

Umgang mit der (unerkannten) Unwirksamkeit von Betriebsratsbeschlüssen

Besprechung von BAG Urt. v. 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, NZA 2022, 984

Rechtsanwalt Dr. Christoph Corzelius*

Das Betriebsverfassungsrecht ist seiner Konzeption nach auf die vertrauensvolle Zusammenarbeit der Betriebspartner ausgerichtet (§ 2 I BetrVG). Der „Präsidentensenat“ des BAG fasste kurz nach Ernennung der neuen Präsidentin eine Entscheidung, die den Schutz des Vertrauens der Betriebspartner mit Blick auf die Beschlussfassung zum Abschluss einer Betriebsvereinbarung verkürzt (BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, NZA 2022, 984). Die Entscheidung befasst sich mit der Konzeption der Willensbildung und -äußerung des Betriebsrats und bietet Anlass, ihren Inhalt (I) und ihre Konsequenzen für die weitere Zusammenarbeit der Betriebsparteien (II) zu beleuchten.

I. Die Entscheidung

Kern der Entscheidung – neben einigen prozessrechtlichen Ausführungen zum Teilurteil im Rechtsmittelverfahren¹ – sind die Auswirkungen einer unwirksamen Beschlussfassung durch den Betriebsrat hinsichtlich des Abschlusses einer Betriebsvereinbarung.² Das BAG konnte zur Frage Stellung nehmen, ob eine gänzlich ohne legitimierende Beschlussfassung vom Betriebsratsvorsitzenden abgegebene Erklärung, mit der eine Betriebsvereinbarung geschlossen werden sollte, dem Betriebsrat über eine Rechtsscheinhaftung zuzurechnen ist. In der Vergangenheit bezog das BAG zu eben dieser Frage nur sehr begrenzt Position, indem es befand, „unter Umständen komme eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht in Betracht, der gute Glaube des Arbeitgebers werde aber grundsätzlich nicht geschützt“.³

Die Literatur diskutierte die Zurechenbarkeit im Weg einer Rechtsscheinhaftung kontrovers.⁴ Im Wesentlichen war anerkannt, dass eine Zurechnung der Erklärung des Betriebsratsvorsitzenden nur dann überhaupt in Betracht komme, wenn der Betriebsrat den Schein gesetzt habe, dass er einen Beschluss gefasst habe, der die Erklärungen seines Vorsitzenden umfasst oder diesen entsprechend bevollmächtigt oder ermächtigt⁵ und die Mehrheit der Betriebsratsmitglieder (oder gar alle) positive Kenntnis vom Verhalten des Betriebsratsvorsitzenden hatte.⁶ Diese Abgrenzung entspricht im Wesentlichen der Abgrenzung der beiden Rechtsscheinhaftungstatbestände: Bei der Anscheinsvollmacht kannte der Vertretene das Verhalten des Vertreters zwar nicht, hätte es aber bei Anwendung gebotener Sorgfalt erkennen und verhindern können, während der Vertretene bei der Duldungsvollmacht das (wiederholte) Auftreten des Vertreters positiv kannte und nichts dagegen unternahm, obwohl es ihm möglich gewesen wäre.⁷

1. Legitimation zum Abschluss von Betriebsvereinbarungen

Ausgangspunkt der Erwägungen des BAG ist die Besonderheit, dass der Betriebsratsvorsitzende gerade nicht als Stellvertreter iSv §§ 164 ff. BGB anzusehen ist: Der Betriebsrat ist ein Kollegialorgan, dessen Willensbildung in Form eines Beschlusses erfolgt⁸ – es liegt also keine Vertretung im Willen, sondern lediglich in der Erklärung vor.⁹ Nach dieser Lesart kommt dem Betriebsratsvorsitzenden lediglich die Stellung als Sprachorgan des Gremiums zu, das jedoch – anders als es die §§ 164 ff. BGB vom Stellvertreter fordern¹⁰ – gerade keine eigene Willenserklärung abgibt. In der Folge kommt allenfalls eine entsprechende Anwendung der Grundsätze des zivilrechtlichen Stellvertretungsrechts in Betracht, für die jedoch nach dem BAG beim Abschluss einer Betriebsvereinbarung kein Raum sei.¹¹

Kern der Argumentation des BAG ist der „Charakter einer Betriebsvereinbarung als privatrechtlich kollektiver und objektives Recht setzender Normenvertrag“¹²: Erst die demokratisch vermittelte Legitimation des Betriebsrats sei in der Lage, Beeinträchtigungen verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter der Arbeitnehmer zu rechtfertigen. Eine solche Legitimation erfordere jedoch eine an demokratischen Grundprinzipien ausgerichtete Willensbildung des Gremiums, die durch eine bloße Rechtsscheinhaftung nicht gewährleistet sei – das BAG erachtet beide Momente sogar als nicht vereinbar.¹³

Corzelius: Umgang mit der (unerkannten) Unwirksamkeit von Betriebsratsbeschlüssen(NZA 2022, 1582)

1583

2. Übertragbarkeit der Argumentation auf Tarifverträge

Der 1. Senat des BAG grenzt seine Entscheidung aber von früheren Entscheidungen des für Tarifvertragsrecht zuständigen 4. Senats ab, in denen interessanterweise ein Tarifvertragsschluss über eine Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht nicht von vornherein, sondern erst mangels entsprechenden Rechtsscheintatbestands abgelehnt wurde.¹⁴ Einen Sachgrund für eine etwaige Unterscheidung gibt der 1. Senat indes nicht unmittelbar an die Hand, obgleich die Sachverhalte sehr ähnlich scheinen: Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung sind gleichermaßen Akte privater Rechtssetzung, deren zwingende Wirkung gegenüber den Normadressaten einer Legitimation bedarf – im Fall der Betriebsvereinbarung wird diese Legitimation durch die Betriebsratswahl vermittelt, während die Legitimation beim Tarifvertrag insbesondere aus der Mitgliedschaft in der vertragschließenden Koalition abgeleitet wird.¹⁵ Ein denkbarer Ansatzpunkt, der zu einer unterschiedlichen Behandlung dieser auf den ersten Blick sehr ähnlichen Normgebilde führen könnte, ist der Umstand, dass der Vertragsschluss bei (Verbands-)Tarifverträgen gerade nicht nur durch einen Vertreter in der Erklärung erfolgt, sondern durch einen „echten“ Vertreter im Willen.¹⁶ Gleichwohl lässt sich gegen eine Differenzierung der beiden Kollektivverträge dasselbe Argument ins Feld führen, das der 1. Senat des BAG zur Untermauerung seiner Argumentation anführt: Eine Betriebsvereinbarung entfaltet nicht nur zwischen den sie schließenden (Betriebs-)Parteien Wirkung, sondern auch unmittelbar für die betriebszugehörigen Arbeitnehmer – eine Rechtsscheinhaftung würde sich damit rechtlich zulasten Dritter auswirken können.¹⁷ Gleiches gilt freilich auch für Tarifverträge, denen normative Wirkung gegenüber nicht am Tarifvertragsschluss unmittelbar beteiligten Dritten zukommt. Um dieses Spannungsfeld sachgerecht aufzulösen, bietet sich eine weitere Differenzierung der in Rede stehenden Rechtsscheinvollmachten an, wie sie teils im Tarifvertragsrecht vorgenommen wird. Thüsing lehnt einen Tarifvertragsschluss mittels Anscheinsvollmacht bei Verbandstarifverträgen überzeugend ab, während eine Duldungsvollmacht grundsätzlich in Betracht komme:

„Während die Duldungsvollmacht eine rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht ist, wenn auch nur mit potenziellem Erklärungswillen, ist die Anscheinsvollmacht ein Unterfall der Haftung kraft Rechtsschein. Diese kann nicht Grundlage für eine Dritte gegenüber Dritten bindende und berechtigende Normsetzung sein, sondern allein schuldrechtliche Pflichten der Tarifvertragsparteien begründen; nur gegenüber ihnen wurde schutzwürdiges Vertrauen erweckt. Normsetzung kraft Rechtsschein gibt es nicht.“¹⁸

Diese Differenzierung überzeugt letztlich auch für die Betriebsvereinbarung, bei der identische Spannungsfelder existieren. Der bloße Umstand, dass die legitimatorische Grundlage eine andere ist, muss nicht zwingend zu einer unterschiedlichen Behandlung führen. Die im Wesentlichen mitgliedschaftlich vermittelte Legitimation bei Tarifverträgen ist zwar von anderer Art als die durch

den Wahlakt und damit demokratisch vermittelte Legitimation bei Betriebsvereinbarungen, aber nicht von unterschiedlicher Wertigkeit. Ein Zustandekommen mittels Duldungsvollmacht im weiteren wie im engeren Sinn¹⁹ sollte daher zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen werden, während eine Anscheinsvollmacht abzulehnen ist.²⁰

3. Sphärentheorie

Eine Absage erteilt das BAG auch der Anwendung der sogenannten „Sphärentheorie“²¹, die es selbst zum Zustimmungserfordernis nach § 102 BetrVG entwickelt hat, mit Blick auf den Abschluss von Betriebsvereinbarungen.²² Nach der Sphärentheorie führen Mängel bei der Beschlussfassung des Betriebsrats nicht dazu, dass die Anhörung zu einer Kündigung gem. § 102 BetrVG als nicht erfolgt bzw. nicht ordnungsgemäß anzusehen ist. Eine Übertragung dieses Lösungsansatzes auf den Abschluss einer Betriebsvereinbarung kommt nach Ansicht des BAG jedoch nicht in Betracht, da beim Abschluss von Betriebsvereinbarungen – anders als bei § 102 II 2 BetrVG – keine Zustimmungsfiktion existiere.²³

Die Argumentation des BAG scheint hier jedoch etwas zu kurz gegriffen: Der Begründungsansatz für die Sphärentheorie liegt nicht in der Zustimmungsfiktion des § 102 II 2 BetrVG als gesetzlicher Regelung, die einen Nachteil des Arbeitnehmers legitimiert, sondern vielmehr im Schutz des Arbeitgebers, der keine rechtliche Möglichkeit hat, die Beschlussfassung des Betriebsrats zu beeinflussen²⁴, so dass nur diese Trennung eine „sachgerechte Antwort“ auf die Frage nach der Zurechenbarkeit von Fehlern geben kann.²⁵ Eine vergleichbare Interessenlage liegt aufgrund der getrennten Verantwortungsbereiche auch beim Abschluss einer Betriebsvereinbarung nahe²⁶ – sowohl die Anhörung nach § 102 BetrVG als auch die Beschlussfassung über den Abschluss einer Betriebsvereinbarung erfolgen in der ureigenen Organisationssphäre des Betriebsrats.

4. Fehlende Schutzwürdigkeit des Arbeitgebers – Maßnahmen zum Selbstschutz

Diese für die Entwicklung der Sphärentheorie maßgebliche Schutzbedürftigkeit des Arbeitgebers mangels Kenntnis- bzw. Einflussnahmemöglichkeit stellt das BAG jedoch für Fälle des Abschlusses von Betriebsvereinbarungen grundlegend in Abrede²⁷: Ein Schutz des Arbeitgebers nach Rechtsschein- oder Sphären Gesichtspunkten sei nicht unerlässlich, um Rechtssicherheit zu schaffen. Vielmehr genüge das Instrumentarium des BetrVG und BGB, um diese Rechtssicherheit zu verschaffen.

Der Arbeitgeber habe die Möglichkeit, gem. § 177 II BGB analog den Betriebsrat zur Erklärung über die gem. § 184 I BGB zurückwirkende Genehmigung aufzufordern, um so die

Corzelius: Umgang mit der (unerkannten) Unwirksamkeit von Betriebsratsbeschlüssen(NZA 2022, 1582)

1584

schwebende Unwirksamkeit des Vertrags (§ 177 I BGB) zu beenden.²⁸ Der Schwebezustand könne vom Arbeitgeber zudem beendet werden, indem er nach § 178 S. 1 BGB analog seine Willenserklärung widerruft oder aber die Frist zur Genehmigung erfolglos verstreicht, so dass die Verweigerungsfiktion des § 177 II 2 BGB analog greift.

Neben diesen allgemeinen zivilrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten biete das Betriebsverfassungsrecht mit den Regelungen in § 29 III, IV iVm § 34 II 1 BetrVG die Möglichkeit, bereits im Vorfeld des Abschlusses der Betriebsvereinbarung eine Beschlussfassung des Betriebsrats zu erwirken und einen Nachweis durch die auszuhändigende Sitzungsniederschrift zu erlangen.²⁹ Gemäß § 29 III BetrVG kann der Arbeitgeber die Einberufung einer Sitzung und die Beratung eines Gegenstands beantragen, der sodann auf die Tagesordnung zu setzen ist. Es steht dem Arbeitgeber auch frei, nur die Ergänzung der Tagesordnung um einen Beratungsgegenstand zu

beantragen³⁰ und so den Betriebsrat mit der Beratung über den Abschluss einer Betriebsvereinbarung zu befassen. Rechtsfolge des Antrags ist gem. § 29 IV BetrVG, dass der Arbeitgeber ein mit seinem Antrag korrespondierendes Teilnahmerecht an den Sitzungen ausgeübt hat. Gemäß § 34 II BetrVG ist dem Arbeitgeber auf sein Verlangen eine Abschrift der Sitzungsniederschrift – inklusive der Teilnehmerliste – bezogen auf seinen Antrag auszuhändigen, aus der sich gem. § 34 I 1 BetrVG der Wortlaut der Beschlussfassung sowie die Stimmenmehrheit ergeben. Nach ghM in der Literatur hat der Arbeitgeber jedoch nur dann einen Anspruch auf Aushändigung der Niederschrift, wenn er auch tatsächlich an der Sitzung teilnahm – nicht bereits, wenn er zur Teilnahme nach § 29 IV BetrVG berechtigt war.³¹

Über diesen *Status quo* geht das BAG nunmehr im Ergebnis hinaus, indem es dem Arbeitgeber zudem einen Anspruch aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 77 I iVm § 2 I BetrVG) auf eine inhaltlich den Vorgaben des § 34 II 1 BetrVG entsprechende Abschrift der Sitzungsniederschrift gewährt, der „zeitnah“ geltend zu machen ist.³² Der Arbeitgeber habe als zur Umsetzung verpflichtete Betriebspartei ein berechtigtes und schutzwürdiges Interesse daran zu wissen, ob der Betriebsvereinbarung ein ordnungsgemäßer Beschluss zugrunde liegt – insbesondere vor dem Hintergrund, dass ein Arbeitnehmer das Vorhandensein eines Beschlusses mit Nichtwissen (§ 138 IV ZPO) bestreiten könne.³³ Mit der Abschrift der Sitzungsniederschrift werde damit das Interesse des Arbeitgebers geschützt, im Fall einer gerichtlichen Inanspruchnahme durch betroffene Arbeitnehmer das Vorhandensein eines erforderlichen Betriebsratsbeschlusses substantiiert darlegen zu können.³⁴

Eine solche Nebenpflicht schränke auch die Interessen des Betriebsrats nicht übermäßig ein³⁵: Obgleich die Niederschrift nur dann für die Wirksamkeit des zugrunde liegenden Beschlusses erforderlich ist, wenn der Beschluss der Schriftform bedarf³⁶, stelle der Anspruch des Arbeitgebers keine unzulässige Einmischung in den betriebsverfassungsrechtlich garantierten Bereich der selbstständigen und eigenverantwortlichen Amtsführung dar. Es handele sich bei dem Anspruch nämlich gerade nicht um ein Kontrollrecht, sondern lediglich um „die situativ gebundene Möglichkeit, sich einen aussagekräftigen Beleg über das Vorhandensein eines vom Betriebsrat ohnehin schon von Gesetzes wegen (§ 33 BetrVG) vorzunehmenden Beschlusses zu verschaffen“³⁷ – die Grenzziehung zwischen Kontrollrecht und situativ gebundener Beschaffungsmöglichkeit erscheint allerdings eher unscharf.

Eine unverhältnismäßige Belastung des Betriebsrats lässt sich tatsächlich nicht in dem vom BAG konturierten Anspruch des Arbeitgebers erblicken: Eine den Vorgaben des § 34 BetrVG genügende Niederschrift der Beschlüsse nebst Mehrheitsverhältnissen und Anwesenheitsliste ist der gesetzlich vorgesehene Regelfall und wird von der weit überwiegenden Zahl der Betriebsräte ohnehin bereits praktiziert. Die Herausgabe lediglich der für den Abschluss der Betriebsvereinbarung relevanten Teile der Niederschrift stellt daher allenfalls eine Lästigkeit für Betriebsräte dar, die auf der anderen Seite von großem (Beweis-)Wert für den Arbeitgeber ist, den er sich nicht auf andere Weise verschaffen kann.

5. Resümee

Die Begründung der Entscheidung greift insgesamt etwas zu kurz. Während das Ergebnis hinsichtlich der Anscheinsvollmacht zu überzeugen vermag, bot die Entscheidung doch durchaus Gelegenheit, die Abgrenzung zwischen konkludent erteilter Vollmacht und Duldungs- und Anscheinsvollmacht vorzunehmen und insbesondere die Parallele zum Tarifvertragsrecht näher zu beleuchten.

Das gilt umso mehr, als die Literatur der Anscheinsvollmacht bis zur Entscheidung ohnehin keine Bedeutung beigemessen hat: Allgemein wurde für die Anwendbarkeit einer Rechtsscheinvollmacht gefordert, dass bei der Mehrheit der Betriebsratsmitglieder (oder gar bei allen) positive Kenntnis vom Verhalten des Betriebsratsvorsitzenden vorlag.³⁸ Dieser Sachverhalt entspricht einer Duldungsvollmacht eher als einer Anscheinsvollmacht, die das BAG jedoch zum Kern seiner Ausführungen machte.³⁹

In jedem Fall gilt:

Die bislang vom BAG anerkannte, wenngleich jederzeit widerlegbare Vermutung, dass der Betriebsrat einen den Betriebsratsvorsitzenden legitimierenden Beschluss fasste⁴⁰, ist in der Praxis nicht mehr viel wert.

II. Konsequenzen für die Zusammenarbeit der Betriebsparteien

1. Rechtssicherheit hinsichtlich bereits abgeschlossener Betriebsvereinbarungen

Arbeitgeber, die keine positive Kenntnis vom Vorliegen eines ordnungsgemäßen Betriebsratsbeschlusses haben, sehen sich dem Problem ausgesetzt, dass eine unerkannte Anzahl an Betriebsvereinbarungen unter Umständen schwebend un-

Corzelius: Umgang mit der (unerkannten) Unwirksamkeit von Betriebsratsbeschlüssen(NZA 2022, 1582)

1585

wirksam sein könnte. Den Beweis, mit dem der Arbeitgeber hinsichtlich des wirksamen Abschlusses der Betriebsvereinbarung in einem arbeitnehmerseits angestrebten Klageverfahren belastet wäre, dürfte er in der weit überwiegenden Zahl der Fälle schuldig bleiben. Der Arbeitgeber, dem im Regelfall die Beschlüsse des Betriebsrats über den Abschluss der Betriebsvereinbarungen nicht vorliegen werden, hat keinerlei Möglichkeit, mit den vom BAG aufgezeigten Mitteln des BetrVG zu klären, ob die vor längerer Zeit abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen auch tatsächlich wirksam sind: Der Anspruch aus § 34 II BetrVG, der die Klarheit verschaffen könnte, besteht nach ghM nur, wenn der Arbeitgeber auch tatsächlich an der jeweiligen Sitzung teilgenommen hat – was auf einen verschwindend geringen Anteil der vergangenen Sitzungen zutreffen dürfte. Der aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 77 I iVm § 2 I BetrVG) abgeleitete Anspruch hingegen ist nach Aussage des BAG „zeitnah“⁴¹ geltend zu machen – es erscheint zweifelhaft, ob es diesen Anforderungen auch genügt, wenn der Arbeitgeber diesen Anspruch erst „zeitnah“ nach Bildung seines Verlangens nach Rechtssicherheit geltend macht. Naheliegender erscheint es, dass der 1. Senat des BAG die Zeitnähe auf den Abschluss der Betriebsvereinbarung beziehen wollte.

Daher müssten Arbeitgeber, um die vom BAG ins Feld geführte Rechtssicherheit auch tatsächlich erreichen zu können, vorsorglich für sämtliche abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen das Gremium gem. § 177 II 1 BGB analog zur Genehmigung auffordern – was das Risiko birgt, dass die nicht binnen zwei Wochen genehmigten Betriebsvereinbarungen endgültig unwirksam werden.

Freilich ist der Arbeitgeber selbst dann noch in der Hand des Betriebsrats: Alle Betriebsvereinbarungen, denen ein ordnungsgemäßer Betriebsratsbeschluss zugrunde liegt, sind von der schwebenden Unwirksamkeit gem. § 177 I BGB analog nicht betroffen und ungeachtet einer Reaktion des Betriebsrats ohnehin wirksam. In konfliktgeladenen Betriebspartnerschaften, bei denen der Betriebsrat sich schlicht gar nicht erklärt, bliebe für den Arbeitgeber damit die Unsicherheit, welche Betriebsvereinbarungen überhaupt wirksam sind und welche Betriebsvereinbarungen von der Verweigerungsfiktion des § 177 II 2 BGB analog betroffen wären.

2. Zusammenarbeit der Betriebspartner in der Zukunft

Auch die Zusammenarbeit der Betriebspartner könnte im Nachgang des Urteils mit weiteren Spannungen verbunden sein: Der Anspruch des Arbeitgebers auf Abschrift der Sitzungsniederschrift – ungeachtet seiner Rechtsgrundlage – stellt nach Ansicht des BAG einen ausreichenden Schutz des Arbeitgebers sicher. Zuzugeben ist, dass der Nachweis einer ordnungsgemäßen Beschlussfassung im Wesentlichen über die Abschrift erfolgen kann.

Die Geltendmachung des Teilnahmerechts nach § 29 III BetrVG vor Beschlussfassung über die Betriebsvereinbarung dürften manche Betriebsräte (nicht gänzlich zu Unrecht) als Einmischung des Arbeitgebers in die Selbstorganisation des Betriebsrats und Kundgabe von Misstrauen ansehen – das gilt umso mehr für die vom Arbeitgeber mittels eines Beschlussverfahrens (§ 2 a I Nr. 1, II iVm §§ 80 ff. ArbGG) erzwingbare⁴² Teilnahme.

3. Reaktionsmöglichkeit bei vollmachtlos handelnden Betriebsratsvorsitzenden – § 23 BetrVG

Für Arbeitgeber, die ungeachtet des oben Gesagten weiterhin eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat pflegen und nicht sämtliche Beschlüsse über den Abschluss einer Betriebsvereinbarung einfordern, stellt sich die Frage, wie mit einem Betriebsratsvorsitzenden umzugehen ist, der Betriebsvereinbarungen ohne legitimierende Beschlüsse unterzeichnet. Als Reaktionsmöglichkeit kommt zuvörderst ein Antrag auf Ausschluss des Betriebsratsvorsitzenden aus dem Betriebsrat nach § 23 I 1 BetrVG in Betracht. Ein Betriebsratsvorsitzender, der wissentlich als Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 179 BGB analog) auftritt, verstößt in grober Weise gegen seine gesetzlichen Pflichten.⁴³ Das gilt umso mehr angesichts der dargestellten begrenzten Möglichkeiten des Arbeitgebers, nachträglich noch Rechtssicherheit über die Wirksamkeit der Betriebsvereinbarung zu erlangen. Der Verstoß lässt die weitere Amtsausübung des Betriebsratsvorsitzenden als schlechthin untragbar erscheinen und scheint geeignet, eine objektiv erhebliche und offensichtlich schwerwiegende Pflichtverletzung darzustellen.⁴⁴

4. Auskunftsanspruch im Vorfeld

Jene Arbeitgeber, die den formalistisch geprägten Ansatz des BAG verfolgen und eine den Anforderungen des § 34 II 1 BetrVG genügende Abschrift der Niederschrift fordern, sollten zudem bereits ein besonderes Augenmerk auf die ordnungsgemäße Durchführung der Wahl legen: Die Wirksamkeit eines Betriebsratsbeschlusses hängt von einer Vielzahl Umstände ab, die der Arbeitgeber nur selten kennt und nur sehr bedingt prüfen kann.⁴⁵ Insbesondere bei der Teilnahme von Ersatzmitgliedern (vgl. § 25 I BetrVG) ist es erforderlich, dass der Arbeitgeber in der Lage ist, selbst zu prüfen, ob das richtige Ersatzmitglied zur Sitzung eingeladen wurde: Schon die Nichtteilnahme eines an sich teilnahmeberechtigten Mitglieds oder Ersatzmitglieds stellt einen Verstoß gegen wesentliche Verfahrensvorschriften dar, der so schwerwiegend sein kann, dass ein gefasster Beschluss unwirksam ist.⁴⁶

Um die Prüfung zu ermöglichen, wird der Arbeitgeber Details zum Wahlausgang und insbesondere zur Wahl der Ersatzmitglieder kennen müssen. Besonderes Augenmerk sollten Arbeitgeber daher darauf legen, die Abschrift der Wahlniederschrift vom Wahlvorstand gem. § 18 III 2 BetrVG iVm §§ 18 S. 2, 23 I, 16 WO BetrVG zu erhalten, um ein taugliches Beweismittel in etwaigen arbeitsgerichtlichen Verfahren zu haben. Ergänzend bietet es sich zudem an, das Einsichtsrecht⁴⁷ des Arbeitgebers in die Wahlakten (§ 19 WO BetrVG) geltend zu machen.

Die vom BAG in den Vordergrund gestellte Rechtssicherheit wird der Arbeitgeber sich indes auch hierdurch nicht verschaffen können: Insbesondere bei Fällen zeitweiliger Verhinderung iSv § 25 I 2 BetrVG ist es für den Arbeitgeber bestenfalls mit enormem Aufwand möglich, die Verhinderungsgründe selbst zu prüfen.

III. Fazit

1. Die Entscheidung des BAG, die Grundsätze der Anscheinsvollmacht nicht auf den Abschluss von Betriebsvereinbarungen anzuwenden, überzeugt im Ergebnis, greift in der Begründung aber zu kurz. Die Entscheidung hat bislang wenig benannte Auswirkungen auf das Zusammenwirken der Betriebspartner: Während es in der Vergangenheit gang und gäbe war, dass der Arbeitgeber nur sehr rudimentär Auskunftsrechte gegenüber dem Betriebsrat geltend macht, wird ein solches Vorgehen für den Arbeitgeber zukünftig mit deutlich größeren Risiken verbunden sein.

2. Um diesen Risiken sachgerecht zu begegnen, wird dem Arbeitgeber wenig anderes übrig bleiben, als – jedenfalls bei wirtschaftlich bedeutsamen Betriebsvereinbarungen – die ordnungsgemäße Beschlussfassung zu kontrollieren. Die Abschriften von Wahlniederschrift sowie Sitzungsniederschrift sollten Arbeitgeber in jedem Fall einfordern, um sich ein Mindestmaß an Rechtssicherheit zu verschaffen.

Frei nach dem Motto: Vertrauensvolle Zusammenarbeit ist gut, Kontrolle ist besser – und nunmehr auch geboten.

* Der Autor ist Rechtsanwalt bei der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in Köln.

1 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, NZA 2022, 984 Rn. 15–22.

2 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, NZA 2022, 984 Rn. 24 ff.

3 BAG 24.2.2000 – 8 AZR 180/99, NZA 2000, 785 Rn. 55; vgl. auch BAG 17.2.1981 – 1 AZR 290/78, BAGE 35, 80 = NJW 1982, 69.

4 Gegen eine Anwendbarkeit der GK-BetrVG/Kreutz, 12. Aufl. 2021, BetrVG § 77 Rn. 1; Däubler/Klebe/Wedde/Wedde, 17. Aufl. 2020, BetrVG § 26 Rn. 22; für eine Anwendbarkeit Fitting, 30. Aufl. 2020, BetrVG § 26 Rn. 21 ff.; MHdB ArbR/Krois, 5. Aufl. 2021, § 293 Rn. 26; Richardi BetrVG/Thüsing, 17. Aufl. 2022, BetrVG § 26 Rn. 51; vgl. Canaris Vertrauenshaftung, 1971, S. 264 f.

5 Richardi BetrVG/Thüsing § 26 Rn. 51; vgl. Canaris Vertrauenshaftung S. 264 f.

6 Fitting BetrVG § 26 Rn. 33; Richardi BetrVG/Thüsing BetrVG § 26 Rn. 51; sogar Kenntnis des gesamten Gremiums fordern Däubler/Klebe/Wedde/Wedde BetrVG § 26 Rn. 22; GK-BetrVG/Raab BetrVG § 26 Rn. 42.

7 Vgl. nur Staudinger/Schilken, 18. Aufl. 2018, BGB § 167 Rn. 30, 32 jew. mwN; zutr. daher MHdB ArbR/Krois § 293 Rn. 26: „Entgegen der zivilgerichtlichen Rechtsprechung ist ein solcher Rechtsschein dem Betriebsrat nur bei wissentlichem Handeln („Dulden“) zurechenbar, da fahrlässige Unkenntnis („Anschein“) grundsätzlich keine Erfüllungshaftung begründen kann.“

8 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, NZA 2022, 984 Rn. 24 mwN.

9 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, NZA 2022, 984 Rn. 27 unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien BT-Drs. I/3585, 7 und seine stRspr.

10 MüKoBGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, BGB § 164 Rn. 116; zu den Grundlagen des hierin zum Ausdruck kommenden Repräsentationsprinzips, nach dem der Stellvertreter allein den rechtsgeschäftlichen Willen bildet und den Vertretenen repräsentiert, vgl. Staudinger/Schilken Vorb. zu BGB §§ 164 ff. Rn. 32 ff., 73 ff.; MüKoBGB/Schubert BGB § 164 Rn. 19.

11 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, NZA 2022, 984 Rn. 28.

12 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, NZA 2022, 984 Rn. 28.

13 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, NZA 2022, 984 Rn. 29.

14 BAG 13.7.1994 – 4 AZR 699/93, BAGE 77, 201 = NZA 1995, 79 Rn. 73.

15 BAG 18.7.2006 – 1 ABR 36/05, BAGE 119, 103 = NZA 2006, 1225 Rn. 55; Buschmann FS Richardi, 2003, 93 (97); vgl. Henssler/Moll/Bepler TarifV-HdB/Höpfner, 2. Aufl. 2016, Teil 6 Rn. 5.

16 Vgl. Wiedemann/Thüsing TVG, 8. Aufl. 2019, TVG § 1 Rn. 171.

17 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, NZA 2022, 984 Rn. 30.

18 Wiedemann/Thüsing TVG § 1 Rn. 176; aA Löwisch/Rieble/Löwisch TVG, 4. Aufl. 2017, TVG § 1 Rn. 1520; ErfK/Franzen, 22. Aufl. 2022, TVG § 1 Rn. 25.

19 Zur Diff. vgl. MüKoBGB/Schubert BGB § 167 Rn. 8, 94 ff.; Staudinger/Schilken BGB § 167 Rn. 29 a.

20 So auch MHdB ArbR/Krois § 293 Rn. 26.

21 BAG 6.10.2005 – 2 AZR 316/04, NZA 2006, 990 Rn. 21; 4.8.1975 – 2 AZR 266/74, BAGE 27, 209 Rn. 14 ff. = BeckRS 1975, 105393.

22 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, NZA 2022, 984 Rn. 31; aA aufgrund der identischen Interessenlage Gaul/Brungs ArbRB 2019, 47 (49).

23 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, NZA 2022, 984 Rn. 31.

24 BAG 26.9.2013 – 2 AZR 741/12, NZA 2014, 529 Rn. 40; 22.11.2012 – 2 AZR 732/11, NZA 2013, 665 Rn. 43.

25 Dazu BAG 6.10.2005 – 2 AZR 316/04, NZA 2006, 990 Rn. 21.

26 So Gaul/Brungs ArbRB 2019, 47 (49).

27 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, NZA 2022, 984 Rn. 32 ff.

28 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, NZA 2022, 984 Rn. 33.

29 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, NZA 2022, 984 Rn. 36 ff.

30 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, NZA 2022, 984 Rn. 36; Fitting BetrVG § 29 Rn. 29; Däubler/Klebe/Wedde/Wedde BetrVG § 29 Rn. 34; GK-BetrVG/Raab BetrVG § 29 Rn. 30; Richardi BetrVG/Thüsing BetrVG § 29 Rn. 24.

31 Fitting BetrVG § 34 Rn. 22; Richardi BetrVG/Thüsing BetrVG § 34 Rn. 14; MHdB ArbR/Krois, § 294 Rn. 113; BeckOK ArbR/Mauer, 62. Aufl. 2021, BetrVG § 34 Rn. 6.

32 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, NZA 2022, 984 Rn. 40 ff.

33 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, NZA 2022, 984 Rn. 42.

34 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, NZA 2022, 984 Rn. 45.

35 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, NZA 2022, 984 Rn. 47 ff.

36 Bspw. bei §§ 27 II 2, 28 a, 36, 50 II BetrVG; vgl. Fitting BetrVG § 34 Rn. 27; Richardi BetrVG/Thüsing BetrVG § 34 Rn. 24.

37 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, NZA 2022, 984 Rn. 48.

38 Fitting BetrVG § 26 Rn. 33; Richardi BetrVG/Thüsing BetrVG § 26 Rn. 51; sogar Kenntnis des gesamten Gremiums fordern Däubler/Klebe/Wedde/Wedde BetrVG § 26 Rn. 22; GK-BetrVG/Raab BetrVG § 26 Rn. 42.

39 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, NZA 2022, 984 Rn. 24 ff.

40 BAG 17.2.1981 – 1 AZR 290/78, BAGE 35, 80 Ls. 1 = NJW 1982, 69; vgl. BAG 23.8.1984 – 2 AZR 391/83, BAGE 46, 258 Ls. 4 zu § 103 BetrVG = NZA 1985, 254.

41 BAG 8.2.2022 – 1 AZR 233/21, NZA 2022, 984 Rn. 43.

42 ErfK/Koch BetrVG § 29 Rn. 3; aA in GK-BetrVG/Raab BetrVG § 29 Rn. 78; lediglich gegen eine durch den Betriebsrat erzwingbare Teilnahme des Arbeitgebers MHdB ArbR/Krois § 294 Rn. 38; aA hierzu BeckOK ArbR/Mauer BetrVG § 29 Rn. 8.

43 Fitting BetrVG § 26 Rn. 34; GK-BetrVG/Raab BetrVG § 26 Rn. 42.

44 Vgl. zu den Voraussetzungen von § 23 I BetrVG BeckOK ArbR/Besgen BetrVG § 23 Rn. 13; Richardi BetrVG/Thüsing BetrVG § 23 Rn. 25.

45 Vgl. dazu Lembke NZA 2021, 1665; Kleinebrink ArbRB 2022, 304.

46 Vgl. BAG 6.11.2013 – 7 ABR 84/11, NZA-RR 2014, 196 Rn. 27 = NZA 2014, 632 Os.; 24.4.2013 – 7 ABR 82/11, BAGE 145, 55 = NZA 2013, 857 Rn. 14; Lembke NZA 2021, 1665 (1667).

47 Vgl. dazu Richardi BetrVG/Thüsing BetrVG § 18 Rn. 7; Richardi BetrVG/Forst WO § 19 Rn. 2.