über die Rechte der Gesamtheit wirksam verfügen könne.

Der Meinungsstreit wurde schließlich durch § 27 Abs. 2 BetrVG 1952, der mit § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG im Wortlaut identisch ist, zugunsten der letztgenannten Ansicht entschieden. Durch die neu aufgenommene Formulierung „im Rahmen der von ihm gefassten Beschlüsse“ wollte der Gesetzgeber klarstellen, dass der Betriebsratsvorsitzende den Betriebsrat nicht im Willen, sondern nur in der Erklärung vertrete.⁴⁰

b. Normzweck

Der Normzweck des § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG ist zweifach:

Zum einen dient er der Handlungsfähigkeit des Betriebsrats: Der Betriebsrat als rechtlich verfasste Einheit braucht ein Organ das für ihn Erklärungen abgibt.⁴¹

Zum anderen sichert § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG das demokratische Prinzip der Betriebsverfassung⁴²: Alle Entscheidungen sollen vom gewählten Betriebsrat getroffen und vom Vorsitzenden lediglich erklärt werden. Der Vorsitzende soll sich nicht zum „Führer“ des Betriebsrats aufschwingen und anstelle des Betriebsrats handeln können. Genau das wäre aber der Fall,

³⁸ *Kaskel/Dersch*, ArbR, S. 340 Fn. 1.

³⁹ *Flatow/Kahn-Freund*, BRG, § 28 Anm. 1; *Mansfeld*, BRG, § 28 2. a).

⁴⁰ Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit vom 8.7.1952, BT-Drs. I/3585, S. 7; *Uelhoff*, Vertretungsmacht, S. 70; *Linsenmaier*, FS Wissmann, 378, 381 f.; *Richardi/Thüsing*, § 26 Rn. 34–35.

⁴¹ *Linsenmaier*, FS Wissmann, 387, 382 f.; *Uelhoff*, Vertretungsmacht, S. 16 f.; *HWK/Reichold*, BetrVG § 26 Rn. 2.

⁴² *Uelhoff*, Vertretungsmacht, S. 6 f.

besäße er auch ohne Betriebsratsbeschluss die Rechtsmacht, verbindliche Erklärungen für den Betriebsrat abzugeben.⁴³

c. Zwingender Charakter

Ausgehend von dieser Zwecksetzung ergibt sich, dass § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG zwingender Natur ist, also weder beschränkt noch erweitert werden kann.

Ausgeschlossen ist eine Erweiterung der Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden dergestalt, dass er an Stelle des Betriebsrats selbständig Entscheidungen treffen und für diesen ohne einen vorherigen Beschluss verbindlich handeln kann.⁴⁴ Dem steht der Normzweck des § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG, die Sicherung des demokratischen Prinzips, entgegen. Des weiteren wäre eine solche Rechtsmacht des Vorsitzenden auch damit unvereinbar, dass es sich bei den betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben um pflichtgebundene Befugnisse handelt, auf die der Betriebsrat nicht verzichten kann⁴⁵. Der Sache nach würde es sich aber um einen solchen unzulässigen Verzicht handeln, wenn der Betriebsrat seine Aufgaben auf den Vorsitzenden delegierte. Eine Erweiterung des Umfangs der Vertretungsmacht des Vorsitzenden durch Geschäftsordnung (§ 36 BetrVG) oder im Wege einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht wäre unwirksam.

Aber auch eine Beschränkung der Vertretungsmacht ist nicht möglich. Dem steht der Normzweck des § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG, die Schaffung der Handlungsfähigkeit des Betriebsrats, entgegen. Der Betriebsrat ist nach § 26 Abs. 1 BetrVG nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, einen Vorsitzenden zu wählen.⁴⁶ Diese Pflicht kann nicht dadurch umgangen werden, dass zwar formal ein Vorsitzender gewählt, dieser aber seiner wesentlichen Befugnisse entkleidet wird. Für eine Beschränkung der Vertretungsmacht besteht letztlich auch gar kein Bedürfnis, weil die Vertretungsmacht des Vorsitzenden ohnehin an den Willen des Be-

⁴³ *Herschel*, RdA 1959, 81, 81 f.; *Uelhoff*, Vertretungsmacht, S. 15; *Buchner*, DB 1976, 532, 534.

⁴⁴ BAG 28.2.1974, AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG 1972; *Richardi/Thüsing*, § 26 Rn. 45; *Fitting*, § 26 Rn. 23; *DKW/Wedde*, § 26 Rn. 20; *GK/Raab*, § 26 Rn. 34; *MünchArbR/Krois*, § 293 Rn. 21; *Düwell/Wolmerath*, § 26 Rn. 13.

⁴⁵ *Wiese*, RdA 1968, 455, 457.

⁴⁶ *Richardi/Thüsing*, § 26 Rn. 1; *Fitting*, § 26 Rn. 6.

etriebsrats gebunden ist. Unzulässig wäre es deshalb etwa, wenn der Betriebsrat Gesamtvertretung durch den Vorsitzenden und seinen Stellvertreter anordnen würde.⁴⁷

2. Entscheidungsspielraum beim Vollzug der Beschlüsse

Betriebsratsbeschlüsse werden in der Regel eine konkrete Entscheidung über eine bestimmte Angelegenheit darstellen. Der Betriebsrat wird z.B. einer Kündigung nach § 103 BetrVG zustimmen oder eine vorübergehende Verlängerung der Arbeitszeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ablehnen. In diesem Fall genügt es, dass der Betriebsratsvorsitzende dem Arbeitgeber die vorgegebene Entscheidung des Betriebsrats durch Vollziehung des Beschlusses mitteilt.

Der Betriebsratsvorsitzende ist jedoch nicht auf diese Rolle beschränkt, vielmehr ist es möglich, ihm bei der Abgabe der Erklärungen Handlungs- und Entscheidungsspielräume einzuräumen.⁴⁸ Gemeint ist damit der Fall, dass der Betriebsrat durch Beschluss inhaltlich lediglich eine Marschroute vorgibt, anhand derer der Betriebsratsvorsitzende seine Erklärung schlussendlich ausrichtet.

a. Zulässiger Umfang des Entscheidungsspielraums

Ein solcher Entscheidungsspielraum des Vorsitzenden entspricht praktischen Bedürfnissen⁴⁹, steht aber in einem gewissen Konflikt mit gesetzlichen Vorgaben des BetrVG. Zum einen betrifft dies den Normzweck des § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG, die demokratische Willensbildung des Betriebsrats zu sichern; weitgehende Handlungsspielräume des Vorsitzenden würden dieses Anliegen umgehen. Zum anderen sprechen auch die §§ 27 Abs. 2 S. 2, 28 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 BetrVG gegen einen Entscheidungsspielraum des Vorsitzenden; die Übertragung von

⁴⁷ GK/Raab, § 26 Rn. 73.

⁴⁸ GK/Raab, § 26 Rn. 35; HWGNRH/Glock, § 26 Rn. 35; BeckOK ArbR/Mauer, BetrVG § 26 Rn. 7; Fitting, § 26 Rn. 29; ErfK/Koch, BetrVG § 26 Rn. 2; MünchArbR/Krois, § 293 Rn. 21; Linsenmaier, FS Wissmann, 378, 382 f.; Uelhoff, Vertretungsmacht, S. 37; Reitze, Betriebsratsbeschluss, S. 16 ff.

⁴⁹ Linsenmaier, FS Wissmann, 378, 382 f.

Aufgaben zur selbständigen Erledigung ist in diesen Vorschriften ersichtlich abschließend geregelt.

Entscheidend ist deshalb, die Grenze festzulegen, bis zu der ein Entscheidungsspielraum des Vorsitzenden noch mit den gesetzlichen Vorgaben der §§ 26 Abs. 2 S. 1, 27 und 28 BetrVG vereinbar ist.

aa. Kein selbständiges Entscheidungsrecht

Der weitestgehend denkbare Entscheidungsspielraum des Vorsitzenden würde dann bestehen, wenn der Betriebsrat den Beschluss fasst, der es dem Vorsitzenden gestattet, über sämtliche Beteiligungsrechte des Betriebsrats selbständig zu entscheiden. Es könnte argumentiert werden, der Betriebsratsvorsitzende würde dann in jedem Einzelfall diesen einen „Superbeschluss“ und den darin enthaltenen Willen des Betriebsrats vollziehen. Dass eine solche „Generalvertretungsmacht“ jedoch ausscheiden muss, liegt auf der Hand und ist allgemein anerkannt⁵⁰; sie wäre weder mit dem Normzweck des § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG noch mit den §§ 27, 28 BetrVG vereinbar. Dem würde zudem der Grundsatz der Unverzichtbarkeit betriebsverfassungsrechtlicher Befugnisse entgegenstehen.⁵¹

Aus denselben Gründen muss auch eine „Gattungsvertretungsmacht“ ausscheiden. Es wäre z.B. unzulässig, wenn der Betriebsrat den Betriebsratsvorsitzenden ermächtigen würde, selbständig nach § 102 BetrVG zu allen Kündigungen Stellung zu nehmen.⁵² Das gilt selbst dann, wenn es sich um häufig wiederkehrende gleichartige Fälle handelt.

Gleiches muss dann letztlich auch für die Einräumung einer selbständigen Entscheidungsbefugnis über eine einzelne Frage gelten. Auch hier sprechen die genannten Gründe dagegen.⁵³

⁵⁰ Nachweise bei Fn. 44.

⁵¹ GK/Raab, § 26 Rn. 34.

⁵² BAG 28.2.1974, AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG 1972; *Linsenmaier*, FS Wissmann, 378, 383; HWGNRH/*Glock*, § 26 Rn. 35; DKW/*Wedde*, § 26 Rn. 20; a.A. *Brecht*, BB 1954, 841, 843.

⁵³ *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S.18; a.A. *Dietz*, RdA 1968, 439, 440; unklar *Richardi/Thüsing*, § 26 Rn. 45.

bb. Unselbständiges Entscheidungsrecht

Anders ist die Rechtslage, wenn dem Vorsitzenden lediglich ein unselbständiges Entscheidungsrecht⁵⁴ eingeräumt wird, weil ihm der Betriebsrat selbst per Beschluss Vorgaben macht, wie er den ihm zustehenden Entscheidungsspielraum auszufüllen hat. Der Vorsitzenden kann also im Unterschied zu den zuvor genannten Fällen nicht beliebig entscheiden, sondern nur in einem bestimmten Sinn, wobei der genaue Inhalt der Erklärung allerdings noch nicht feststeht. Sein Ermessen ist nicht frei, sondern an den Willen des Betriebsrats gebunden. In diesen Fällen sperren weder die §§ 27, 28 BetrVG noch der Normzweck des § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG die Einräumung eines Vollzugsermessens.⁵⁵

Damit die Willensbildung beim Betriebsrat verbleibt und sich die Rolle des Betriebsratsvorsitzenden auf den Vollzug des Willens beschränkt, ist es erforderlich, dass der Beschluss des Betriebsrats die Sachentscheidung selbst enthält. Der Beschluss muss materielle Eckregelungen enthalten, die eine Willkür des Vorsitzenden ausschließen.⁵⁶

Unter diesen Voraussetzungen ist es zulässig, dass der Betriebsrat einen „Grundsatzbeschluss“ für einen noch nicht entscheidungsreifen konkreten Einzelfall mit im Voraus bindenden Weisungen und Richtlinien⁵⁷ fasst oder einen „Rahmenbeschluss“ für sich häufig wiederholende, gleichgelagerte Fälle⁵⁸. Auch ein „Alternativbeschluss“ mit alternativen Entscheidungsmöglichkeiten ist dann möglich.⁵⁹

⁵⁴ Terminologie von *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S.16 f.

⁵⁵ *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 17 ff.

⁵⁶ *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 19; ähnlich HWGNRH/*Glock*, § 26 Rn. 35.

⁵⁷ MünchArbR/*Krois*, § 293 Rn. 21; GK/*Raab*, § 26 Rn. 35; DKW/*Wedde*, § 26 Rn. 21; so auch BAG 24.2.2000 AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969, wenn es ausreichen lässt, dass der Betriebsrat eine „Linie“ für Verhandlungen mit dem Arbeitgeber vorgibt.

⁵⁸ MünchArbR/*Krois*, § 293 Rn. 21; GK/*Raab*, § 26 Rn. 35; HWGNRH/*Glock*, § 26 Rn. 35; *Fitting*, § 26 Rn. 29; Richardi/*Thüsing*, § 26 Rn. 45; a.A. DKW/*Wedde* § 26, Rn. 21.

⁵⁹ MünchArbR/*Krois*, § 293 Rn. 21; GK/*Raab*, § 26 Rn. 35; DKW/*Wedde*, § 26 Rn. 21; *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 19; a.A. HWGNRH/*Glock*, § 26 Rn. 36.

Nicht möglich ist dagegen eine Ermächtigung des Vorsitzenden, in einer bestimmten Frage die Zustimmung des Betriebsrats zu geben, wenn der Arbeitgeber eine nach Ansicht des Vorsitzenden befriedigende Begründung gibt.⁶⁰ In diesem Fall fehlt es an einer Sachentscheidung des Betriebsrats.

b. Rechtliche Konstruktion des Entscheidungsspielraums

Zu klären ist schließlich noch, wie ein Handlungs- und Entscheidungsspielraum des Betriebsratsvorsitzenden rechtskonstruktiv zu bewerkstelligen ist.

aa. Meinungsstand

Die wohl überwiegende Meinung geht davon aus, dass die Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden nach § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG lediglich die Fälle erfasst, in denen der Vorsitzende ohne eigenen Entscheidungsspielraum die exakt vorgegebene Erklärung des Betriebsrats überbringt. Um einen Spielraum des Vorsitzenden zu schaffen, greift diese Ansicht deshalb auf eine Vollmacht (§ 166 Abs. 2 S. 1 BGB) zugunsten des Vorsitzenden zurück.⁶¹

Die Gegenansicht hält eine solche zusätzliche rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht für entbehrlich.⁶² Bei unbefangener, nicht auf der dem Zivilrecht fremden Figur des Vertreters in der Erklärung fixierten Betrachtung eröffne nämlich § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG zwanglos Spielräume für die gesetzliche Vertretung des Betriebsrats durch seinen Vorsitzenden. Hierfür spreche bereits der insoweit recht klare Gesetzeswortlaut. Wenn der Gesetzgeber ausdrücklich von einem „Rahmen“ spreche, innerhalb dessen der Betriebsrat von seinem Vorsitzenden vertreten wird, bedeute dies, dass der Vorsitzende nicht immer nur Werkzeug, nicht nur Mund oder Sprachrohr bei der Abgabe einer Erklärung sei, sondern dass bei der Vertretungstätigkeit auch ein Spielraum eröffnet sein kann. Ein „Rahmen“ setzt nach allgemeinem Sprachgebrauch der Gestaltung zwar Grenzen, ermöglicht aber eine solche regelmäßig zugleich. Wenn dagegen die

⁶⁰ So aber Richardi/*Thüsing*, § 26 Rn. 44; wie hier HWGNRH/*Glock*, § 26 Rn. 36.

⁶¹ Richardi/*Thüsing*, § 26 Rn. 45 f.; *Dietz*, RdA 1968, 439, 440; *Herschel*, RdA 1959, 81, 84; *Neumann-Duesberg*, BetrVR, S. 266 f.

⁶² *Linsenmaier*, FS Wissmann, 378, 382 f.; GK/*Raab*, § 26 Rn. 37, dort auch zum Folgenden.

gesetzliche Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden ausschließlich darauf beschränkt hätte werden sollen, vom Betriebsrat beschlossene Erklärungen zu verlautbaren, hätte es nahe gelegen, seine Befugnisse – ähnlich wie § 26 Abs. 2 S. 2 BetrVG – dahingehend zu bestimmen, dass er die vom Betriebsrat beschlossene Erklärung zu übermitteln habe.

bb. Stellungnahme

Die Kritik am Erfordernis einer Vollmacht ist berechtigt. Richtigerweise ist eine solche weder nötig noch möglich. Der Entscheidungsspielraum des Vorsitzenden ergibt sich bereits als Vollzugsermessen unmittelbar aus der organschaftlichen Vertretungsmacht gem. § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG.

Der Wortlaut, der ausdrücklich von einem „Rahmen“ spricht, lässt sich problemlos dahingehend auslegen, dass dem Vorsitzenden auch ein Entscheidungsspielraum eröffnet werden kann. Die herrschende Meinung verstellt sich durch ihre Konstruktion des Vertreters in der Erklärung hierfür den Blick.

Gegen die überwiegende Meinung spricht auch, dass § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG zwingend ist, d.h. weder erweitert noch beschränkt werden kann.⁶³ § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG normiert Minimum und Maximum an Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden. Wenn sich also seine Vertretungsmacht nicht bereits aus § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG ergibt, dann kann sie auch nicht rechtsgeschäftlich begründet werden.

Schließlich ist auch noch darauf hinzuweisen, dass die überwiegende Meinung in vielen Fällen gezwungen ist, mit mittelbaren Beschlüssen⁶⁴ zu arbeiten. Denn wenn der Vorsitzende bevollmächtigt werden muss, dann ist neben dem Beschluss in der Sache stets noch ein Beschluss über die Vollmacht erforderlich. Einen solchen ausdrücklichen Bevollmächtigungsbeschluss wird es jedoch eher selten geben, werden doch die wenigsten Betriebsräte sich seiner Notwendigkeit überhaupt bewusst sein. Um deshalb zu einem Bevollmächtigungsbeschluss zu

⁶³ Siehe dazu § 2 A. II. 1. c. (S. 10).

⁶⁴ Vgl. zur Genehmigung durch mittelbare Beschlüsse § 3 B. II. 2. (S. 33–35).

gelangen, müsste man davon ausgehen, dass dieser im Sachbeschluss mit enthalten ist. Das ist umständlich.

B. Der stellvertretender Betriebsratsvorsitzenden

Der stellvertretenden Betriebsratsvorsitzende⁶⁵ vertritt den Betriebsrat nach § 26 Abs. 2 BetrVG nur während der Verhinderung des Betriebsratsvorsitzenden.⁶⁶ Seine organschaftliche Vertretungsmacht entsteht mit Beginn und erlischt mit Wegfall des Verhinderungsfalls.

I. Verhinderung des Betriebsratsvorsitzenden

Die Verhinderung des Betriebsratsvorsitzenden beurteilt sich entsprechend den Grundsätzen für die zeitweilige Verhinderung eines Betriebsratsmitglieds nach § 25 Abs. 1 S. 2 BetrVG.⁶⁷ Verhindert ist der Vorsitzende danach, wenn er aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht in der Lage ist, seine Aufgaben und Befugnisse wahrzunehmen.⁶⁸

Tatsächliche Verhinderungsgründe sind insbesondere Krankheit oder Urlaub des Vorsitzenden, Dienstreisen oder die Teilnahme an Schulungsveranstaltungen.⁶⁹ Bei kurzfristiger Verhinderung liegt eine Verhinderung i.S.d. § 26 Abs. 2 BetrVG nur für solche Geschäfte vor, die in dieser Zeit erledigt werden müssen und keinen Aufschub gestatten.⁷⁰

⁶⁵ Das Gesetz spricht ungenau vom Stellvertreter des Betriebsratsvorsitzenden; zur Terminologie Richardi/*Thüsing*, § 26 Rn. 54; GK/*Raab*, § 26 Rn. 62; MünchArbR/*Krois*, § 293 Rn. 17.

⁶⁶ BAG 7.7.2011, AP Nr. 165 zu § 102 BetrVG 1972.

⁶⁷ BAG 7.7.2011, AP Nr. 165 zu § 102 BetrVG 1972; ErfK/*Koch*, BetrVG § 26 Rn. 3; *Fitting*, § 26 Rn. 45.

⁶⁸ BAG 7.7.2011, AP Nr. 165 zu § 102 BetrVG 1972; ErfK/*Koch*, BetrVG § 25 Rn. 3; *Fitting*, § 26 Rn. 45; HWK/*Reichold*, BetrVG § 25 Rn. 4.

⁶⁹ BAG 7.7.2011, AP Nr. 165 zu § 102 BetrVG 1972; *Fitting*, § 26 Rn. 45; GK/*Raab*, § 26 Rn. 65; HWGNRH/*Glock*, § 26 Rn. 52; ErfK/*Koch*, BetrVG § 25 Rn. 4; HWK/*Reichold*, BetrVG § 25 Rn. 5.

⁷⁰ *Fitting*, § 26 Rn. 45; Richardi/*Thüsing*, § 26 Rn. 55; HWGNRH/*Glock*, § 26 Rn. 53.

Rechtliche verhindert ist der Vorsitzende, wenn und soweit er durch eine Angelegenheit persönlich betroffen ist.⁷¹

Richtet sich eine Kündigung oder Versetzung gegen den Vorsitzenden selbst, dann ist dieser gehindert, die Abstimmung nach § 103 bzw. § 99 BetrVG zu leiten und sich an ihr zu beteiligen.⁷² Dagegen liegt nach der Rechtsprechung des BAG kein Verhinderungsfall vor, wenn der Arbeitgeber schriftlich über die (ohne den Vorsitzenden beschlossene) Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats unterrichtet werden soll; denn nach der Beschlussfassung durch den Betriebsrat bestehe kein Entscheidungsspielraum mehr, der von Eigeninteressen beeinflusst werden könne.⁷³ Mit anderen Worten: Die Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden bleibt selbst dann unberührt, wenn es um eine Angelegenheit geht, bei der er selbst betroffen ist.⁷⁴

Fraglich ist, was in den Fällen zu gelten hat, wo dem Betriebsratsvorsitzenden ein Vollzugsermächtigt eingeräumt wurde⁷⁵; nach der Begründung des BAG müsste wegen des damit verbundenen Entscheidungsspielraums des Betriebsratsvorsitzenden konsequenterweise eine rechtliche Verhinderung zu bejahen sein.

Über den Wortlaut des § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG hinaus tritt der Stellvertreter auch dann vorübergehend an die Stelle des Vorsitzenden, wenn dieser aus seinem Amt als Vorsitzender ausscheidet, sei es, dass er den Betriebsrat ganz verlässt, sei es, dass er im Betriebsrat bleibt und nur sein Amt als Vorsitzender niederlegt.⁷⁶ Die Verhinderung endet und die Vertretungsmacht erlischt, sobald ein neuer Vorsitzender gewählt ist.

II. Umfang der Vertretungsmacht

⁷¹ BAG 19.3.2003, AP Nr. 77 zu § 40 BetrVG 1972; MünchArbR/Krois, § 293 Rn. 18; Düwell/Wolmerath, § 26 Rn. 20; Fitting, § 26 Rn. 45a; Richardi/Thüsing, § 26 Rn. 55; GK/Raab, § 26 Rn. 65; HWGNRH/Glock, § 26 Rn. 54.

⁷² Richardi/Thüsing, § 26 Rn. 55; Fitting, § 26 Rn. 45a.

⁷³ BAG 19.3.2003, AP Nr. 77 zu § 40 BetrVG 1972.

⁷⁴ MünchArbR/Krois, § 293 Rn. 18; GK/Raab, § 26 Rn. 31 und 65.

⁷⁵ Siehe dazu § 2 A. II. 2. (S. 11–16).

⁷⁶ Fitting, § 26 Rn. 48 f.; GK/Raab, § 26 Rn. 67; MünchArbR/Krois, § 293 Rn. 18.

Da der Stellvertreter des Vorsitzenden im Verhinderungsfall an dessen Stelle tritt, hat seine Vertretungsmacht auch den gleichen Umfang wie die des Vorsitzenden.⁷⁷ Es handelt sich um dieselbe organschaftliche Vertretungsmacht, die nur für bestimmte Zeit durch eine andere Person ausgeübt wird.

Zum Teil wird von diesem Grundsatz für die Fälle des Vollzugsermessens eine Ausnahme gemacht: Hier soll die Auslegung entscheiden, ob das Vollzugsermessen dem Vorsitzenden als Person oder in seiner Eigenschaft als Betriebsratsvorsitzenden eingeräumt wurde. Nur im letzteren Fall erstrecke es sich auch auf den stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden.⁷⁸

Dieser Ansicht liegt die Überlegung zugrunde, dass es Fälle gibt, in denen der Betriebsrat dem Betriebsratsvorsitzenden gerade deshalb einen Entscheidungsspielraum einräumt, weil in der betreffenden Angelegenheit seiner besonderen Sachkompetenz oder seinem Verhandlungsgeschick mit dem Arbeitgeber vertraut wird. Trotzdem kann diese Auffassung nicht überzeugen. Ihr steht entgegen, dass auch die Vertretungsmacht des stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden nicht beschränkt werden kann. Genau dies wäre aber der Fall, könnte der Betriebsrat einen Beschluss fassen, den zwar der Betriebsratsvorsitzende, im Fall seiner Verhinderung nicht aber der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende vollziehen könnte. Möchte der Betriebsrat ein Vollzugsermessen des stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden verhindern, dann muss er stattdessen den Beschluss aufheben, was ohnehin jederzeit möglich ist.

C. Vertretung durch sonstige Betriebsratsmitglieder

I. Zulässigkeit

Nach ganz herrschender Meinung regelt § 26 Abs. 2 BetrVG die Vertretung des Betriebsrats nicht abschließend; der Betriebsrat kann seine Beschlüsse zwar nicht generell⁷⁹, wohl

⁷⁷ Düwell/Wolmerath, § 26 Rn. 20.

⁷⁸ So Richardi/Thüsing, § 26 Rn. 58; GK/Raab, § 26 Rn. 37.

⁷⁹ Das wäre unzulässig, weil auf die Übertragung einer Organstellung hinauslaufend; im Ergebnis ebenso Richardi/Thüsing, § 26 Rn. 39.

aber in von ihm zu bestimmenden Einzelfällen auch durch andere Betriebsratsmitglieder⁸⁰ als den Betriebsratsvorsitzenden vollziehen lassen.⁸¹

Auch dies ist – wie beim Vollzugsermessen des Betriebsratsvorsitzenden – praktischen Bedürfnissen geschuldet. Insbesondere im Zusammenhang mit Ausschüssen des Betriebsrats nach § 28 Abs. 1 BetrVG wird zu Recht geltend gemacht, dass diesen Ausschüssen der Vorsitzende und der stellvertretende Vorsitzende nicht notwendig angehören müssen.⁸² Soll hier dennoch die Möglichkeit bestehen, dass ein Ausschussmitglied, insbesondere der Ausschussvorsitzende, die gefällten Beschlüsse vollziehen und die den Ausschuss betreffenden Erklärungen entgegennehmen kann⁸³ – und alles andere wäre wenig sinnvoll –, so ist eine Ermächtigung eines sonstigen Betriebsratsmitglieds unumgänglich.

Möglich ist eine solche Vertretung aber nur aufgrund einer Bevollmächtigung des einzelnen Betriebsratsmitglieds, also einer rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht (§ 166 Abs. 2 S. 1 BGB).⁸⁴ Die organschaftliche Vertretungsmacht aus § 26 Abs. 2 BetrVG kommt allein dem (stellvertretenden) Betriebsratsvorsitzendem zu.

II. Umfang der Vertretungsmacht

⁸⁰ Dazu zählt auch der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende außerhalb seiner organschaftlichen Vertretungsmacht, also wenn keine Verhinderung des Betriebsratsvorsitzenden vorliegt, *Fitting*, § 26 Rn. 36.

⁸¹ MünchArbR/*Krois*, § 293 Rn. 30; Richardi/*Thüsing*, § 26 Rn. 39; *Fitting*, § 26 Rn. 36; DKW/*Wedde*, § 26 Rn. 24; GK/*Raab*, § 26 Rn. 72.; ErfK/*Koch*, BetrVG § 26 Rn. 2; MüKo ArbR/*Mauer*, BetrVG § 26 Rn. 2; *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 6 ff.; a.A. HWGNRH/*Glock*, § 26 Rn. 62 mit dem Argument, dass dann das bevollmächtigte einfache Betriebsratsmitglied mehr Befugnisse hätte als der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende, der nur bei Verhinderung des Betriebsratsvorsitzenden tätig werden könne; für die Möglichkeit der Ermächtigung eines Betriebsratsmitglieds zur Entgegennahme von Erklärungen auch BAG 27.6.1985, AP Nr. 37 zu § 102 BetrVG 1972; BAG 6.10.2005, AP Nr. 150 zu § 102 BetrVG 1972.

⁸² GK/*Raab*, § 26 Rn. 72; MünchArbR/*Krois*, § 293 Rn. 30; *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 7.

⁸³ Vgl. BAG 4.8.1975, AP Nr. 4 zu § 102 BetrVG 1972; BAG 27.6.85, NZA1986, 426, 427; GK/*Raab*, § 26 Rn. 59; Richardi/*Thüsing*, § 26 Rn. 40; und *Fitting*, § 26 Rn. 43, die den Übertragungsbeschluss nach § 28 Abs. 1 S. 3 BetrVG, mit dem Aufgaben zur selbständigen Erledigung auf einen nach § 28 Abs. 1 BetrVG gebildeten Ausschuss übertragen werden, dahingehend auslegen, dass der Ausschussvorsitzende im Rahmen der übertragenen Aufgaben für die Entgegennahme von Erklärungen zuständig ist.

⁸⁴ *Fitting*, § 26 Rn. 36; GK/*Raab*, § 26 Rn. 74; DKW/*Wedde*, § 26 Rn. 24; Richardi/*Thüsing*, § 26 Rn. 39; MünchArbR/*Krois*, § 293 Rn. 30.

Was den Umfang der Vertretungsmacht betrifft, so gilt für die Vertretung bei der Abgabe von Erklärungen durch einfache Betriebsratsmitglieder allerdings das Gleiche wie für den Betriebsratsvorsitzenden.

Auch hier geht es nur um Beschlussvollziehung; die Vertretungsmacht besteht nur für solche Erklärungen, die durch wirksame Betriebsratsbeschlüsse gedeckt sind. Eine weitergehende Befugnis zur „Vertretung im Willen“ kann einem einfachen Betriebsratsmitglied dagegen ebenso wenig eingeräumt werden wie dem Vorsitzenden, da andernfalls die Vorschrift des § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG umgangen werden könnte.⁸⁵

Im Unterschied zur organschaftlichen Vertretungsmacht nach § 26 Abs. 2 BetrVG kann die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht jedoch beschränkt werden, beispielsweise durch Anordnung von Gesamtvertretung.

D. Vertretung durch alle Betriebsratsmitglieder

Ob der Betriebsrat seine Beschlüsse auch dadurch vollziehen kann, dass er in seiner Gesamtheit selbst handelnd auftritt, womit gemeint ist, dass sämtliche Betriebsratsmitglieder gleichzeitig auftreten und die Erklärung abgeben, ist zweifelhaft.

Praktisch relevant werden kann dies ohnehin nur selten⁸⁶, nämlich dann wenn der Betriebsrat keinen Vorsitzenden und keinen stellvertretenden Vorsitzenden hat, weil diese noch nicht gewählt worden⁸⁷, gleichzeitig vom Amt zurückgetreten oder gleichzeitig verhindert

⁸⁵ Vgl. *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 6 f.

⁸⁶ *GK/Raab*, § 26 Rn. 71.

⁸⁷ Nach BAG 23.8.1984 AP Nr. 36 zu § 102 BetrVG 1972 ist der Betriebsrat in diesem Fall funktionsunfähig und kann nicht in seiner Gesamtheit selbst handelnd auftreten.

sind⁸⁸. Andernfalls ist beim Auftreten des Betriebsrats in seiner Gesamtheit stets auch ein Vertretungsorgan anwesend.⁸⁹

Selbst in diesem Fall ist aber davon auszugehen, dass „alle Betriebsratsmitglieder“ nicht „der Betriebsrat“ sind. Das Rechtssubjekt Betriebsrat wird dann vielmehr in einem besonderen Fall durch sämtliche Betriebsratsmitglieder vertreten.

E. Einköpfiger Betriebsrat

Auch im einköpfigen Betriebsrat, der nur in Betrieben mit 5 bis 20 wählbaren Arbeitnehmern gewählt wird (§ 9 S. 1 BetrVG), ist ein Vertretungsorgan des Betriebsrats notwendig. Das ist ebenfalls zwingende Konsequenz der Rechtsnatur des Betriebsrats als eigenständiges und vom Betriebsratsmitglied als natürliche Person zu unterscheidendes Rechtssubjekt. Die Situation ist nicht anders zu beurteilen als in der Einmann-GmbH.⁹⁰ Auch der Betriebsrat, der nur aus einer Person besteht, ist natürlicher Handlungen nicht fähig und braucht deshalb ein Organ um am Rechtsverkehr teilzunehmen.

Allerdings ist das Organhandeln des einköpfigen Betriebsrats gesetzlich nicht geregelt. § 26 Abs. 2 BetrVG betrifft nach Wortlaut und systematischer Stellung allein den mehrköpfigen Betriebsrat, da nur dort nach § 26 Abs. 1 BetrVG ein (stellvertretender) Betriebsratsvorsitzender gewählt wird.⁹¹

Die bestehende Regelungslücke könnte jedoch durch eine analoge Anwendung des § 26 Abs. 2 BetrVG überwunden werden. Das setzt voraus, dass es auch beim Einmann-Betriebsrat

⁸⁸ Str.: Nach BAG 27.6.1985, AP Nr. 37 zu § 102 BetrVG 1972; Richardi/*Thüsing*, § 26 Rn. 56; DKW/*Wedde*, § 26 Rn. 34; ErfK/*Koch*, § 26 Rn. 2 kann der in diesem Fall weiterhin funktionsfähige und deshalb auch zu beteiligende Betriebsrat zwar keine Erklärungen abgeben, wohl aber entgegennehmen; zur Entgegennahme sei ausnahmsweise jedes Betriebsratsmitglied berechtigt und verpflichtet. Nach GK/*Raab*, § 26 Rn. 69; *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 10 kann er sogar Erklärungen abgeben, indem er in seiner Gesamtheit selbst handelnd auftritt. Demgegenüber ist HWGNRH/*Glock*, § 26 Rn. 57 der Ansicht, dass der Betriebsrat weder Erklärungen abgeben noch annehmen könne; er sei funktionsunfähig, wie wenn gar kein Vorsitzender gewählt worden sei.

⁸⁹ *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 10.

⁹⁰ Vgl. § 35 Abs. 3 GmbHG.

⁹¹ GK/*Jacobs*, § 9 Rn. 27; GK/*Raab*, § 26 Rn. 5; Richardi/*Thüsing*, § 9 Rn. 25 und § 26 Rn. 1.

sinnvoll ist, die Vertretungsmacht des Betriebsratsmitglieds auf den Vollzug wirksamer Betriebsratsbeschlüsse zu beschränken.

Insoweit ist es zunächst relevant, festzustellen, dass sich die Willensbildung im einköpfigen Betriebsrat von der des mehrköpfigen Betriebsrats nicht wesentlich unterscheidet. Auch wenn der Betriebsrat⁹² nur aus einer Person besteht, ist der Betriebsratsbeschluss das rechtstechnische Mittel der Willensbildung.⁹³ Besonderheiten bestehen nur in zweierlei Hinsicht. Die eine Besonderheit ist terminologischer Natur: Um klarzustellen, dass es sich bei dem Beschluss zwar um einen Beschluss im Rechtssinne handelt, dieser allerdings der Sache nach nichts anderes ist als der natürliche Wille des einen Betriebsratsmitglieds, wird er üblicherweise als „Entschluss“ bezeichnet.⁹⁴ Die zweite Besonderheit betrifft die Verfahrensvorschriften des BetrVG, die sich mit den Beschlüssen des Betriebsrats beschäftigen; deren Anwendbarkeit ist grundsätzlich zu verneinen. So wird zu Recht darauf hingewiesen, dass es überflüssig sei, dem einzigen Betriebsratsmitglied die Ladepflicht aufzuerlegen; es müsste sich ja selbst laden.⁹⁵

Wie im mehrköpfigen Betriebsrat ist stets auch eine Beschluss- bzw. Entschlussvollziehung erforderlich, um die nötige Außenwirkung zu erzielen.⁹⁶

Da sich somit beim einköpfigen Betriebsrat das dem § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG zugrunde liegende zweistufige Verfahren von Willensbildung durch Beschluss und Erklärung des Willens durch Beschlussvollziehung wiederfindet, ist es gerechtfertigt § 26 Abs. 2 BetrVG auf den einköpfigen Betriebsrat analog anzuwenden. Die Vertretungsmacht ist auf den Vollzug inhaltlich einschlägiger und wirksamer Betriebsratsbeschlüsse beschränkt.

⁹² Vgl. für die Einmann-GmbH § 48 Abs. 3 GmbHG.

⁹³ *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 2 ff.; *Südkamp*, Fehler, S. 13; a.A. *Schuckardt*, Betriebsratsbeschluss, S. 3.

⁹⁴ *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 3; ablehnend zum Begriff GK/*Jacobs*, § 9 Rn. 27, „Entschließung“.

⁹⁵ *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 3. Etwas anderes gilt, sofern eine Schwerbehindertenvertretung oder eine Jugend- und Auszubildendenvertretung besteht, was auch in Betrieben mit bis zu 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern der Fall sein kann (vgl. § 94 Abs. 1 S. 1 SGB IX; § 60 Abs. 1 BetrVG). Nach § 29 Abs. 2 S. 4 BetrVG sind diese unter Mitteilung der Tagesordnung zu laden, soweit sie – was nach § 32 BetrVG und § 67 Abs. 1 S. 1 BetrVG stets der Fall ist – ein Recht auf Teilnahme an der Betriebsratssitzung haben. Anwendbar ist nach verbreiteter Ansicht auch § 34 BetrVG: Die Entscheidungen des Betriebsratsmitglieds seien schriftlich niederzulegen und zu protokollieren, um sie von unverbindlichen Äußerungen unterscheiden zu können (*Richardi/Thüsing*, § 9 Rn. 25; GK/*Jacobs*, § 9 Rn. 27; HWK/*Reichold*, BetrVG § 9 Rn. 7; *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 3; dagegen *Südkamp*, Fehler, S. 154).

⁹⁶ *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 6; *Südkamp*, Fehler, S. 13.

Relevant wird das in den Fällen, in denen die vorhandene Jugend- und Auszubildendenvertretung nach § 67 Abs. 2 BetrVG Stimmrecht besitzt. Würde in diesem Fall entgegen der hier vertretenen Ansicht § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG nicht entsprechend herangezogen werden, hätte es das Betriebsratsmitglied in der Hand, unter Umgehung der Jugend- und Auszubildendenvertretung und damit ohne einen wirksamen Betriebsratsbeschluss eine für den Betriebsrat bindende Erklärung abzugeben. Dies wäre eine Konsequenz die im einköpfigen Betriebsrat sicherlich ebenso ausgeschlossen sein muss wie im mehrköpfigen.

§ 3 Betriebsratsvertretung ohne Vertretungsmacht

A. Ursachen für das Fehlen der Vertretungsmacht

Der Betriebsrat wird ohne Vertretungsmacht vertreten, wenn entweder eine nicht zur Vertretung befugte Person für den Betriebsrat auftritt⁹⁷, oder wenn eine zur Vertretung befugte Person ihre Vertretungsmacht überschreitet, indem sie eine Erklärung abgibt, die im Innenverhältnis nicht durch einen wirksamen und inhaltlich einschlägigen Betriebsratsbeschluss gedeckt ist.

I. Nicht zur Vertretung befugte Person

1. Handeln des Betriebsratsvorsitzenden trotz Verhinderung

Auf den ersten Blick erscheint es, das Problem der fehlenden Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden aufgrund Verhinderung könne sich nicht stellen. Denn wenn der Betriebsratsvorsitzende tatsächlich verhindert ist, wird er de facto keine Erklärung abgeben können. Und eine rechtliche Verhinderung bei der Beschlussvollziehung ist nach der Rechtsprechung des BAG aufgrund des fehlenden Entscheidungsspielraums ausgeschlossen.⁹⁸

Allerdings musste das LAG Baden-Württemberg über einen Fall entscheiden, wo ein wegen eines Schlaganfalls krankgeschriebener und damit nach Meinung des Gerichts tatsächlich verhinderter Betriebsratsvorsitzender für den Betriebsrat tätig geworden ist⁹⁹; schließt man sich dem an¹⁰⁰, fehlt in einem solchen Fall die Vertretungsmacht.

Eine rechtliche Verhinderung des Betriebsratsvorsitzenden bei der Vollziehung eines Betriebsratsbeschlusses ist nach der Begründung des BAG denkbar, wenn der Betriebsratsvorsit-

⁹⁷ BAG 24.4.1979, AP Nr. 1 zu § 87 LPVG Berlin.

⁹⁸ Dazu § 2 B. I. (S. 17).

⁹⁹ LAG Baden-Württemberg 5.12.2018 – 10 TaBV 1/18, BeckRS 2018, 39800.

¹⁰⁰ Ablehnend DKW/*Buschmann*, § 25 Rn. 17.

zende in dieser Angelegenheit persönlich betroffen ist und ihm vom Betriebsrat gleichwohl Vollzugsermessen eingeräumt wurde.¹⁰¹

2. Handeln des stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden ohne Verhinderung des Betriebsratsvorsitzenden

Tritt der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende auf, obwohl der Vorsitzende in Wahrheit nicht verhindert ist, fehlt ihm die Vertretungsmacht.¹⁰² Nur der Betriebsratsvorsitzende ist diesen Fällen weiter berufen, Erklärungen für den Betriebsrat abzugeben.

3. Vertretung durch sonstige Betriebsratsmitglieder ohne Vollmacht

Schließlich gehört hierher noch der Fall, dass ein sonstiges Betriebsratsmitglied als Vertreter handelt, obwohl es über keine Vollmacht verfügt.

II. Fehlender Betriebsratsbeschluss

1. Vollständig fehlender Beschluss

Ein für die Vertretungsmacht erforderlicher Betriebsratsbeschluss fehlt jedenfalls dann, wenn der Betriebsrat überhaupt keinen Beschluss gefasst hat.

Gleich zu behandeln ist der Fall, dass der Betriebsrat einen zunächst gefassten Beschluss wieder aufhebt, bevor er dem Arbeitgeber mitgeteilt worden ist. Wird dagegen umgekehrt der Beschluss erst nach seinem Vollzug aufgehoben, hat das auf den Bestand der Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden keine Auswirkung mehr. Das ist im Ergebnis unstrittig, problematisch ist nur die Begründung.

Die herrschende Meinung geht davon aus, der Betriebsrat könne einen Beschluss nur aufheben, solange aus ihm noch keine Rechtswirkungen nach außen entstanden seien. Habe er dagegen bereits Außenwirkung erlangt, sei er für den Betriebsrat bindend und nicht mehr

¹⁰¹ Dazu § 2 B. I. (S. 17–18).

¹⁰² Vgl. BAG 7.7.2011, AP Nr. 165 zu § 102 BetrVG 1972.

rückgängig zu machen.¹⁰³ Nach dieser Ansicht kann also die Vertretungsmacht schon deshalb nicht mehr entfallen, weil der Beschluss, nachdem er vollzogen worden ist, gar nicht mehr zur Disposition des Betriebsrats steht.

Die Aufhebungsbefugnis des Betriebsrats zu beschränken ist richtigerweise jedoch nicht nötig. Der Betriebsrat kann vielmehr sämtliche Beschlüsse jederzeit wieder aufheben; eine Vorschrift, die ihm das verbieten würde, existiert nicht.

Davon streng zu unterscheiden ist jedoch die Frage, welchen Einfluss das auf die Vertretungsmacht hat. Insoweit ist zu differenzieren: Wird der Beschluss aufgehoben, bevor der Betriebsratsvorsitzende die vollziehende Erklärung abgibt¹⁰⁴, fehlt ihm unzweifelhaft die Vertretungsmacht. Wird der Beschluss dagegen erst nach diesem Zeitpunkt aufgehoben, kommt es entscheidend darauf an, ob die Aufhebung ex-tunc oder lediglich ex-nunc wirkt. Überzeugend ist allein letzteres: Der Betriebsrat kann seine Beschlüsse nur für die Zukunft abändern oder aufheben¹⁰⁵, ebenso wie eine Vollmacht lediglich für die Zukunft widerrufen werden kann. Für eine Rückwirkung fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage, wie das beispielsweise für die Anfechtung in § 142 Abs. 1 BGB der Fall ist. Daraus ergibt sich, dass die Aufhebung eines bereits vollzogenen Beschlusses keine Auswirkung auf die Vertretungsmacht des Vorsitzenden haben kann, denn maßgeblicher Zeitpunkt für den Bestand der Vertretungsmacht ist allein die Vornahme des Vertretergeschäfts¹⁰⁶. Hebt der Betriebsrat den Beschluss auf, nachdem er bereits vollzogen worden ist, geht die Aufhebung somit ins Leere.¹⁰⁷

2. Inhaltlich nicht entsprechender Beschluss

¹⁰³ BAG 17.9.1981, AP Nr. 14 zu § 103 BetrVG 1972; BAG 15.12.1961, AP Nr. 1 zu § 615 BGB Kurzarbeit; DKW/Wedde, § 33 Rn. 28; Richardi/Thüsing, § 33 Rn. 35; GK/Raab, § 33 Rn. 44; Fitting, § 33 Rn. 45; HWK/Reichold, BetrVG § 33 Rn. 15; ErfK/Koch, BetrVG § 33 Rn. 2; Reitze, Betriebsratsbeschluss, S. 67; Stoffels/Lembke, BetrVR, § 10 Rn. 30.

¹⁰⁴ Nach vorzugswürdiger Ansicht ist nicht der Zugang, sondern die Abgabe der Erklärung der maßgebliche Zeitpunkt, zu dem die Vertretungsmacht vorliegen muss, MüKoBGB/Schubert, § 177 Rn. 122; Bork, BGB AT, Rn. 1603 m.w.N.; a.A. etwa Soergel/Leptien, § 177 Rn. 5.

¹⁰⁵ Schuckardt, Betriebsratsbeschluss, S. 92, der allerdings nicht zwischen Aufhebung und Widerruf unterscheidet (dazu Reitze, Betriebsratsbeschluss, S. 67 ff.).

¹⁰⁶ MüKoBGB/Schubert, § 177 Rn. 22.

¹⁰⁷ Im Ergebnis ebenso MünchArbR/Krois, § 293 Rn. 98.

An einem für die Vertretungsmacht erforderlichen Beschluss des Betriebsrats fehlt es auch, wenn zwar ein Beschluss gefasst wurde, dieser jedoch die Erklärung des Vorsitzenden nicht deckt, weil der durch Auslegung zu ermittelnde Inhalt ein ganz anderer ist.

Das kann zum einen darauf beruhen, dass der Beschluss eine völlig andere Angelegenheit zum Gegenstand hat, z.B. die Stellungnahme zur Kündigung des Arbeitnehmers X statt des Arbeitnehmers Y.

Zum anderen ist es aber auch denkbar, dass der Beschluss sich zwar thematisch mit der fraglichen Angelegenheit beschäftigt, diese jedoch nicht so entscheidet, wie es der Vorsitzende nach außen kundgibt. Der Kündigung des Arbeitnehmers X wurde beispielsweise nicht zugestimmt, sondern widersprochen.

Ein Sonderfall der zuletzt genannten Kategorie ist die Anfechtung der Stimmabgabe eines einzelnen Betriebsratsmitglieds nach §§ 119 ff. BGB. Die Einzelstimme eines Betriebsratsmitglieds im Rahmen der Beschlussfassung unterliegt der Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB.¹⁰⁸ Ist die Stimmabgabe infolge der Anfechtung nach § 142 Abs. 1 BGB nichtig, ist sie bei der Feststellung des Abstimmungsergebnisses nicht mehr mitzuzählen, weder als Ja- noch als Nein-Stimme.¹⁰⁹ Für den Beschluss kann das bedeuten, dass sich sein Inhalt ins Gegenteil verkehrt; d.h. aus einem positiven Beschluss ein negativer wird oder umgekehrt, sofern nur die angefochtene Stimme für das Abstimmungsergebnis kausal war. Es handelt sich auch jetzt noch um einen wirksamen Beschluss¹¹⁰, aber um einen Beschluss mit einem anderen Inhalt.¹¹¹ Geht man nun mit einem Teil der Literatur davon aus, dass die Anfechtung nach § 142 Abs. 1

¹⁰⁸ Richardi/Thüsing, § 33 Rn. 37; DKW/Wedde, § 33 Rn. 30; Fitting, § 33 Rn. 51; ErfK/Koch, BetrVG § 33 Rn. 4; HWK/Reichold, BetrVG § 33 Rn. 16; ausführlich Reitze, Betriebsratsbeschluss, S. 77 ff.

¹⁰⁹ Das würde auch dann gelten, wenn die angefochtene Stimme als Enthaltung gewertet wird, Dominik, Verfahrensfehler, S. 18 ff.; vgl. auch Reitze, Betriebsratsbeschluss, S. 80 f.

¹¹⁰ A.A. Schuckardt, Betriebsratsbeschluss, S. 51; DKW/Wedde, § 33 Rn. 30; HWGNRH/Glock, § 33 Rn. 35; Fitting, § 33 Rn. 51; ErfK/Koch, § 33 Rn. 4; unklar GK/Raab, § 33 Rn. 51.

¹¹¹ Heinze, DB 1973, 2089, 2093; Dominik, Verfahrensfehler, S. 29; HWK/Reichold, BetrVG § 33 Rn. 16; Richardi/Thüsing, § 33 Rn. 37, der allerdings meint, dass sich das auf den bereits vollzogenen Beschluss nicht auswirkt, weil für den Inhalt des Beschlusses maßgebend sei, wie ihn der Vorsitzende als Leiter der Abstimmung festgestellt habe (dagegen zutreffend HWGNRH/Glock, § 33 Rn. 35).

BGB auch dann zurückwirkt, wenn der Beschluss bereits vollzogen wurde¹¹², dann handelte der Betriebsratsvorsitzende (rückwirkend) ohne Vertretungsmacht.

III. Nichtigter Betriebsratsbeschluss

Nichtig ist ein Betriebsratsbeschluss, wenn er entweder einen gesetzeswidrigen Inhalt hat oder nicht ordnungsgemäß zustande gekommen ist.¹¹³ Zu unterscheiden ist also zwischen materiellen Mängeln einerseits und formellen Mängeln andererseits.

1. Materielle Mängel

Einen gesetzeswidrigen Inhalt haben Beschlüsse, wenn sie gegen das Gesetz (§ 134 BGB) oder die guten Sitten (§ 138 BGB) verstoßen.¹¹⁴

Geht man allerdings davon aus, dass ein Verstoß gegen §§ 134, 138 BGB bereits zur Nichtigkeit der Einzelstimme im Rahmen der Beschlussfassung führt¹¹⁵, würde das entsprechend der Rechtslage bei Anfechtung der Stimmabgabe nicht zu einem nichtigen, sondern nur zu einem inhaltlich anderen Beschluss führen. Ist etwa ein Beschluss mit gesetzeswidrigem Inhalt mit drei zu zwei Stimmen zustande gekommen, bleiben nach der Elimination der drei Ja-Stimmen nach § 134 BGB nur noch die zwei Nein-Stimmen übrig und der Beschluss ist in Wahrheit abgelehnt worden; er ist zwar wirksam aber sein Inhalt hat sich ins Gegenteil verkehrt.¹¹⁶

¹¹² So HWGNRH/*Glock*, § 33 Rn. 35; a.A. *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 81 f.; *Dominik*, Verfahrensfehler, S. 29 f.: Wirkung ex-nunc; differenzierend *Fitting*, § 33 Rn. 51 und GK/*Raab*, § 33 Rn. 50 f.: wegen § 142 Abs. 2 BGB Wirkung ex-nunc nur, wenn der Arbeitgeber die Anfechtung oder Anfechtbarkeit weder kannte noch kennen musste.

¹¹³ BAG 23.8.1984, AP Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972; *Fitting*, § 33 Rn. 52; *Richardi/Thüsing*, § 33 Rn. 42; *ErfK/Koch*, BetrVG § 33 Rn. 4; *HWK/Reichold*, BetrVG § 33 Rn. 19; *Grosjean*, NZA-RR 2005, 113, 113 f.

¹¹⁴ HWGNRH/*Glock*, § 33 Rn. 33; GK/*Raab*, § 33 Rn. 52; *Richardi/Thüsing*, § 33 Rn. 42.

¹¹⁵ Vgl. *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 62.

¹¹⁶ Für Unwirksamkeit des Beschlusses, wenn sämtliche Einzelstimmen nichtig sind *Heinze*, DB 1973, 2089, 2094.

Für die fehlende Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden ist diese Streitfrage jedoch belanglos, da es keinen Unterschied macht, ob ein unwirksamer oder ein inhaltlich nicht entsprechender Beschluss vorliegt.

2. Formelle Mängel

Formelle Mängel, die zur Nichtigkeit eines Betriebsratsbeschlusses führen, beziehen sich auf das Zustandekommen des Beschlusses und betreffen im Einzelnen die Zuständigkeit, das Verfahren und die Form.

a. Zuständigkeit

Handelt der Betriebsrat außerhalb seiner durch Gesetz oder Tarifvertrag vorgezeichneten Zuständigkeit, sind die dergestalt gefassten Beschlüsse nichtig.¹¹⁷

Die Beschlussnichtigkeit als solche spielt für das Fehlen der Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden in diesen Angelegenheiten allerdings keine ausschlaggebende Rolle, denn die fehlende Vertretungsmacht ergibt sich nicht erst über § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG, sondern bereits aus der insoweit nicht vorhandenen Rechtssubjektivität des Betriebsrats.

Für den Betriebsrat gilt die Ultra-vires-Lehre.¹¹⁸ Nach dieser aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis stammenden Lehre beschränkt sich die Rechtsfähigkeit juristischer Personen auf ihre jeweiligen Aufgaben und Zwecke.¹¹⁹ Übertragen auf den Betriebsrat heißt das, dass seine Rechtssubjektivität nur insoweit besteht, als er innerhalb seines ihm zugewiesenen Wirkungskreises tätig wird. Geht er darüber hinaus und überschreitet damit seine Zuständigkeit, dann handelt der Betriebsratsvorsitzende, der eine Erklärung im Namen des Betriebsrats

¹¹⁷ DKW/*Wedde*, § 33 Rn. 32; GK/*Raab*, § 33 Rn. 52.

¹¹⁸ BGH 15.10.2012, NZA 2012, 1382, 1384; *Gamillscheg*, KollArbR II, S. 108; *Richardi/Richardi*, Einl. Rn. 114; *ders.*, RdA 2013, 317, 318.

¹¹⁹ *Grüneberg/Ellenberger*, Einf. vor § 21 Rn. 11; *Bork*, BGB AT Rn. 1569; im deutschen Recht wird die Ultra-vires-Lehre für juristische Personen des Privatrechts abgelehnt, *Grüneberg/Ellenberger*, Einf. Vor § 21 Rn. 11; *MüKoBGB/Leuschner*, vor § 21 Rn. 40; *BeckOK BGB/Schöpflin*, § 21 Rn. 10; zur Ultra-vires-Lehre im öffentlichen Recht *Fuß*, DÖV 1956, 566, 572 ff.

abgibt, in Wahrheit für eine nicht existente Partei und damit in entsprechender Anwendung der §§ 177 ff. BGB¹²⁰ ohne Vertretungsmacht.

b. Verfahren

Das Verfahren, unter dem ein Betriebsratsbeschluss zustande kommt, ist in den §§ 29 ff. BetrVG geregelt. Allerdings führt nicht gleich jeder Verfahrensmangel zur Nichtigkeit des Betriebsratsbeschlusses. Erforderlich ist vielmehr ein grober Verstoß gegen Verfahrensvorschriften, die für das ordnungsgemäße Zustandekommen als wesentlich anzusehen sind.¹²¹ Solche Verfahrensvorschriften sind etwa¹²² die Bestimmungen über die ordnungsgemäße Ladung (§ 29 Abs. 2 S. 3 BetrVG)¹²³, das Sitzungserfordernis (§ 30 S. 1 BetrVG)¹²⁴ oder die Beschlussfähigkeit (§ 30 Abs. 2 BetrVG)¹²⁵.

c. Form

Betriebsratsbeschlüsse unterliegen grundsätzlich keinem Formerfordernis.¹²⁶ Zwar ist der Betriebsrat nach § 34 Abs. 1 S. 1 BetrVG verpflichtet über jede Verhandlung eine Niederschrift aufzunehmen. Diese muss mindestens den Wortlaut der Beschlüsse und die Stimmenmehrheit, mit der sie gefasst wurden, enthalten. Doch führt die Verletzung dieser Pflicht nicht

¹²⁰ BGHZ 91, 148, 152; Grüneberg/*Ellenberger*, § 177 Rn. 3; BeckOGK/*Ulrici*, BGB § 177 Rn. 70 ff. m.w.N.

¹²¹ BAG 15.4.2014, NZA 2014, 551, 553; BAG 23.8.1984, AP Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972; *Fitting*, § 33 Rn. 54; *Richardi/Thüsing*, § 33 Rn. 42.

¹²² Ausführlich zu den einzelnen Verfahrensfehlern *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 45 ff und 94 ff., sowie *Süd-kamp*, Fehler, S. 47 ff.

¹²³ BAG 22.11.2017, NZA 2018, 732, 733; *Fitting*, § 33 Rn. 54; *Richardi/Thüsing*, § 33 Rn. 43; *HWK/Reichold*, BetrVG § 33 Rn. 20.

¹²⁴ Kein Beschluss im Umlaufverfahren, h.M., BAG 4.8.1975, AP Nr. 4 zu § 102 BetrVG 1972; *ErfK/Koch*, BetrVG § 33 Rn. 3; *Fitting*, § 33 Rn. 21; *Richardi/Thüsing*, § 33 Rn. 3; *HWK/Reichold*, BetrVG § 33 Rn. 20; *Grosjean*, NZA-RR 2005, 113, 118.

¹²⁵ *Fitting*, § 33 Rn. 54; *Richardi/Thüsing*, § 33 Rn. 43; *HWK/Reichold*, BetrVG § 33 Rn. 20.

¹²⁶ *Grosjean*, NZA-RR 2005, 113, 117.

zur Unwirksamkeit des Beschlusses, denn § 34 Abs. 1 BetrVG ist eine reine Ordnungsvorschrift.¹²⁷

Ausnahmsweise bedarf der Betriebsratsbeschluss der Schriftform. Das Gesetz bestimmt dies aus Klarstellungs- und Beweisgründen etwa in den §§ 27 Abs. 2 S. 3, 28 Abs. 1 S. 3, und 50 Abs. 2 S. 3 BetrVG. Wird die Schriftform missachtet, ist der Beschluss nach § 125 S. 1 BGB nichtig. Die Aufnahme des Beschlusses in die Sitzungsniederschrift ist für die Schriftform grundsätzlich ausreichend.¹²⁸

B. Rechtsfolgen fehlender Vertretungsmacht

Die Rechtsfolgen des Handelns in Namen des Betriebsrats ohne Vertretungsmacht ergeben sich aus den §§ 177 ff. BGB.

I. Schwebende Unwirksamkeit

Das bedeutet für Verträge, also Betriebsvereinbarungen und Regelungsabreden, dass ihre Wirksamkeit von der Genehmigung des Betriebsrats abhängt (§ 177 Abs. 1 BGB); bis dahin sind sie schwebend unwirksam.¹²⁹

Handelt es sich um einseitiges Rechtsgeschäft, z.B. eine Zustimmung oder Zustimmungsverweigerung oder einen Widerspruch des Betriebsrats¹³⁰ zu einer Maßnahme des Arbeitgebers, dann ist Vertretung ohne Vertretungsmacht nach § 180 S. 1 BGB grundsätzlich unzulässig und das Rechtsgeschäft (ohne Möglichkeit der Genehmigung) unwirksam.¹³¹

Jedoch ergibt sich die Genehmigungsfähigkeit und schwebende Unwirksamkeit über

¹²⁷ BAG 8.2.1977, AP Nr. 10 zu § 80 BetrVG 1972; Richardi/*Thüsing*, § 34 Rn. 23; MünchArbR/*Krois*, § 294 Rn. 107; *Grosjean*, NZA-RR 2005, 113, 117.

¹²⁸ Richardi/*Thüsing*, § 34 Rn. 24.

¹²⁹ BAG 16.10.2007, NZA 2008, 369, 371; BAG 8.6.2004, AP Nr. 124 zu § 87 BetrVG 1972; HWGNRH/*Glock*, § 26 Rn. 38; GK/*Raab*, § 26 Rn. 39; MünchArbR/*Krois*, § 293 Rn. 22; *Preis/Greiner*, KollArbR, Rn. 1917.

¹³⁰ GK/*Raab*, § 26 Rn. 39.

¹³¹ MünchArbR/*Krois*, § 293 Rn. 24.

§ 177 Abs. 1 BGB i.V.m. § 180 S. 2 BGB, wenn der Arbeitgeber die behauptete Vertretungsmacht des Vorsitzenden nicht beanstanden hat oder mit dem Handeln ohne Vertretungsmacht einverstanden war.¹³² Die erste Alternative des § 180 S. 2 BGB wird in der betrieblichen Praxis regelmäßig erfüllt sein, da der Arbeitgeber die behauptete Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden nicht beanstanden wird, wenn dazu nach seinem Kenntnisstands kein Anlass besteht.

Schwebende Unwirksamkeit heißt, dass der Betriebsrat noch nicht beteiligt wurde. Der Arbeitgeber handelt einseitig und damit mitbestimmungswidrig. Auf kollektivrechtlicher Ebene können dem Betriebsrat Unterlassungs-¹³³ und Beseitigungsansprüche¹³⁴ gegen den Arbeitgeber zustehen; individualrechtlich, also im Verhältnis des Arbeitgebers zu den einzelnen Arbeitnehmern, sind die Handlungen des Arbeitgebers mitunter unwirksam¹³⁵ oder ziehen andere Sanktionen nach sich¹³⁶.

II. Genehmigung

Die schwebende Unwirksamkeit kann durch eine Genehmigung des des Betriebsrats nach §§ 177 Abs. 1, 184 Abs. 1, 182 BGB beendet werden. Die fehlende Vertretungsmacht wird dadurch geheilt, der Vertrauensschutz des Arbeitgebers dadurch obsolet.

1. Gegenstand der Genehmigung

a. Beschluss des Betriebsrats?

¹³² GK/Raab, § 26 Rn. 39; MünchArbR/Krois, § 293 Rn. 24.

¹³³ Gestützt auf § 23 Abs. 3 BetrVG oder einen allgemeinen Unterlassungsanspruch; zu letzterem GK/Oetker, § 23 Rn. 152 ff.

¹³⁴ Nach § 101 BetrVG oder auf Grundlage eines allgemeinen Beseitigungsanspruchs; zu letzterem GK/Oetker, § 23 Rn. 170.

¹³⁵ Gesetzlich geregelt bei § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG, über 134 BGB bei § 103 Abs. 1 BetrVG (BAG 22.8.1974, AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG 1972) oder nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung bei § 87 BetrVG (h.M., BAG 8.6.2004, AP Nr. 124 zu § 87 BetrVG 1972; GK/Wiese, § 87 Rn. 102 ff.; Gamillscheg, KollArbR II, S. 747 ff.; Stoffels/Lembke, BetrVR, § 14 Rn. 42 ff.).

¹³⁶ Etwa Nachteilsausgleichsansprüche nach § 113 Abs. 3 BetrVG beim unterbliebenen Versuch eines Interessenausgleichs.

Gegenstand der Genehmigung ist nicht der nichtige Betriebsratsbeschluss. Zum einen ist der Beschluss nicht schwebend unwirksam, sondern (endgültig) nichtig, so dass er ohnehin kein genehmigungsfähiges Rechtsgeschäft darstellt.¹³⁷ Zum anderen ist die (nachträgliche) Zustimmung – aus § 182 Abs. 1 BGB ersichtlich – die für die Wirksamkeit erforderliche Willenserklärung eines Dritten zu einem Rechtsgeschäft, das von anderen Personen vorgenommen wurde¹³⁸; der Betriebsrat ist in Bezug auf seinen eigenen Beschluss aber kein Dritter.¹³⁹

Aus diesem Grund scheidet auch die Genehmigung eines nichtigen Ausschussbeschlusses durch den Betriebsrat aus.¹⁴⁰ Der Ausschuss tritt hinsichtlich der Willensbildung an die Stelle des Betriebsrats.¹⁴¹ Der Fall ist deshalb genauso zu behandeln, als hätte der Betriebsrat den Beschluss selbst gefasst.

b. Rechtsgeschäft des Betriebsratsvorsitzenden

Genehmigungsfähig ist allein das vom Betriebsratsvorsitzenden vorgenommene Rechtsgeschäft; also entweder die mit dem Arbeitgeber abgeschlossene Betriebsvereinbarung bzw. Regelungsabrede (§ 177 Abs. 1 BGB) oder die Stellungnahme zu einer Maßnahme des Arbeitgebers (§ 177 Abs. 1 BGB i.V.m. § 180 S. 2 BGB).¹⁴²

2. Voraussetzungen der Genehmigung

¹³⁷ *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 134 f.

¹³⁸ *Bork*, BGB AT, Rn. 1695.

¹³⁹ *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 134 f.

¹⁴⁰ GK/*Raab*, § 27 Rn. 78; HWGNRH/*Glock*, § 27 Rn. 62; a.A. *Fitting*, § 27 Rn. 84; Richardi/*Thüsing*, § 27 Rn. 69; ErfK/*Koch*, § 27 Rn. 5; DKW/*Wedde*, § 27 Rn. 35.

¹⁴¹ GK/*Raab*, § 27 Rn. 79.

¹⁴² BAG 9.12.2014, AP Nr. 108 zu § 77 BetrVG 1972; BAG 10.10.2007, AP Nr. 17 zu § 27 BetrVG 1972; BAG 8.6.2004, AP Nr. 124 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; Galperin/*Löwisch*, § 26 Rn. 30; *Fitting*, § 26 Rn. 26; Richardi/*Thüsing*, § 26 Rn. 48; GK/*Raab*, § 26 Rn. 39.

Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen von einer wirksamen Genehmigung durch den Betriebsrat auszugehen ist. Zweifelhaft ist dabei insbesondere, ob die Genehmigung einen (erneuten) Betriebsratsbeschluss erfordert oder ob es auch ausreicht, dass der Betriebsrat das vom Vorsitzenden vorgenommene Rechtsgeschäft stillschweigend billigt.

a. Meinungsstand

Während nach der früheren Rechtsprechung des BAG¹⁴³ und einem Teil der Literatur¹⁴⁴ die Genehmigung auch stillschweigend erteilt werden kann, fordert die mittlerweile ganz herrschende Ansicht¹⁴⁵ einen ordnungsgemäßen Betriebsratsbeschluss. Ein Beschluss sei erforderlich, da er das einzige Mittel des Kollektivs sei, seinen Willen zu bilden. Eine stillschweigende Beschlussfassung gebe es nicht, weil hierdurch die Verfahrensvorschriften über die ordnungsgemäße Willensbildung des Kollektivs umgangen würden. Allerdings sei kein ausdrücklicher Genehmigungsbeschluss des Betriebsrats erforderlich; als ausreichend wird es angesehen, wenn der Betriebsrat in einer anderen Angelegenheit einen Beschluss fasst, aus dem sich lediglich mittelbar sein Einverständnis mit dem schwebend unwirksamen Rechtsgeschäft ergibt.¹⁴⁶

b. Stellungnahme

Die Genehmigung durch den Betriebsrat erfordert einen wirksamen Betriebsratsbeschluss. Die Begründung für dieses Ergebnis ergibt sich aus Folgendem:

¹⁴³ BAG 15.12.1961, AP Nr. 1 zu § 615 BGB Kurzarbeit.

¹⁴⁴ *Stege/Weinspach/Schiefer*, § 26 Rn. 10; *Neumann-Duesberg*, BetrVR, S. 270; *Galperin/Löwisch*, § 26 Rn. 30.

¹⁴⁵ BAG 9.12.2014, AP Nr. 108 zu § 77 BetrVG 1972; BAG 10.10.2007, AP Nr. 17 zu § 27 BetrVG 1972; BAG 19.1.2005, BAG 19.1.2005, BeckRS 2005, 30349188; BAG 8.6.2004, AP Nr. 124 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; *GK/Raab*, § 26 Rn. 41; *Richardi/Thüsing*, § 26 Rn. 48; *ErfK/Koch*, § 26 Rn. 2; *HWGNRH/Glock*, § 26 Rn. 39; *DKW/Wedde*, § 26 Rn. 22; *MünchArbR/Krois*, § 293 Rn. 23; *HWK/Reichold*, BetrVG § 26 Rn. 15.

¹⁴⁶ *Richardi/Thüsing*, § 26 Rn. 48; *HWGNRH/Glock*, § 26 Rn. 39; zu den verfahrensrechtlichen Anforderungen an einen solchen „mittelbaren“ Beschluss: *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 140 ff.

Auszugehen ist davon, dass es sich bei der Genehmigung um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt.¹⁴⁷ Ob eine solche vorliegt, beurteilt sich deshalb vom Empfängerhorizont aus. Empfänger der Genehmigung kann einerseits der Arbeitgeber, andererseits aber auch der Vorsitzende selbst sein (§§ 182 Abs. 1, 184 Abs. 1 BGB).

Wird auf den Arbeitgeber als Adressat der Genehmigungserklärung abgestellt, kommt es folglich darauf an, ob er das Verhalten des Betriebsratsvorsitzenden – der auch insoweit für den Betriebsrat handelt – als Genehmigung verstehen durfte. Bloßes Schweigen des Betriebsratsvorsitzenden genügt hierfür grundsätzlich nicht.¹⁴⁸ Andererseits muss sich der Vorsitzende der Genehmigungsbedürftigkeit nicht bewusst sein; vielmehr reicht es nach allgemeinen Regeln aus, wenn er bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt erkennen konnte, dass sein Verhalten als Genehmigung aufgefasst werden konnte (sog. potentiell Erklärungsbewusstsein).¹⁴⁹ Liegen diese Voraussetzung vor, ist der Tatbestand der Genehmigung gegeben.

Eine davon zu trennende Frage ist, ob der Betriebsratsvorsitzende für diese Genehmigungserklärung die erforderliche Vertretungsmacht besitzt. Das ist nach § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG nur dann der Fall, wenn der Betriebsrat zuvor einen wirksamen Beschluss gefasst hat, aus dem sich die Genehmigung zumindest mittelbar ergibt; andernfalls ist die vom Betriebsratsvorsitzenden ausgesprochene Genehmigung ihrerseits (schwebend) unwirksam.

Stellt man auf den Betriebsratsvorsitzenden als Adressaten der Genehmigungserklärung ab, liegt ein Insichgeschäft vor, es sei denn, dass ausnahmsweise ein anderes Betriebsratsmitglied als der Betriebsratsvorsitzende die Genehmigungserklärung abgibt. Erforderlich ist deshalb neben einem wirksamen Genehmigungsbeschluss noch eine Gestattung des Insichgeschäfts im Sinne des § 181 BGB.¹⁵⁰

¹⁴⁷ *Neuner*, BGB AT, § 51 Rn. 4; *Staudinger/Klumpp*, § 184 Rn. 6; *MüKoBGB/Bayreuther*, § 182 Rn. 2; *BeckOK BGB/Bub*, § 182 Rn. 16.

¹⁴⁸ *MüKoBGB/Bayreuther*, § 182 Rn. 16; *Grüneberg/Ellenberger*, § 182 Rn. 3.

¹⁴⁹ Str., wie hier *Staudinger/Klumpp*, § 182 Rn. 32; *BeckOK BGB/Bub*, § 182 Rn. 17; *Erman/Maier-Reimer/Finkenauer*, § 182 Rn. 9; *Köhler*, BGB AT, § 14 Rn. 4; a.A. insbesondere der BGH, der verlangt, dass der Erklärende die Zustimmungsbefähigung des Rechtsgeschäfts kannte oder zumindest mit ihr rechnete, siehe nur BGH 14.6.2004, NJW 2004, 2736, 2738 und BGH 20.4.2004, NJW 2004, 2745, 2747, mit der Lehre vom Empfängerhorizont ist das wohl nicht vereinbar; nach dem Grundsatz *venire contra factum proprium* auf Kenntnis bzw. Kennenmüssen verzichtend *MüKoBGB/Bayreuther*, § 182 Rn. 12.

¹⁵⁰ Vgl. zur Rechtslage insoweit bei Organen juristischer Personen: *Erman/Palm*, § 181 Rn. 29; *Grüneberg/Ellenberger*, § 181 Rn. 19.

3. Wirkung der Genehmigung

Die Genehmigung wirkt nach § 184 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, sofern nicht etwas anderes bestimmt ist. Vom Betriebsratsvorsitzenden abgeschlossene Verträge werden daher als von Anfang an wirksam behandelt.¹⁵¹ Gleiches gilt, soweit einseitige Rechtsgeschäfte ausnahmsweise genehmigungsfähig sind (§ 180 S. 2 BGB).¹⁵²

a. Rückwirkung nur bei Verträgen?

Das BAG ist abweichend davon der Meinung, eine Rückwirkung nach § 184 Abs. 1 BGB sei regelmäßig nur bei Verträgen möglich, da es andernfalls an den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 177 Abs. 1 BGB fehle.¹⁵³

Diese Ansicht ist abzulehnen. Sie vermengt zwei Fragen, die voneinander zu trennen sind; nämlich die Frage, ob ein genehmigungsfähiges Rechtsgeschäft vorliegt, und die Frage, ob – bei Vorliegen eines genehmigungsfähigen Rechtsgeschäfts – eine Rückwirkung der Genehmigung eintritt.

Zur Frage der Genehmigungsfähigkeit: Dass es bei einseitigen Rechtsgeschäften an den Voraussetzungen des § 177 Abs. 1 BGB fehlt, ist zwar richtig, weil § 177 Abs. 1 BGB die Vertretung ohne Vertretungsmacht bei „Verträgen“ regelt. Allerdings ist § 177 Abs. 1 BGB bei einseitigen Rechtsgeschäften im Fall der Vertretung ohne Vertretungsmacht¹⁵⁴ über § 180 S. 2 BGB unter den dort genannten Voraussetzungen entsprechend anwendbar.

¹⁵¹ BAG 17.11.2010, AP Nr. 50 zu § 99 BetrVG 1972 Versetzung; BAG 10.10.2007, AP BetrVG 1972 § 26 Nr. 17; MünchArbR/*Krois*, § 293 Rn. 23; GK/*Raab*, § 26 Rn. 39; *Fitting*, § 26 Rn. 26; *Schulze/Mensing*, ArbAktuell 2021, 599, 601 f.

¹⁵² MünchArbR/*Krois*, § 293 Rn. 24; GK/*Raab*, § 26 Rn. 39.

¹⁵³ BAG 10.10.2007, AP BetrVG 1972 § 26 Nr. 17; zustimmend *Fitting*, § 26 Rn. 26; *Schulze/Mensing*, ArbAktuell 2021, 599, 602.

¹⁵⁴ Strittig ist dagegen, ob einseitige Rechtsgeschäfte außerhalb der gesetzlich geregelten Fälle endgültig unwirksam oder genehmigungsfähig sind; dazu MüKoBGB/*Bayreuther*, § 182 Rn. 34.

Zur Frage der Rückwirkung der Genehmigung: Dies ist bei einseitigen Rechtsgeschäften selbst im Fall der Vertretung ohne Vertretungsmacht umstritten, grundsätzlich aber zu bejahen (§§ 180 S. 2, 184 Abs. 1 BGB).¹⁵⁵

b. Ausnahmen von der Rückwirkung

Die Rückwirkung ist ausgeschlossen, soweit etwas anderes bestimmt ist (§ 184 Abs. 1 Hs. 2 BGB).

Davon ist etwa auszugehen, wenn eine rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Frist abgelaufen ist, z.B. kann die Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 2 BetrVG nicht nach Ablauf der Wochenfrist mit Rückwirkung genehmigt werden.¹⁵⁶

Weiter ist eine Rückwirkung abzulehnen, wenn die Genehmigung erst nach dem für die Beurteilung eines Sachverhalts maßgeblichen Zeitpunkt erfolgt. Dies betrifft nach der Rechtsprechung des BAG insbesondere Vereinbarungen, durch die dem Arbeitgeber eine Kostentragungspflicht auferlegt wird; der Umstand, dass der Betriebsrat vor Verursachung der Kosten über deren Erforderlichkeit entscheiden müsse¹⁵⁷, stehe einer Rückwirkung entgegen.¹⁵⁸

Darüber hinausgehend vertritt ein Teil der Literatur¹⁵⁹ die Auffassung, eine Genehmigung scheidet überall dort aus, wo nach dem Gesetz der Betriebsrat einer Maßnahme des Arbeitgebers vorher zustimmen müsse¹⁶⁰. Ausgehend davon wäre eine Genehmigung in vielen Fällen nicht möglich.

¹⁵⁵ MüKoBGB/*Bayreuther*, § 184 Rn. 14; MünchArbR/*Krois*, § 293 Rn. 24.

¹⁵⁶ BAG 17.11.2010, AP Nr. 50 zu § 99 BetrVG 1972.

¹⁵⁷ Dazu BAG 18.4.1967, NJW 1967, 2377,2378; *Fitting*, § 40 Rn. 9; *Richardi/Thüsing*, § 40 Rn. 8.

¹⁵⁸ BAG 10.10.2007, AP Nr. 17 zu § 26 BetrVG 1972; zustimmend *GK/Raab*, § 26 Rn. 40; vgl. auch BAG 8.3.200, NZA 2000, 838, 839: keine nachträgliche Genehmigung der Teilnahme eines Betriebsratsmitglieds an einer Schulungsveranstaltung (zu dieser Entscheidung *Reitze* NZA 2002, 492, 492 ff.; *Schulze/Mensing*, ArbAktuell, 2021, 599, 602).

¹⁵⁹ *Richardi/Thüsing*, § 26 Rn. 49.

¹⁶⁰ Vgl. dazu etwa *GK/Wiese*, § 87 Rn. 104.

Dem ist aber zu widersprechen.¹⁶¹ Die erforderliche Zustimmung liegt in der Erklärung des Vorsitzenden. Da sie nach § 184 Abs. 1 BGB mit rückwirkender Kraft wirksam wird, ist sie auch von Anfang an vorhanden. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn eine andere Bestimmung im Sinne des § 184 Abs. 1 Hs. 2 BGB vorliegen würde, wofür aber anders als in den zuvor beschriebenen Konstellationen nichts ersichtlich ist.

III. Rechtsfolgen für den Betriebsratsvorsitzenden

1. Abberufung und Ausschluss aus dem Betriebsrat

Handelt der Betriebsratsvorsitzende ohne die entsprechende Ermächtigung, kann der übergangene Betriebsrat den Vorsitzenden abberufen.¹⁶² Dies ist jederzeit und ohne besondere Begründung möglich.¹⁶³

Stellt sich das Verhalten des Vorsitzenden sogar als grobe Pflichtverletzung dar, kann er darüber hinaus nach § 23 Abs. 1 BetrVG aus dem Betriebsrat ausgeschlossen werden.¹⁶⁴

2. Haftung auf Schadensersatz

Überschreitet der Betriebsratsvorsitzende seine Vertretungsmacht, stellt sich für die Arbeitgeberseite die Frage, ob er auf Schadensersatz haftet.

a. § 280 Abs. 1 BGB

¹⁶¹ Ablehnend auch GK/Raab, § 26 Rn. 39; sowie *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 142 ff, mit dem Argument, dass nur über eine Genehmigung des Betriebsrats die normative Wirkung einer Betriebsvereinbarung ab dem Zeitpunkt der schwebend unwirksamen Erklärung des Betriebsrats zu erreichen sei, während bloßer Vertrauensschutz dies nicht erzielen könne; dazu ausführlich unter § 4 D. II. 4. a. (S. 87–88).

¹⁶² *Fitting*, § 26 Rn. 35; GK/Raab, § 26 Rn. 42; DKW/Wedde, § 26 Rn. 25; HWK/Reichold, BetrVG § 26 Rn. 15; Düwell/Wolmerath, § 26 Rn. 16.

¹⁶³ Richardi/Thüsing, § 26 Rn. 28 f.

¹⁶⁴ LAG Hessen 23.2.2017 – 9 TaBV140/16, BeckRS 2017, 114084; *Fitting*, § 26 Rn. 35; GK/Raab, § 26 Rn. 42; HWGNRH/Glock, Rn. 45; HWK/Reichold, § 26 Rn. 15; Düwell/Wolmerath, § 26 Rn. 16.

Eine Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht aufgrund eines Schuldverhältnisses kommt in Betracht, wenn er eigenes wirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrages oder besonderes persönliches Vertrauen außerhalb der Vertretungsmacht in Anspruch genommen hat.¹⁶⁵

Auf die Haftung des Betriebsratsvorsitzenden kann dies in aller Regel nicht übertragen werden, weil der Betriebsratsvorsitzende beim Arbeitgeber normalerweise kein zusätzliches, von ihm selbst ausgehendes Vertrauen auf die Vollständigkeit und Richtigkeit seiner Erklärung hervorrufen wird.

b. § 179 Abs. 1 BGB

Eine Haftung des Betriebsratsvorsitzenden ohne Vertretungsmacht gegenüber dem Arbeitgeber¹⁶⁶ entsprechend § 179 Abs. 1 BGB ist den Voraussetzungen der Vorschrift nach gegeben. Dabei kommt naturgemäß nur eine Schadensersatzpflicht und keine Erfüllungshaftung in Betracht, denn die Beteiligungsrechte sind höchstpersönlicher Natur¹⁶⁷ und können nur vom Betriebsrat ausgeübt werden.¹⁶⁸

aa. Meinungsstand

Ein Teil der Literatur geht ohne Begründung davon aus, § 179 BGB sei auf den Betriebsratsvorsitzenden entsprechend anwendbar.¹⁶⁹

Dem steht ein anderer Teil der Literatur gegenüber, der die Anwendbarkeit des § 179 BGB auf das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ablehnt.¹⁷⁰ Die verschuldens-

¹⁶⁵ Staudinger/Schilken, § 179 Rn. 20; BeckOK BGB/Schäfer, § 179 Rn. 31; jeweils m.w.N.

¹⁶⁶ Zur Haftung gegenüber Dritten: BGH 25.10.2012, NZA 2012, 1382, 1382 ff.

¹⁶⁷ Vgl. BeckOK BGB/Schäfer, § 179 Rn. 21.

¹⁶⁸ HWK/Reichold, BetrVG § 26 Rn. 15.

¹⁶⁹ GK/Raab, § 26 Rn. 42; MünchArbR/Krois, § 293 Rn. 22; HWK/Reichold, BetrVG § 26 Rn. 15.

¹⁷⁰ Hierzu und zum Folgenden HWGNRH/Glock, § 26 Rn. 45; ebenso DKW/Wedde, § 26 Rn. 25.; Schuster/Schunder, NZA 2020, 92, 94.

unabhängige Garantiehaftung des § 179 BGB könne nicht zur Anwendung kommen, da für die Verletzung von Amtspflichten im BetrVG die Sanktion der Schadensersatzpflicht nicht vorgesehen und auch mit dem Benachteiligungsverbot in § 78 S. 2 BetrVG nicht zu vereinbaren sei. Im Übrigen lasse § 179 BGB dem Vertragspartner des vollmachtlosen Vertreters die Wahl zwischen Schadensersatz und Erfüllung; das sei eine Konsequenz, die mit dem BetrVG in jedem Fall unvereinbar wäre.

bb. Stellungnahme

Nach richtiger Ansicht ist danach zu differenzieren, ob der Betriebsratsvorsitzende den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat oder nicht.¹⁷¹

Hat der Betriebsratsvorsitzende den Mangel gekannt, dann haftet er nach § 179 Abs. 1 BGB. Dass diese Schadensersatzpflicht nicht im BetrVG, sondern im BGB normiert ist, spielt keine Rolle. § 179 BGB ist auf den Betriebsratsvorsitzenden als Organ des Betriebsrats entsprechend anwendbar. Soweit deshalb der Betriebsratsvorsitzende das Fehlen der Vertretungsmacht gekannt hat, haftet er nach § 179 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz.

Anders ist die Situation, wenn dem Betriebsratsvorsitzenden der Mangel der Vertretungsmacht unbekannt ist. In diesem Fall muss eine Schadensersatzpflicht nach § 179 Abs. 2 BGB ausscheiden. Andernfalls würde dem Vorsitzenden über diese Vorschrift das Risiko unwirksamer Betriebsratsbeschlüsse auferlegt werden. Dies wäre eine Konsequenz, die den Betriebsratsvorsitzenden erheblich in seiner Amtsführung behindern würde¹⁷² und mit dem Benachteiligungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG nicht vereinbar wäre.

c. §§ 823 ff. BGB

¹⁷¹ Ähnlich *Linsenmaier*, FS Wissmann, 378, 391 f.; *Fitting*, § 1 Rn. 309, plädiert dafür, nach § 31a BGB analog die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu beschränken.

¹⁷² *Linsenmaier*, FS Wissmann, 378, 391 f.

Eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB scheidet aus, weil keine Verletzung eines absoluten Rechts vorliegt; eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB scheitert an einer fehlenden Schutzgesetzverletzung.¹⁷³

Der Betriebsratsvorsitzende haftet aber jedenfalls dann, wenn die Voraussetzungen des § 826 BGB vorliegen, also eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung und die erforderliche Schädigungsabsicht gegeben ist.¹⁷⁴ In einem solchen Fall ist nicht einzusehen, weshalb der Betriebsratsvorsitzende nicht für den verursachten Schaden einstehen soll.

¹⁷³ *Schuster/Schunder*, NZA 2020, 92, 94.

¹⁷⁴ *HWGNRH/Glock*, § 26 Rn. 45; *DKW/Wedde*, § 26 Rn. 25.

§ 4 Vertrauensschutz bei Geschäftsführungsbeschlüssen

Der Schutz des Vertrauens des Arbeitgebers, wenn der Betriebsratsvorsitzende bei Vollziehung eines vermeintlichen Geschäftsführungsbeschlusses des Betriebsrats keine Vertretungsmacht besitzt, ist sehr umstritten. Die hierzu vertretenen Ansichten können in drei Kategorien unterteilt werden:

Zum einen gibt es einen Lösungsvorschlag, der einen Vertrauensschutz des Arbeitgebers vollständig negiert (dazu A.). Der Arbeitgeber sei nicht schutzwürdig und ein Vertrauensschutz deshalb generell abzulehnen.

Zum anderen gibt es Lösungsvorschläge, die bereits auf der Beschlussebene ansetzen und versuchen, den nichtigen Betriebsratsbeschluss durch eine Art Bestandskraft oder eine Einschränkung der Nichtigkeitsfolgen zu retten (dazu B.). Gemeinsam ist diesen Ansichten, dass sie das Problem des § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG dadurch in den Griff bekommen wollen, dass sie den erforderlichen Betriebsratsbeschluss aufrechterhalten.

Schließlich gibt es noch Lösungsvorschläge, die zwar die Nichtigkeit des Beschlusses hinnehmen, dann jedoch auf der Ebene der Vertretung korrigierend eingreifen (dazu C.). D.h., die Erklärung des Betriebsratsvorsitzenden ist dem Betriebsrat zurechenbar, selbst wenn ihr kein wirksamer inhaltlich entsprechender Betriebsratsbeschluss zugrunde liegt.

A. Keine Schutzwürdigkeit des Arbeitgebers?

Angesichts der Tatsache, dass der Arbeitgeber keinerlei Einfluss auf die Beschlussfassung des Betriebsrats hat, er aber andererseits bei mitbestimmungspflichtigen Handlungen auf einen wirksamen Betriebsratsbeschluss als Grundlage für die Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden angewiesen ist, liegt seine Schutzwürdigkeit und ein Bedürfnis für Vertrauensschutz eigentlich auf der Hand.

I. Ansicht eines Teils der Literatur

Gleichwohl lehnt ein Teil der Literatur einen Vertrauensschutz des Arbeitgebers kategorisch ab.¹⁷⁵

Zur Begründung wird zum einen darauf verwiesen, dass dem Arbeitgeber über § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG vom Gesetzgeber das Risiko einer fehlenden oder fehlerhaften Willensbildung des Betriebsrats bewusst auferlegt worden sei.¹⁷⁶ Vertrauensschutz sei mit dieser Risikozuweisung nicht zu vereinbaren.

Zum anderen wird argumentiert, dass der Arbeitgeber ohnehin nicht schutzwürdig sei, weil er einen Anspruch habe, vom Betriebsrat jederzeit den Nachweis dafür zu verlangen, dass der Erklärung des Betriebsratsvorsitzenden ein entsprechender Beschluss zugrunde liege.¹⁷⁷ Aufgrund dessen könne sich der Arbeitgeber vor den Rechtsfolgen der fehlenden Vertretungsmacht selbst schützen; Vertrauensschutz sei deshalb sachlich nicht gerechtfertigt.

II. Stellungnahme

Dem Arbeitgeber jede Art von Vertrauensschutz abzusprechen, ist schwer einzusehen.¹⁷⁸

Man mag in § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG zu Lasten des Arbeitgebers eine gesetzgeberische Risikoverteilung für Betriebsratsfehler sehen; aber das bedeutet nicht, dass jede Einschränkung dieser Vorschrift durch Gewährung von Vertrauensschutz von vornherein den Boden zulässiger Gesetzesauslegung verlässt, zumal diese Vorschrift andernfalls zu schwer nachvollziehbaren Ergebnissen führt.

¹⁷⁵ HWGNRH/Glock, § 26 Rn. 42; ErfK/Koch, BetrVG § 26 Rn. 2; WPK/Kreft, § 26 Rn. 18 f.; GK/Kreutz, § 77 Rn. 11; Tillmanns, FS 100 Jahre BetrVR, 745, 755; ebenso Oetker, BStSozArbR 1984, 129, 132, für den Fall, dass man seiner Ansicht von der Anwendung des Rechtsgedankens des § 44 VwVfG (dazu unter § 4 B. II. 1., S. 48–49) nicht folgt.

¹⁷⁶ HWGNRH/Glock, § 26 Rn. 42.

¹⁷⁷ HWGNRH/Glock, § 26 Rn. 43; Oetker, BStSozArbR 1984, 129, 132; Tillmanns, FS 100 Jahre BetrVR, 745, 755.

¹⁷⁸ Ebenso GK/Raab, § 26 Rn. 46.

Es ist auch nicht richtig, dass ein Anspruch des Arbeitgebers existiert mit dem Inhalt, dass ihm ein Nachweis für die Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden vorzulegen ist.¹⁷⁹ Aus der Systematik des BetrVG in den §§ 30 S. 3 und 34 Abs. 2 S. 1 BetrVG ergibt sich, dass dem Arbeitgeber nur unter den dort genannten engen Voraussetzungen ein Informationsanspruch gegenüber dem Betriebsrat zusteht. Ein über diese Ausnahmegesetze hinausgehender allgemeiner Informationsanspruch besteht im Umkehrschluss nicht, zumal es sich dabei im Ergebnis um eine bedenkliche Einmischung in die Geschäftsführung des Betriebsrats und eine unzulässige Kontrollmöglichkeit des Arbeitgebers handeln würde.¹⁸⁰

Anders ist nur dann zu entscheiden, wenn ein von § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG abweichender Fall der Vertretung des Betriebsrats vorliegt. Tritt also ein sonstiges Betriebsratsmitglied aufgrund einer Bevollmächtigung auf, dann muss der Arbeitgeber nicht blind auf die Vertretungsmacht seines Gegenübers vertrauen; diese ergibt sich ja bereits aus § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG. Stattdessen hat er in diesen Fällen einen Anspruch darauf, dass ihm die Vertretungsberechtigung nachgewiesen wird.¹⁸¹ Der Nachweis mag seitens des Betriebsrats durch eine entsprechende Mitteilung erfolgen oder gar durch Vorlage des schriftlichen Betriebsratsbeschlusses aus dem sich die Vertretungsberechtigung ergibt. Bis dahin kann der Arbeitgeber den Vertreter zurückweisen, was sich für einseitige Rechtsgeschäfte bereits aus § 174 S. 1 BGB ergibt.¹⁸²

Aber selbst unterstellt, es gäbe bei jedem Mitbestimmungsverlangen des Betriebsrats einen solchen Informationsanspruch des Arbeitgebers, wäre es nicht einleuchtend, Vertrauensschutz deswegen abzulehnen. Denn selbst mit einem solchen Anspruch könne sich der Arbeitgeber nicht ausreichend schützen. Es gibt nämlich keinen sicheren Nachweis, anhand dessen

¹⁷⁹ A.A. wenn der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse hat, insbesondere wenn sich begründete Zweifel am Vorliegen eines (wirksamen) Beschlusses ergeben GK/Raab, § 26 Rn. 43; Fitting, § 26 Rn. 30; weitergehend Richardi/Thüsing, § 26 Rn. 38: nicht auf Zweifelsfälle beschränkt, aber wegen dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit auch nicht stets; Lembke, NZA 2021, 1665, 1668 f.: berechtigtes Interesse allenfalls in Ausnahmefällen zu verneinen; noch weitergehender – berechtigtes Interesse generell anzunehmen – Wiebauer, Sicherung, S. 68 Rn. 131.

¹⁸⁰ BAG 23.8.1984, AP Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972; Reitze, Betriebsratsbeschluss, S. 148 f.

¹⁸¹ Für einen Nachweisanspruch des Arbeitgebers bei Bevollmächtigung eines sonstigen Betriebsratsmitglieds auch Brecht, BB 1954, 840, 842.

¹⁸² Die Konstellation ähnelt den Fällen der Beauftragung des Gesamtbetriebsrat nach § 50 Abs. 2 BetrVG, wo ein solches Zurückweisungsrecht des Arbeitgebers gegenüber dem Gesamtbetriebsrat als Verhandlungspartner ebenfalls angenommen wird, solange ihm die Delegation nicht nachgewiesen wird; dazu GK/Franzen, § 50 Rn. 71; HWGNRH/Glock, § 50 Rn. 56; Rieble, RdA 2005, 26, 29.

der Arbeitgeber überprüfen könnte, ob der Erklärung des Betriebsratsvertreters ein ordnungsgemäßer Betriebsratsbeschluss zugrunde liegt.

Weder eine Befragung des Vorsitzenden¹⁸³ noch eine Rückfrage beim Betriebsrat¹⁸⁴ ist hierfür geeignet. In den meisten Fällen wird es bereits so sein, dass sich der Betriebsratsvorsitzende bzw. der Betriebsrat der Unwirksamkeit des Beschlusses gar nicht bewusst ist.

Gleiches gilt für die Vorlage eines schriftlichen Beschlusses etwa in Form einer Abschrift der Sitzungsniederschrift (§ 34 BetrVG).¹⁸⁵ Der Mindestinhalt der Sitzungsniederschrift umfasst nach § 34 Abs. 1 S. 1 BetrVG lediglich den Wortlaut der Beschlüsse und die Stimmenmehrheit, mit der sie gefasst sind; sonstige Informationen müssen nicht enthalten sein, so dass sich aus der Niederschrift beispielsweise nicht ergibt, ob alle Betriebsratsmitglieder ordnungsgemäß geladen wurden. Abgesehen davon kann der Inhalt der Sitzungsniederschrift jederzeit von der wahren Rechtslage abweichen, da die Sitzungsniederschrift nur beweist, dass die Unterzeichner die Angaben in der Niederschrift gemacht haben, nicht aber die inhaltliche Richtigkeit dieser Angaben.¹⁸⁶

B. Lösungsversuche auf Beschlussebene

I. Einschränkung der Beschlussnichtigkeit nach § 19 BetrVG analog

1. Lösungsvorschlag von *Klevemann*

Klevemann schlägt vor, in Anlehnung an das Gesellschaftsrecht¹⁸⁷ zwischen nichtigen bzw. unwirksamen Beschlüssen einerseits und anfechtbaren Beschlüssen andererseits zu differenzieren.¹⁸⁸ Die bloß anfechtbaren Beschlüsse seien bis zum Ablauf der Anfechtungsfrist

¹⁸³ Dafür aber *Uelhoff*, Vertretungsmacht, S. 28; *Buchner*, DB 1976, 532, 535.

¹⁸⁴ Dafür aber *Uelhoff*, Vertretungsmacht, S. 28.

¹⁸⁵ *Wiebauer*, Sicherung, S. 69 Rn. 132.

¹⁸⁶ BAG 22.11.2017, NZA 2018, 732, 735; BAG 30.9.2014, NZA 2015, 370, 373; HWGNRH/*Glock*, § 34 Rn. 16; GK/*Raab*, § 34 Rn. 13; DKW/*Wedde*, § 34 Rn. 6; *Fitting*, § 34 Rn. 5; HWK/*Reichold*, BetrVG § 34 Rn. 3; a.A. hinsichtlich Beschlussfassung *Richardi/Thüsing*, § 34 Rn. 23: widerlegbarer Beweis, dass der in der Niederschrift enthaltene Beschluss gefasst wurde.

¹⁸⁷ Vgl. §§ 241 ff. AktG.

¹⁸⁸ *Klevemann*, Anm. zu BAG 28.4.1988, EZA Nr. 1 zu § 29 BetrVG 1972, dort auch zum Folgenden.

schwebend unwirksam. Rechtskonstruktiv bewältigt werden soll dies durch eine analoge Anwendung von § 19 BetrVG oder zumindest durch eine Anwendung des in ihm enthaltenen Rechtsgedankens.¹⁸⁹

Klevemann ist der Auffassung, unter dem Aspekt der Rechtssicherheit sei eine derartige Differenzierung wünschenswert, da die schwebende Unwirksamkeit des Betriebsratsbeschlusses dann nach Ablauf der Anfechtungsfrist ohne Bedeutung sei. Die starre Nichtigkeitsfolge sei auf eklatante Verstöße gegen § 134 bzw. § 138 BGB zu beschränken. Bei weniger gravierenden Verstößen müsse dagegen eine Heilung möglich sein, wenn der Betriebsratsbeschluss in Anlehnung an § 19 Abs. 2 S. 2 BetrVG und § 38 Abs. 2 S. 4 BetrVG nicht innerhalb von zwei Wochen nach seiner Niederschrift bzw. Bekanntgabe angefochten werde. Zu diesen weniger gravierenden Verstößen könnten dann auch solche gehören, gegen die bislang kein Rechtsmittel gegeben sei, beispielsweise die Nichtanfertigung einer Sitzungsniederschrift, die Nichtaufnahme von Beschlüssen in die Niederschrift (§ 34 Abs. 1 BetrVG) oder der Verstoß gegen die Geschäftsordnung (§ 36 BetrVG). Anfechtungsbefugt wären jedenfalls die Betriebsratsmitglieder und die von ihnen vertretenen Arbeitnehmer. Ob auch dem Arbeitgeber ein Anfechtungsrecht zukomme, müsse angesichts der ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, die Einigungsstelle anzurufen, bezweifelt werden.

Zusätzlich weist *Klevemann* noch darauf hin, dass das BAG in seiner Entscheidung vom 12.10.1976¹⁹⁰ den Grundsatz der Unanfechtbarkeit von Betriebsratsbeschlüssen bereits selbst durchbrochen habe, indem es dort von der Anfechtbarkeit einer Betriebsratsvorsitzendenwahl ausgehe. Das BAG habe in dieser Entscheidung zutreffend anerkannt, dass es sich bei der Wahl des Betriebsratsvorsitzenden nicht um den „Schlussakt“ der Betriebsratswahl handle, so dass § 19 BetrVG nicht direkt anwendbar sei, sondern um einen Geschäftsführungsbeschluss nach § 33 BetrVG.

2. Ansicht der herrschenden Meinung

¹⁸⁹ Vgl. auch Schuckardt, Betriebsratsbeschluss, S. 98 f. und Perwitz, Anfechtung, S. 68 f., die eine Anfechtungslösung entsprechend den §§ 241 ff. AktG erwägen, aber mangels gesetzlicher Grundlage ablehnen. Gegen eine Übertragung der §§ 241 ff. AktG auf das Betriebsverfassungsrecht auch Reitze, Betriebsratsbeschluss, S. 133.

¹⁹⁰ BAG 12.10.1976, AP Nr. 2 zu § 26 BetrVG 1972.

Nach ganz herrschender Meinung können Geschäftsführungsbeschlüsse mangels gesetzlicher Grundlage nicht nach § 19 BetrVG angefochten werden.¹⁹¹ Das BAG verweist zudem darauf, dass der Arbeitgeber dann gehalten und berechtigt sein müsste, sich beim Betriebsrat über den Ablauf des Beschlussverfahrens zu erkundigen, um zu klären, ob der Beschluss auf einem „ganz groben“ oder einem „leichteren Fehler“ beruht; dies, so das BAG, wäre eine bedenkliche Einmischung in die Geschäftsführung des Betriebsrats.¹⁹²

Mit dem konkreten Lösungsvorschlag *Klevemanns* setzt sich *Reitze* eingehend auseinander.¹⁹³

Seiner Ansicht nach fehlt es für die analoge Anwendung des § 19 BetrVG bereits an einer vergleichbaren Interessenlage. Zwar sei es richtig, dass das BAG und ihm folgend die herrschende Meinung den Grundsatz der Unanfechtbarkeit von Betriebsratsbeschlüssen im Sinne des § 33 BetrVG bei betriebsratsinternen Wahlen bereits durchbrochen habe. Allerdings beschränke sich die entsprechende Anwendung des § 19 BetrVG insoweit auf die Fälle, in denen die Nichtigkeit des Beschlusses schwerwiegende Folgen für die Betriebsratstätigkeit bzw. für die Funktion der Betriebsverfassung hätte oder aber die Nichtigkeit zumindest die Entscheidung anderer Organe der Betriebsverfassung zu Fall brächte.¹⁹⁴ Bei einfachen Geschäftsführungsbeschlüssen sei dies anders: Hier handle es sich immer nur um einzelfallbezogene Entscheidungen des Betriebsrats.

Im Übrigen, so *Reitze*, hätte die von *Klevemann* vorgeschlagene schwebende Unwirksamkeit der Beschlüsse einen lang anhaltenden Schwebезustand zur Folge, der den Betriebsablauf erheblich behindern könnte. Müssten beispielsweise im Interesse des Betriebs notwendige Überstunden kurzfristig genehmigt werden und würde ein Anfechtungsverfahren in Gang gesetzt werden, könnte der Arbeitgeber die Überstunden nicht anordnen, bis das Arbeitsge-

¹⁹¹ BAG 21.7.2004, AP Nr. 13 zu § 47 BetrVG 1972; ErfK/*Koch*, BetrVG § 33 Rn. 4; *Fitting*, § 33 Rn. 51; *Richardi/Thüsing*, § 33 Rn. 36; *GK/Raab*, § 33 Rn. 50; *DKW/Wedde*, § 33 Rn. 30; *HWGNRH/Glock*, § 33 Rn. 34; *Düwell/Wolmerath*, § 33 Rn. 17; *Gamillscheg*, KollArbR II, S. 534; *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 221 f.; *Perwitz*, Anfechtung, S. 67 f.; *Schuckardt*, Betriebsratsbeschluss, S. 96 ff. der allerdings eine dem § 19 BetrVG entsprechende Norm de lege ferenda befürwortet; in diesem Sinn auch *Schulze/Mensing*, ArbRAktuell 2021, 599, 603, die entsprechenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf sehen.

¹⁹² BAG 23.8.1984, AP Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972.

¹⁹³ Zum Folgenden *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 214 ff.

¹⁹⁴ Zu diesem Argument auch *Hanau/Reitze*, FS Kraft, 167, 171.

richt eine rechtskräftige Entscheidung getroffen habe. Das sei wenig flexibel und mit dem Betriebswohl nicht vereinbar.

Aber selbst wenn der Lösungsvorschlag *Klevemanns* modifiziert werden würde dahin, dass der Beschluss schwebend wirksam ist und der Gerichtsentscheidung rechtsgestaltende Ex-tunc-Wirkung beigemessen wird, sei das Konzept abzulehnen. Unter diesen Voraussetzungen würde ein Anfechtungsverfahren dem einzelnen Betriebsratsmitglied nämlich nicht zum Erfolg verhelfen. Wegen der langen Verfahrenszeiten vor dem Arbeitsgericht sei die mitbestimmungspflichtige Maßnahme aufgrund des schwebend wirksamen Beschlusses bereits durchgeführt worden und die Anfechtung ginge ins Leere. Ein Grund, der diesen de-facto-Rechtsverlust rechtfertigen würde, sei nicht ersichtlich.

3. Stellungnahme

Wenn die herrschende Meinung die Anwendbarkeit des § 19 BetrVG mit dem Argument verneint, es bestehe hierfür keine gesetzliche Grundlage, dann ist das zutreffend, aber kein besonders gutes Argument. Eine gesetzliche Grundlage fehlt ja auch bei betriebsratsinternen Wahlen, wo § 19 BetrVG analog herangezogen wird. Auch setzt eine analoge Anwendung bzw. eine Anwendung des dort enthaltenen Rechtsgedankens das Fehlen einer gesetzlichen Regelung gerade voraus, so dass sich aus dieser Tatsache kein Gegenargument entwickeln lässt. Anders wäre es nur, wenn es sich insoweit um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers handeln würde und deshalb das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke zu verneine wäre. Das ist jedoch nicht klar ersichtlich.

Zutreffend ist dagegen der Einwand, dass ein gerichtliches Anfechtungsverfahren bei einfachen Geschäftsführungsbeschlüssen nicht praktikabel ist. Zum einen würde dies aufgrund der großen Zahl von Geschäftsführungsbeschlüssen zu einer nicht überschaubaren Kostenbelastung des Arbeitgebers führen (§ 40 Abs. 1 BetrVG). Zum anderen nimmt ein gerichtliches Verfahren für die betriebliche Praxis zu viel Zeit in Anspruch: Im Fall eines schwebend unwirksamen Beschlusses und einer Ex-nunc-Wirkung der Gerichtsentscheidung würde ein nicht akzeptabler Schwebezustand entstehen. Im Fall eines schwebend wirksamen Beschlusses und einer Ex-tunc-Wirkung würde sich das Anfechtungsverfahren regelmäßig erledigen und dem in seinen Rechten betroffenen Betriebsratsmitglied nichts mehr nutzen; dieses Pro-

blem ist auch nicht über die Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes lösbar, da dieser andernfalls praktisch die Entscheidung in der Hauptsache erbringen und damit eine Funktion einnehmen würde, die ihm nicht zukommt.

Auch das Argument des BAG überzeugt: Es wäre eine Grenzziehung zwischen bloß anfechtbaren und unheilbar nichtigen Beschlüssen erforderlich. Bei anfechtbaren Beschlüssen wäre der Arbeitgeber über die Ex-nunc-Wirkung geschützt, bei nichtigen Beschlüssen dagegen nicht. Das wäre in Ordnung, wenn der Arbeitgeber nichtige Beschlüsse ohne Weiteres erkennen könnte. Aber das ist nicht der Fall: Der Arbeitgeber als bloßer Erklärungsempfänger kann nicht zwingend erkennen, ob schwerwiegende Fehler gemacht wurden, etwa an der Beschlussfassung nicht mindestens die Hälfte der Betriebsratsmitglieder teilgenommen hat (§ 33 Abs. 2 BetrVG) oder der Beschluss nicht mit der Mehrheit der Stimmen der anwesenden Mitglieder gefasst wurde (§ 33 Abs. 1 BetrVG). Was bliebe ihm anderes als sich in die Amtsführung des Betriebsrats einzumischen und Nachforschungen über dessen interne Willensbildung des Betriebsrats anzustellen?

II. Einschränkung der Beschlussnichtigkeit nach § 44 VwVfG

1. Lösungsvorschlag von *Oetker*

Nach ganz herrschender Meinung ist ein Betriebsratsbeschluss nichtig, wenn er nicht in die Zuständigkeit des Betriebsrats fällt, einen gesetzeswidrigen Inhalt hat oder unter einem groben Verstoß gegen wesentliche Verfahrensvorschriften zustande gekommen ist.¹⁹⁵

Oetker vertritt eine davon abweichende Ansicht.¹⁹⁶ Auch er geht zwar davon aus, dass ein Beschluss entweder wirksam oder nichtig ist, möchte die Entscheidung dieser Frage aber von einer Abwägung abhängig machen. Da der Betriebsratsbeschluss zum Teil Wirksamkeitsvoraussetzung für das Handeln des Arbeitgebers sei, bestehe sachlogisch die Notwendigkeit einer Abwägung zwischen der Durchsetzung der Rechtsordnung einerseits und dem Bestandsinteresse Dritter an dem Beschluss andererseits. Ausgehend davon zieht *Oetker* sodann eine Paral-

¹⁹⁵ Vgl. oben § 3 A. III. (S. 28–31).

¹⁹⁶ Zum Folgenden *Oetker*, BIStSozArbR 1984, 129, 129 ff.

lele zur nichtigen Betriebsratswahl und zum nichtigen Verwaltungsakt. Dort, so *Oetker*, sei diese Abwägung bereits vollzogen. Eine Betriebsratswahl sei bezüglich der in § 19 Abs. 1 BetrVG normierten Wahlfehler nach Ablauf der Zwei-Wochen-Frist bestandskräftig. Nichtig sei sie nur dann, wenn nicht einmal dem äußeren Anschein nach eine dem Gesetz entsprechende Wahl vorliege. Für diese Beurteilung habe das BAG seit der Entscheidung vom 24.1.1964¹⁹⁷ an die auch bei § 44 Abs. 1 VwVfG für die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes maßgebliche Schwere der Fehlerhaftigkeit sowie deren Evidenz angeknüpft. Da nun im Betriebsverfassungsrecht weder die Anfechtbarkeit noch die Nichtigkeit von Betriebsratsbeschlüssen normierte sei, sei es interessengerecht, die in § 44 Abs. 1 VwVfG explizit kodifizierte Abwägung dem Rechtsgedanken nach auf die Problematik der Betriebsratsbeschlüsse zu übertragen. Auch § 44 Abs. 2 VwVfG komme zur Anwendung, soweit die dort genannten Fälle nicht spezifisch verwaltungsrechtlicher Natur seien.

Ein Betriebsratsbeschluss ist nach *Oetker* demnach nichtig, wenn die gesetzlich vorgeschriebene Form nicht beachtet worden ist (§§ 27 Abs. 2 S. 3, 28 Abs. 1 S. 3 BetrVG), der Betriebsrat unzuständig ist oder sein Inhalt gegen die guten Sitten verstößt. Liege keiner dieser Einzelfälle vor, sei unter Anlegung der in § 44 Abs. 1 VwVfG kodifizierten Maximen eine Nichtigkeit nur dann anzunehmen, wenn die Fehlerhaftigkeit der Beschlussfassung schwerwiegend und dies für einen durchschnittlichen Betrachter evident sei.

Zu einem Vertrauensschutz des Arbeitgebers bei nichtigen Betriebsratsbeschlüssen gelangt *Oetker* nicht mehr. Wegen der Evidenz der Fehlerhaftigkeit sei ein solcher nicht gerechtfertigt. Der Vertrauensschutz des Arbeitgebers sei bereits hinreichend auf der Tatbestandsebene berücksichtigt worden.

2. Stellungnahme

Gegen die Ansicht *Oetkers* kann nicht schon eingewendet werden, dass es unangebracht sei, im Betriebsverfassungsrecht, das dem Privatrecht zuzuordnen ist, auf den öffentlich-rechtlichen Rechtsgedanken aus § 44 VwVfG zurückzugreifen.¹⁹⁸ *Oetker* selbst weist in dem Zusammenhang darauf hin, dass das Betriebsverfassungsrecht zwar normtheoretisch zum Privat-

¹⁹⁷ BAG 24.1.1964, AP Nr. 6 zu § 3 BetrVG.

¹⁹⁸ So aber *Südkamp*, Fehler, S. 51.

recht gehöre, jedoch öffentlich-rechtliche Strukturprinzipien enthalte, bei deren Interpretation öffentlich-rechtliche Maximen herangezogen werden können. Im Übrigen zeigt *Oetker*, dass der Rechtsgedanke des § 44 Abs. 1 VwVfG für die Abwägung zwischen Rechtsdurchsetzungsinteresse und Bestandskraft bei Betriebsratswahlen sehr wohl angewandt wird¹⁹⁹.

Gewichtiger ist der Einwand, *Oetker* verkenne, dass das von ihm zugrunde gelegte Alternativitätsverhältnis zwischen krasser Nichtigkeit und voller Wirksamkeit weder bei fehlerhaften Betriebsratswahlen, noch bei fehlerhaften Verwaltungsakten bestehe.²⁰⁰ Sowohl Betriebsratswahlen als auch Verwaltungsakte seien bei minder schweren Fehlern, die nicht schon den Schwellenwert der groben Fehlerhaftigkeit und Evidenz erreichen, anfechtbar. Es stehe also ein Verfahren zu Verfügung, das es erlaube, die Fehlerhaftigkeit geltend zu machen. Dies lasse *Oetker* schlichtweg unter den Tisch fallen. Nach seiner Lösung gäbe es keine Möglichkeit, wie das in seinen Rechten verletzte Betriebsratsmitglied diese Verletzung seiner Rechte rügen könne. Dies sei wenig befriedigend, da das einzelne Betriebsratsmitglied in einem weiten Umfang seiner Rechte de facto verlustig ginge.

Gegen das Vertrauensschutzkonzept *Oetkers* spricht darüber hinaus entscheidend, dass seine Annahme, die Evidenz der Beschlussnichtigkeit stehe einer Schutzwürdigkeit des Arbeitgebers entgegen, nicht zutreffend ist. Dies ergibt sich daraus, dass für die Beurteilung der Evidenz – wie *Oetker* selbst ausführt – nicht auf die Sicht des Arbeitgebers, sondern auf die eines durchschnittlichen Betrachters abzustellen ist. Während aber dieser durchschnittliche Betrachter mit der Beschlussfassung des Betriebsrats selbst vertraut sein muss, kennt der Arbeitgeber lediglich die ihm gegenüber abgegebene Erklärung. Mit anderen Worten: Selbst schwerste Fehler des Betriebsratsbeschlusses, die für einen mit der Beschlussfassung vertrauten Durchschnittsbetrachter ohne weiteres offenkundig sind, können dem Arbeitgeber verborgen bleiben, ohne dass ihm deshalb ein Vorwurf zu machen ist. Den Vertrauensschutz des Arbeitgebers in diesen Fällen gleichwohl zu verneinen, ist nicht sachgerecht.

III. Einschränkung der Nichtigkeitsfolgen nach der Lehre vom fehlerhaften Dauer-schuldverhältnis

¹⁹⁹ Dazu auch GK/*Kreutz*, § 19 Rn. 146.

²⁰⁰ *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 125.

1. Lösungsvorschlag von *Perwitz* und *Heinze*

Perwitz und *Heinze* sind der Ansicht, nichtige Betriebsratsbeschlüsse, die bereits nach außen vollzogen worden seien und dort Rechtswirkungen ausgelöst hätten, könnten nur noch mit Wirkung ex nunc abgewickelt werden.²⁰¹ Zur Begründung verweisen sie auf den sowohl im Arbeits- wie im Gesellschaftsrecht vorherrschenden Gedanken des Bestandschutzes, der es verbiete, solche Rechtsbeziehungen mit der Ex-tunc-Wirkung der Nichtigkeit zu belasten, bei denen eine Rückabwicklung nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung unmöglich sei.

2. Stellungnahme

Der Vorteil einer Ex-nunc-Abwicklung nichtiger Betriebsratsbeschlüsse besteht darin, dass der Arbeitgeber vor der Gefahr der fehlenden Vertretungsmacht aufgrund eines nichtigen Beschlusses umfassend geschützt ist. Da die Nichtigkeit nicht zurückwirkt, ist die Erklärung des Betriebsratsvorsitzenden mit Vertretungsmacht abgegeben worden, also dem Betriebsrat folglich zurechenbar. Die Ex-nunc-Nichtigkeit des Beschlusses vermag daran nichts mehr zu ändern; da es nur auf die Stellungnahme des Betriebsrats und nicht auf den Beschluss als solchen ankommt, geht diese quasi ins Leere.

Die Begründung dieser Ex-nunc-Wirkung ist mit dem Verweis auf die Lehre vom fehlerhaften Dauerschuldverhältnis allerdings nicht erbracht.²⁰² Im Gegenteil fehlt es bereits an der grundlegenden Voraussetzung für die Anwendung dieses Rechtsinstituts: dem Dauerschuldverhältnis. Ein Dauerschuldverhältnis setzt voraus, dass ein dauerndes Verhalten oder wiederkehrende Leistungen geschuldet werden und dass der Gesamtumfang der Leistung von der Dauer der Rechtsbeziehung abhängt.²⁰³ Ein Betriebsratsbeschluss erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Er ist ein reines Betriebsratsinternum; aus sich heraus nicht in der Lage irgendwel-

²⁰¹ *Perwitz*, Anfechtung, S. 63 f.; *Heinze*, DB 1973, 2089, 2095.

²⁰² Ablehnend auch *Oetker*, BIStSozArbR 1984, 129, 133 mit anderer Begründung.

²⁰³ Statt vieler *Grüneberg/Grüneberg*, § 314 Rn. 2; BeckOK BGB/*Sutschet*, § 241 Rn. 27.

che Rechtswirkungen außerhalb des Betriebsrats zu entfalten. Zwar mag es sein, dass im Einzelfall die Vollziehung eines Beschlusses zu einem Dauerschuldverhältnis zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber führt; dann ist dieses entstandene Dauerschuldverhältnis allerdings von dem zugrunde liegenden Beschluss streng zu unterscheiden. Bei letzterem kommt eine Ex-nunc-Abwicklung nach der Lehre vom fehlerhaften Dauerschuldverhältnis nicht in Betracht.

C. Lösungsversuche auf Vertretungsebene

I. Rechtsprechung des BAG

Die Entscheidungen des BAG zum Vertrauensschutz des Arbeitgebers bei Geschäftsführungsbeschlüssen des Betriebsrats bieten keinen einheitlichen Maßstab zur Lösung des Problems. Stattdessen differenziert das BAG zwischen verschiedenen Beteiligungsrechten.

1. § 102 BetrVG und § 17 II 2 KSchG

Die Frage, wann eine Kündigung i.S.v. § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG „ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochen“ und deswegen unwirksam ist, beantwortet das BAG in ständiger Rechtsprechung mit der sogenannten Sphärentheorie. Entscheidend sei, ob der Fehler im Anhörungsverfahren in den Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich des Arbeitgebers oder des Betriebsrats falle.²⁰⁴

Zum Verantwortungsbereich des Arbeitgebers zähle die ordnungsgemäße Einleitung des Anhörungsverfahrens. Unterlaufe ihm hier ein Fehler, weil er den Betriebsrat überhaupt nicht oder nicht richtig anhöre, sei die Kündigung unwirksam.²⁰⁵

Zum Verantwortungsbereich des Betriebsrats gehöre es dagegen, sich mit der beabsichtigten Kündigung zu befassen und darüber zu entscheiden, ob und in welchem Sinne er Stellung nehmen wolle. Komme es im Verantwortungsbereich des Betriebsrats zu Mängeln, dann habe

²⁰⁴ Grundlegend BAG 4.8.1975, AP Nr. 4 zu § 102 BetrVG 1972; bestätigt durch BAG 16.1.2003, AP Nr. 129 zu § 102 BetrVG 1972; BAG 24.6.2004, Nr. 22 zu § 620 BGB Kündigungserklärung; BAG 6.10.2005, AP Nr. 150 zu § 102 BetrVG 1972.

²⁰⁵ BAG 6.10.2005, AP Nr. 150 zu § 102 BetrVG 1972.

dies auf die Wirksamkeit der Kündigung jedenfalls dann keinen Einfluss, wenn der Arbeitgeber mit dem Ausspruch der Kündigung bis zum Ablauf der Frist des § 102 Abs. 2 S. 1 oder S. 3 BetrVG warte.²⁰⁶

Aber auch schon vor Fristablauf könne der Arbeitgeber rechtswirksam kündigen, sofern ihm eine aus seiner Sicht abschließende Stellungnahme des Betriebsrats zugegangen sei. Dies gelte selbst dann, wenn der Arbeitgeber wisse oder erkennen könne, dass der Betriebsrat die Angelegenheit nicht fehlerfrei behandelt habe.²⁰⁷ Anders sei ausnahmsweise nur dann zu entscheiden, wenn in Wahrheit keine Stellungnahme des Gremiums „Betriebsrat“, sondern erkennbar nur eine persönliche Äußerung des Betriebsratsvorsitzenden vorliege²⁰⁸ oder der Arbeitgeber den Fehler des Betriebsrats durch unsachgemäßes Verhalten selbst veranlasst habe.²⁰⁹

Das BAG begründet seine Auffassung mit dem für das gesamte Betriebsverfassungsrecht geltenden Grundsatz, dass der Betriebsrat seine gesetzlichen Aufgaben selbständig und eigenverantwortlich wahrzunehmen habe. Der Arbeitgeber könne und dürfe sich nicht in die Amtsführung des Betriebsrats einmischen und sei deshalb auch nicht befugt, den Betriebsrat anzuhalten, seine Stellungnahme zu einer beabsichtigten Kündigung auf Grund einer ordnungsgemäßen Beschlussfassung abzugeben.

Im Übrigen zeige § 102 Abs. 2 S. 1 und 2 BetrVG, dass der Betriebsrat auf die Kündigung gar nicht zu reagieren brauche. Die Folge der kraft gesetzlicher Fiktion eintretenden Zustimmung habe der Arbeitnehmer zu tragen. Erst recht müsse deshalb der Arbeitnehmer den Rechtsnachteil tragen, der dadurch entstehe, dass der Betriebsrat als sein Repräsentant nur verfahrensfehlerhaft reagiere.

²⁰⁶ BAG 15.11.1995, AP Nr. 73 zu § 102 BetrVG 1972; BAG 28.3.1974, AP Nr. 3 zu § 102 BetrVG 1972.

²⁰⁷ BAG 6.10.2005, AP Nr. 150 zu § 102 BetrVG 1972; BAG 22.11.2012, NZA 2013, 655, 669; anders noch BAG 28.02.1974, AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG 1972.

²⁰⁸ BAG 4.8.1975, AP Nr. 4 zu § 102 BetrVG 1972 sieht darin einen Mangel im Verantwortungsbereich des Arbeitgebers, weil bei einem solchen Sachverhalt das Anhörungsverfahren auf Arbeitgeberseite noch nicht abgeschlossen sei. Das ist jedoch nach den eigenen Vorgaben des BAG unrichtig, denn auch hier hat der Arbeitgeber alles seinerseits Erforderliche getan. Zu Recht behandelt deshalb das BAG diesen Fall in späteren Entscheidungen als Ausnahme von dem Grundsatz, dass Mängel im Verantwortungsbereich des Betriebsrats die Wirksamkeit der Kündigung nicht berühren (BAG 16.1.2003, AP Nr. 129 zu § 102 BetrVG 1972; BAG 24.6.2004, Nr. 22 zu § 620 BGB Kündigungserklärung; BAG 22.11.2012, NZA 2013, 655, 669).

²⁰⁹ BAG 6.10.2005, AP Nr. 150 zu § 102 BetrVG 1972.

Könnte der Arbeitgeber der Mitteilung des Betriebsrats entnehmen, dass der Betriebsrat abschließend Stellung genommen hat, dann sei das Anhörungsverfahren beendet und der Arbeitgeber könne die Kündigung wirksam aussprechen. Vom Arbeitgeber in einem solchen Fall noch ein Abwarten bis zum Ablauf der Fristen des § 102 Abs. 2 BetrVG zu verlangen, sei ein überflüssiger Formalismus.²¹⁰

Die Sphärentheorie gilt nach der Rechtsprechung des BAG auch für das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 S. 2 KSchG. Auch dort sollen sich Mängel im Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich des Betriebsrats grundsätzlich nicht zulasten des Arbeitgebers auswirken.²¹¹

2. §§ 103 und 99 BetrVG

Eine entsprechende Anwendung der für das Anhörungsverfahren nach § 102 Abs. 1 BetrVG entwickelten Sphärentheorie auf die Kündigung nach § 103 BetrVG lehnt das BAG ab.²¹² Gleiches gilt für personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 BetrVG; auch hier gilt keine Sphärentheorie nach Meinung des BAG.²¹³ Das BAG begründet dies damit, dass der Stellungnahme des Betriebsrats bei §§ 103 und 99 BetrVG eine andere Bedeutung zukomme als bei § 102 BetrVG.²¹⁴

Bei § 102 BetrVG führe Schweigen des Betriebsrats nach Ablauf der Anhörungsfrist zur Zustimmungsfiktion mit der Folge, dass es dem Arbeitgeber erst recht nicht – in dem weniger schwerwiegenden Fall – schaden könne, wenn der Betriebsrat zwar eine abschließende Stellungnahme abgebe, diese jedoch auf keinem wirksamen Betriebsratsbeschluss beruhe.

Dagegen habe die Zustimmung bei §§ 103 und 99 BetrVG konstitutive Bedeutung; hier gebe es gerade keine Zustimmungsfiktion durch Zeitablauf. Die Untätigkeit des Betriebsrats

²¹⁰ Zum Ganzen BAG 4.8.1975, AP Nr. 4 zu § 102 BetrVG 1972.

²¹¹ BAG 13.6.2019, NZA 2019, 1638, 1644.

²¹² BAG 23.8.1984, AP Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972; BAG 17.3.2005, NZA 2005, 1064, 1067.

²¹³ BAG 15.5.1997, AP Nr. 1 zu § 104 BetrVG 1972.

²¹⁴ Dazu und zum Folgenden BAG 23.8.1984, AP Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972.

gehe hier zu Lasten des Arbeitgebers; dies müsse daher grundsätzlich auch dann gelten, wenn der Betriebsrat fehlerhaft zustimme.

Allerdings sei der Arbeitgeber bei §§ 103 und 99 BetrVG nach den „Grundsätzen des Vertrauensschutzes“ geschützt.²¹⁵ Habe ihm der für die Außenvertretung des Betriebsrats zuständig Betriebsratsvorsitzende mitgeteilt, die Zustimmung sei erteilt, so könne der Arbeitgeber in der Regel davon ausgehen, dass dieser Betriebsratsbeschluss auch wirksam zustande gekommen sei. Auf Vertrauensschutz könne er sich nur dann nicht berufen, wenn er wisse oder hätte wissen müssen, dass der Beschluss unwirksam sei.²¹⁶

3. § 104 BetrVG

Die Rechtsprechung des BAG zu § 102 BetrVG einerseits und §§ 103, 99 BetrVG andererseits gilt auch bei einem der Kündigung vorangehenden Entlassungs- oder Versetzungsverlangen des Betriebsrats nach § 104 S. 1 BetrVG.²¹⁷

Verlangt der Betriebsrat vom Arbeitgeber, einem bestimmten Arbeitnehmer zu kündigen bzw. zu versetzen, und entschließt sich der Arbeitgeber, dem Wunsch des Betriebsrats aus den von diesem angegebenen Gründen zu entsprechen, so ist eine erneute Beteiligung des Betriebsrats nach §§ 102, 103 oder 99 BetrVG nicht mehr erforderlich.²¹⁸ In dem Kündigungs- bzw. Versetzungsverlangen des Betriebsrats liegt dann bereits dessen Zustimmung zur Kündigung bzw. Versetzung.

Das BAG musste in dem zitierten Judikat vom 15.5.1997 den Fall entscheiden, dass ein Änderungskündigungs- und Versetzungsverlangen des Betriebsrats auf einem unwirksamen

²¹⁵ BAG 23.8.1984, AP Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972; BAG 15.5.1997, AP Nr. 1 zu § 104 BetrVG 1972.

²¹⁶ Im Unterschied zur Sphärentheorie bei § 102 BetrVG schadet dem Arbeitgeber hier also Bösgläubigkeit. Unzutreffend deshalb insoweit Richardi/*Thüsing*, § 103 Rn. 54 und ErfK/*Kania*, BetrVG § 103 Rn. 8, die meinen, über das Argument des Vertrauensschutzes gelte im Ergebnis nichts anderes als nach der Sphärentheorie.

²¹⁷ BAG 15.5.1997, AP Nr. 1 zu § 104 BetrVG 1972.

²¹⁸ BAG 15.5.1997, AP Nr. 1 zu § 104 BetrVG 1972; BAG 28.3.2017, NZA 2017, 985, 988; *Fitting*, § 104 Rn. 9; Richardi/*Thüsing*, § 104 Rn. 17; GK/*Raab*, § 104 Rn. 26 f.

Betriebsratsbeschluss beruhte, weil zu der Sitzung, bei der der entsprechende Betriebsratsbeschluss gefasst wurde, ein Ersatzmitglied nicht geladen war.

Nach Auffassung des BAG war gleichwohl eine Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG nicht erforderlich, weil es sich bei dem fehlerhaften Kündigungsverlangen um einen Mangel aus der Sphäre des Betriebsrats handele.

Gleiches gelte für die Zustimmung zur Versetzung nach § 99 BetrVG. Der gutgläubiger Arbeitgeber genieße Vertrauensschutz und müsse nicht das förmliche Verfahren auf Erteilung der Zustimmung nach § 99 BetrVG durchführen, wenn er dem unwirksamen Versetzungsverlangen des Betriebsrats nachkomme.

4. Rechtsprechung des BAG im Übrigen

Bei den übrigen Beteiligungsrechten des Betriebsrats verneint das BAG einen Vertrauensschutz des Arbeitgebers. Das BAG geht davon aus, dass der gute Glaube des Arbeitgebers an das Vorliegen eines wirksamen Betriebsratsbeschlusses gesetzlich nicht geschützt werde.²¹⁹

Jedoch spreche eine gesetzliche Vermutung dafür, dass der Vorsitzende aufgrund und ihm Rahmen eines ordnungsgemäßen Beschlusses gehandelt habe. Die Darlegungs- und Beweislast liege also bei demjenigen, der ein unbefugtes Handeln des Betriebsratsvorsitzenden geltend mache.²²⁰

5. Stellungnahme

Obwohl das BAG die unterschiedliche Bedeutung der Stellungnahme des Betriebsrats bei § 102 BetrVG einerseits und bei §§ 103, 99 BetrVG andererseits hervorhebt, kommt das BAG im Wesentlichen zu gleichen Ergebnissen. Die einzige Abweichung besteht darin, dass bei

²¹⁹ BAG 24.2.2000, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Namensliste; BAG 8.6.2004, AP Nr. 124 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

²²⁰ BAG 24.2.2000, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Namensliste; BAG 17.2.1981, AP Nr. 11 zu § 112 BetrVG 1972; zweifelnd daran mittlerweile BAG 19.1.2005, BeckRS 2005, 30349188; offen gelassen von BAG 9.12.2014, AP Nr. 108 zu § 77 BetrVG 1972.

§ 102 BetrVG grundsätzlich²²¹ auch der bösgläubige Arbeitgeber geschützt ist, der die fehlende Vertretungsmacht des Betriebsratsvertreters kennt oder kennen muss.

Soweit der gutgläubiger Arbeitgeber geschützt wird, ist die Rechtsprechung des BAG im Ergebnis überzeugend.²²² Der Betriebsrat muss für Mängel aus seinem Verantwortungsbereich eintreten, denn er nimmt seine Aufgaben selbständig und eigenverantwortlich wahr²²³; er ist folglich „näher dran“ dieses Risiko zu tragen. Demgegenüber kann sich der Arbeitgeber – der keinen Einblick in die interne Geschäftsführung des Betriebsrats hat – auf die Wirksamkeit der Erklärung des Betriebsratsvertreters verlassen.

Warum aber soll auch der bösgläubige Arbeitgeber bei § 102 BetrVG geschützt werden? Vom Standpunkt der Sphärentheorie aus ist dies zwar konsequent, denn die Kenntnis des Arbeitgebers, dass ein wirksamen Betriebsratsbeschlusses fehlt, ändert nichts daran, dass der Mangel aus der Sphäre des Betriebsrats stammt. Allerdings wird das der Sachlage nicht gerecht und schränkt die Vorschrift des § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG selbst dort ein, wo es gar nicht erforderlich ist; denn der bösgläubige Arbeitgeber kann den Betriebsrat auf den Fehler hinweisen und braucht zudem bei § 102 BetrVG nur den Ablauf der Anhörungsfrist abzuwarten.²²⁴

Auch die Begründung des BAG zum Vertrauensschutz bei §§ 103 und 99 BetrVG kann nicht recht überzeugen. Das BAG teilt nicht näher mit, was es unter den zugunsten des Arbeitgebers herangezogenen „Grundsätzen des Vertrauensschutzes“ versteht. Das ist auch nicht überraschend, denn solche allgemeinen „Grundsätze des Vertrauensschutzes“ gibt es nicht.²²⁵ Vertrauensschutz wird an zahlreichen Stellen der Rechtsordnung unter den unterschiedlich-

²²¹ Zu den Ausnahmen siehe § 4 C. I. 1. (S. 53).

²²² Ablehnend gegenüber der Sphärentheorie des BAG dagegen *Buchner*, DB 1976, 532 ff; *ders.* Anm. zu BAG 2.4.1976, EZA § 102 BetrVG 1972 Nr. 21; *Richardi/Thüsing*, § 102 Rn. 132; *GK/Raab*, § 102 Rn. 110; *DKW/Buchner*, § 102 Rn. 256; *Südkamp, Fehler*, S.235 ff.; *Miersch, Rechtsfolgen*, S. 346 ff; *Dominik, Verfahrensfehler*, 216 ff.

²²³ BAG 4.8.1975, AP Nr. 4 zu § 102 BetrVG 1972.

²²⁴ Die Sphärentheorie ebenfalls ablehnend, soweit das BAG auch den bösgläubigen Arbeitgeber schützt *Eich*, DB 1975, 1603, 1604 ff; *Griese*, BB 1990, 1899, 1903 f.

²²⁵ *Van Venrooy*, Anm. zu BAG 23.8.1984, AP Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972; *BeckOGK/Kähler*, BGB § 242 Rn. 597 f.

ten Voraussetzungen und Rechtsfolgen gewährt. Daraus lässt sich kein allgemeiner Grundsatz dahingehend ableiten, dass derjenige, der auf eine bestimmte Rechtslage vertraut, so zu stellen ist, als ob diese Rechtslage tatsächlich bestünde. Eine solche Vereinfachung würde sämtlichen gesetzlichen Wertungen zuwider laufen, denen die Vielgestaltigkeit des Vertrauensschutzes gerade Rechnung trägt.²²⁶

Haupteinwand gegen die Rechtsprechung des BAG ist allerdings der Umstand, dass der Vertrauensschutzes des Arbeitgeber je nach Beteiligungsrecht unterschiedlich behandelt und außerhalb der Sonderlehren gar nicht gewährt wird. Für eine solche Differenzierung ist kein sachlich rechtfertigender Grund ersichtlich.²²⁷ Die Argumente der Rechtsprechung zur Sphärentheorie bei § 102 BetrVG und zum allgemeinen Vertrauensschutz bei §§ 103, 99 BetrVG passen bei allen Erklärungen des Betriebsrats.

So geht das BAG im Rahmen der Sphärentheorie davon aus, dass Mängel im Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich des Betriebsrats schon deshalb nicht zu Lasten des Arbeitgebers gehen, weil der Arbeitgeber keine wirksamen rechtlichen Einflussmöglichkeiten auf die Beschlussfassung des Betriebsrats habe. Der Betriebsrat nehme seine gesetzlichen Aufgaben selbständig und eigenverantwortlich wahr. Der Arbeitgeber könne und dürfe sich nicht in die Amtsführung des Betriebsrats einmischen. Er sei nicht befugt, den Betriebsrat anzuhalten, seine Stellungnahme zu einer beabsichtigten Kündigung aufgrund einer ordnungsgemäßen Beschlussfassung abzugeben.²²⁸

Diese Argumentation zeigt keine einzige Besonderheit des § 102 BetrVG auf. Auch bei anderen Beteiligungsrechten fällt es in den alleinigen Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich des Betriebsrats, seine Stellungnahme aufgrund eines ordnungsgemäß zustande gekommenen Beschlusses abzugeben.²²⁹ Auch dort handelt der Betriebsrat selbständig und eigenverantwortlich und es ist dem Arbeitgeber nicht gestattet oder gar möglich, sich in die Amtsführung des Betriebsrats einzumischen. Das BAG selbst spricht insoweit von einem für das gesamte Betriebsverfassungsrecht geltenden Grundsatz. Dann ist aber nicht einzusehen, warum

²²⁶ Vgl. *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 3 f.

²²⁷ *Nause*, FS Etzel, 271, 275.

²²⁸ BAG 4.8.1975, AP Nr. 4 zu § 102 BetrVG 1972.

²²⁹ So zutreffend *Buchner*, DB 1976, 532, 534.

dieser Grundsatz allein im Rahmen des § 102 BetrVG zu einem Vertrauensschutz des Arbeitgebers durch die Sphärentheorie führen soll.

Auch bei den §§ 103 und 99 BetrVG bemüht das BAG allgemeine Prinzipien: die Grundsätze des Vertrauensschutzes. Danach dürfe der Arbeitgeber grundsätzlich auf die Wirksamkeit des Zustimmungsbeschlusses vertrauen, wenn ihm der Betriebsratsvorsitzende oder sein Vertreter mitteile, der Betriebsrat habe die beantragte Zustimmung erteilt.²³⁰ Aber wenn es sich beim Schutz des Arbeitgebers in seinem Vertrauen darauf, dass der Betriebsratsvertreter mit Vertretungsmacht auftritt, um die Anwendung allgemeiner Grundsätze handelt, warum gelten diese dann nur bei den §§ 103 und 99 BetrVG und z.B. nicht auch bei § 87 BetrVG?

II. Verallgemeinerung der Rechtsprechung des BAG

Da die Argumente des BAG für die Sonderlehren zu § 102 BetrVG und §§ 103, 99 BetrVG in Wahrheit keine Besonderheiten dieser Vorschriften aufzeigen, stattdessen verallgemeinerungsfähig sind, ist es naheliegend, das Problem des Vertrauensschutzes des Arbeitgebers generell durch Anwendung einer dieser Sonderlehren zu lösen.

1. Ansicht eines Teils der Literatur (große Sphärentheorie)

Nach einem Teil der Literatur ist das Problem des Vertrauensschutzes des Arbeitgebers stets und nicht nur bei § 102 BetrVG durch Abgrenzung der beiderseitigen Risikosphären zu lösen.²³¹

In die Risikosphäre des Betriebsrats falle zunächst einmal die Herbeiführung eines ordnungsgemäßen Betriebsratsbeschlusses. Da die Willensbildung des Betriebsrats der Sphäre des Arbeitgebers entzogen sei, könne der Arbeitgeber grundsätzlich davon ausgehen, dass das Handeln des Betriebsratsvorsitzenden von einem wirksamen Beschluss gedeckt sei. Anders

²³⁰ BAG 23.8.1984, AP Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972.

²³¹ *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 154 ff., dort auch zum Folgenden; *MünchArbR/Joost*, 3. Auflage, § 218 Rn. 11 f.; *Gamillscheg*, KollArbR II, S. 535 f.; *Gaul/Brungs*, ArbRB 2019, 47, 49; über § 2 Abs. 1 BetrVG im Ergebnis auch *Brecht*, BB 1954, 840, 842; jetzt auch *GK/Raab*, § 26 Rn. 48 f. (anders noch *GK/Raab*; § 26 Rn. 43 ff., 11. Auflage).

sei nur dann zu entscheiden, wenn der Arbeitgeber wisse oder wissen müsse, dass ein wirksamer Beschluss nicht gefasst wurde.²³²

Aber auch wenn der Vorsitzende eigenmächtig – also gänzlich ohne Beschluss – handle, sei der Risikobereich des Betriebsrats betroffen. Zwar erfülle der Betriebsratsvorsitzende eine Schnittstellenfunktion zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, dass er dennoch der Sphäre des Betriebsrats zugehöre, ergebe sich unter anderem aus § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG.

Würde stattdessen dem Arbeitgeber das Risiko des Nichtbestehens oder der Unwirksamkeit eines Betriebsratsbeschlusses auferlegt werden, müsste er folgerichtig für berechtigt gehalten werden, die Willensbildung des Betriebsrats zu überprüfen, so die Vertreter der „großen Sphärentheorie“. Das wäre aber eine – wie das BAG zu Recht festgestellt habe – bedenkliche Einmischung in die Geschäftsführung des Betriebsrats und käme einer Kontrolle des Betriebsrats gleich, die der Konzeption des Betriebsverfassungsrechts zuwider liefe.

2. Ansicht des LAG Hamm

Auch nach Ansicht des LAG Hamm ist die Rechtsprechung des BAG verallgemeinerungsfähig – gemeint ist allerdings die Rechtsprechung zu § 103 BetrVG.²³³

Das LAG Hamm verweist darauf, dass nach der Rechtsprechung des BAG zu § 103 BetrVG der Arbeitgeber nach den Grundsätzen des Vertrauensschutzes auf die Wirksamkeit eines Zustimmungsbeschlusses nach § 103 BetrVG vertrauen könne, wenn der Betriebsratsvorsitzende mitteilt, der Betriebsrat habe die beantragte Zustimmung erteilt. Dies gelte nur dann nicht, wenn der Arbeitgeber die Tatsachen kennt oder kennen muss, aus denen die Unwirksamkeit des Beschlusses folgt. Das LAG Hamm ist der Auffassung, dass sich dies verallgemeinern lässt und für alle Angelegenheiten gelten muss, in denen dem Betriebsrat ein echtes Mitbestimmungsrecht eröffnet ist. Der Arbeitgeber habe regelmäßig ein schützenswertes Interesse daran, dass sich für ihn nicht erkennbare Mängel der Willensbildung des Betriebsrats nicht zu seinem Nachteil auswirken.

²³² Differenzierend *Gamillscheg*, KollArbR II, S. 535 f.: Mängel, die der Arbeitgeber nicht kennt, führen nie zu seinen Lasten. Mängel, die er kennt, führen (nur) dann zu seinen Lasten, wenn es sich um eine „wichtige Angelegenheit“ handelt, z.B. eine Kündigung.

²³³ LAG Hamm 4.12.2013 – 4 Sa 530/13, BeckRS 2014, 68801.

3. Stellungnahme

Im Ergebnis unterscheiden sich die beiden Ansichten nicht: Der gutgläubiger Arbeitgeber wird in seinem Vertrauen geschützt, dass den Erklärungen des Betriebsratsvorsitzenden ein wirksamer Betriebsratsbeschluss zugrunde liegt. Dadurch wird letztlich ein absoluter Gutgläubensschutz des Arbeitgebers bei Beteiligung des Betriebsrats geschaffen.

Dies ist, wie bereits zur Rechtsprechung des BAG zu § 102 BetrVG und §§ 103, 99 BetrVG angemerkt wurde, eine sachgerechte Lösung.²³⁴ Es bestehen jedoch Bedenken, ob ein solcher absoluter Gutgläubensschutz mit der gesetzlichen Regelung in § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG zu vereinbaren ist:

Das gilt zunächst einmal für die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift. Die Auslegung der Vorgängernorm des § 26 Abs. 1 S. 1 BetrVG im Betriebsrätegesetz war umstritten²³⁵:

Nach einem Teil der Literatur war § 28 BRG 1920 so auszulegen, dass jede Erklärung des Betriebsratsvorsitzenden für den Betriebsrat bindend ist.²³⁶ Ein anderer Teil der Literatur ging jedoch schon damals davon aus, dass der Vorsitzende an die Beschlüsse des Betriebsrats gebunden sei; seine Vertretungsmacht setze einen wirksamen Betriebsratsbeschluss voraus.²³⁷ Der Meinungsstreit wurde schließlich durch § 27 Abs. 2 BetrVG 1952, der mit § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG im Wortlaut identisch ist, zugunsten der letztgenannten Ansicht entschieden. Durch die neu aufgenommene Formulierung „im Rahmen der von ihm gefassten Beschlüsse“ wollte der Gesetzgeber klarstellen, dass der Betriebsratsvorsitzende den Betriebsrat nicht im Willen, sondern nur in der Erklärung vertrete.²³⁸

Diese Entstehungsgeschichte wird nun von den oben genannten Ansichten auf den Kopf gestellt. § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG wäre nach dieser Ansicht plötzlich wieder weitgehend so

²³⁴ A.A. *Tillmanns*, FS 100 Jahre BetrVR, 745, 756: „Übersicherung des Arbeitgebers“.

²³⁵ Dazu bereits § 2 A. II. 1. a. (S. 9–10).

²³⁶ Fn. 38.

²³⁷ Fn. 39.

²³⁸ Fn. 40.

auszulegen, wie dies damals die Mindermeinung zu § 28 BRG 1920 getan hat: Alle Erklärungen des Betriebsratsvorsitzenden seien bindend, es sei denn, der Arbeitgeber ist bösgläubig.

Auch besteht ein gewisser Widerspruch zum Normzweck des § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG²³⁹. Denn wenn allein der gute Glaube des Arbeitgebers in der Lage ist, die ordnungsgemäße Beschlussfassung des Betriebsrats zu ersetzen, dann besteht für einen geschickt agierenden Betriebsratsvorsitzenden unter Umständen die Möglichkeit, quasi im Alleingang die Entscheidungszuständigkeit des gewählten Betriebsrats zu umgehen.²⁴⁰ Genau das sollte durch die Regelung des § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG aber gerade verhindert werden.

III. Lehre von der Vertrauenshaftung

1. Ansicht der herrschenden Literatur

Die herrschende Literatur geht davon aus, der Vertrauensschutz des Arbeitgebers ergebe sich nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln aus den Grundsätzen der Vertrauenshaftung.²⁴¹ Es bestehe kein Anlass für betriebsverfassungsrechtliche Sonderlehren; das Vertrauen des Arbeitgebers in die Erklärungen des Betriebsratsvorsitzenden sei nicht schützenswerter als das Vertrauen im allgemeinen Rechtsverkehr.²⁴²

In Betracht kommt nach dieser Ansicht insbesondere eine Rechtsscheinhaftung des Betriebsrats in Form einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht des Betriebsratsvorsitzenden.²⁴³ Voraussetzung hierfür sei erstens, dass der Betriebsrat den Schein gesetzt habe, dass die Erklärung des Vorsitzenden von einem wirksamen Beschluss gedeckt sei; zweitens, dass dieser

²³⁹ Dazu § 2 A. II. 1. b. (S. 10).

²⁴⁰ Vgl. Richardi/Thüsing, § 26 Rn. 27; GK/Raab, § 26 Rn. 43, 11. Auflage.

²⁴¹ Canaris, Vertrauenshaftung, S. 264 f.; GK/Raab, § 26 Rn. 45 ff., 11. Auflage; Richardi/Thüsing, § 26 Rn. 50 ff. und § 33 Rn. 32 ff.; Fitting, § 26 Rn. 32 ff.; DKW/Wedde, § 26 Rn. 22; Düwell/Wolmerath, § 26 Rn. 16; MünchArbR/Krois, § 293 Rn. 26 f.; Richardi/Bayreuther, KollArbR, § 19 Rn. 3; Südkamp, Fehler, S. 292 ff.; Witt, Kooperationsmaxime, S. 145 ff.; Miersch, Rechtsfolgen, S. 344 f.; Wiebauer, Sicherung, S. 70 ff.; Dietz, RdA, 439, 441 f.; Schwarze, RdA 2019, 1, 8 f.; Dominik, Verfahrensfehler, S. 221 ff.; Nause, FS Etzel, 271, 277 f.; Schönhöft/Kessenich, NZA-RR 2017, 1, 1 ff.

²⁴² So Nause, FS Etzel, 271, 277.

²⁴³ Richardi/Thüsing, § 26 Rn. 51 und § 33 Rn. 33; Fitting, § 26 Rn. 33; MünchArbR/Krois, § 293 Rn. 26.

Rechtsschein dem Betriebsrat zurechenbar sei, was dann angenommen wird, wenn die Mehrheit der Betriebsratsmitglieder vom Auftreten des Vorsitzenden gewusst hat oder hätte wissen können; schließlich drittens, dass der Arbeitgeber auf die Vertretungsmacht des Vorsitzenden vertraut habe und auch vertrauen durfte.

Liegen die Voraussetzung der Rechtsscheinhaftung nicht vor, dann ist nach Meinung der herrschenden Literatur ergänzend die Vertrauenshaftung kraft widersprüchlichen Verhaltens heranzuziehen.²⁴⁴ Diese erfordere zwar keinen objektiven Rechtsscheintatbestand, so dass eine Bindung des Betriebsrats an die Erklärung des Vorsitzenden auch dann in Betracht komme, wenn die Betriebsratsmitglieder nicht den Eindruck eines Betriebsratsbeschlusses hervorgerufen haben. Allerdings seien dafür wesentlich strengere Anforderungen an die Vertrauensdisposition des Arbeitgebers zu stellen: Während bei der Rechtsscheinhaftung jede Disposition ausreiche, müssten bei der Vertrauenshaftung kraft widersprüchlichen Verhaltens regelmäßig besonders weitreichende und irreversible Maßnahmen vorliegen, die eine Berufung des Betriebsrats auf das Fehlen des Beschlusses als untragbaren Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lasse.²⁴⁵

2. Stellungnahme

Anders als absoluter Gutglaubensschutz ist die Lehre von der Vertrauenshaftung nicht ganz so stark dem Einwand einer Desavouierung des § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG ausgesetzt.²⁴⁶ Die Vertrauenshaftung ermöglicht gerade keine völligen „Alleingänge“ des Betriebsratsvorsitzenden, sondern setzt immerhin einen dem Betriebsrat zurechenbaren Vertrauenstatbestand voraus. Das spricht für die Ansicht der herrschenden Literatur.

²⁴⁴ Richardi/*Thüsing*, § 26 Rn. 52 und § 33 Rn. 34; *Fitting*, § 26 Rn. 34; MünchArbR/*Krois*, § 293 Rn. 27.

²⁴⁵ *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 265; *Fitting*, § 26 Rn. 34; Richardi/*Thüsing*, § 26 Rn. 52.

²⁴⁶ Gegen die Lehre von der Vertrauenshaftung unter diesem Gesichtspunkt HWGNRH/*Glock*, § 26 Rn. 42; GK/*Kreutz*, § 77 Rn. 11; *Säcker*, ZfA 1972, Sonderheft S. 41, 59; wie hier dagegen *Witt*, Kooperationsmaxime, S. 146; *Wiebauer*, Sicherung, S. 70 f. Rn. 135–136.

Gegen sie spricht allerdings, dass bislang nicht überzeugend dargelegt wurde, wie die Vertrauenshaftung auf Erklärungen des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitgeber angewandt werden kann.

Nicht einleuchtend ist schon die verbreitete Meinung, der Betriebsratsvorsitzende handle unter den Voraussetzungen der Rechtsscheinhaftung aufgrund einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht²⁴⁷. Denn dies würde voraussetzen, dass das fehlende Rechtsgeschäft, das durch die Rechtsscheinhaftung überwunden werden soll, eine Vollmacht darstellt. Dem ist aber nicht so: Die Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden beruht auf dem Gesetz und kann rechtsgeschäftlich nicht erweitert werden. Der Vorsitzende handelt nicht aufgrund einer Bevollmächtigung. Richtigerweise geht es deshalb nicht um eine Rechtsscheinvollmacht des Vorsitzenden, sondern um einen Rechtsscheinbeschluss des Betriebsrats. Ist ein solcher Scheinbeschluss dem Betriebsrat zurechenbar, handelt der Vorsitzende aufgrund dieses Scheinbeschlusses in Verbindung mit § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG mit organschaftlicher Vertretungsmacht.

Weiter ist festzustellen, dass innerhalb der herrschenden Literatur keine Einigkeit bei der Bestimmung des objektiven Rechtsscheintatbestands besteht.

Ein Teil der Literatur möchte diesen bereits in der fehlerhaften Beschlussfassung des Betriebsrats sehen.²⁴⁸ Das ist schon deshalb unrichtig, weil der Betriebsratsbeschluss als solches ein reines Betriebsratsinternum darstellt, ein Rechtsscheintatbestand aber stets ein nach außen in Erscheinung tretendes Verhalten desjenigen erfordert, zu dessen Lasten die Einstandspflicht begründet wird²⁴⁹. Im Übrigen würde diese Konstruktion auch am Erfordernis der Kausalität des Rechtsscheintatbestandes scheitern. Voraussetzung hierfür ist die Kenntnis des Geschäfts-

²⁴⁷ GK/Raab, § 26 Rn. 45 ff., 11. Auflage; Richardi/Thüsing, § 26 Rn. 51; Uelhoff, Vertretungsmacht, S. 47 ff.; ebenso BAG 24.2.200, NZA 2000, 785 (787); LAG Düsseldorf 15.04.2021 – 11 Sa 490/20, 480, 485.

²⁴⁸ GK/Raab, § 26 Rn. 48, 11. Auflage; Buchner, DB 1976, 532, 535; Nause, FS Etzel, 271, 277.

²⁴⁹ Canaris, Vertrauenshaftung, S. 497; die Situation ist vergleichbar mit einer intern gebliebenen „reinen“ Innenvollmacht.

gegners vom objektiven Rechtsscheintatbestand.²⁵⁰ Der Arbeitgeber hat aber gerade keine Kenntnis von der Beschlussfassung.²⁵¹

Andere Autoren gehen davon aus, ein objektiver Rechtsscheintatbestand ergebe sich aus dem Auftreten des Betriebsratsvorsitzenden, wenn dieser eine Erklärung für den Betriebsrat abgibt.²⁵² Das ist zutreffend. Allerdings richtet sich dieser Vertrauenstatbestand aus § 179 BGB ersichtlich nicht gegen den Betriebsrat, sondern gegen den Vorsitzenden. Es liegt insoweit kein Verhalten des Vertretenen, also des Betriebsrats, vor. Außerhalb des Betriebsverfassungsrechts wird auch nicht davon ausgegangen, dass allein das Auftreten des Vertreters einen Rechtsscheintatbestand zu Lasten des Vertretenen zur Folge hat. Da der Geschäftsgegner in dieser Situation allein auf das „Gerede“ des Vertreters vertraut, ist er im Verhältnis zum Vertretenen nicht schutzwürdig.²⁵³

Schließlich wird noch die Ansicht vertreten, ein Rechtsscheintatbestand könne aus dem Untätigbleiben des Betriebsrats, also seinem Dulden, resultieren.²⁵⁴ Durch dieses Verhalten des Betriebsrats könne beim Arbeitgeber der Eindruck entstehen, der Vorsitzende handle mit Vertretungsmacht.²⁵⁵ Diese Ansicht verkennt, dass sich ein Dulden des Vertretenen regelmäßig erst dann zu einem Vertrauenstatbestand verdichtet, wenn der Vertreter wiederholt und auf gewisse Dauer im Namen des Vertretenen aufgetreten ist.²⁵⁶ Das ist beim Betriebsratsvorsitzenden zwar der Fall, doch geschieht das normalerweise nicht auf Grundlage eines einzigen Betriebsratsbeschlusses; vielmehr ist es so, dass jeder Erklärung ein neuer, eigenständiger Beschluss zugrunde liegt. Für den einzelnen Beschluss fehlt es deshalb im Regelfall an einem wiederholten Auftreten.

²⁵⁰ *Bork*, BGB AT, Rn. 1544.

²⁵¹ Ähnlich jetzt *GK/Raab*, § 26 Rn. 50.

²⁵² *Wiebauer*, *Sicherung*, S. 71 Rn. 138; *Südkamp*, *Fehler*, S. 292; *Nause*, FS *Etzel*, 271, 277; *Dominik*, *Verfahrensfehler*, S. 227 f.; *Richardi/Bayreuther*, *KollArbR*, § 20 Rn. 10; a.A. *GK/Raab*, § 26 Rn. 50.

²⁵³ *Staudinger/Schilken*, § 167 Rn. 36; *Canaris*, *Vertrauenshaftung*, S. 497; *Bork*, BGB AT, Rn. 1539.

²⁵⁴ *Uelhoff*, *Vertretungsmacht*, S. 48 f.; *Dominik*, *Verfahrensfehler*, S. 223; so wohl auch *Richardi/Thüsing*, § 26 Rn. 51; LAG Düsseldorf 15.4.2021 – 11 Sa 490/20, NZA-RR 2021. 480, 484 ff.

²⁵⁵ *Witt*, *Kooperationsmaxime*, S. 145.

²⁵⁶ Vgl. *Canaris*, *Vertrauenshaftung*, S. 114.

Bereits diese Kritik an den Vorschlägen zum objektiven Rechtsscheintatbestand zeigt, dass bei Erklärungen des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitgeber die Rechtsscheinhaftung bei weitem nicht den Anwendungsbereich zu besitzen scheint, der ihr insoweit mitunter zugeschrieben wird²⁵⁷. Wenn dann hinzukommt, dass die Vertrauenshaftung kraft widersprüchlichen Verhaltens ebenfalls nur unter ganz engen Voraussetzungen in Betracht kommen soll, wie die Literatur meint²⁵⁸, dann ist der Arbeitgeber nach der Lehre von der Vertrauenshaftung letztlich in vielen Fällen schutzlos gestellt.

D. Eigener Lösungsvorschlag

Die hier vorgeschlagene Lösung setzt nicht auf der Beschluss-, sondern auf der Vertretungsebene an.

Das ist zum einen damit zu begründen, dass ein dogmatisch gangbarer Weg zu einer Bestandskraft von Betriebsratsbeschlüssen nicht ersichtlich ist.

Zum anderen haben sämtliche Lösungsvorschläge auf der Beschlussebene den Nachteil, dass sie von vornherein nur einen Ausschnitt der gesamten Problematik regeln können. Sie betreffen immer nur den Fall, dass die fehlende Vertretungsmacht auf einem tatsächlich vorhandenen, aber nichtigen Betriebsratsbeschluss beruht. In allen anderen Fällen – also insbesondere, wenn der Vorsitzende gänzlich ohne Beschluss handelt oder vom Beschluss abweicht – kann eine Bestandskraft von Betriebsratsbeschlüssen nicht zum Ziel führen. Es gibt dann keinen Beschluss, der irgendwie aufrechterhalten werden könnte, bzw. es gibt zwar einen Beschluss, der jedoch nicht richtig ist.

Von den zuvor dargestellten Lösungsvorschlägen auf der Vertretungsebene ist der von der Rechtsprechung des BAG gewählte Ansatz, nach Beteiligungsrechten zu differenzieren, nicht weiterzuverfolgen, weil eine solche Differenzierung sachlich nicht veranlasst ist.

Dagegen bietet die Lehre von der Vertrauenshaftung einen prinzipiell gangbaren Weg. Die Vertrauenshaftung hat den Vorteil, dass mit ihr ein im allgemeinen Zivilrecht bereits etablier-

²⁵⁷ Siehe etwa *Buchner*, DB 1976, 532, 535: „Damit lassen sich weitgehend die Fälle abfangen, in denen der Arbeitgeber in seinem Vertrauen auf einen entsprechenden Betriebsratsbeschluss schutzwürdig erscheinen muß.“; sowie *Nause*, FS Etzel, 271, 278: „ausreichendes Instrumentarium“.

²⁵⁸ *Fitting*, § 26 Rn. 34; *Wiebauer*, *Sicherung*, S. 73 Rn. 142; *Dominik*, *Verfahrensfehler*, S. 224; *Preis/Greiner*, *KollArbR*, Rn. 1919.

tes System zur Verfügung steht, auf das rekuriert werden kann. Nur muss es dann gelingen, die Lehre von der Vertrauenshaftung auf die Erklärungen des Betriebsrats so anzuwenden, dass der gutgläubige Arbeitgeber ausreichend geschützt ist. Das ist im Folgenden näher zu prüfen.

Erst wenn ein ausreichender Vertrauensschutz des Arbeitgeber über die Vertrauenshaftung nicht zu erreichen ist, kann und muss aber auch über eine betriebsverfassungsrechtliche Sonderlehre zum Schutz des guten Glaubens des Arbeitgebers nachgedacht werden.

I. Lehre von der Vertrauenshaftung

1. Rechtsscheinhaftung

Die Rechtsscheinhaftung betrifft tatbestandlich Fälle, in denen der Schein einer bestimmten, in Wahrheit nicht bestehenden Rechtslage vorliegt. Zum Schutz des Rechtsverkehrs muss sich derjenige, der diesen Rechtsschein in zurechenbarer Weise geschaffen oder nicht beseitigt hat, gegenüber redlichen Dritten so behandeln lassen, als entspräche der Schein der Wirklichkeit.²⁵⁹

Die Voraussetzungen der Rechtscheinhaftung sind erstens das Vorliegen eines objektiven Rechtscheintatbestandes, zweitens die Zurechenbarkeit des Rechtscheintatbestandes zu der Person, zu deren Lasten er wirkt, und schließlich drittens die Schutzwürdigkeit des Dritten.²⁶⁰

a. Scheinbeschluss

Es wurde bereits dargelegt, dass es beim Auftreten des Betriebsratsvorsitzenden niemals um die Begründung einer Rechtsscheinhaftung in Form einer Rechtsscheinvollmacht gehen kann. Richtigerweise geht es allein um die Begründung eines Scheinbeschlusses des Betriebsrats. Es stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen es zu einem solchen Scheinbeschluss kommt.

²⁵⁹ *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 150.

²⁶⁰ *Staudinger/Schilken*, § 167 Rn. 34 ff.; *Soergel/Leptien*, § 167 Rn. 19 ff.; *BeckOGK/Kähler*, BGB § 242 Rn. 606; *Baumbach/Hopt/Hopt* § 5 Rn. 9 ff.; *Bork*, BGB AT, Rn. 1538 ff.; *Canaris*, Handelsrecht, § 6 Rn. 68 ff.

aa. Objektiver Rechtsscheintatbestand

Ein objektiver Rechtsscheintatbestand ist ein, eine vermeintlich bereits bestehende Rechtslage deklarierendes, nach außen in Erscheinung getretenes Verhalten desjenigen, dessen Einstandspflicht begründet werden soll.²⁶¹ Maßgeblich dafür ist analog §§ 133, 157 BGB, wie der vertrauende Dritte das Verhalten nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen durfte.²⁶²

Übertragen auf den Scheinbeschluss des Betriebsrats bedeutet das, dass ein bestimmtes Verhalten des Betriebsrats vorliegen muss, aus dem der Arbeitgeber berechtigterweise schließen kann, der Betriebsrat habe einen Beschluss gefasst, der die Erklärung des Vertreters deckt.

(1) Rechtsscheintatbestände der §§ 170–172 BGB

Die Rechtsscheintatbestände²⁶³ der §§ 170–172 BGB gelten nur für die gewillkürte Stellvertretung, dagegen grundsätzlich weder direkt noch analog für gesetzliche Vertretung oder organschaftliches Handeln.²⁶⁴ Doch spricht nichts dagegen, diese Vorschriften analog auf das organschaftliche Handeln des Betriebsratsvorsitzenden anzuwenden²⁶⁵, da die Nichtanwendbarkeit der §§ 170–172 BGB bei organschaftlichem Handeln darauf beruht, dass bereits ausreichender Verkehrsschutz durch das Handelsregister gewährt wird, neben dem kein Bedürfnis für ergänzende Anwendung der §§ 170–172 BGB besteht²⁶⁶. Im Rechtsverkehr mit dem Betriebsrat besteht kein solcher Verkehrsschutz durch das Handelsregister.

²⁶¹ Ausführlich *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 491 ff.

²⁶² *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 494; *ders.*, Handelsrecht, § 6 Rn. 68.

²⁶³ So die h.M., *Grüneberg/Ellenberger*, § 170 Rn. 1; *MüKoBGB/Schubert*, § 170 Rn. 2f.; *BeckOK BGB/Schäfer*, § 170 Rn. 2; nach a.A. liegt in der Kundmachung nach §§ 171, 172 BGB eine konkludent erteilte Außenvollmacht, *Flume*, BGB AT, § 49,2.

²⁶⁴ *MüKoBGB/Schubert*, § 170 Rn. 4.

²⁶⁵ Vgl. *Schönhöft/Kessenich*, NZA-RR 2017, 1, 1 ff.

²⁶⁶ *MüKoBGB/Schubert*, § 170 Rn. 4.

Ihrem Wortlaut nach betreffen die §§ 170–172 BGB nur den guten Glauben des Dritten an den Fortbestand einer einmal wirksam erteilten Vollmacht; sie sind nach herrschender Meinung aber analog anwendbar, wenn die Vollmacht von vornherein nicht bestanden hat.²⁶⁷

(a) § 170 BGB analog

Die Erteilung einer Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Dritten (Außenvollmacht nach § 167 Abs. 1 F. 2 BGB) kann auf den Betriebsratsbeschluss nicht übertragen werden. Der Betriebsratsbeschluss stellt über § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG die „Innenbevollmächtigung“ des Betriebsratsvorsitzenden dar.²⁶⁸

(b) § 171 BGB analog

§ 171 BGB regelt Fälle der besondere Mitteilung oder öffentlichen Bekanntmachung einer (vermeintlichen) Innenvollmacht. Dabei soll die Mitteilung keine Willenserklärung, sondern bloß geschäftsähnliche Handlung sein²⁶⁹, die auch konkludent erklärt werden könne²⁷⁰.

Ein Scheinbeschluss über § 171 BGB analog ist theoretisch möglich, wird aber praktisch selten vorkommen. Erforderlich wäre zum einen, dass eine besondere Mitteilung des Betriebsratsvorsitzenden gegenüber dem Arbeitgeber erfolgt dergestalt, dass ein bestimmter Beschluss vorliegt. Zum anderen gilt für diese Mitteilung – auch wenn es nur eine geschäftsähnliche Handlung ist²⁷¹ – wiederum § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG, so dass ihr ein wirksamer Betriebsratsbeschluss zugrunde liegen muss.²⁷² Der Betriebsrat müsste also einen Beschluss fas-

²⁶⁷ BGH 8.11.1984, NJW 1985, 730, 730; BGH 12.12.1985, NJW-RR 1986, 467, 467; Grüneberg/*Ellenberger*, § 170 Rn. 1; a.A. zu § 170 BGB MüKoBGB/*Schubert*, § 170 Rn. 7; BeckOK BGB/*Schäfer*, § 170 Rn. 3.

²⁶⁸ GK/*Raab*, § 26 Rn. 47.

²⁶⁹ MüKoBGB/*Schubert*, § 171 Rn. 2; BeckOK BGB/*Schäfer*, § 171 Rn. 6.

²⁷⁰ MüKoBGB/*Schubert*, § 171 Rn. 4; BeckOK BGB/*Schäfer*, § 171 Rn. 7.

²⁷¹ Vgl. *Schwarze*, RdA 2019, 1, 8.

²⁷² A.A. *Schönhöft/Kessenich*, NZA-RR 2017, 1, 3 f.

sen, wonach dem Arbeitgeber der Inhalt eines bestimmten Beschlusses mitgeteilt wird; es stellt sich die Frage, warum der Betriebsrat so etwas tun sollte.

Eine konkludente Kundgabe scheidet beim Betriebsrat aus denselben Gründen wie eine konkludente Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB aus; der Betriebsrat kann keine stillschweigenden Beschlüsse fassen.²⁷³

(c) § 172 BGB analog

Praktisch relevant ist dagegen § 172 BGB – die Aushändigung und Vorlage einer Vollmachtsurkunde.

Die Sitzungsniederschrift, aus der sich der vom Betriebsratsvorsitzende vollzogene Betriebsratsbeschluss ergibt, ist ein objektiver Rechtsscheintatbestand.²⁷⁴ Wird dem Arbeitgeber vom Betriebsratsvorsitzenden der schriftliche Betriebsratsbeschluss vorgelegt, darf dieser auf die Wirksamkeit des Beschlusses vertrauen. Vorausgesetzt ist jedoch, dass keine inhaltliche Einwendung gegen die Urkunde vorliegt, also sich nicht schon aus der Urkunde selbst ergibt, dass der Beschluss nichtig ist.²⁷⁵

§ 172 BGB erweist sich damit als hilfreich, wenn dem Arbeitgeber der schriftliche Betriebsratsbeschluss vorgelegt wird. Wie bereits dargelegt wurde, hat der Arbeitgeber darauf aber keinen Anspruch, es sei denn, er hat an der Sitzung teilgenommen (§ 34 Abs. 2 S. 1 BetrVG).²⁷⁶ Es würde dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) widersprechen und eine unzulässige Einmischung in die Geschäftsführung des Betriebsrats darstellen, würde der Arbeitgeber vom Betriebsratsvorsitzenden stets die Vorlage schriftlicher Beschlüsse verlangen.²⁷⁷

²⁷³ Dazu § 3 B. II. 2. (S. 33–35).

²⁷⁴ Ebenso GK/Raab, § 26 Rn. 50.

²⁷⁵ Vgl. BeckOK BGB/Schäfer, § 172 Rn. 9.

²⁷⁶ Dazu § 4 A. II. (S. 43).

²⁷⁷ BAG 23.8.1984, AP Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972; GK/Raab, § 26 Rn. 52.

(2) Duldungsbeschluss

Eine Duldungsvollmacht ist gegeben, wenn der Vertretene es wissentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn wie ein Vertreter auftritt, und der Geschäftsgegner dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde bevollmächtigt ist.²⁷⁸ Da es um bewusstes Dulden geht, kann auch schon einmaliges Gewährenlassen genügen.²⁷⁹

Ausgehend davon liegt der objektive Rechtsscheintatbestand für einen Duldungsbeschluss vor, wenn der Betriebsrat es wissentlich geschehen lässt, dass der Betriebsratsvorsitzende gegenüber dem Arbeitgeber auftritt, obwohl sein Handeln nicht von einem Betriebsratsbeschluss gedeckt ist.²⁸⁰

Das ist z.B. der Fall, wenn der Betriebsratsvorsitzende nach einer Betriebsratssitzung in Anwesenheit und ohne Widerspruch der Betriebsratsmitglieder dem Arbeitgeber gegenüber die Zustimmung zu einer bestimmten Maßnahme erklärt, obwohl der Betriebsrat keinen entsprechenden Beschluss gefasst hat.²⁸¹

(3) Anscheinsbeschluss

Eine Anscheinsvollmacht liegt vor, wenn der Vertretene das Handeln des Vertreters zwar nicht kennt, es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können, und wenn der Geschäftsgegner nach Treu und Glauben annehmen durfte, der Vertretene dulde und billige das Handeln seines Vertreters.²⁸²

²⁷⁸ Statt vieler BeckOK BGB/Schäfer, § 167 Rn. 15.

²⁷⁹ BeckOK BGB/Schäfer, § 167 Rn. 15.

²⁸⁰ Wer in der Duldungsvollmacht eine konkludent erteilte Außenvollmacht sieht, kann diese nicht auf den Betriebsrat übertragen, weil der Betriebsrat erstens keine stillschweigenden Beschlüsse fassen und zweitens – beim Betriebsratsvorsitzenden – keine Außenbevollmächtigung vornehmen kann, so etwa Richardi/Thüsing, § 26 Rn. 50.

²⁸¹ LAG Hamm 25.11.2005 – 10 Sa 922/05, BeckRS 2006, 40882; *Fitting*, § 26 Rn. 33; MünchArbR/Krois, § 293 Rn. 26; GK/Raab, § 26 Rn. 50; in diesem Fall genügt bereits das erste Gewährenlassen seitens des Betriebsrats, weil die Besonderheit besteht, dass der Arbeitgeber aufgrund seiner Anwesenheit das Dulden des Betriebsrats mit eigenen Augen sieht und damit Kenntnis vom objektiven Rechtsscheintatbestand erlangt.

²⁸² Statt vieler MüKOBGB/Schubert, § 167 Rn. 112.

Danach liegt entgegen verbreiteter Meinung kein objektiver Rechtsscheintatbestand für einen Anscheinsbeschluss vor, wenn der Betriebsratsvorsitzende in einer einzelnen Angelegenheit ohne Vertretungsmacht handelt; auch wenn der Betriebsrat intern dieses Handeln kennt und duldet.²⁸³ Aus Sicht des Arbeitgebers gibt es bei diesem Sachverhalt – mit Ausnahme der Behauptung des Betriebsratsvorsitzenden – nichts, was den berechtigten Schluss zulässt, dass das Handeln des Betriebsratsvorsitzenden von einem wirksamen Betriebsratsbeschluss gedeckt ist.

Anders ist nur zu entscheiden, wenn der Betriebsratsvorsitzende wiederholt und über einen gewissen Zeitraum aufgetreten ist und das Auftreten sich auf einen einzigen vermeintlichen Betriebsratsbeschluss zurückführen lässt. Dann darf der Arbeitgeber – aufgrund des wiederholten Auftretens – nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass das Handeln des Betriebsratsvorsitzenden von einem Betriebsratsbeschluss gedeckt ist.

Ein wiederholtes Auftreten des Betriebsratsvorsitzenden, das sich auf ein- und denselben Betriebsratsbeschluss zurückführen lässt, ist nur möglich aufgrund eines Rahmenbeschlusses für wiederkehrende gleichgelagerte Fälle.²⁸⁴ Wurde beispielsweise der Betriebsratsvorsitzende vom Betriebsrat mit einem an sich zulässigen, aber aufgrund eines Verfahrensfehlers nichtigen Rahmenbeschluss ausgestattet, mit dem er in bestimmten gleichgelagerten Fällen einer kurzfristigen Verlängerung oder Verkürzung der Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG) zustimmen darf, und hat der Betriebsratsvorsitzende von diesem nichtigen Beschluss mehrfach Gebrauch gemacht, dann kann der Arbeitgeber künftig nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass der Betriebsratsvorsitzende in dieser Angelegenheit mit Vertretungsmacht handelt.

bb. Zurechenbarkeit

Was die Zurechenbarkeit des objektiven Rechtsscheintatbestandes betrifft, so eröffnen sich für das Betriebsverfassungsrecht zwei Problemfelder: Zum einen geht es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Zurechnung überhaupt stattfindet; zum anderen darum, in wessen Person die Zurechnungsvoraussetzungen erfüllt sein müssen.

²⁸³ Unzutreffend deshalb LAG Düsseldorf 15.4.2021 – 11 Sa 490/20, NZA-RR 2021, 480, 484 ff.

²⁸⁴ Dazu § 2 A. II. 2. a. bb. (S. 13–14).

(1) Zurechnungsvoraussetzungen

Unabhängig davon, ob für die Zurechnung vom Verschuldensprinzip ausgegangen²⁸⁵ oder stattdessen eine Risikobetrachtung vorgenommen wird²⁸⁶, reicht es jedenfalls nach allen vertretenen Ansichten aus, wenn die Betriebsratsmitglieder das Auftreten des Betriebsratsvorsitzenden positiv kannten.²⁸⁷

Zweifelhaft und umstritten ist dagegen, ob eine Zurechnung auch stattfindet, wenn die Betriebsratsmitglieder das Auftreten zwar nicht kannten, aber hätten kennen müssen. Im Schrifttum wird diese Frage teilweise verneint²⁸⁸, teilweise bejaht²⁸⁹, wobei beide Seiten meist eine Begründung schuldig bleiben.

Das konkrete Problem besteht darin, ob eine Zurechnung nur bei wissentlicher Schaffung eines Scheintatbestandes stattfindet oder ob darüber hinaus auch die bloß fahrlässige Schaffung genügt. Paradigmatisch hierfür ist der Meinungsstand zur Anscheinsvollmacht, bei der der Geschäftsherr das Handeln des Vertreters zwar nicht kennt, aber hätte kennen können. Nach einem Teil der Literatur soll unter diesen Voraussetzungen eine Haftung auf das positive Interesse jedenfalls für das bürgerliche Recht²⁹⁰ ausscheiden, weil eine bloße Nachlässigkeit im Rechtsverkehr nicht die Bedeutung einer Willenserklärung haben könne.²⁹¹ Dagegen stellt die Rechtsprechung und ein anderer Teil der Literatur die Anscheinsvollmacht in ihrer Wir-

²⁸⁵ So die h.M., vgl. nur *Bork*, BGB AT, Rn. 1555 m.w.N.

²⁸⁶ So etwa *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 479 ff.

²⁸⁷ Darauf, ob sich die Betriebsratsmitglieder auch der weiteren Tatsache bewusst waren, dass der Vorsitzende ohne Vertretungsmacht handelt, kommt es jedenfalls dann nicht an, wenn die entsprechende Unkenntnis auf Fahrlässigkeit beruht, vgl. BGH 21.6.2005, NJW 2005, 2985, 2987; *Schönhöft/Kessenich*, NZA-RR 2017, 1, 6; a.A. *GK/Raab*, § 26 Rn. 50.

²⁸⁸ *Fitting*, § 26 Rn. 33; *DKW/Wedde*, § 26 Rn. 22.; *MünchArbR/Krois*, § 293 Rn. 26; *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 265; *Dominik*, Verfahrensfehler, S. 223; *Nause*, FS Etzel, 271, 278.

²⁸⁹ *Buchner*, DB 1976, 532, 535; *Dietz*, RdA 1968, 439, 442; *Miersch*, Rechtsfolgen, S. 344; zweifelnd *Richardi/Thüsing*, § 26 Rn. 51.

²⁹⁰ A.A. für das Handelsrecht aufgrund der dort bestehenden kaufmännischen Organisationsrisiken *Medicus/Petersen*, BR, Rn. 101; *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 191 ff., der auf S. 265 Fn. 17 ein entsprechendes Organisationsrisiko im Verhältnis zwischen den Mitgliedern und dem Vorsitzenden des Betriebsrats freilich ablehnt.

²⁹¹ *Staudinger/Schilken*, § 167 Rn. 44; *MüKoBGB/Schubert*, § 167 Rn. 140; *Flume*, BGB AT, § 49, 4.

kung einer wirklich erteilten Vollmacht gleich.²⁹² Letzterem ist zuzustimmen, denn gerade die §§ 170 ff. BGB zeigen, dass der Geschäftsherr auch gebunden sein kann, wenn er es unterlassen hat, zu intervenieren, was aber in der Regel auf mangelnder Sorgfalt beruhen dürfte.²⁹³

Auf das Betriebsverfassungsrecht übertragen bedeutet das, dass es ausreicht, wenn die Betriebsratsmitglieder das Auftreten des Vorsitzenden hätten kennen müssen.

(2) Adressat der Zurechnungsvoraussetzungen

Bislang war immer nur von „den Betriebsratsmitgliedern“ als Zurechnungsadressat die Rede. Das ist zwar richtig, denn Adressat der Zurechnungsvoraussetzungen für einen Scheinbeschluss ist derjenige, bei dem auch die Zuständigkeit für einen „echten“ Beschluss liegt.²⁹⁴

Allerdings ist es ungenau, weil es nicht auf die Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis sämtlicher Betriebsratsmitglieder ankommt. Ausreichend ist bereits, wenn die Zurechnungsvoraussetzungen bei der Mehrheit der Mitglieder²⁹⁵ vorliegen, weil schon die Mehrheit der Mitglieder in der Lage wäre, einen entsprechenden „echten“ Beschluss zu fassen (vgl. § 33 Abs. 2 BetrVG).²⁹⁶

Dem wird entgegengehalten, dass auch die Mehrheit der Mitglieder mit dem Betriebsrat nicht identisch sei und stattdessen auf den Betriebsrat als Gremium abzustellen sei mit der Folge, dass es nicht auf die Mehrheit der Mitglieder ankomme, sondern auf eine beschlussfähige Mehrheit (vgl. § 33 Abs. 1 BetrVG).²⁹⁷ Diese Bedenken greifen jedoch nicht durch. Auch eine beschlussfähige Mehrheit kann einen Beschluss nur dann wirksam fassen, wenn der Betriebsrat nach § 33 Abs. 2 BetrVG beschlussfähig ist. Kann aber ein Beschluss dem Betriebs-

²⁹² BGH 20.1.1983, NJW 1983, 1308, 1309; Erman/*Meier-Reimer/Finkenauer*, § 167 Rn. 26; Grüneberg/*Ellenberger*, § 172 Rn. 11; BeckOK BGB/*Schäfer*, § 167 Rn. 18; Soergel/*Leptien*, § 167 Rn. 24.

²⁹³ Soergel/*Leptien*, § 167 Rn. 17.

²⁹⁴ Vgl. *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 458 f.

²⁹⁵ Beim Einmann-Betriebsrat kommt es folglich auf die Mehrheit unter Einbeziehung der in der fraglichen Angelegenheit zu beteiligten Jugend- und Auszubildendenvertreter an.

²⁹⁶ LAG Hamm 25.11.2005 – 10 Sa 922/05, BeckRS 2006, 40882; LAG Düsseldorf 15.4.2021 – 11 Sa 490/20, NZA-RR 2021, 480, 485; Richardi/*Thüsing*, § 26 Rn. 51; *Fitting*, § 26 Rn. 33; MünchArbR/*Krois*, § 293 Rn. 26; *Schönhöft/Kessenich*, NZA-RR 2017, 1, 6; *Dietz*, RdA 1968, 439, 442.

²⁹⁷ *Weiss/Weyand*, § 26 Rn. 14; *DKW/Wedde*, § 26 Rn. 22; *Witt*, Kooperationsmaxime, S. 146 f.

rat nur zugerechnet werden, wenn die Mehrheit der Mitglieder beteiligt ist, dann muss das auch für einen Scheinbeschluss gelten.

cc. Schutzwürdigkeit des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber ist schutzwürdig, wenn er Kenntnis vom objektiven Rechtscheintatbestand hat und gutgläubig ist.²⁹⁸

Gutgläubigkeit setzt entsprechend § 173 BGB voraus, dass der Arbeitgeber die fehlende Vertretungsmacht – genauer: das Fehlen bzw. die Unwirksamkeit des Beschlusses – weder kennt noch kennen muss.

Als Negativbeispiel wird im Zusammenhang mit der Rechtsscheinhaftung von der Literatur mitunter der Fall genannt, dass der Betriebsratsvorsitzende unmittelbar auf die Mitteilung der Kündigungsabsicht durch den Arbeitgeber die Zustimmung zur Kündigung erteilt, weil der Arbeitgeber dann wisse, dass der Betriebsrat sich mit der Kündigung noch nicht befasst haben könne.²⁹⁹ Dieser Fall ist der Rechtsprechung des BAG zu § 102 BetrVG entnommen³⁰⁰ und soll wohl auch zeigen, wie sich Lehre von der Vertrauenshaftung in diese Rechtsprechung einfügt.

Doch ist dieses Beispiel in Wahrheit wenig geeignet, da es in diesem Fall mangels objektiven Rechtscheintatbestands auf die Gutgläubigkeit des Arbeitgebers schon nicht ankommt. Selbst wenn ein Rechtscheintatbestand vorliegen würde, wäre dieser jedenfalls nicht zurechenbar, weil die Betriebsratsmitglieder vom Handeln des Vorsitzenden keine Kenntnis haben und auch nicht haben müssen.

Zu beachten ist auch, dass es durchaus Sachverhalte geben kann, bei denen der Arbeitgeber trotz sofortiger Äußerung des Betriebsratsvorsitzenden nicht bösgläubig sein muss; dass ist etwa der Fall, wenn der Arbeitgeber davon ausgeht und ausgehen darf, dass der Betriebsrat den Vorsitzenden vorab mit einem Rahmenbeschluss ausgestattet hat.

²⁹⁸ Statt vieler MüKoBGB/Schubert, § 167 Rn. 122 f.

²⁹⁹ Richardi/Thüsing, § 102 Rn. 132; Buchner, DB 1976, 532, (535).

³⁰⁰ BAG 28.3.1974, AP Nr. 3 zu § 102 BetrVG 1972.

b. Scheinvollmacht

Wird der Betriebsrat nicht vom Betriebsratsvorsitzenden vertreten, sondern von einem sonstigen Betriebsratsmitglied aufgrund einer Vollmacht, kommt eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht in Betracht.³⁰¹ Im Einzelnen ist jedoch zu differenzieren:

Fehlt dem sonstigen Betriebsratsmitglied die Vertretungsmacht, weil es nicht bevollmächtigt worden oder der zugrunde liegende Bevollmächtigungsbeschluss nichtig ist, kann dem Betriebsrat das Handeln des Betriebsratsmitglieds bei Vorliegen der Voraussetzungen über eine Rechtsscheinvollmacht zugerechnet werden.

Fehlt dagegen die Vertretungsmacht allein deshalb, weil der zu vollziehende Sachbeschluss nicht vorhanden oder nichtig ist, ist wiederum ein Scheinbeschluss erforderlich.

Mangelt es an beidem, also sowohl der Vollmacht, als auch dem Sachbeschluss, müssen die Voraussetzungen einer Rechtsscheinvollmacht und eines Scheinbeschlusses kumulativ vorliegen.

Tritt ein Betriebsratsvertreter aufgrund einer Vollmacht gegenüber dem Arbeitgeber auf, hat der Arbeitgeber einen Anspruch, dass ihm die Vollmacht nachgewiesen wird.³⁰² Der Nachweis mag seitens des Betriebsrats durch eine entsprechende Mitteilung erfolgen oder gar durch Vorlage des schriftlichen Betriebsratsbeschlusses aus dem sich die Vertretungsberechtigung ergibt. Der Arbeitgeber darf dann nach §§ 171, 172 BGB auf die Wirksamkeit der Vollmacht und deren Fortbestand³⁰³ vertrauen, vorausgesetzt die Nichtigkeit der Vollmacht ergibt sich nicht schon aus der Kundgabe selbst.

c. Scheingenehmigung

Ist der Betriebsratsvorsitzende oder ein sonstiges Betriebsratsmitglied ohne Vertretungsmacht aufgetreten, kann der Betriebsrat das schwebend unwirksame Rechtsgeschäft genehmi-

³⁰¹ MünchArbR/*Krois*, § 293 Rn. 26; GK/*Raab*, § 26 Rn. 51.

³⁰² Dazu § 4 A. II. (S. 43).

³⁰³ GK/*Raab*, § 26 Rn. 61; *Fitting*, § 26 Rn. 43; DKW/*Wedde*, § 26 Rn. 28; alle jedoch nur zur Passivvertretung.

gen. Das muss der Betriebsrat beschließen; eine stillschweigende Genehmigung kommt nicht in Betracht.³⁰⁴ Fehlt ein solcher Beschluss, hat der Betriebsratsvorsitzende aber gegenüber dem Arbeitgeber zurechenbar den Anschein erweckt, eine solche Genehmigung läge intern vor, kann eine Scheingenehmigung vorliegen.³⁰⁵

Für den objektiven Rechtsscheintatbestand der Scheingenehmigung ist zunächst zu fordern, dass der Vertreter des Betriebsrats erkennbar ohne Vertretungsmacht aufgetreten ist. Denn nur wenn sich der Arbeitgeber der Genehmigungsbedürftigkeit überhaupt bewusst ist, kann er das Verhalten des Betriebsrats auch als Genehmigung interpretieren.³⁰⁶

Es ist zudem erforderlich, dass für den Arbeitgeber aufgrund hinreichender tatsächlicher Anhaltspunkte ersichtlich ist, dass der Betriebsrat seinerseits die Genehmigungsbedürftigkeit gekannt oder zumindest mit ihr gerechnet hat, denn niemand genehmigt ein Geschäft, das er für gültig hält.³⁰⁷

Schließlich muss noch ein nach außen in Erscheinung tretendes Verhalten des Vorsitzenden vorliegen, das dem Betriebsrat nach § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG zurechenbar ist und beim Arbeitgeber den Eindruck erweckt, dass der Betriebsrat das Geschäft als wirksam behandeln möchte.

Ausgehend davon bedarf es keiner näheren Erörterung, dass das bloße Schweigen des Betriebsrats für eine Scheingenehmigung nicht ausreichend ist.³⁰⁸

2. Vertrauenshaftung kraft widersprüchlichen Verhaltens

Liegt kein Fall der Rechtsscheinhaftung vor, kann ergänzend die Vertrauenshaftung kraft widersprüchlichen Verhaltens herangezogen werden. Bei dieser handelt es sich um eine im Wege der Rechtsfortbildung entwickelte Haftung, die in Fällen der Vertretung ohne Vertre-

³⁰⁴ Dazu § 2 C. II. 2. b. (S. 33–35).

³⁰⁵ Für die Möglichkeit einer Scheingenehmigung auch GK/Raab, § 26 Rn. 51; Richardi/Thüsing, § 26 Rn. 53; MünchArbR/Krois, § 293 Rn. 26.

³⁰⁶ Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 73.

³⁰⁷ Vgl. MüKoBGB/Schramm, § 177 Rn. 38 f.

³⁰⁸ So aber LAG Düsseldorf 15.4.2021 – 11 Sa 490/20, NZA-RR 2021, 480, 487; Richardi/Thüsing, § 26 Rn. 53.

tungsmacht dazu führt, dass sich der Vertretene auf die fehlende Vertretungsmacht nicht berufen kann und statt dessen kraft Gesetzes für die Erklärung des Vertreters einstehen muss.³⁰⁹

Auch die Vertrauenshaftung kraft widersprüchlichen Verhaltens setzt wie die Rechts-scheinhaftung einen zurechenbaren Vertrauenstatbestand voraus, doch muss es sich dabei nicht um einen objektiven Rechtsscheintatbestand handeln: Ausreichend ist grundsätzlich jeder Sachverhalt, der geeignet ist, beim Dritten Vertrauen zu erwecken.

Dieser Abschwächung auf Seiten des zurechenbaren Vertrauenstatbestandes steht jedoch eine Verschärfung der Anforderungen der Schutzwürdigkeit des Dritten gegenüber: Während bei der Rechts-scheinhaftung jede Vertrauensdisposition des Dritten genügt, also insbesondere der Abschluss des betreffenden Rechtsgeschäfts als solches, müssen bei der Vertrauenshaftung kraft widersprüchlichen Verhaltens regelmäßig besonders weitreichende und irreversible Maßnahmen vorliegen, die eine Berufung auf die wahre Rechtslage als untragbaren Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen.³¹⁰

Von der herrschenden Literatur werden die soeben beschriebenen Voraussetzungen häufig eins zu eins auf das Betriebsverfassungsrecht übertragen. Dementsprechend kommt nach ihrer Ansicht eine Vertrauenshaftung kraft widersprüchlichen Verhaltens nur in Extremfällen in Betracht, bei denen besonders weitreichende und irreversible Vertrauensdispositionen des Arbeitgebers vorliegen.³¹¹

Eine derart restriktive Handhabung ist jedoch nicht geboten. Die Vertrauenshaftung kraft widersprüchlichen Verhaltens besitzt zwar unerlässliche Minimalvoraussetzungen – einen Vertrauenstatbestand, die Zurechenbarkeit, den guten Glauben und eine Vertrauensdisposition –, sie bietet jedoch den Vorteil, dass sie keinen abgeschlossenen Tatbestand darstellt, sondern offen für Wertungen ist. Es handelt sich um ein „bewegliches System“, bei dem die „Schwäche“ eines Kriteriums durch die „Stärke“ eines anderen ausgeglichen werden kann.³¹² Ist z.B. die Zurechenbarkeit des Vertrauenstatbestandes sehr stark ausgeprägt, weil der Vertrauenstatbestand grob fahrlässig oder gar wissentlich geschaffen wurde, dann kann eine Vertrauenshaf-

³⁰⁹ Ausführlich *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 287 ff.; dort auch zum Folgenden.

³¹⁰ *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 295 f.

³¹¹ Vgl. § 4 C. III. 1. (S. 63).

³¹² *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 301 ff.; *ders.*, FG 50 Jahre BGH, S. 169 f.

tung auch bei weniger weitreichenden Vertrauensdispositionen in Betracht kommen. Liegen umgekehrt besonders weitreichende, unter Umständen sogar existenzbedrohende Vertrauensdispositionen vor, mag auch ein schwach ausgeprägter und leicht fahrlässig verursachter Vertrauenstatbestand genügen. Darüber hinaus können sonstige Gesichtspunkte und gesetzliche Wertungen berücksichtigt werden.³¹³

Wird nun dieses bewegliche System auf das Verhältnis zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber angewandt, dann muss im Rahmen der gebotenen Einzelabwägung neben dem Grad des Verschuldens auf Seiten des Betriebsrats und dem Ausmaß der Vertrauensdisposition auf Seiten des Arbeitgebers³¹⁴ auch und vor allem die evidente Schutzbedürftigkeit des Arbeitgebers nach der gesetzlichen Ausgangslage berücksichtigt werden. Der Arbeitgeber darf sich in die Geschäftsführung des Betriebsrats nicht einmischen und den Bestand der Vertretungsmacht der Betriebsratsvertreter grundsätzlich nicht überprüfen. Gleichwohl ist er auf die Erklärungen des Betriebsrats in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten angewiesen. Diese strukturelle Schutzbedürftigkeit des Arbeitgebers muss im Regelfall nicht noch durch eine weitreichende und irreversible Vertrauensdisposition verstärkt werden.

Meist muss deshalb bereits jede mit nicht nur unerheblichen Nachteilen verbundene Vertrauensinvestition des Arbeitgebers ausreichen, seinen Vertrauensschutz zu rechtfertigen.

Hat der Arbeitgeber beispielsweise im Vertrauen auf eine Stellungnahme des Betriebsratsvorsitzenden einem Arbeitnehmer vor Ablauf der Fristen nach § 102 Abs. 2 BetrVG gekündigt, dann sind die Nachteile, die dem Arbeitgeber aus einer unwirksamen Kündigung erwachsen, ausreichend, die Vertrauenshaftung des Betriebsrats zu rechtfertigen. Dass diese Nachteile für den Arbeitgeber keine Existenzbedrohung darstellen, spielt keine Rolle.

Gleiches gilt etwa, wenn der Arbeitgeber im Vertrauen auf eine wirksame Zustimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bereits teure technische Überwachungseinrichtungen angeschafft hat.

Erst recht muss die Vertrauenshaftung kraft widersprüchlichen Verhaltens eingreifen, wenn der Arbeitgeber im Vertrauen auf die Wirksamkeit einer (ablösenden) Betriebsvereinbarung finanzielle Dispositionen oder unternehmensstrategische Entscheidungen getroffen hat.

³¹³ *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 298.

³¹⁴ Hierfür auch *MünchArbR/Krois*, § 293 Rn. 27.

Anders ist dagegen in Fällen zu entscheiden, bei denen keine derartigen Nachteile vorliegen, weil der Arbeitgeber aufgrund der fehlenden Mitbestimmung des Betriebsrats nicht (viel) schlechter steht als vorher. In diesem Fall setzt sich das Interesse des Betriebsrats an einer ordnungsgemäßen Willensbildung gegenüber dem Vertrauensschutzinteresse des Arbeitgebers durch.

3. Fazit

Die Rechtsscheinhaftung kann entgegen der Ansicht der herrschenden Literatur nur wenige Fälle erfassen, weil vielfach bereits kein objektiver Rechtscheintatbestand vorliegt, auf den sich der Arbeitgeber berufen kann.

Insbesondere ist kein objektiver Rechtscheintatbestand gegeben, wenn der Betriebsratsvorsitzende aufgrund eines nichtigen Betriebsratsbeschlusses in einer einzelnen mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit eine Erklärung abgibt – also im Standardfall.

Des Weiteren scheidet ein objektiver Rechtscheintatbestand von vornherein aus, wenn der Betriebsratsvorsitzende auftritt, obwohl er verhindert ist, oder – praxisrelevanter – wenn der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende auftritt, obwohl der Betriebsratsvorsitzende nicht verhindert ist. Denn die Rechtsscheinhaftung setzt voraus, dass der Schein einer bestimmten Rechtslage besteht³¹⁵; die Verhinderung des Betriebsratsvorsitzenden betrifft dagegen eine Tatsache.

Die Vertrauenshaftung kraft widersprüchlichen Verhaltens müsste der vorliegenden Interessenlage angepasst werden und würde dadurch ihre ursprüngliche Rolle als Lückenbüßerin verlieren; plötzlich wäre sie in vielen Fällen anzuwenden, um doch noch zu einer sachgerechten Lösung zu gelangen.

Zu dogmatischen Bedenken kommen praktische hinzu: Die Vertrauenshaftung kraft widersprüchlichen Verhaltens verlangt eine für die betriebliche Praxis unschöne Abwägung im Einzelfall. Die Wirksamkeit der Handlungen des Arbeitgebers wäre von Fragen abhängig wie: „Handelt es sich noch um eine unerhebliche oder um eine schon ausreichend erhebliche Vertrauensdisposition des Arbeitgebers?“ oder „Hat der Betriebsrat den Vertrauensstatbestand nur leicht oder schon grob fahrlässig verursacht?“. Streitigkeiten sind damit vorprogrammiert.

³¹⁵ *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 496.

Zudem muss stets die Zurechenbarkeit des Vertrauenstatbestands geprüft werden, womit die Frage aufgeworfen ist, ob die Mehrheit der Betriebsratsmitglieder das Auftreten des Betriebsratsvertreters kannte. Auch dies durchzuzählen, mag manchmal nicht wenig Schwierigkeiten bereiten.

Im Übrigen fallen wegen dieser Voraussetzung von vornherein sämtliche Fälle durch das Raster der Vertrauenshaftung, bei denen der Vorsitzende unter Übergehung und ohne Wissen des Betriebsrats eigenmächtig auftritt; auch hier ist der Arbeitgeber aber schutzbedürftig und schutzwürdig.

Zusammenfassend muss damit festgestellt werden, dass die Lehre von der Vertrauenshaftung das Problem des Vertrauensschutzes des Arbeitgebers nicht befriedigend lösen kann.

II. Absoluter Gutgläubensschutz

Aufgrund dessen ist es vorzugswürdig, den Vertrauensschutz des Arbeitgebers durch eine betriebsverfassungsrechtliche Sonderlösung zu gewährleisten. Wie bereits im Zusammenhang mit der (großen) Sphärentheorie dargelegt, ist es sach- und praxisgerecht, den gutgläubigen Arbeitgeber umfassend zu schützen.

Der Arbeitgeber soll stets darauf vertrauen dürfen, dass die Erklärungen der für den Betriebsrat handelnden Personen im Innenverhältnis von einem wirksamen Betriebsratsbeschluss gedeckt sind. Mängel in diesem Innenverhältnis dürfen sich über die fehlende Vertretungsmacht nicht zu des Arbeitgebers Lasten auswirken.

1. Dogmatische Grundlage

Die bereits erörterten dogmatischen Bedenken können überwunden werden. Zwar erfährt der Gesetzgeberwille eine starke Einschränkung; der Normzweck des § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG, wonach die Willensbildung dem Betriebsrat verbleibt und der Betriebsratsvorsitzende lediglich Vollzugsorgan ist, wird durch die Gewährung eines umfassenden Gutgläubensschutzes jedoch nicht vollständig ausgehöhlt.

Zum einen verbleibt es nämlich betriebsratsintern dabei, dass das Handeln des Betriebsratsvorsitzenden außerhalb seiner Vertretungsmacht eine Kompetenzüberschreitung darstellt. Dies gilt vor allem dann, wenn der Vorsitzende (wie dies die Gesetzesbegründung befürchtet) sich zum Führer des Betriebsrats aufschwingt und Alleingänge startet. Der Betriebsrat mag daran Konsequenzen nach § 23 Abs. 1 BetrVG knüpfen.

Zum anderen setzt sich der Vorrang der Willensbildung des Betriebsrats stets bei Bösgläubigkeit des Arbeitgebers durch. Weiß dieser oder muss er es wissen, dass ein Vertretungsfehler vorliegt, dann ist die Erklärung dem Betriebsrat nicht zurechenbar.

Seine dogmatische Grundlage findet der Vertrauensschutz des Arbeitgebers letztlich im Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG).

Nach dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit nimmt der Betriebsrat seine gesetzlichen Aufgaben selbständig und eigenverantwortlich wahr, der Arbeitgeber darf sich nicht in die Amtsführung des Betriebsrats und dessen Willensbildung einmischen.³¹⁶ Dann muss als Kehrseite der Medaille aber auch das Vertrauen des Arbeitgebers in die Erklärungen des Betriebsrats geschützt sein.

2. Rechtsvergleichung – Rechtslage in Österreich

Ein Blick über die Grenze zeigt, dass im österreichischen Recht eine solche Lösung, wie sie hier vorgeschlagen wird, in der Literatur³¹⁷ weit verbreitet ist und der höchstrichterlichen Rechtsprechung des OGH³¹⁸ angewendet wird. Dabei ist die Ausgangslage im Vergleich zum deutschen Recht identisch:

³¹⁶ BAG 4.8.1975, AP Nr. 4 zu § 102 BetrVG 1972.

³¹⁷ Neumayr/Reissner/Kallab, ZellKomm, § 71 ArbVG Rn. 4; Jabornegg/Resch/Födermayr/Neumayr, § 71 ArbVG, Rn. 3; Marhold, DRdA 2013, 403, 404 ff.; Grillberger, DRdA 1991, 158, 160; a.A. Mathy, DRdA 2021, 381, 383 ff., der unter Verweis auf das deutsche Schrifttum eine Lösung über die Rechtsscheinhaftung befürwortet.

³¹⁸ OGH 15.5.2019, 9 Ob A 34/19v, ecollex 2019/388, 901; OGH 17.5.2018, 9 Ob A 42/18v, RdW 2018, 655; weitere Nachweise bei Gammillscheg, KollArbR II, S. 537.

§ 71 S. 1 ArbVG³¹⁹ lautet: „Vertreter des Betriebsrates gegenüber dem Betriebsinhaber und nach außen ist der Vorsitzende, bei dessen Verhinderung der Stellvertreter.“ Auch diese Vorschrift zur Vertretung des Betriebsrats wird allgemein dahin ausgelegt, dass der Betriebsratsvorsitzende nicht Vertreter im Willen, sondern bloßer Vertreter in der Erklärung ist; mit Vertretungsmacht handelt er nur, wenn seiner Erklärung ein wirksamer, inhaltlich einschlägiger Betriebsratsbeschluss zugrunde liegt.³²⁰

Nach der ständigen Vertrauensschutzrechtsprechung des OGH³²¹ darf der Betriebsinhaber die Erklärungen des Betriebsratsvorsitzenden in der Regel als rechtswirksame Willenserklärungen ansehen, zumal der Betriebsinhaber weder verpflichtet noch berechtigt sei, Untersuchungen über die innere Willensbildung des Betriebsrates anzustellen.

Nur ausnahmsweise sei die Erklärung des Betriebsratsvorsitzenden dem Kollegium nicht zuzurechnen, nämlich dann, wenn dem Betriebsinhaber bekannt war oder aus den Umständen (z.B. aus der Tatsache, dass der Betriebsratsvorsitzende zu einer Mitteilung sogleich eine Stellungnahme abgibt) bekannt sein musste, daß die Erklärung des Vorsitzenden nicht durch einen entsprechenden Beschluss des Betriebsrats gedeckt sein konnte.

Diese Grundsätze seien verallgemeinerungsfähig; sie würden deshalb nicht nur für die Stellungnahme des Betriebsrats zu einer beabsichtigten Kündigung des Arbeitgebers nach § 105 ArbVG (entspricht § 102 BetrVG) gelten, sondern auch für andere Erklärungen des Betriebsrats im Rahmen der Mitbestimmung.³²²

Die Begründung des OGH³²³ für den gewährten Vertrauensschutz des Arbeitgebers ist beachtenswert, weil sie auch für die deutsche Rechtslage vollumfänglich zutreffend ist:

Der gute Glaube des Arbeitgebers – so der OGH – verdiene besonderen Schutz, weil er gar keine Möglichkeit habe, die internen Vorgänge, die zu den bekanntgegebenen Beschlüssen geführt haben, zu überprüfen. Er müsse sich vielmehr in allen Fragen, die die Belegschaft be-

³¹⁹ Bundesgesetz der Republik Österreich betreffend die Arbeitsverfassung (Arbeitsverfassungsgesetz – ArbVG) vom 14.12.1973, BGBl. Nr. 22/1974.

³²⁰ Jabornegg/Resch/Födermayr/Neumayr, § 71 ArbVG, Rn. 3; *Mathy*, DRdA 2021, 381, 382.

³²¹ OGH 24.9.2012, 9 Ob A 108/11i, DRdA 2013, 261; OGH 8.7.1992, 9 Ob A 117/92, DRdA 1993, 122.

³²² OGH 24.9.2012, 9 Ob A 108/11i, DRdA 2013, 261.

³²³ OGH 8.7.1992, 9 Ob A 117/92, DRdA 1993, 122.

träfen, an das bekanntgebende Gremium halten und müsse bei Rechtshandlungen, an denen die Belegschaft mitwirke, im Vertrauen auf die Richtigkeit dieser Bekanntgabe disponieren.

3. Voraussetzungen

Dem Arbeitgeber ist deshalb absoluter Gutgläubensschutz zu gewähren, wobei im Einzelnen von Folgendem auszugehen ist:

a. Handeln des Betriebsratsvorsitzender

Der Arbeitgeber darf darauf vertrauen, dass die Erklärungen des Betriebsratsvorsitzenden von einem wirksamen Betriebsratsbeschluss gedeckt sind. Der Betriebsrat kann sich nicht darauf berufen, dass der Betriebsratsvorsitzende ohne Vertretungsmacht gehandelt hat. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Vertretungsmacht fehlt, weil kein Betriebsratsbeschluss vorliegt oder weil der Betriebsratsbeschluss nichtig ist; beide Varianten liegen im Verantwortungsbereich des Betriebsrats.

Wenn man es für möglich hält, dass der Betriebsratsvorsitzende beim Vollzug eines Betriebsratsbeschlusses (tatsächlich oder rechtlich) verhindert sein kann³²⁴, darf auch dieser Umstand dem gutgläubigen Arbeitgeber nicht schaden.

Handelt beispielsweise der Betriebsratsvorsitzende aufgrund eines Vollzugsermessens in einer Angelegenheit, in der er selbst betroffen ist, dann darf der Arbeitgeber darauf vertrauen, dass der Betriebsratsbeschluss die abgegebene Erklärung festgelegt hat und kein Vollzugsermessen besteht.

b. Handeln des stellvertretender Betriebsratsvorsitzender

Der Arbeitgeber darf auch darauf vertrauen, dass der Betriebsratsvorsitzende verhindert ist, wenn der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende auftritt; es besteht keine Veranlassung dem Arbeitgeber dieses Risiko aus dem Geschäftsbereich des Betriebsrats aufzuerlegen.

³²⁴ Dazu § 2 B. I. (S. 17–18).

Der Arbeitgeber darf weiter darauf vertrauen, dass die Erklärungen des stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden von einem wirksamen Betriebsratsbeschluss gedeckt sind.

c. Vertretung durch sonstige Betriebsratsmitglieder

Sonstigen Betriebsratsmitgliedern gegenüber ist der Arbeitgeber berechtigt, einen Nachweis für ihre Vollmacht zu verlangen. Er muss nicht blind auf die Vertretungsmacht eines Betriebsratsmitglieds vertrauen, das normalerweise nicht zur Vertretung des Betriebsrats berechtigt ist. Der Nachweis mag seitens des Betriebsrats durch eine entsprechende Mitteilung erfolgen oder gar durch Vorlage des schriftlichen Bevollmächtigungsbeschlusses. Bis dahin kann der Arbeitgeber den Vertreter zurückweisen.³²⁵

Wird der Nachweis vom Betriebsrat erbracht, darf der Arbeitgeber darauf vertrauen, dass die Bevollmächtigung auf einem wirksamen Betriebsratsbeschluss beruht. Das Erlöschen der Vollmacht muss er sich erst entgegenhalten lassen, wenn ihm dieser Umstand mitgeteilt oder auf andere Weise zur Kenntnis gelangt ist (§§ 171, 172 BGB).³²⁶

Schließlich darf der Arbeitgeber darauf vertrauen, dass der Erklärung in der Sache selbst ein wirksamer Betriebsratsbeschluss zugrunde liegt.

d. Gutgläubigkeit des Arbeitgebers

Der bösgläubige Arbeitgeber ist nicht geschützt. Wenn der Arbeitgeber die fehlende oder fehlerhafte Willensbildung des Betriebsrats kennt oder kennen muss, wird dem Betriebsrat die Erklärung des Betriebsratsvertreters nicht zugerechnet (§ 173 BGB analog).

aa. Sorgfaltsmaßstab

³²⁵ Dazu § 4 A. II. (S. 43).

³²⁶ In Bezug auf den Rechtsschein des Fortbestands der Vertretungsmacht kommt die Rechtsscheinhaftung (ergänzend) zu Anwendung. Insoweit geht es nicht darum, dass ein (wirksamer) Betriebsratsbeschluss fehlt; ein solcher, mit dem die Vollmacht widerrufen wurde, liegt tatsächlich vor. Es geht vielmehr darum, dass dem Arbeitgeber nach einer besonderen Kundgabe eines Vertrauenstatbestandes die Änderung der Rechtslage verborgen bleibt.

Kenntnis verlangt positives Wissen.³²⁷

Kennenmüssen bedeutet nach der Legaldefinition in § 122 Abs. 2 BGB fahrlässige Unkenntnis, wobei im Rahmen des § 173 BGB umstritten ist, ob entsprechend der Legaldefinition auch einfache Fahrlässigkeit genügt³²⁸ oder ob – zum Schutz des Geschäftsgegners – grobe Fahrlässigkeit³²⁹ oder gar Evidenz³³⁰ zu verlangen ist.

Jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang ist von einem Kennenmüssen des Arbeitgebers nur dann auszugehen, wenn ihm grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. Denn es ist zu bedenken, dass der Arbeitgeber grundsätzlich nicht berechtigt ist, Nachforschungen über die interne Willensbildung des Betriebsrats anzustellen; dies wäre eine unzulässige Einmischung in die Geschäftsführung des Betriebsrats. Solche Nachforschungen würden aber provoziert werden, wenn auf Seiten des Arbeitgebers bereits einfache Fahrlässigkeit zur Versagung des Vertrauensschutzes führen würde; der Arbeitgeber müsste dann auch geringen Zweifeln nachgehen.³³¹

bb. Nachforschungspflicht

Den Arbeitgeber trifft demnach keine Nachforschungspflicht, solange nicht aufgrund des ihm bekannten Sachverhalts konkrete Zweifel an der wirksamen Willensbildung des Betriebsrats bestehen.

Erkennt man aber beim Auftreten eines sonstigen Betriebsratsmitglieds einen Nachweisanspruch des Arbeitgebers an, stellt sich die Frage der vorwerfbaren Unkenntnis, wenn er den Anspruch nicht geltend macht, also sich die Vollmacht vom Betriebsrat nicht versichern lässt durch eine entsprechende Mitteilung oder gar Vorlage des Bevollmächtigungsbeschlusses.

³²⁷ BeckOGK/*Deckenbrock*, § 173 Rn. 19; MüKoBGB/*Schubert*, § 173 Rn. 4.

³²⁸ BGH 8.11.1984, NJW 1985, 730; BeckOGK/*Deckenbrock*, § 173 Rn. 20; BeckOK BGB/*Schäfer* § 173 Rn. 3; Erman/*Meier-Reimer/Finkenauer*, § 173 Rn. 4.

³²⁹ MüKoBGB/*Schubert*, § 173 Rn. 4.

³³⁰ Staudinger/*Schilken*, § 173 Rn. 2.

³³¹ In diesem Sinn auch GK/*Raab*, § 26 Rn. 49, der Vertrauensschutz erst versagen möchte, wenn sich dem Arbeitgeber Zweifel an der Wirksamkeit des Beschlusses geradezu aufdrängen mussten.

Hätte sich bei Geltendmachung des Anspruchs ergeben, dass gar keine Vollmacht vorliegt oder diese nichtig ist, könnte argumentiert werden, der Arbeitgeber habe fahrlässig gehandelt.

Richtigerweise ist davon auszugehen, dass den Arbeitgeber in der Tat eine Nachforschungsobliegenheit trifft, weil der Betriebsrat nach der gesetzlichen Regelung in § 26 Abs. 2 BetrVG vom Betriebsratsvorsitzenden oder im Fall seiner Verhinderung vom stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden vertreten wird und dem nur das „Gerede“ des sonstigen Betriebsratsmitglieds gegenübersteht. Der Arbeitgeber ist somit aufgrund fahrlässiger Unkenntnis bösgläubig, wenn er bei Geltendmachung des Nachweisanspruchs die fehlende oder fehlerhafte Vollmacht hätte erkennen können. Das bezieht sich jedoch nur auf den Vollmachtsbeschluss; die Gutgläubigkeit in Bezug auf den Sachbeschluss wird davon nicht berührt.

Geht man davon aus, dass dem Arbeitgeber sogar stets ein Nachweisanspruch auf Vorlage des schriftlichen Vollmachtsbeschlusses zusteht, dann darf er sich allerdings mit einer mündlichen Mitteilung des Betriebsrats begnügen und muss nicht noch auf Vorlage des schriftlichen Beschlusses drängen; denn mit Blick auf den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) darf er darauf vertrauen, dass die Mitteilung der Bevollmächtigung zutreffend ist.³³² Erst wenn konkrete Zweifel an der Wirksamkeit bestehen, handelt er sorgfaltswidrig, wenn er nicht versucht, diese Zweifel durch Überprüfung des Beschlusses auszuräumen.

4. Rechtsfolgen

Liegen die Voraussetzungen für einen Vertrauensschutz des Arbeitgebers vor, muss sich der Betriebsrat so behandeln lassen, als sei sein Vertreter mit Vertretungsmacht aufgetreten.

a. Normativer Teil einer Betriebsvereinbarung

Ein Teil der betriebsverfassungsrechtlichen Literatur vertritt allerdings die Auffassung, durch die Gewährung von Vertrauensschutz könnten keine Rechte und Pflichten begründet werden, sondern es werde lediglich die durch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ein-

³³² Vgl. *Schönhöft/Kessenich*, NZA-RR 2017, 1, 4 f.

geschränkte Dispositionsfreiheit wiederhergestellt.³³³ Der Arbeitgeber könne daher z.B. im Rahmen seines Direktionsrechts die Arbeitszeit einer Gruppe von Arbeitnehmern verlegen (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG); die normative Wirkung einer Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 4 BetrVG sei dagegen nicht zu erreichen.³³⁴

Dieser Ansicht hat sich auch die 10. Kammer des LAG Düsseldorf angeschlossen.³³⁵ Das Gericht hat es dahingestellt sein lassen, ob der in Bezug auf einen wirksamen Betriebsratsbeschluss gutgläubige Arbeitgeber bei Abschluss einer Betriebsvereinbarung Vertrauensschutz verdiene. Denn jedenfalls die im zugrundeliegenden Verfahren in Streit stehende normative Wirkung sei durch eine solche – gutgläubig zustande gekommene – Betriebsvereinbarung nicht zu erreichen.

Zum Schutz des Arbeitgebers sei es ausreichend, wenn seine im Vertrauen auf den Betriebsrat gesetzten Dispositionen (etwa Kündigungen nach §§ 102, 103 BetrVG oder allgemeine personelle Maßnahmen i.S.d. § 99 BetrVG) in ihrer Wirksamkeit unangetastet blieben.

Es sei jedoch weder erforderlich noch mit dem Grundverständnis der normativen Wirkung zu vereinbaren, den unzutreffenden Schein dergestalt in die Zukunft zu projizieren, dass die in Wahrheit unwirksame Betriebsvereinbarung einer wirksamen und normativ wirkenden in jeder Hinsicht gleichgestellt werde.

Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Eine über Vertrauensschutz zustande gekommene Betriebsvereinbarung entfaltet (auch) normative Wirkung.³³⁶ Dafür spricht, dass Art und Umfang des gewährten positiven Vertrauensschutzes durch das Gebot der Vertrauensentsprechung bestimmt werden³³⁷: Es treten die Rechtsfolgen ein, die gegeben wären, wenn die vom Vertrauenden angenommene Rechtslage wirklich bestünde. Daraus folgt einmal, dass der Vertrauende ein vollwertiges Recht erlangt und nicht nur relativ – im Verhältnis zum anderen Teil – so be-

³³³ GK/Raab, § 26 Rn. 49; Reitze, Betriebsratsbeschluss, S. 157 f.; Hanau/Reitze, FS Kraft, 167, 184, Blomeyer, BB 1969, 101, 105.

³³⁴ Reitze, Betriebsratsbeschluss, S. 157 f.

³³⁵ LAG Düsseldorf 27.4.2018 – 10 TaBV 64/17, BeckRS 2018, 12934.

³³⁶ Dietz, RdA 1968, 439, 442; Gaul/Brungs, ArbRB 2019, 47, 49; Schönhöft/Kessenich, NZA-RR 2017, 1, 2 f.; Wiebauer, Sicherung, S. 72 Rn. 140.

³³⁷ Zum Folgenden *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 521.

handelt wird, als hätte er das Recht erworben. Zum anderen folgt daraus, dass der Vertrauende auch inhaltlich exakt so zu stellen ist, wie er stünde, wenn seine Vorstellung zuträfe. Zum Inhalt einer Betriebsvereinbarung gehört aber deren normativer Teil. Den Arbeitgeber bezüglich der von ihm angenommenen Rechtslage gleichzustellen, heißt deshalb auch diesen Teil zu seinen Gunsten und Lasten wirken zu lassen.

Zutreffend hat dementsprechend die 11. Kammer des LAG Düsseldorf unlängst entschieden, dass eine über Vertrauensschutz des Arbeitgebers zustande gekommene ablösende Betriebsvereinbarung auch normative Wirkung entfalte.³³⁸ Das Gericht begründet dies unter anderem damit, dass die Zuerkennung normativer Wirkung zur Schaffung von Rechtssicherheit zwingend erforderlich sei. Der Arbeitgeber habe auf Grundlage der (vermeintlich wirksamen) Betriebsvereinbarung finanzielle Dispositionen getroffen; nur dann, wenn die Betriebsvereinbarung normative Wirkung entfalte, sei das Vertrauen des Arbeitgebers ausreichend geschützt.

b. Disponibilität des Vertrauensschutzes?

Fraglich ist, ob der gutgläubiger Arbeitgeber sich auch auf die wahre Rechtslage berufen kann, also darauf dass keine Vertretungsmacht vorlag; oder ob er an die scheinbare Rechtslage gebunden ist. Ein Motiv des Arbeitgebers, die wahre Rechtslage zu wählen, ist nicht schwer gefunden: Dem Arbeitgeber kann die Erklärung des Betriebsrats – von Anfang an oder im Nachhinein – unliebsam sein.

Relativ klar ist, dass es dem Arbeitgeber verwehrt ist, nach Art einer „Rosinentheorie“ zu verfahren – er kann nicht bestimmte (ihm günstige) Teile eines Betriebsratsbeschlusses gegen sich gelten lassen und andere (ihm nachteilige) ablehnen. Er muss den Beschluss voll und ganz gegen sich gelten lassen.

Aber eine andere Frage ist, ob er nicht das Wahlrecht hat, den Beschluss insgesamt anzunehmen oder abzulehnen. Dieses Problem wird bei der Lehre der Vertrauenshaftung umfangreich und kontrovers diskutiert.³³⁹ Nach vorzugswürdiger Ansicht, kann sich der Geschäfts-

³³⁸ LAG Düsseldorf 15.4.2021 – 11 Sa 490/20, NZA-RR 2021, 480, 487.

³³⁹ Statt vieler MüKoBGB/Schubert, § 167 Rn. 141 ff. m.w.N.

gegner nicht entscheiden, ob er den positiven Vertrauensschutz in Anspruch nimmt. Der Geschäftsgegner soll nicht schlechter, aber auch nicht besser stehen als wenn der Rechtsschein der Wirklichkeit entspräche; dann hätte er aber auch kein Wahlrecht.

c. Haftung aus § 179 Abs. 1 BGB?

Die hier vertretene Ansicht hat den Vorteil, dass sich die Frage einer Haftung des Betriebsratsvorsitzenden nach § 179 Abs. 1 BGB nicht mehr stellt:

Ist der Arbeitgeber gutgläubig, dann scheidet eine Haftung des Betriebsratsvorsitzenden nach § 179 Abs. 1 BGB aus, weil die Betriebsratserklärung als wirksam anzusehen ist³⁴⁰ und dem Arbeitgeber nach der hier vertretenen Ansicht kein Wahlrecht zusteht dergestalt, dass er auf Vertrauensschutz verzichten kann³⁴¹.

Ist der Arbeitgeber dagegen bösgläubig scheidet die Haftung des Betriebsratsvorsitzenden an § 179 Abs. 3 BetrVG.

³⁴⁰ Vgl. BeckOK BGB/Schäfer, § 179 Rn. 6.

³⁴¹ Dazu soeben § 4 D. II. 4. b. (S. 89).

§ 5 Vertrauensschutz bei Organisationsakten

Betriebsratsfehler bei betriebsverfassungsrechtlichen Organisationsakten haben ein erhebliches Schadenspotential. Würden etwa Fehler bei der Wahl des Betriebsrats, der Wahl des Betriebsratsvorsitzenden oder der Konstituierung der Ausschüsse des Betriebsrats stets und ohne weiteres nach allgemeinen Regeln über §§ 134, 139 BGB³⁴² zur Nichtigkeit der Organisationsakte führen, könnte dies eine Vielzahl von Beschlüssen des Betriebsrats und Handlungen des Arbeitgebers mit Rechtswidrigkeit infizieren, je nachdem wann der Fehler bemerkt und geltend gemacht wird.³⁴³ Dem begegnet das Gesetz bei der Wahl des Betriebsrats mit Bestandsschutz nach § 19 BetrVG. Das BAG und ihm folgend die herrschende Literatur übertragen diese Anfechtungslösung auf betriebsratsinterne Organisationsakte.

Im Folgenden soll anhand der Wahl des Betriebsratsvorsitzenden und der Ausschüsse des Betriebsrats nach §§ 27 und 28 Abs. 1 BetrVG untersucht werden, inwieweit der Arbeitgeber durch die analoge Anwendung von § 19 BetrVG geschützt ist in seinem Vertrauen auf wirksame Beschlüsse und Erklärungen des Betriebsrats, und wann ergänzend auf Vertrauensschutz entsprechend der Rechtslage bei Geschäftsführungsbeschlüssen zurückgegriffen werden muss.

A. Wahl des Betriebsratsvorsitzenden

Nach § 26 Abs. 1 BetrVG wählt der Betriebsrat aus seiner Mitte den Betriebsratsvorsitzenden und den stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden.

Wäre die Wahl des Betriebsratsvorsitzenden bei einem Verstoß gegen Wahlvorschriften nach §§ 134, 139 BGB nichtig, hätte dies gravierende Folgen:

Denn einem aus einer nichtigen Wahl hervorgegangenen „Vorsitzenden“ kommt die Vertretungsmacht nach § 26 Abs. 2 BetrVG nicht zu. Das lässt sich auch nicht dadurch umgehen, dass man die nichtige Wahl in eine Bevollmächtigung umdeutet. Eine solche Vollmacht würde

³⁴² Vgl. GK/Kreutz, § 19 Rn. 15.

³⁴³ Schwarze, RdA 2019, 1, 4.

auf die Übertragung bzw. Einräumung einer Organstellung hinauslaufen und wäre damit unwirksam.³⁴⁴

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass der fehlerhafte gewählte Vorsitzende keine Betriebsratssitzungen einberufen, keine Tagesordnung festsetzen und keine Betriebsratssitzung leiten kann.³⁴⁵ Das hat die Nichtigkeit sämtliche Beschlüsse des Betriebsrats zur Folge.

Dieses Problem ist auch nicht dann vollständig entschärft, wenn man davon ausgeht, dass die nichtige Wahl nach § 26 Abs. 1 BetrVG ohnehin zur Funktionsunfähigkeit des Betriebsrats führt mit der Folge, dass keine Beteiligungsrechte des Betriebsrats bestehen, die der Arbeitgeber beachten müsste.³⁴⁶ Dieses Argument passt allenfalls bei der nach § 29 Abs. 1 BetrVG einberufenen Wahl zu Beginn der Amtszeit des Betriebsrats. Ist der Vorsitzende hingegen während der Amtszeit aus seinem Amt als Vorsitzender ausgeschieden und ist ein neuer Vorsitzender aus einer nichtigen Wahl hervorgegangen, ist der Betriebsrat sehr wohl funktionsfähig; in diesem Fall ist immer noch der stellvertretende Vorsitzende vorhanden, der an die Stelle des nichtig gewählten Vorsitzenden tritt und dem Betriebsrat Handlungs- und Funktionsfähigkeit verleiht.

I. Meinungsstand

1. BAG

Das BAG wendet auf die fehlerhafte Wahl des Betriebsratsvorsitzenden und seines Stellvertreters § 19 BetrVG analog an.³⁴⁷

Das Fehlen einer dem § 19 BetrVG entsprechenden Anfechtungsregelung für betriebsratsinterne Wahlen könne nicht dazu führen, dass jeder Gesetzesverstoß die Nichtigkeit einer sol-

³⁴⁴ Vgl. *Krampe*, Anfechtbarkeit, S. 79.

³⁴⁵ BAG 13.11.1991, AP Nr. 9 zu § 26 BetrVG 1972; a.A. wohl *Richardi/Thüsing*, § 26 Rn. 19, aber ohne Begründung.

³⁴⁶ Dazu BAG 23.8.1984, AP Nr. 36 zu § 102 BetrVG 1972; *Gast*, Anm. zu BAG 28.9.1983, AP Nr. 1 zu § 21 BetrVG 1972.

³⁴⁷ BAG 8.4.1992, AP Nr. 11 zu § 26 BetrVG 1972; BAG 15.1.1992, AP Nr. 10 zu § 26 BetrVG 1972; BAG 13.11.1991, AP Nr. 9 zu § 26 BetrVG 1972; BAG 12.10.1976, AP Nr. 2 zu § 26 BetrVG 1972.

chen Wahl zu Folge habe.³⁴⁸ Gerade die Wahl des Betriebsratsvorsitzenden und des stellvertretenden Vorsitzenden seien Organisationsakte, die die Funktionsfähigkeit des Betriebsrats erst herstellen; bei Nichtigkeit wäre die Betriebsratsarbeit deshalb weitgehend lahmgelegt. Auch würde bei Zweifeln an der Wahl bis zu einer gerichtlichen Entscheidung unklar bleiben, ob der Gewählte berechtigt war, Vorsitzendenfunktionen auszuüben; ein solcher Schwebezustand, der unter Umständen lange andauern könne, sei mit einer funktionierenden Betriebsverfassung unvereinbar.

Die erforderliche Rechtssicherheit³⁴⁹ gebiete es deshalb, so das BAG, die Rechtsfolge der Nichtigkeit der Wahl nach § 26 Abs. 1 BetrVG ebenso wie die Wahl des Betriebsrats selbst auf besonders schwerwiegende und offensichtliche Gesetzesverstöße zu beschränken, bei denen nicht einmal der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl vorliege.

Im Übrigen aber sei in entsprechender Anwendung des § 19 BetrVG nur die fristgebundene Anfechtung beim Arbeitsgericht zuzulassen mit der Folge, dass der fehlerhaft gewählte Betriebsratsvorsitzende oder sein Stellvertreter bis zur Rechtskraft der die Wahl für unwirksam erklärenden gerichtlichen Entscheidung im Amt bleibe.

2. Literatur

Die Literatur stimmt der Rechtsprechung des BAG im Wesentlichen zu.³⁵⁰ Zu Meinungsverschiedenheiten kommt es lediglich im Detail, insbesondere bei der Frage des Umfangs der analogen Anwendung des § 19 Abs. 2 BetrVG. So ist beispielsweise umstritten, ob entsprechend der Regelung in § 19 Abs. 2 S. 1 BetrVG zum Kreis der Anfechtungsberechtigten auch

³⁴⁸ BAG 13.11.1991, AP Nr. 9 zu § 26 BetrVG 1972, dort auch zum Folgenden.

³⁴⁹ Anders in der Begründung noch BAG 2.11.1955, AP Nr. 1 zu § 27 BetrVG 1952; BAG 16.2.1973, AP Nr. 1 zu § 19 BetrVG 1972 und BAG 19. 3. 1974, AP Nr. 1 zu § 26 BetrVG 1972: § 19 BetrVG analog, weil es sich bei der Wahl des Vorsitzenden und seines Stellvertreters um den Schlussakt der Wahl und der Konstituierung des Betriebsrats handle. Zur Kritik an dieser Rspr. *Krampe*, Anfechtbarkeit, S. 9.

³⁵⁰ DKW/*Wedde*, § 26 Rn. 16 und 35 ff.; HWGNRH/*Glock*, § 26 Rn. 15 ff.; Richardi/*Thüsing*, § 26 Rn. 17 ff.; GK/*Raab*, § 26 Rn. 15 ff.; *Fitting*, § 26 Rn. 52 ff.; BeckOK ArbR/*Mauer*, BetrVG § 26 Rn. 10; Düwell/*Wolmerath*, § 26 Rn. 10; MünchArbR/*Krois*, § 293 Rn. 10 ff; ausführlich *Krampe*, Anfechtbarkeit, S. 1 ff.

die im Betrieb vertretene Gewerkschaft zählt.³⁵¹ Auch die Übernahme der Anfechtungsfrist des § 19 Abs. 2 S. 2 BetrVG wird unterschiedlich beurteilt.³⁵²

II. Stellungnahme

Die Anfechtungslösung realisiert ein hohes Maß an Rechtssicherheit. Durch § 19 BetrVG wird die an sich bei einem Verstoß gegen zwingende Wahlvorschriften eintretende Nichtigkeitsfolge zugunsten eines abgestuften Rechtsfolgensystems begrenzt:

Danach berühren Wahlverstöße die Gültigkeit der Wahl grundsätzlich nicht.

Ausnahmsweise führen Wahlverstöße zur Anfechtbarkeit der Wahl, wenn es sich um einen Verstoß gegen wesentliche Wahlvorschriften handelt. Doch bleibt der Vorsitzende auch im Fall einer erfolgreichen Anfechtung bis zur Rechtskraft der stattgebenden Gerichtsentscheidung im Amt, denn die gerichtliche Entscheidung hat rechtsgestaltenden Charakter und wirkt nur für die Zukunft.³⁵³

In wenigen Fällen führen Wahlverstöße sogar zur Nichtigkeit der Wahl, wenn nicht einmal der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl vorliegt. Erforderlich ist ein grober und offensichtlicher Gesetzesverstoß.³⁵⁴ In diesem Fall ist die Wahl von Anfang an ungültig, was von jedermann form- und fristlos geltend gemacht werden kann.

Zu einem Vertrauensschutzproblem des Arbeitgebers, der von der Wirksamkeit der Erklärungen eines vermeintlichen Betriebsratsvorsitzenden ausgeht, kann es demnach nur bei einer nichtigen Wahl kommen.

³⁵¹ Dafür: BAG 12.10.1976, AP Nr. 2 zu § 26 BetrVG 1972; *Fitting*, § 26 Rn. 57; *DKW/Wedde*, § 26 Rn. 16; *HWGNRH/Glock*, § 26 Rn. 22; dagegen: *Richardi/Thüsing*, § 26 Rn. 23; *GK/Raab*, § 26 Rn. 19; *MünchArbR/Krois*, § 293 Rn. 13.

³⁵² Dafür: BAG 8.4.1992, AP Nr. 11 zu § 26 BetrVG 1972; BAG 15.1.1992, AP Nr. 10 zu § 26 BetrVG 1972; BAG 13.11.1991, AP Nr. 9 zu § 26 BetrVG 1972; BAG 12.10.1976, AP Nr. 2 zu § 26 BetrVG 1972; *Fitting*, § 26 Rn. 55; *DKW/Wedde*, § 26 Rn. 16; *HWGNRH/Glock*, § 26 Rn. 19; *GK/Raab*, § 26 Rn. 18; dagegen: *Münch-ArbR/Krois*, § 293 Rn. 12; *Richardi/Thüsing*, § 26 Rn. 26, der stattdessen für die Grenze der Verwirkung plädiert.

³⁵³ BAG 13.11.1991, AP Nr. 9 zu § 26 BetrVG 1972; *Fitting*, § 26 Rn. 59; *GK/Raab*, § 26 Rn. 21; *Richardi/Thüsing*, § 26 Rn. 26 f.

³⁵⁴ BAG 15.1.1992, AP Nr. 10 zu § 26 BetrVG 1972; BAG 13.11.1991, AP Nr. 9 zu § 26 BetrVG 1972; *GK/Raab*, § 26 Rn. 15; *Fitting*, § 26 Rn. 60; *MünchArbR/Krois*, § 293 Rn. 14..

Ist die Wahl lediglich anfechtbar, bleiben wegen der Ex-nunc-Wirkung der Anfechtung alle in der Zwischenzeit vorgenommenen Betriebsratshandlungen wirksam.

Dagegen treten bei Nichtigkeit genau die Rechtsfolgen ein, die mit der analogen Anwendung des § 19 BetrVG eigentlich vermieden werden sollen: Der Betriebsrat ist handlungsunfähig und seine Erklärungen sind sämtlich unwirksam. Von den Vertretern der Anfechtungslösung wird dies hingenommen, weil sie bei schweren Gesetzesverstößen dem Rechtsdurchsetzungsinteresse gegenüber dem Bestandsschutzinteresse Vorrang einräumen.³⁵⁵

Ein Vertrauensschutz wird bei Nichtigkeit der Wahl abgelehnt.³⁵⁶ Begründet wird dies mit der fehlenden Schutzwürdigkeit: Da eine Nichtigkeit der Wahl ohnehin nur bei einem offensichtlichen Wahlverstoß in Betracht komme, sei ein Vertrauensschutz nicht geboten. Evidenz der Nichtigkeit und Vertrauensschutz seien miteinander unvereinbar.³⁵⁷

Die Nichtigkeit von Betriebsratswahlen und betriebsratsinternen Wahlen wird von der Rechtsprechung des BAG und der ihm folgenden Literatur nach dem gleichen Maßstab bestimmt wie die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes. In Anlehnung an die in §§ 44 Abs. 1 VwVfG kodifizierte Evidenztheorie³⁵⁸ verlangt man einen besonders schwerwiegenden und offensichtlichen Fehler.³⁵⁹

Auch für die Bestimmung der Offensichtlichkeit selbst greift man auf das Verwaltungsrecht zurück: Ob ein Verstoß offensichtlich sei, beurteile sich nicht vom Standpunkt eines Außenstehenden, dem lediglich das Wahlergebnis zugänglich gemacht wurde, sondern vom Erkenntnisvermögen eines Durchschnittsbeobachters, dem der Wahlvorgang selbst bekannt geworden ist, weil er mit den Betriebsinterna vertraut ist.³⁶⁰ Ebenso wie im Verwaltungsrecht³⁶¹

³⁵⁵ A.A. soweit ersichtlich nur Richardi/*Thüsing*, § 26 Rn. 19, der es nicht überzeugend findet, dass bei einer nichtigen Wahl auch alle Rechtsakte des Betriebsrats, bei denen er durch den Vorsitzenden vertreten werde, nichtig sein sollen.

³⁵⁶ BAG 13.11.1991, AP Nr. 9 zu § 26 BetrVG 1972.

³⁵⁷ Vgl. GK/*Kreutz*, § 19 Rn. 141.

³⁵⁸ Stelkens/Bonk/Sachs/*Sachs*, § 44 Rn. 102; Schoch/Schneider/*Goldhammer*, § 44 Rn. 39.

³⁵⁹ Nachweise bei Fn. 354; dazu auch bereits unter § 4 B. II. (S. 48–50).

³⁶⁰ Für die Wahl des Betriebsratsvorsitzenden: *Krampe*, Anfechtbarkeit, S. 58 ff.; *Fitting*, § 26 Rn. 60; für die Wahl des Betriebsrats: BAG 19.11.2003, AP Nr. 54 zu § 19 BetrVG 1972; BAG 24.1.1964, AP Nr. 6 zu § 3 BetrVG; *Fitting*, § 19 Rn. 4; BeckOK ArbR/*Besenge*, BetrVG § 19 Rn. 27; GK/*Kreutz*, § 19 Rn. 146 m.w.N.

³⁶¹ Stelkens/Bonk/Sachs/*Sachs*, § 44 Rn. 126; *Bachof*, Anm. zu BGH 12.2.1951, DÖV 1951, 274, 276.

können also auch solche Fehler zur Nichtigkeit führen, die für Außenstehende selbst gar nicht erkennbar sind, sondern nur für jemanden, der Kenntnis von allen in Betracht kommenden Umständen besitzt.

Für den Arbeitgeber ist das problematisch. Der Arbeitgeber ist nämlich gerade derjenige, dem im Regelfall lediglich das Wahlergebnis bekannt gemacht wird; um Betriebsratsinterna – die fehlerfreie Willensbildung des Betriebsrats – muss und darf er sich nicht kümmern, was sich nicht zuletzt auch daran zeigt, dass ihm die h.M. kein Anfechtungsrecht nach § 19 Abs. 2 S. 2 BetrVG analog zuerkennt³⁶². Wenn dem aber so ist, dann wird deutlich, dass die Annahme, die Evidenz der Nichtigkeit der Wahl stehe einer Schutzwürdigkeit des Arbeitgebers entgegen, nicht zutreffend ist. Mit anderen Worten: Die Wahl des Vorsitzenden kann im Einzelfall an zur Nichtigkeit führenden Fehlern leiden, ohne dass der Arbeitgeber dies erkennen kann.³⁶³

Folgende Beispiele mögen dies verdeutlichen:

Als Nichtigkeitsgründe für die Wahl des Betriebsratsvorsitzenden wegen eines offensichtlichen und schwerwiegenden Rechtsverstoßes werden in der Literatur etwa genannt: fehlerhafte Ladung³⁶⁴, fehlende Beschlussfähigkeit³⁶⁵, Verstoß gegen das Sitzungserfordernis des § 29 Abs. 1 BetrVG (Wahl im Umlaufverfahren)³⁶⁶, Nichtwahl (Vorsitz wird okkupiert)³⁶⁷ oder Wahl eines Nichtmitglieds (Vorsitzender gehört nicht dem Betriebsrat an)³⁶⁸.

Zumindest bei fehlerhafter Ladung, fehlender Beschlussfähigkeit oder einem Verstoß gegen das Sitzungserfordernis muss der Arbeitgeber die zur Nichtigkeit führenden Fehler nicht

³⁶² *Fitting*, § 26 Rn. 58; *GK/Raab*, § 26 Rn. 19; *HWGNRH/Glock*, § 26 Rn. 23; *DKW/Wedde*, § 26 Rn. 16; *Richard/Thüsing*, § 26 Rn. 24; *MünchArbR/Krois*, § 293 Rn. 13.

³⁶³ Vgl. *Schwarze*, RdA 2019, 1, 5.

³⁶⁴ *Krampe*, Anfechtbarkeit, S. 100 ff.; *DKW/Wedde*, § 26 Rn. 36; a.A.: *GK/Raab*, § 26 Rn. 15; *HWGNRH/Glock*, § 26 Rn. 16; *MünchArbR/Krois*, § 293 Rn. 14; *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 199.

³⁶⁵ *GK/Raab*, § 26 Rn. 15; *DKW/Wedde*, § 26 Rn. 36; *MünchArbR/Krois*, § 293 Rn. 14; *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 198; a.A.: *Krampe*, Anfechtbarkeit, S. 116 f.

³⁶⁶ *Krampe*, Anfechtbarkeit, S. 102 f.; *Reitze*, Betriebsratsbeschluss, S. 198 f.

³⁶⁷ *Fitting*, § 26 Rn. 60; *Krampe*, Anfechtbarkeit, S. 100.

³⁶⁸ *Fitting*, § 26 Rn. 60; *GK/Raab*, § 26 Rn. 15; *MünchArbR/Krois*, § 293 Rn. 14; *Krampe*, Anfechtbarkeit, 108 ff.

stets zwingend erkennen können; hier gilt nichts anderes als bei einfachen Geschäftsführungsbeschlüssen. Auch eine Nichtwahl kann dem Arbeitgeber verborgen bleiben, ohne dass ihm deshalb ein Vorwurf zu machen ist. Den Vertrauensschutz des Arbeitgebers in diesen Fällen gleichwohl zu verneinen, ist nicht überzeugend.

III. Vertrauensschutz

Das soeben beschriebene Schutzdefizit des Arbeitgebers im Rahmen der analogen Anwendung des § 19 Abs. 1 BetrVG ist durch Gewährung von Vertrauensschutz entsprechen den Regeln bei Geschäftsführungsbeschlüssen auszugleichen. Der gutgläubige Arbeitgeber ist in den zuvor beschriebenen Nichtigkeitsfällen – trotz Offensichtlichkeit des Wahlverstoßes – schutzwürdig. Es spielt für ihn im Ergebnis auch keine Rolle, ob die Vertretungsmacht des Betriebsratsvorsitzenden fehlt, weil dessen Wahl nichtig ist oder nur die Erklärung von keinem Betriebsratsbeschluss gedeckt ist. Es ist kein rechtfertigender Grund ersichtlich, diese Sachverhalte unterschiedlich zu behandeln.

Die Lehre von der Vertrauenshaftung müsste, um zu einer Rechtsscheinhaftung bei nichtiger Wahl des Betriebsratsvorsitzenden zu kommen, die Voraussetzungen einer Scheinwahl prüfen.

Ein objektiver Rechtsscheintatbestand hierfür setzt voraus, dass ein bestimmtes Verhalten des Betriebsrats vorliegt, aus dem der Arbeitgeber berechtigterweise schließen kann, dass der als Betriebsratsvorsitzende auftretende wirksam gewählt wurde.

Eine entsprechende Anwendung des § 171 BGB wird in Praxis nicht in Betracht kommen. Zwar wird dem Arbeitgeber das Wahlergebnis mitgeteilt³⁶⁹; dabei handelt es sich jedoch üblicherweise um nicht mehr als eine persönliche Erklärung des neugewählten Betriebsratsvorsitzenden. Der Betriebsrat wird keinen Beschluss fassen, dass dem Arbeitgeber das Wahlergebnis bekanntgegeben wird.

³⁶⁹ DKW/Wedde, § 26 Rn. 11.

Auch eine Niederschrift über die durchgeführte Wahl³⁷⁰ wird der Arbeitgeber nicht erhalten; jedenfalls hat er darauf keinen Anspruch. § 172 BGB kommt damit ebenfalls nicht entsprechend zur Anwendung.

Allenfalls die Rechtsgedanken der Duldungs- und Anscheinsvollmacht können einen Rechtsscheintatbestand begründen, wenn der vermeintliche Betriebsratsvorsitzende wiederholt und über einen gewissen Zeitraum aufgetreten ist.

Nach dem hier vertretenen Standpunkt, ist das Vertrauen des Arbeitgebers unabhängig vom Vorliegen eines des Betriebsrat zurechenbaren objektiven Vertrauenstatbestands zu schützen. Die Wahl des Betriebsratsvorsitzenden fällt in den Geschäftsbereich des Betriebsrats und entziehen sich einer Kontrolle seitens Arbeitgebers. Umgekehrt dürfen sich Mängel aus diesem Bereich nicht zu Lasten des gutgläubigen Arbeitgebers auswirken. Auch eine Nichtwahl fällt in den Verantwortungsbereich des Betriebsrats; es ist das Risiko des Betriebsrats, dass eines seiner Mitglieder den Vorsitz okkupiert und gegenüber dem Arbeitgeber vortäuscht.

B. Ausschüsse des Betriebsrats nach §§ 27 und 28 Abs. 1 BetrVG

I. Betriebsausschuss, § 27 BetrVG

Sobald Betriebsratsvorsitzender und stellvertretender Betriebsratsvorsitzender gewählt sind³⁷¹, ist ein aus mindestens neun Mitgliedern bestehender Betriebsrat verpflichtet³⁷², einen Betriebsausschuss zu bilden (§ 27 Abs. 1 S. 1 BetrVG). Der Betriebsausschuss führt die laufenden Geschäfte (§ 27 Abs. 2 S. 1 BetrVG). Mit Stimmenmehrheit kann ihm der Betriebsrat Aufgaben zur selbständigen Erledigung übertragen, nicht jedoch den Abschluss von Betriebsvereinbarungen (§ 27 Abs. 2 S. 1 BetrVG).

II. Weitere Ausschüsse, § 28 Abs. 1 BetrVG

³⁷⁰ Vgl. dazu GK/Raab, § 26 Rn. 14.

³⁷¹ Richardi/Thüsing, § 27 Rn. 10.

³⁷² Richardi/Thüsing, § 27 Rn. 5; DKW/Wedde, § 27 Rn. 3; HWGNRH/Glock, § 27 Rn. 8; GK/Raab, § 27 Rn. 10; MünchArbR/Krois, § 293 Rn. 33; HWK/Reichold, BetrVG § 27 Rn. 2.

Zudem kann der Betriebsrat in Betrieben mit mehr als 100 Arbeitnehmern nach § 28 Abs. 1 BetrVG (weitere) Ausschüsse bilden und ihnen bestimmte Aufgaben übertragen. Ist ein Betriebsausschuss gebildet, können diesen Ausschüssen vom Betriebsrat auch Aufgaben zur selbständigen Erledigung übertragen werden (§ 28 Abs. 1 S. 3 BetrVG).

III. Ausschussaufgaben

Soweit der Betriebsausschuss lediglich mit der Führung der laufenden Geschäfte beschäftigt ist, können sich Ausschussfehler nicht auf die Erklärungen des Betriebsrats in Angelegenheiten der Mitbestimmung auswirken. Denn laufende Geschäfte sind nur solche im internen verwaltungsmäßigen und organisatorischen Bereich.³⁷³ Die Vertretung des Betriebsrats oder die Entgegennahme von Erklärungen des Arbeitgebers gehören nicht dazu³⁷⁴, ebenso wenig die Ausübung von Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten und zwar selbst dann nicht, wenn es sich um die routinemäßige Erledigung von Einzelfällen handelt³⁷⁵.

Auch über den Umweg eines nichtigen Betriebsratsbeschlusses kann es nicht zu unwirksamen Betriebsratserklärungen kommen. Zwar ist die Vorbereitung von Betriebsratssitzungen und Beschlüssen ein laufendes Geschäft i.S.d. § 27 Abs. 2 S. 1 BetrVG³⁷⁶, die für die Beschlusswirksamkeit allein relevanten Vorbereitungshandlungen, nämlich die Festsetzung der Tagesordnung und die Ladung der Betriebsratsmitglieder, verbleiben nach § 29 Abs. 2 S. 2 und 3 BetrVG jedoch stets dem Vorsitzenden.

Gleiches gilt, soweit einem Ausschuss nach § 28 Abs. 1 BetrVG nur bestimmte Aufgaben zur Vorbereitung der eigenen Beschlüsse des Betriebsrats³⁷⁷ übertragen worden sind. Für diesen Fall hat der Ausschuss keine eigene Sachentscheidungskompetenz in Mitwirkungs- oder

³⁷³ BAG 15.8.2012, NZA 2013, 284, 285 f.; Schaub ArbR-HdB/Koch, § 220 Rn. 11; ErfK/Koch, BetrVG § 27 Rn. 4; *Fitting*, § 27 Rn. 67; GK/Raab, § 27 Rn. 66; *Stegel/Weinspach/Schiefer*, § 27 Rn. 9.

³⁷⁴ GK/Raab, § 27 Rn. 66.

³⁷⁵ H.M., BAG 15.8.2012, NZA 2013, 284, 285 f.; *Fitting*, § 27 Rn. 67; MünchArbR/Krois, § 293 Rn. 47; GK/Raab, § 27 Rn. 66; BeckOK ArbR/Mauer, BetrVG § 27 Rn. 6; Düwell/Wolmerath, § 27 Rn. 10; ErfK/Koch, BetrVG § 27 Rn. 4; a.A. Richardi/Thüsing, § 27 Rn. 54; HWK/Reichold, BetrVG § 27 Rn. 8.

³⁷⁶ *Fitting*, § 27 Rn. 67.

³⁷⁷ Richardi/Thüsing, § 28 Rn. 25; HWGNRH/Glock, § 28 Rn. 17; GK/Raab, § 28 Rn. 17.

Mitbestimmungsangelegenheiten und keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der vom Betriebsrat zu fassenden Beschlüsse.³⁷⁸

Soweit dagegen dem Betriebsausschuss oder dem weiteren Ausschuss nach § 27 Abs. 2 S. 2 (i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 3) BetrVG Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte als Aufgaben zur selbständigen Erledigung übertragen werden³⁷⁹, kann es infolge von Betriebsratsfehlern zu einer fehlerhaften Beteiligung des Betriebsrats kommen. Der Ausschuss tritt in diesem Fall hinsichtlich der Willensbildung an die Stelle des Betriebsrats.³⁸⁰ Seine Beschlüsse treten an die Stelle von Beschlüssen des Betriebsrats.³⁸¹

Ein fehlerhaft gebildeter Ausschuss kann hier nach allgemeinen Regeln (§§ 134, 139 BGB) keine wirksamen Beschlüsse fassen.³⁸² Der Betriebsratsvorsitzende, der die Beschlüsse vollzieht³⁸³, handelt dann ohne Vertretungsmacht.

IV. Fehlerquellen

1. Errichtung des Ausschusses

Der Betriebsausschuss wird ohne einen besonderen Errichtungsakt gebildet; vor allem ist hierzu kein Betriebsratsbeschluss erforderlich.³⁸⁴ Der Betriebsrat ist, wenn er neun oder mehr

³⁷⁸ HWGNRH/*Glock*, § 28 Rn. 17.

³⁷⁹ Statt vieler GK/*Raab*, § 27 Rn. 71 und § 28 Rn. 14.

³⁸⁰ DKW/*Wedde*, § 27 Rn. 36; GK/*Raab*, § 27 Rn. 79; ErfK/*Koch*, § 27 Rn. 5; *Fitting*, § 27 Rn. 71; Richardi/*Thüsing*, § 27 Rn. 67; HWGNRH/*Glock*, § 27 Rn. 59; MünchArbR/*Krois*, § 293 Rn. 48; HWK/*Reichhold*, BetrVG § 27 Rn. 9.

³⁸¹ GK/*Raab*, § 27 Rn. 79; Richardi/*Thüsing*, § 27 Rn. 67; *Fitting*, § 27 Rn. 71.

³⁸² Vgl. *Fitting*, § 27 Rn. 84; GK/*Raab*, § 27 Rn. 78; HWGNRH/*Glock*, § 27 Rn. 62; MünchArbR/*Krois*, § 293 Rn. 49.

³⁸³ Die Vollziehung von Ausschussbeschlüssen folgt den allgemeinen Regeln und obliegt daher dem Betriebsratsvorsitzenden nach § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG; soll der Betriebsrat durch ein sonstiges Betriebsratsmitglied vertreten werden, vor allem durch den Ausschussvorsitzenden in einem weiteren Ausschuss (der – anders als im Betriebsausschuss – nicht notwendig der Betriebsratsvorsitzende sein muss), ist eine Bevollmächtigung erforderlich, GK/*Raab*, § 28 Rn. 36.

³⁸⁴ A.A. *Südkamp*, Fehler, S. 172; auch bei der nach § 47 Abs. 1 BetrVG zwingend vorgeschriebenen Errichtung eines Gesamtbetriebsrats gibt es keinen Errichtungsakt; der Gesamtbetriebsrat wird allein dadurch gebildet, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 47 Abs. 1 BetrVG die Einzelbetriebsräte nach § 47 Abs. 2 BetrVG ihre Mitglieder in den Gesamtbetriebsrat entsenden; BAG 5.12.1975, AP Nr. 1 zu § 47 BetrVG 1972; MünchArbR/*Nebendahl*, § 300 Rn. 17; *Fitting*, § 47 Rn. 8.

Mitglieder hat, verpflichtet, einen Betriebsausschuss zu errichten; es wäre bloße „Förmelei“, hier einen ohnehin nicht zur Disposition stehenden Errichtungsbeschluss zu fordern.

Gleichwohl kann die Errichtung des Betriebsausschusses als solche unwirksam sein. Das ist der Fall, wenn ein Betriebsausschuss gebildet wurde, obwohl die Voraussetzungen des § 27 Abs. 1 S. 1 BetrVG nicht vorliegen, also etwa in einem Betrieb mit nur sieben Betriebsratsmitgliedern.³⁸⁵

Ausschüsse nach § 28 Abs. 1 BetrVG, deren Errichtung im Ermessen des Betriebsrats stehen, werden dagegen durch Betriebsratsbeschluss gebildet.³⁸⁶

Dieser Errichtungsbeschluss kann nach den für Geschäftsführungsbeschlüssen geltenden Regeln an zur Nichtigkeit führenden formalen oder inhaltlichen Fehlern leiden. Er ist darüber hinaus nichtig, wenn die Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 S. 1 BetrVG nicht vorliegen, also der Betrieb nicht mehr als 100 Arbeitnehmer hat. Nach Ansicht des BAG ist weiter die Errichtung selbst unwirksam (und nicht bloß die Aufgabenübertragung), wenn einem Ausschuss nach § 28 Abs. 1 BetrVG, der grundsätzlich gebildet werden könnte, ausschließlich Aufgaben übertragen werden, die nach der gesetzlichen Regelung einem Ausschuss nach § 28 Abs. 1 BetrVG nicht zustehen.³⁸⁷

2. Wahl der Ausschussmitglieder

Im Betriebsausschuss sind der Betriebsratsvorsitzende und der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende geborene Mitglieder (§ 27 Abs. 1 S. 2 BetrVG). Die Bestimmung der weiteren Ausschussmitglieder – deren Zahl beim Betriebsausschuss durch § 27 Abs. 1 S. 2 BetrVG festgelegt ist und bei Ausschüssen nach § 28 Abs. 1 BetrVG im pflichtgemäßen Ermessen³⁸⁸ des Betriebsrats steht – erfolgt durch eine betriebsratsinterne Wahl nach §§ 27 Abs. 1 S. 3 bis 5, 28 Abs. 1 S. 2 BetrVG.

³⁸⁵ BAG 14.8.2013, NZA 2014, 161, 162.

³⁸⁶ GK/Raab, § 28 Rn. 20; DKW/Wedde, § 28 Rn. 5; *Fitting*, § 28 Rn. 17; Düwell/Wolmerath, § 28 Rn. 9

³⁸⁷ BAG 14.8.2013, NZA 2014, 161, 162 f., die Entscheidung betraf die Nachbildung eines Betriebsausschusses (der nicht gebildet werden konnte, weil der Betriebsrat nur sieben Mitglieder hatte) in Form eines „geschäftsführenden Ausschusses“, der die laufenden Geschäfte des Betriebsrats führen oder auch nur die Sitzungen des Betriebsrats vorbereiten sollte (vgl. § 27 Abs. 2 S. 1 BetrVG).

³⁸⁸ Richardi/Thüsing, § 28 Rn. 10.

Diese betriebsratsinterne Wahl kann ebenso wie die Betriebsratswahl oder die Wahl des Betriebsratsvorsitzenden unter Verstoß gegen zwingende Wahlvorschriften zustande gekommen sein.

3. Aufgabendelegation

Die Übertragung von Aufgaben zur selbständigen Erledigung auf den Betriebsausschuss oder einen weiteren Ausschuss erfolgt wiederum durch Betriebsratsbeschluss. Er bedarf der Mehrheit der Stimmen der Betriebsratsmitglieder und der Schriftform, §§ 27 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 und S. 3, 28 Abs. 1 S. 3 BetrVG.

Wird der Übertragungsbeschluss des Betriebsrats nicht mit der erforderlichen Mehrheit gefasst, nicht schriftlich niedergelegt oder leidet er an sonstigen schwerwiegenden Verfahrensfehlern, ist er nichtig.³⁸⁹

V. Meinungsstand

1. BAG

Das BAG hat sich zunächst mit der betriebsratsinternen Wahl der Ausschussmitglieder beschäftigt und hier mit den gleichen Argumenten wie bei der Wahl des Betriebsratsvorsitzenden eine stets eintretende Nichtigkeitsfolge abgelehnt.³⁹⁰ Die erforderliche Rechtssicherheit gebiete es, die Anfechtungslösung des § 19 BetrVG auch auf die Wahl der Ausschussmitglieder entsprechend anzuwenden mit der Folge, dass die Ausschusswahl nur in besonderen Ausnahmefällen nichtig sei und im Regelfall der Ausschuss so lange im Amt bleibe, bis die Wahl seiner Mitglieder aufgrund einer fristgebundenen Anfechtung durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung für unwirksam erklärt worden sei.

³⁸⁹ HWGNRH/*Glock*, § 27 Rn. 62; DKW/*Wedde*, § 27 Rn. 35; *Fitting*, § 27 Rn. 84; GK/*Raab*, § 27 Rn. 78; MünchArbR/*Krois*, § 293 Rn. 49.

³⁹⁰ Für die Wahl nach § 27 Abs. 1 BetrVG: BAG 13.11.1991, AP Nr. 3 zu § 27 BetrVG 1972; für die Wahl nach § 28 Abs. 1 BetrVG: BAG 16.11.2005, AP Nr. 7 zu § 28 BetrVG 1972.

In einer späteren Entscheidung hat sich das BAG mit der Errichtung eines Ausschusses befasst, der unter Verstoß gegen die Voraussetzungen der §§ 27 Abs. 1, 28 Abs. 1 BetrVG gebildet wurde.³⁹¹ Das BAG hat zunächst darauf hingewiesen, dass die Grundsätze zur Geltendmachung der Nichtigkeit betriebsratsinterner Wahlen auch auf die Bildung eines Ausschusses des Betriebsrats anzuwenden seien, und hat anschließend festgestellt, dass die Errichtung des Ausschusses im konkreten Fall unwirksam sei.

Was genau damit gemeint ist, wenn die Grundsätze zur Geltendmachung der Nichtigkeit betriebsratsinterner Wahlen anwendbar sein sollen, ist nach dieser Entscheidung jedoch unklar. Ist das die Übertragung der Anfechtungslösung entsprechend § 19 BetrVG? Oder geht es nur um die Geltendmachung der Nichtigkeit der Errichtung insgesamt bei einem Verstoß gegen zwingende Errichtungsvoraussetzungen?

2. Literatur

Die Literatur hat sich der Meinung des BAG angeschlossen was die Wahl der Ausschussmitglieder betrifft – diese betriebsratsinterne Wahl sei nach § 19 BetrVG analog anfechtbar.³⁹²

Dagegen finden sich nur ganz vereinzelt Stellungnahmen in der Kommentarliteratur zur Rechtslage bei fehlerhafter Errichtung eines Ausschusses.

Ein Teil der Literatur geht davon aus, dass die Wahl der Ausschussmitglieder nichtig sei, wenn ein Betriebsausschuss unter Verstoß gegen § 27 Abs. 1 S. 1 BetrVG gebildet wurde.³⁹³

Ein anderer Teil der Literatur geht davon aus, dass der fehlerhafte Errichtungsakt bei einem Ausschuss nach § 28 Abs. 1 BetrVG nicht einer Anfechtung nach § 19 BetrVG analog unterliege; es könne lediglich die Vertrauenshaftung eingreifen.³⁹⁴

³⁹¹ BAG 14.8.2013, NZA 2014, 161, 162; zu dieser Entscheidung auch Fn. 387.

³⁹² Richardi/*Thüsing*, § 27 Rn. 33 ff. und § 28 Rn. 40; GK/*Raab*, § 27 Rn. 24 ff. und § 28 Rn. 25; Düwell/*Wolmerath*, § 27 Rn. 14 und § 28 Rn. 21; *Fitting*, § 27 Rn. 96 ff. und § 28 Rn. 51; MünchArbR/*Krois*, § 293 Rn. 44 und 55; HWK/*Reichold*, BetrVG § 27 Rn. 13 und § 28 Rn. 11.

³⁹³ HWGNRH/*Glock*, § 27 Rn. 29; *Fitting*, § 27 Rn. 101; MünchArbR/*Krois*, § 293 Rn. 45.

³⁹⁴ Richardi/*Thüsing*, § 28 Rn. 28.

Die fehlerhafte Aufgabendelegation erfährt nach Ansicht der Literatur jedenfalls keinen erhöhten Bestandsschutz in Form einer Anfechtungslösung und soll nur nach den Regeln für Geschäftsführungsbeschlüsse zu behandeln sein.

Der Betriebsrat könne also zunächst das Handeln des Betriebsratsvertreters, der den unwirksamen Ausschussbeschluss ohne Vertretungsmacht vollzieht, genehmigen.³⁹⁵

Andernfalls werde der Arbeitgeber über die Rechtsscheinhaftung geschützt: Wenn der Ausschuss eine ihm fehlerhaft übertragene Aufgabe wahrnehme, müsse sich dies der Betriebsrat zurechnen lassen; denn mit seinem Aufgabenübertragungsbeschluss habe er einen Rechtscheintatbestand gesetzt.³⁹⁶

VI. Stellungnahme

Bei der Errichtung des Betriebsausschusses bedarf es keiner Anfechtungslösung nach § 19 BetrVG analog. Hier gibt es keinen Errichtungsbeschluss des Betriebsrats, der mit Bestandskraft versehen werden könnte.

Andererseits ist das Problem eines Betriebsausschusses, der unter Verstoß gegen die Voraussetzungen des § 27 Abs. 1 S. 1 BetrVG gebildet wurde, aber auch nicht schlicht dadurch zu lösen, dass (nur) die Wahl der Ausschussmitglieder (im Rahmen der dortigen Anfechtungslösung) als nichtig behandelt wird. Der Gesetzverstoß betrifft nicht erst die Wahl der Ausschussmitglieder, sondern schon die Errichtung eines Ausschusses, den das Gesetz so nicht vorsieht.

Richtigerweise ist es deshalb mit dem BAG davon auszugehen, dass die Errichtung des Betriebsausschusses insgesamt unwirksam ist, wenn die Voraussetzungen des § 27 Abs. 1 S. 1 BetrVG für die Bildung des Ausschusses nicht vorliegen.³⁹⁷ Es muss nicht zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit entschieden werden; der Verstoß führt immer zur Nichtigkeit.

³⁹⁵ So zutreffend GK/Raab, § 27 Rn. 78; HWGNRH/Glock, § 27 Rn. 62; MünchArbR/Krois, § 293 Rn. 49; a.A. Richardi/Thüsing, § 27 Rn. 69; Fitting, § 27 Rn. 84; ErfK/Koch, § 27 Rn. 5, DKW/Wedde, § 27 Rn. 35; HWK/Reichold, BetrVG § 27 Rn. 14, die der Ansicht sind, dass der nichtige Ausschussbeschluss vom Betriebsrat genehmigt werden könne; dazu bereits § 3 B. II. 1. a. (S. 33).

³⁹⁶ Richardi/Thüsing, § 27 Rn. 69; MünchArbR/Krois, § 293 Rn. 49.

³⁹⁷ Dies entspricht auch der Rechtsprechung des BAG bei der Errichtung eines Gesamtbetriebsrats unter Verstoß gegen § 47 Abs. 1 BetrVG, z.B. weil die Einzelbetriebsräte nicht demselben Unternehmen angehören, BAG 5.12.1975, AP Nr. 1 zu § 47 BetrVG 1972; BAG 15.8.1978, AP Nr. 3 zu § 47 BetrVG 1972; zustimmend MünchArbR/Nebendahl, § 300 Rn. 19; Richardi/Annufß, § 47 Rn. 83; GK/Franzen, § 47 Rn. 131 ff. und Fitting, § 47 Rn. 41 sowie Rn. 83.

Ein Bedürfnis für ergänzenden Vertrauensschutz des Arbeitgebers bei einem nichtigen Betriebsausschuss ist nicht ersichtlich bzw. scheitert an der Bösgläubigkeit des Arbeitgebers; unter welchen Voraussetzungen ein Betriebsausschuss gebildet werden darf, muss ihm bekannt sein.

Ganz anders ist die Rechtslage bei der Errichtung eines Ausschusses nach § 28 Abs. 1 BetrVG. Diesem liegt ein Errichtungsbeschluss des Betriebsrats zugrunde, der mit mehr und weniger schwerwiegenden Fehlern behaftet sein kann. Ausgehend von den Argumenten des BAG bei betriebsratsinternen Wahlen spricht alles dafür, hier ebenfalls die Anfechtungslösung anzuwenden.³⁹⁸

Es wäre auch schwer einzusehen, weshalb für die fehlerhafte Errichtung eines Ausschusses etwas anderes gelten soll als für die fehlerhafte Wahl der Ausschussmitglieder. Für eine solche Differenzierung besteht keine sachliche Rechtfertigung. Ob erst die Wahl der Ausschussmitglieder oder schon der Errichtungsbeschluss nichtig ist, ist für das Schicksal der Ausschussbeschlüsse im Ergebnis gleichgültig: In beiden Fällen sind sie nichtig. Warum soll dann in dem einen Fall aus Gründen der innerbetrieblichen Rechtssicherheit § 19 BetrVG analog gelten und in dem anderen nicht?

Die Anfechtungslösung bei der Wahl der Ausschussmitglieder und bei der Errichtung von Ausschüssen nach § 28 Abs. 1 BetrVG führt allerdings zum selben Problem wie bei der Wahl des Betriebsratsvorsitzenden: Die Ausschusserrichtung und Mitgliederwahl ist nichtig, wenn diese Organisationsakte an einem schweren und offensichtlichen Gesetzesverstoß leidet, wobei die Offensichtlichkeit vom Standpunkt einer mit den tatsächlichen Gegebenheiten vertrauten Person beurteilt wird.³⁹⁹ In diesem Fall sind sämtliche Ausschussbeschlüsse von Anfang an nichtig und der Betriebsratsvertreter, der diese vollzieht, handelt ohne Vertretungsmacht.

Der Schutz des Arbeitgebers, der die Beschlussnichtigkeit nicht immer erkennen kann, z.B. weil der Errichtungsbeschluss auf einem Ladungsmangel oder der Beschlussunfähigkeit beruht⁴⁰⁰ oder weil die Wahl der Ausschussmitglieder außerhalb einer Betriebsratssitzung er-

³⁹⁸ Dass es sich dabei nicht um eine betriebsratsinterne Wahl, sondern um einen Mehrheitsbeschluss des Betriebsrats handelt, ist nach der Rechtsprechung des BAG unerheblich, BAG 14.8.2013, NZA 2014, 161, 162.

³⁹⁹ *Fitting*, § 27 Rn. 101; *GK/Raab*, § 27 Rn. 24.

⁴⁰⁰ Vgl. zum Meinungsstand bei der Wahl des Betriebsratsvorsitzenden § 5 A. II. (S. 95).

folgte⁴⁰¹ oder gar nicht stattgefunden hat⁴⁰², wird durch die Anfechtungslösung nicht abgedeckt. Insoweit muss ergänzender Vertrauensschutz gewährt werden, weil der Arbeitgeber auch in diesen Fällen schutzwürdig ist.

Nicht überzeugend ist es, wenn in Bezug auf den nichtigen Aufgabenübertragungsbeschluss von Teilen der Literatur argumentiert wird, dass dieser einen den gutgläubigen Arbeitgeber schützenden Rechtsscheintatbestand darstelle. Der Aufgabenübertragungsbeschluss als solches ist kein Rechtsscheintatbestand, weil ein Betriebsratsbeschluss als solches ein reines Betriebsratsinternum darstellt, ein Rechtsscheintatbestand aber stets ein nach außen in Erscheinung tretendes Verhalten desjenigen erfordert, zu dessen Lasten die Einstandspflicht begründet wird.⁴⁰³ Im Übrigen würde diese Konstruktion auch am Erfordernis der Kausalität des Rechtsscheintatbestandes scheitern. Voraussetzung hierfür ist die Kenntnis des Geschäftsgeners vom objektiven Rechtsscheintatbestand. Der Arbeitgeber hat aber normalerweise gerade keine Kenntnis von der Beschlussfassung.

VII. Vertrauensschutz

Die Rechtsscheinhaftung gelangt bei fehlerhafter Aufgabendelegation zu einem Anknüpfungspunkt, wenn man mit der wohl herrschenden Meinung davon ausgeht, dass sich der Arbeitgeber die Aufgabenübertragung auf einen Ausschuss erst entgegenhalten lassen muss, wenn ihm dies mitgeteilt wird, vor allem durch Vorlage des schriftlichen Betriebsratsbeschlusses. Vorher, so diese Ansicht, sei der Arbeitgeber berechtigt, die Ausschussbeteiligung abzulehnen.⁴⁰⁴ Der Arbeitgeber darf dann entsprechend §§ 171, 172 BGB auf die Wirksamkeit und den Fortbestand⁴⁰⁵ der Aufgabenübertragung vertrauen, vorausgesetzt die Nichtigkeit der Aufgabenübertragung ergibt sich nicht bereits aus der Kundgabe selbst.

⁴⁰¹ *Fitting*, § 27 Rn. 101; *MünchArbR/Krois*, § 293 Rn. 45.

⁴⁰² *Fitting*, § 27 Rn. 101; *HWGNRH/Glock*, § 27 Rn. 28; *MünchArbR/Krois*, § 293 Rn. 45.

⁴⁰³ Dazu und zum Folgenden bereits § 4 C. III. 2 (S. 64) mit Nachweisen.

⁴⁰⁴ Im Einzelnen strittig: vgl. *GK/Raab*, § 27 Rn. 83; *Fitting*, § 27 Rn. 85; *Richardi/Thüsing*, § 27 Rn. 65; *DKW/Wedde*, § 27 Rn. 40; *HWGNRH/Glock*, § 27 Rn. 64.

⁴⁰⁵ *GK/Raab*, § 27 Rn. 83.

Darüber hinaus können auch die Rechtsgedanken der Duldungs- und Anscheinsvollmacht fruchtbar gemacht werden, wenn wiederholt und über einen gewissen Zeitraum Beschlüsse des Ausschusses vollzogen wurden. Damit kann die fehlende Vertretungsmacht bei nichtiger Errichtung, nichtiger Wahl der Mitglieder und nichtiger Aufgabenübertragung überwunden werden, sofern der Rechtsscheintatbestand dem Betriebsrat zurechenbar ist.

Nach dem hier vertretenen Standpunkt, ist das Vertrauen des Arbeitgebers unabhängig vom Vorliegen eines dem Betriebsrat zurechenbaren objektiven Vertrauenstatbestands zu schützen. Die Errichtung der Ausschüsse, Wahl der Mitglieder und Übertragung der Aufgaben fallen in den Geschäftsbereich des Betriebsrats und entziehen sich einer Kontrolle durch den Arbeitgeber. Umgekehrt dürfen sich Mängel aus diesem Bereich nicht zu Lasten des gutgläubigen Arbeitgebers auswirken.⁴⁰⁶

Nicht gutgläubig ist der Arbeitgeber insbesondere, wenn Ausschüsse entgegen den gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 27 Abs. 1 S. 1, 28 Abs. 1 S. 1 BetrVG gebildet werden.

Das LAG Bremen musste in dem Zusammenhang über die Wirksamkeit einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen Kündigung entscheiden, bei der im Rahmen des Anhörungsverfahrens nach § 102 BetrVG der Personalausschuss des Betriebsrats der Kündigung zugestimmt hat.⁴⁰⁷ Die Errichtung des Personalausschusses war jedoch nichtig, weil der Betriebsrat weniger als neun Mitglieder hatte und der Betrieb damit nicht personalausschussfähig war. Der Arbeitgeber hat gleichwohl vor Ablauf der Anhörungsfrist gekündigt.

Das LAG Bremen hat auf der Grundlage der Sphärentheorie des BAG zu § 102 BetrVG entscheiden, dass die Kündigung nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG unwirksam sei, weil der Arbeitgeber nach der gesetzlichen Regelung wusste oder habe wissen müssen, dass der Personalausschuss nicht zulässig gebildet worden und damit nicht entscheidungsbefugt sei. Der Anhörungsverstoß sei deshalb zumindest auch in der Sphäre des Arbeitgebers entstanden.

Diese Begründung ist zweifelhaft, weil man sehr wohl der Meinung sein kann, dass die unzulässige Bildung von Suborganen in den alleinigen Verantwortungsbereich des Betriebs-

⁴⁰⁶ Ebenso für § 102 BetrVG bei nichtiger Aufgabenübertragung *APS/Koch*, BetrVG § 102, Rn. 71; *HWGNRH/Huke*, § 102 Rn. 94 mit Verweis auf BAG 24.8.1983 – 7 AZR 475/81 (n.v.).

⁴⁰⁷ LAG Bremen 26.10.1982 – 4 Sa 185/82, AP Nr. 26 zu § 102 BetrVG 1972.

rats fällt; und auf Gutgläubigkeit des Arbeitgebers kommt es nach der Rechtsprechung des BAG zu § 102 BetrVG grundsätzlich nicht an.⁴⁰⁸

Nach der hier vertretenen Auffassung wäre in einem ersten Schritt zu prüfen, ob der fehlerhaft errichtete Ausschuss nach der Anfechtungslösung analog § 19 BetrVG Bestandskraft erfahren hat mit der Folge, dass die Stellungnahme des Personalausschusses trotz des Gesetzesverstoßes bei der Errichtung wirksam ist. Das ist indes nicht der Fall: Als Betriebsausschuss wäre er wegen Verstoß gegen § 27 Abs. 1 S. 1 BetrVG nichtig; eine Anfechtungslösung gibt es nicht. Als Fachausschuss nach § 28 Abs. 1 BetrVG unterläge er zwar einer Anfechtungslösung; aber der Verstoß gegen § 28 Abs. 1 BetrVG (dem Ausschuss wurden ausschließlich personelle Mitbestimmungsangelegenheiten übertragen) ist so schwerwiegend und offensichtlich, dass er nicht bloß zur Anfechtbarkeit, sondern zur Nichtigkeit des Ausschusses führt. Anschließend wäre in einem zweiten Schritt ein Vertrauensschutz des Arbeitgebers – trotz Nichtigkeit des Ausschusses – zu prüfen, der allerdings ebenfalls zu verneinen ist, weil dem Arbeitgeber die Voraussetzungen der §§ 27 Abs. 1 S. 1, 28 Abs. 1 BetrVG bekannt sein müssen.⁴⁰⁹ Im Ergebnis ist der Entscheidung daher zuzustimmen.

Erkennt man einen Anspruch des Arbeitgebers an, dass ihm der Aufgabenübertragungsbeschluss nachgewiesen wird, stellt sich erneut die Frage der vorwerfbaren Unkenntnis, wenn er den Anspruch nicht geltend macht.

Richtigerweise ist auch hier – ebenso wie beim Auftreten eines bevollmächtigten sonstigen Betriebsratsmitglieds⁴¹⁰ – davon auszugehen, dass den Arbeitgeber in der Tat eine Nachforschungsobliegenheit trifft, weil die Willensbildung nach der gesetzlichen Regelung grundsätzlich im Betriebsrat stattfindet und nicht in einem Suborgan. Der Arbeitgeber ist somit aufgrund fahrlässiger Unkenntnis bösgläubig, wenn er bei Geltendmachung des Nachweisanspruchs die fehlende oder fehlerhafte Aufgabenübertragung hätte erkennen können. Das bezieht sich jedoch erneut nur auf den Übertragungsbeschluss; die Gutgläubigkeit in Bezug auf den Sachbeschluss wird davon nicht berührt.

⁴⁰⁸ Die Entscheidung ablehnend deshalb HWGNRH/Huke, § 102 Rn. 94.

⁴⁰⁹ Im Ergebnis ebenso DKW/Bachner, § 102 Rn. 257.

⁴¹⁰ Dazu § 4 D. II. 3. d. bb. (S. 86).

Geht man davon aus, dass dem Arbeitgeber sogar ein Nachweisanspruch auf Vorlage des schriftlichen Übertragungsbeschlusses zusteht, dann darf er sich allerdings mit einer mündlichen Mitteilung begnügen und muss nicht noch auf Vorlage des schriftlichen Beschlusses drängen; denn mit Blick auf den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) darf er darauf vertrauen, dass die Mitteilung der Aufgabenübertragung zutreffend ist.⁴¹¹ Erst wenn konkrete Zweifel an der Wirksamkeit bestehen, handelt er sorgfaltswidrig, wenn er nicht versucht, diese Zweifel durch Überprüfung des Beschlusses auszuräumen.

⁴¹¹ *Schönhöft/Kessenich*, NZA-RR 2017, 1, 4 f. ; vgl. auch *GK/Raab*, § 27 Rn. 83.

§ 6 Zusammenfassung

1. Der (stellvertretende) Betriebsratsvorsitzende ist das Vertretungsorgan des Betriebsrats. Der Umfang seiner Aktivvertretungsmacht beschränkt sich auf die Abgabe von Erklärungen, die im Innenverhältnis von einem wirksamen Betriebsratsbeschluss gedeckt sind (§ 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG). In engen Grenzen kann ihm ein Entscheidungsspielraum beim Beschlussvollzug eingeräumt werden.

Daneben ist in Einzelfällen die Vertretung des Betriebsrats durch sonstige Betriebsratsmitglieder zulässig. Die Vertretungsmacht ergibt hier aus einer Vollmacht (§ 166 Abs. 2 S. 1 BGB). Auch insoweit ist der Umfang der Aktivvertretungsmacht aber auf den Vollzug wirksamer Betriebsratsbeschlüsse beschränkt.

2. Der Betriebsrat wird ohne Vertretungsmacht vertreten, wenn entweder eine nicht zur Vertretung befugte Person für den Betriebsrat auftritt, oder wenn eine an und für sich zur Vertretung befugte Person ihre Vertretungsmacht überschreitet.

Nicht zur Vertretung befugte Personen sind der Betriebsratsvorsitzende im Fall seiner Verhinderung, der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende bei fehlender Verhinderung des Betriebsratsvorsitzenden und sonstige Betriebsratsmitglieder ohne Vollmacht.

Ein Überschreiten der Vertretungsmacht einer zur Vertretung befugten Person liegt vor, wenn sie eine Erklärung abgibt, die im Innenverhältnis nicht von einem wirksamen Betriebsratsbeschluss gedeckt ist. Das ist der Fall, wenn ein inhaltlich einschlägiger Betriebsratsbeschluss fehlt oder dieser Betriebsratsbeschluss nichtig ist.

3. Ohne Vertretungsmacht abgegebene Erklärungen sind nach allgemeinen Regeln für den Betriebsrat nicht verbindlich, die entsprechenden Rechtsgeschäfte sind schwebend unwirksam, § 177 Abs. 1 BetrVG (i.V.m. § 180 S. 2 BetrVG).

Der Arbeitgeber, der sich auf die Erklärung des Betriebsrats verlässt, handelt einseitig und damit mitbestimmungswidrig.

Der Betriebsrat kann das schwebend unwirksame Rechtsgeschäft allerdings durch Betriebsratsbeschluss genehmigen; die Genehmigung wirkt grundsätzlich zurück (§ 177 Abs. 1, 184 Abs. 1, 182 BGB).

Der Betriebsratsvorsitzende, der ohne Vertretungsmacht handelt und dadurch seine Kompetenzen überschreitet, kann vom Betriebsrat abberufen werden.

Unter den Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 BetrVG kann der Betriebsratsvorsitzende oder das ohne Vollmacht handelnde sonstige Betriebsratsmitglied aus dem Betriebsrat ausgeschlossen werden.

Auch eine Haftung gegenüber dem Arbeitgeber auf Schadensersatz kommt in Betracht, vor allem nach § 179 Abs. 1 BGB.

4. Der Arbeitgeber, der darauf vertraut, dass die Erklärung des Betriebsrats auf einem wirksamen Betriebsratsbeschluss beruht, ist schutzwürdig.

Schutzwürdig ist der Arbeitgeber, weil der Betriebsrat seine gesetzlichen Aufgaben selbständig und eigenverantwortlich wahrnimmt; der Arbeitgeber kann und darf sich in die Amtsführung des Betriebsrats und dessen interne Willensbildung nicht einmischen. Der Arbeitgeber hat deshalb auch grundsätzlich keinen Anspruch gegen den Betriebsrat darauf, dass ihm die Vertretungsmacht nachgewiesen wird. Gleichwohl ist er auf verbindliche Erklärungen des Betriebsrats bei mitbestimmungspflichtigen Handlungen angewiesen.

5. Der danach gebotene Vertrauensschutz des Arbeitgebers muss über eine betriebsverfassungsrechtliche Sonderlösung realisiert werden.

Eine Differenzierung nach Beteiligungsrechten, wie sie das BAG praktiziert, ist nicht veranlasst, weil hierfür kein sachlich rechtfertigender Grund gegeben ist. Die Schutzwürdigkeit des Arbeitgebers ist bei den einzelnen Beteiligungsrechten des Betriebsrats nicht grundlegend verschieden und erst Recht nicht auf bestimmte Beteiligungsrechte beschränkt.

Die Lehre von der Vertrauenshaftung kann auf den Betriebsrat zwar angewandt werden, führt aber letztlich zu keiner zufriedenstellenden Lösung:

Nach der Rechtsscheinhaftung ist der Arbeitgeber in vielen Fällen schutzlos gestellt, weil bereits kein objektiver Rechtsscheintatbestand vorliegt, auf den er sich berufen kann.

Die Vertrauenshaftung kraft widersprüchlichen Verhaltens ist von einer Interessenabwägung im Einzelfall abhängig und damit für die betriebliche Praxis wenig brauchbar.

Schließlich muss in allen Fällen geprüft werden, ob der Vertrauenstatbestand dem Betriebsrat überhaupt zurechenbar ist, andernfalls der gutgläubige Arbeitgeber keinen Schutz genießt.

Dem Arbeitgeber ist deshalb nach dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) absoluter Gutgläubensschutz zu gewähren. Die fehlende Vertretungsmacht des (stellvertretenden) Betriebsratsvorsitzenden oder sonstiger Betriebsratsmitglieder darf dem gutgläubigen Arbeitgeber nicht entgegengehalten werden.

6. Gutgläubig ist der Arbeitgeber, wenn er weder Kenntnis noch grob fahrlässige Unkenntnis vom Fehlen der Vertretungsmacht hat.

Dabei ist es nicht Sache des Arbeitgebers, zu prüfen, ob der Erklärung des Betriebsrats ein wirksamer Betriebsratsbeschluss zugrunde liegt; er hat insoweit keine Nachforschungspflicht.

Tritt jedoch ein sonstiges Betriebsratsmitglied als Vertreter des Betriebsrats auf, hat der Arbeitgeber einen Anspruch darauf, dass ihm die Bevollmächtigung des Betriebsratsmitglieds nachgewiesen wird. Dem Arbeitgeber obliegt es dann, diesen Anspruch geltend zu machen; andernfalls liegt grob fahrlässige Unkenntnis vor, wenn er das Fehlen der Vertretungsmacht bei Geltendmachung des Anspruchs hätte erkennen können.

7. Bei fehlerhaften betriebsverfassungsrechtlichen Organisationsakten wie der Wahl des Betriebsratsvorsitzenden (§ 26 Abs. 1 BetrVG) und der Ausschüsse des Betriebsrats (§§ 27 und 28 Abs. 1 BetrVG) besteht trotz Anwendung der Anfechtungslösung nach § 19 BetrVG analog ein Bedürfnis für Vertrauensschutz des Arbeitgebers.

Ergänzender Vertrauensschutz ist erforderlich und entsprechend der Rechtslage bei Geschäftsführungsbeschlüssen zu gewähren, wenn schwerwiegende und offensichtliche Gesetzesverstöße zur Nichtigkeit der Organisationsakte führen, ohne dass der Arbeitgeber die Nichtigkeit erkennen kann.