

Betriebs Berater



2 | 2016

Recht | Wirtschaft | Steuern

11.1.2016 | 71. Jg.
Seiten 65–128

DIE ERSTE SEITE

Tim Wybitul, RA/FAArbR

Was bringt die neue EU-Datenschutzgrundverordnung?

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Oliver Wilken, RA, und **Dr. Sebastian Hagemann**, RA

Compliance-Verstöße und Insiderrecht | 67

Dr. Sven-Holger Undritz, RA

Doppeltreuhand und das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters | 74

STEUERRECHT

Ulf Erik Belcke, RA/StB, und **Eike Christian Westermann**, RA/StB/FAStR

Die Besteuerung öffentlicher Unternehmen – Die Umsatzsteuerreform und weitere aktuelle Praxishinweise zum Jahresbeginn 2016 | 87

Dr. Stefanie Becker, StBin

Keine verfassungswidrige Rückwirkung für „Seeling-Fälle“? | 93

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Thomas Blöink, LL.M., und **Dr. Claudia Wolter**

AReG-RegE – Überblick über die Änderungen gegenüber dem Referentenentwurf | 107

Dr. Oliver Beyhs, WP, und **Olaf Haegler**

Enforcement-Prüfungsschwerpunkte 2016 | 110

ARBEITSRECHT

Dr. Holger Lüders, RA/FAArbR, und **Bernd Weller**, RA/FAArbR

Erzwingbare Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bei Fragen des Gesundheitsschutzes und der Gesundheitsprävention | 116

Dr. Holger Lüders, RA/FAArbR, und Bernd Weller, RA/FAArbR

Erzwingbare Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bei Fragen des Gesundheitsschutzes und der Gesundheitsprävention

Arbeitnehmer verbringen einen Großteil ihres (aktiven) Tages mit der Erbringung ihrer Arbeitsleistung. Die Arbeitsbedingungen können daher erhebliche Auswirkungen auf den Gesundheitszustand der Arbeitnehmer haben. Ausgehend von den vielfach lebensgefährlichen und menschenunwürdigen Umständen, unter denen Arbeit noch in Zeiten der industriellen Revolution bis in das vergangene Jahrhundert hinein auch in Deutschland zu erbringen war, hat sich das Verständnis der Gesellschaft erheblich ins Positive gewandelt. Begleitet wurde dies vom Gesetzgeber, der den Arbeitgebern eine Reihe von Pflichten auferlegt hat, um für die Gesundheit und die Gesundheitsprävention ihrer Arbeitnehmer Verantwortung zu übernehmen. Dabei lag der Fokus bis vor wenigen Jahren noch bei der physischen Gesundheits- und Unfallvorsorge. Die Sicherung von Maschinen, das Tragen von Sicherungskleidung etc. machten den Schwerpunkt der Arbeitsschutzmaßnahmen aus. Mit der zunehmenden Arbeitsverdichtung, der Ausweitung der Erreichbarkeit und einer damit einhergehenden Aufweichung der Grenze zwischen Arbeitszeit und Freizeit haben jetzt die Folgen der Arbeitsbelastung auf die psychische Gesundheit der Arbeitnehmer zunehmend an Bedeutung gewonnen. Auch der Gesetzgeber hat reagiert und die psychischen Belastungen als Gefährdungsform benannt. Dementsprechend prägt dies im Bereich des arbeitsrechtlichen Gesundheitsschutzes derzeit die öffentliche Diskussion.¹ In der betrieblichen Praxis kommt es immer wieder zum Streit, wie weit das erzwingbare Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beim Gesundheitsschutz und der Unfallvorsorge reicht. Vielfacher Diskussionspunkt ist dabei seit zwei Entscheidungen des BAG vom 8.6.2004² die Gefährdungsbeurteilung. Die hohe Brisanz des Themas und die vielfach ideologisch geführten Auseinandersetzungen führen überaus häufig zu unwirksamen Sprüchen der Einigungsstelle, weil die Kompetenzen überschätzt werden oder der Regelungsauftrag nicht erfüllt werden kann.

I. Grundkonzeption des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG hat der Betriebsrat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, ein Mitbestimmungsrecht bei Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften.³ Aus dieser gesetzlichen Formulierung folgt eine Begrenzung des Mitbestimmungsrechts, die über den „normalen“ Gesetzesvorbehalt nach dem Eingangssatz von § 87 Abs. 1 BetrVG hinausgeht. Einerseits greift das Mitbestimmungsrecht nur ein, soweit überhaupt Rahmenvorschriften des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzes bestehen, die dem Arbeitgeber einen Ermessensspielraum einräumen, innerhalb

dessen der geeignete Weg zum Erreichen des Ziels der jeweiligen Rahmenvorschrift nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten ausgewählt werden kann.⁴ Tarifverträge gehören regelmäßig nicht zu den öffentlich-rechtlichen Rahmenvorschriften i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG und können keine öffentlich-rechtlichen Befugnisse im Bereich des Arbeits- und Gesundheitsschutzes begründen.⁵ Andererseits folgt aus der Formulierung „im Rahmen“, dass sich die Mitbestimmungsrechte auf die Konkretisierung, nicht aber auf die Anhebung des Schutzniveaus der Rahmenvorschriften erstrecken.⁶ Der Betriebsrat hat auch im Rahmen der erzwingbaren Mitbestimmung kein Recht, im Betrieb einen besseren Gesundheitsschutz zu etablieren, als er durch die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Gesundheitsschutzes umschrieben wird. Zusätzliche Regelungen zur Verhütung von Arbeitsunfällen und Gesundheitsbeschädigungen, die über den Rahmen – mithin das Schutzniveau der öffentlich-rechtlichen Vorschriften – hinausgehen sollen, bleiben freiwilligen Betriebsvereinbarungen nach § 88 BetrVG vorbehalten.⁷

Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich auf Maßnahmen des Arbeitgebers zur Verhütung von Gesundheitsschäden, mit denen Rahmenvorschriften konkretisiert werden sollen. Hierdurch soll im Interesse der betroffenen Arbeitnehmer eine möglichst effiziente Umsetzung des gesetzlichen Arbeitsschutzes erreicht werden.⁸ Ob eine Vorschrift dem Arbeits- bzw. Gesundheitsschutz unmittelbar oder nur mittelbar dient, ist dabei nach Auffassung des BAG irrelevant.⁹ Aufgrund der vielfältig erlassenen Arbeitsschutzvorschriften,¹⁰ die keinen Raum für konkretisierende Festlegungen der Betriebsparteien mehr zulassen, ist der Anwendungsbereich für eine zwingende Mitbestimmung im Bereich des Gesundheitsschutzes eingeschränkt. Das Mitbestimmungsrecht setzt erst ein, wenn der Arbeitgeber aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Rahmenvorschrift betriebliche Regelungen zu treffen hat und ihm bei der Gestaltung Handlungsspielräume verbleiben. Allein diese Vorprüfung greift vielfach zu kurz und führt zu einer vorschnellen Annahme eines Mitbestimmungsrechts.

1 Vgl. *Fritsche/Meckle*, BB 2015, 821; *Gaul*, DB 2013, 60; *Göpfert/Rottmeier*, BB 2015, 1912; *Lützelner*, BB 2014, 309; *Uhl/Polloczek*, BB 2007, 2401; *Windeln*, ArbRB 2014, 306.

2 BAG, 8.6.2004 – 1 ABR 4/03, NZA 2005, 227, BB 2005, 836 Ls; BAG, 8.6.2004 – 1 ABR 13/03, NZA 2004, 1175, BB 2004, 2248 Ls.

3 Vgl. zur Mitbestimmung des Personalrats nach § 75 Abs. 3 Nr. 11 BPersVG: *BVerwG*, 14.2.2013 – 6 PB 1/13, NZA-RR 2013, 271; *BVerwG*, 5.3.2012 – 6 PB 25/11, NZA-RR 2012, 447.

4 BAG, 28.7.1981 – 1 ABR 65/79, BB 1982, 493; BAG, 15.1.2002 – 1 ABR 13/01, NZA 2002, 995, BB 2002, 1762 Ls.

5 BAG, 11.12.2012 – 1 ABR 81/11, AP Nr. 19 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz.

6 BAG, 28.7.1981 – 1 ABR 65/79, BB 1982, 493.

7 *Fabricius*, BB 1997, 1254, 1255; *Uhl/Polloczek*, BB 2007, 2401, 2402.

8 BAG, 30.9.2014 – 1 ABR 106/12, BB 2015, 894 m. BB-Komm. *Weller*.

9 BAG, 11.12.2012 – 1 ABR 81/11, AP Nr. 19 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz; BAG, 26.8.1997 – 1 ABR 16/97, BB 1998, 845.

10 Vgl. *ArbStättV*, *ArbStättR* oder die zu § 15 SGB VII (§ 708 RVO a.F.) erlassenen Unfallverhütungsvorschriften (UVV) der Berufsgenossenschaften.

Das BAG wiederholt stets, dass aufgrund der besonderen Struktur dieses Mitbestimmungsrechts in der Regel ein konkretes Regelungsverlangen des Betriebsrats erforderlich ist, wenn Inhalt und Umfang des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG strittig sind.¹¹ Die konkrete gesetzliche Regelung muss Maßnahmen zur Gewährleistung des Gesundheitsschutzes erfordern, die zu treffenden Maßnahmen aber nicht selbst detailliert beschreiben, sondern dem Arbeitgeber lediglich ein zu erreichendes Schutzziel vorgeben.¹² Allerdings kommen grundsätzlich auch Generalklauseln als ausfüllungsfähige und ausfüllungsbedürftige Rahmenvorschriften in Betracht.¹³

Das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ist nach der Rechtsprechung des BAG indes nicht so umfassend, dass für andere auf den Gesundheitsschutz bezogene betriebsverfassungsrechtliche Vorschriften (z. B. §§ 88 Nr. 1, 91 BetrVG) kein nennenswerter Anwendungsbereich mehr verbleibt. Bei sehr weit gefassten, dem Gesundheitsschutz dienenden gesetzlichen Generalklauseln kann daher ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht nicht ohne Einschränkungen bestehen.¹⁴ Bei sehr weit gefassten gesetzlichen Generalklauseln zum Gesundheitsschutz, wie sie sich bspw. in § 3 Abs. 1 ArbSchG oder in § 3a Abs. 1 S. 1 ArbStättV finden, eröffnet sich deshalb nur bzw. erst dann ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, wenn eine unmittelbare objektive Gesundheitsgefahr vorliegt¹⁵ oder sich ein Handlungsbedarf aufgrund einer zum Gesundheitsschutz zuvor durchgeführten Gefährdungsbeurteilung ergibt.¹⁶ Nur in diesen Fällen wird im Rahmen eines ggf. erforderlichen Spruchs der Einigungsstelle auch eine vollständige Entscheidung über die Regelungstatbestände ermöglicht, so dass die Einigungsstelle ihren Regelungsauftrag erfüllen kann.¹⁷ Die teilweise vertretene Auffassung, dass es für das Mitbestimmungsrecht keiner unmittelbaren objektiven Gesundheitsgefahr für die Arbeitnehmer bedarf, sondern eine typische, abstrakte Gefahrenlage ausreichend sei,¹⁸ ist abzulehnen. Abstrakte Gefahrenlagen obliegen der freiwilligen Mitbestimmung.

Das BAG hat jüngst nochmals klargestellt, dass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates auch dann entfällt, wenn eine tarifliche Regelung nur kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme gilt.¹⁹ Ergänzende oder zusätzliche Regelungen zur Verhütung von Arbeitsunfällen und Gesundheitsbeschädigungen, die über diesen Rahmen hinausgehen sollen, bleiben freiwilligen Betriebsvereinbarungen nach § 88 BetrVG vorbehalten.

II. ArbSchG als Anknüpfung für Mitbestimmungsrechte

Die meisten Mitbestimmungstatbestände des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG leiten sich aus dem am 21.8.1996 in Kraft getretenen „Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit“ (ArbSchG) ab. Der Begriff des Gesundheitsschutzes in § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG stimmt mit dem des ArbSchG überein.²⁰ Erfasst werden Maßnahmen, die dazu dienen, die psychische und physische Integrität des Arbeitnehmers zu erhalten, der arbeitsbedingten Beeinträchtigungen ausgesetzt ist, die zu medizinisch feststellbaren Verletzungen oder Erkrankungen führen oder führen können – und zwar auch vorbeugende Maßnahmen. Das ArbSchG enthält dabei verschiedene Vorschriften, die den Betriebsparteien einen mitbestimmungspflichtigen Gestaltungsspielraum belassen können.

1. Generalklausel nach § 3 Abs. 1 ArbSchG

In § 3 ArbSchG werden die Grundpflichten des Arbeitgebers beim Arbeitsschutz umschrieben. Die Generalklausel des § 3 Abs. 1 ArbSchG formuliert eine abstrakte Pflicht des Arbeitgebers, Maßnahmen zum Gesundheitsschutz zu treffen. Insofern kann sich unter den vorgenannten Voraussetzungen nur im Einzelfall bereits aus dieser Vorschrift ein Mitbestimmungsrecht ableiten lassen.

2. Grundpflichten nach § 3 Abs. 2 ArbSchG

Auch § 3 Abs. 2 ArbSchG stellt eine ausfüllungsbedürftige Rahmenvorschrift dar, die ein Mitbestimmungsrecht auslösen kann. Die aus dieser Norm folgende Pflicht des Arbeitgebers, für eine geeignete Organisation zu sorgen und Vorkehrungen dafür zu treffen, dass die Maßnahmen des Arbeitsschutzes bei allen Tätigkeiten und eingebunden in die betrieblichen Führungsstrukturen beachtet werden, setzt einen Rahmen für die Entwicklung einer an den betrieblichen Gegebenheiten ausgerichteten Organisation.²¹ In diesem Rahmen hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht. Dabei ist die Schaffung einer Aufbau- und Ablauforganisation zum Gesundheitsschutz von der Übertragung der Aufgaben an externe Dritte gem. § 13 Abs. 2 ArbSchG abzugrenzen.²²

Nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG hat der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der Art der Tätigkeiten und der Zahl der Beschäftigten zur Planung und Durchführung der erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes für eine geeignete Organisation zu sorgen. Weiterhin hat er gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 ArbSchG Vorkehrungen dafür zu treffen, dass die Maßnahmen erforderlichenfalls bei allen Tätigkeiten und eingebunden in die betrieblichen Führungsstrukturen beachtet werden und die Beschäftigten ihren Mitwirkungspflichten nachkommen können. Der Arbeitgeber hat damit durch den Aufbau einer geeigneten Organisation dafür Sorge zu tragen, dass die sich aus dem Arbeitsschutzgesetz ergebenden Aufgaben auf Mitarbeiter, insbesondere Führungskräfte verteilt werden (sog. Pflichtendelegation). Hierbei handelt es sich um generell-abstrakte Regelungen des Arbeitsschutzes, die über den Einzelfall hinausgehen. Sie betreffen nicht nur die Übertragung einzelner Aufgaben des Arbeitsschutzes auf bestimmte Personen, sondern den Aufbau einer Organisationsstruktur. Die Zuweisung von Aufgaben an einzelne Führungskräfte ist in diesem Fall lediglich Teil dieser Organisationsmaßnahme. Derartige Maßnahmen unterliegen der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG.²³

11 BAG, 18.8.2009 – 1 ABR 45/08, ZfPR 2011, 16 (Leitzsatz) – juris; BAG, 18.8.2009 – 1 ABR 43/08, NZA 2009, 1434; BAG, 15.1.2002 – 1 ABR 13/01, NZA 2002, 995, BB 2002, 1762 Ls.; BAG, 11.6.2002 – 1 ABR 44/01, DB 2002, 2727, BB 2002, 2184 Ls.

12 BAG, 11.12.2012 – 1 ABR 81/11, AP Nr. 19 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz.

13 Vgl. BAG, 16.6.1998 – 1 ABR 68/97, BB 1999, 55.

14 BAG, 8.6.2004 – 1 ABR 13/03, NZA 2004, 1175, BB 2004, 2248 Ls.

15 So erstmals LAG Berlin-Brandenburg, 25.3.2015 – 23 TaBV 1448/14, n. rkr., beim BAG anhängig unter 1 ABR 25/15.

16 So erstmals LAG Berlin-Brandenburg, 25.3.2015 – 23 TaBV 1448/14, n. rkr., beim BAG anhängig unter 1 ABR 25/15.

17 BAG, 11.2.2014 – 1 ABR 72/12, NZA 2014, 989; ebenso bereits BAG, 11.1.2011 – 1 ABR 104/09, NZA 2011, 651.

18 So ArbG Hamburg, 25.4.2013 – 3 BV 10/12, AiB 2014, 62–69 – juris.

19 BAG, 17.1.2012 – 1 ABR 62/10, NZA 2012, 513.

20 BAG, 18.3.2014 – 1 ABR 73/12, NZA 2014, 855.

21 BAG, 18.3.2014 – 1 ABR 73/12, NZA 2014, 855.

22 BAG, 18.3.2014 – 1 ABR 73/12, NZA 2014, 855.

23 BAG, 18.3.2014 – 1 ABR 73/12, NZA 2014, 855.

3. Gefährdungsbeurteilungen (§ 5 ArbSchG) und Unterweisungen (§ 12 ArbSchG)

a. Das BAG bestätigt in ständiger Rechtsprechung, dass die Vorschriften über Gefährdungsbeurteilungen (§ 5 ArbSchG) und über die Unterweisung der Arbeitnehmer (§ 12 ArbSchG) Rahmenvorschriften im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG sind, bei deren Ausfüllung durch betriebliche Regelungen der Betriebsrat mitzubestimmen oder ggf. ein Initiativrecht hat.²⁴ Beides sind Rahmenvorschriften über den Gesundheitsschutz, die dem Arbeitgeber Handlungsspielräume bei der Umsetzung lassen. Bei der Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG bestehen deshalb nach Auffassung des BAG mitbestimmungspflichtige Spielräume etwa bei den Festlegungen, welche Arbeitsplätze mit welchen Methoden auf welche Gefahrenursachen hin in welchem Zeitablauf untersucht werden sollen; bei § 12 ArbSchG müssen insbesondere Art, Umfang und der konkrete Inhalt der Unterweisung festgelegt werden.²⁵

Die Gefährdungsbeurteilung ist ein zentrales Element des Gesundheitsschutzes und notwendige Voraussetzung für die betriebliche Umsetzung der Arbeitsschutzpflichten des Arbeitgebers.²⁶ Eine Betriebsvereinbarung mit allgemeinen Regelungen über die Unterweisung zu Gefahren am Arbeitsplatz ohne vorherige Gefährdungsanalyse ist daher unwirksam.²⁷

b. Das BAG verdeutlicht die Notwendigkeit einer Gefährdungsbeurteilung als Vorfrage für Regelungen zur Gefährdungsunterweisung.²⁸ Das Erfordernis der Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung als Grundlage der Regelung einer Unterweisung i.S.d. § 12 ArbSchG folgt schon aus dem Wortlaut dieser Bestimmung. Nach § 12 Abs. 1 S. 2 ArbSchG umfasst die Unterweisung Anweisungen und Erläuterungen, die eigens auf den Arbeitsplatz oder den Aufgabenbereich der Beschäftigten ausgerichtet sind. Damit wird klargestellt, dass die Unterweisung sich nicht in allgemeinen Fragestellungen des Arbeitsschutzes erschöpfen darf, sondern gerade die konkreten Gefährdungen zum Gegenstand haben muss, welchen die Arbeitnehmer an den jeweiligen Arbeitsplätzen im Einzelnen ausgesetzt sind. Wer diese Gefahren nicht kennt, kann über diese auch nicht im Rahmen der Unterweisung aufklären. Die Einigungsstelle kann deshalb ihren Regelungsauftrag nur vollständig erfüllen, wenn sie die konkreten Gefahren am Arbeitsplatz in den Blick nimmt und hiervon ausgehend konkrete, arbeitsplatzbezogene Bestimmungen beschließt.

c. Das LAG Berlin-Brandenburg hat am 25.3.2015 entschieden, dass die Mitbestimmung des Betriebsrats auch gegeben ist, wenn eine zum Gesundheitsschutz durchgeführte Gefährdungsbeurteilung (z. B. § 5 ArbSchG, § 3 ArbStättVO, § 3 VO über Sicherheit und Gesundheitsschutz, § 3 LärmVibrationsArbSchV) einen Handlungsbedarf ergibt und es um die Festlegung der dann gebotenen Maßnahmen des Arbeitgebers geht.²⁹ Die Gefährdungsbeurteilung ist zentraler Bestandteil des Arbeits- und Gesundheitsschutzes und notwendige Voraussetzung für die betriebliche Umsetzung der gesetzlichen Arbeitsschutzpflichten des Arbeitgebers.³⁰ Sie unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrats.³¹ Wenn die auf gesetzlicher Grundlage durchgeführten Gefährdungsbeurteilungen konkrete Gefahren oder Gefährdungen für die Beschäftigten feststellen, denen der Arbeitgeber begegnen muss, ist der Betriebsrat bei der Festlegung der erforderlichen Maßnahmen ebenfalls zu beteiligen.³² Ist hingegen eine unmittelbare objektive Gesundheitsgefahr nicht gegeben und geht es auch nicht um die Ausfüllung konkreter Rahmenvorschriften der genannten Art bzw. um auf einer Gefährdungsbeurteilung beruhende Maßnahmen

des Arbeitgebers, liegt kein Fall der erzwingbaren Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG vor. In solchen Fällen ist dementsprechend auch kein Raum für einen Spruch der Einigungsstelle im Sinne des § 76 Abs. 5 BetrVG.

4. Übertragung von Aufgaben in Abhängigkeit der Fähigkeiten (§ 7 ArbSchG)

Soweit die individuellen Befähigungen vor einer Aufgabenübertragung nach § 7 ArbSchG zu prüfen sind oder die Stellenanforderungen konkretisiert werden, soll auch hier hinsichtlich der Aufstellung sachgerechter Befähigungskriterien bis hin zu Eignungsuntersuchungen ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG bestehen.³³

5. Beteiligung Dritter am Gesundheitsschutz (§ 13 Abs. 2 ArbSchG)

Nach § 13 Abs. 2 ArbSchG kann der Arbeitgeber zuverlässige und fachkundige Personen schriftlich damit beauftragen, die ihm obliegenden Aufgaben nach dem ArbSchG in eigener Verantwortung wahrzunehmen. Hierzu zählen insbesondere auch die Gefährdungsbeurteilungen (§ 5 ArbSchG) und die Unterweisung der Arbeitnehmer (§ 12 ArbSchG).

Bei der Übertragung von Aufgaben auf Mitarbeiter oder Dritte ist mitbestimmungsrechtlich danach zu unterscheiden, ob der Arbeitgeber lediglich eine Einzelmaßnahme oder eine Organisationsentscheidung trifft.³⁴ Erschöpft sich die Maßnahme des Arbeitgebers in der Übertragung einzelner Aufgaben, insb. der Durchführung von Gefährdungsbeurteilungen oder Unterweisungen, auf externe Personen oder Stellen nach § 13 Abs. 2 ArbSchG, liegt typischerweise eine Einzelmaßnahme vor, die nicht der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG unterliegt. Dies hat das BAG wiederholt klargestellt.³⁵ Das BAG verneint das Mitbestimmungsrecht in solchen Fällen mit dem Argument, dass es sich bei der Aufgabenübertragung typischerweise um mitbestimmungsfreie Einzelmaßnahmen handelt.³⁶ In diesem Fall ist eine betriebliche Regelung, in der Arbeitgeber und Betriebsrat abstrakt-generell festlegen, in welcher Weise das vorgegebene Ziel des Arbeitsschutzes erreicht werden soll, nicht erforderlich.³⁷ Darüber hinaus wird vertreten, dass es sich bei § 13 Abs. 2 ArbSchG schon um keine ausfüllungsbedürftige Rahmenvorschrift handelt.³⁸ Allerdings kann sich der Arbeitgeber in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten Dritten gegenüber grundsätzlich nicht in einer Weise

24 Vgl. zuletzt BAG, 30.9.2014 – 1 ABR 106/12, BB 2015, 894 m. BB-Komm. Weller; BAG, 11.1.2011 – 1 ABR 104/09, NZA 2011, 651; BAG, 8.6.2004 – 1 ABR 13/03, NZA 2004, 1175, BB 2004, 2248 Ls; demgegenüber ist die Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG keine Maßnahme, die der Mitbestimmung nach § 75 Abs. 3 Nr. 11 BPersVG unterfällt: BVerwG, 5.3.2012 – 6 PB 25/11.

25 BAG, 30.9.2014 – 1 ABR 106/12, BB 2015, 894 m. BB-Komm. Weller.

26 BAG, 11.2.2014 – 1 ABR 72/12, NZA 2014, 989.

27 BAG, 8.11.2011 – 1 ABR 42/10, DB 2012, 1213.

28 BAG, 8.11.2011 – 1 ABR 42/10, DB 2012, 1213.

29 LAG Berlin-Brandenburg, 25.3.2015 – 23 TaBV 1448/14, n. rkr., beim BAG anhängig unter 1 ABR 25/15.

30 BAG, 11.1.2011 – 1 ABR 104/09, NZA 2011, 651.

31 BAG, 30.9.2014 – 1 ABR 106/12, BB 2015, 894 m. BB-Komm. Weller; BAG, 8.6.2004 – 1 ABR 13/03, NZA 2004, 1175, BB 2004, 2248 Ls.

32 LAG Berlin-Brandenburg, 25.3.2015 – 23 TaBV 1448/14, n. rkr., beim BAG anhängig unter 1 ABR 25/15.

33 Helm/Huber, ArbRAktuell 2015, 195, 197.

34 BAG, 18.3.2014 – 1 ABR 73/12, NZA 2014, 855.

35 BAG, 30.9.2014 – 1 ABR 106/12, BB 2015, 894 m. BB-Komm. Weller; BAG, 18.3.2014 – 1 ABR 73/12, NZA 2014, 855; BAG, 18.8.2009 – 1 ABR 43/08, NZA 2009, 1434.

36 BAG, 30.9.2014 – 1 ABR 106/12, BB 2015, 894 m. BB-Komm. Weller; ebenso bereits BAG, 18.8.2009 – 1 ABR 43/08, NZA 2009, 1434.

37 BAG, 18.3.2014 – 1 ABR 73/12, NZA 2014, 855.

38 Kania, in: ErFK, 16. Aufl. 2016, § 87, Rn. 66.

binden, die die Mitregelungsbefugnis des Betriebsrats faktisch ausschließen würde. Vielmehr muss der Arbeitgeber durch eine entsprechende Vertragsgestaltung sicherstellen, dass die ordnungsgemäße Wahrnehmung des Mitbestimmungsrechts gewährleistet ist.³⁹ Der externe Dritte ist dann ebenfalls verantwortlich für die Erfüllung der Pflichten nach §§ 5 und 12 ArbSchG.⁴⁰ Die Verantwortung des Dritten tritt nach Einschätzung des BAG kumulativ neben die Verantwortung des Arbeitgebers, die dadurch nicht beseitigt wird. Dementsprechend kann auch das „Outsourcen“ von Arbeitsschutzpflichten keine Auswirkungen auf die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates haben.

Die mitbestimmungsfreie Entscheidung des Arbeitgebers über das „Ob“ und das „An wen“ einer Aufgabenübertragung an Dritte nach § 13 Abs. 2 ArbSchG erlaubt es Arbeitgebern aber, eine gewichtige Weichenstellung vorzunehmen.⁴¹ Die Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung ist kompliziert und bedarf einiger Fachkenntnis, weshalb sie von vielen Unternehmen nicht intern gestemmt werden kann. Dementsprechend breit gefächert ist der Markt der Anbieter solcher Dienstleistungen, die sich oftmals nicht nur hinsichtlich der Kosten, sondern auch hinsichtlich ihrer Herangehensweise erheblich unterscheiden.⁴² Nicht selten versprechen sich die Anbieter aufgrund ihrer Feststellungen Folgeaufträge. Mit der Wahl des Anbieters kann der Arbeitgeber mittelbar darauf hinwirken, dass von manchen Betriebsräten (bzw. deren Beratern) gern gewählte Umwege vermieden werden und eine sachorientierte Auseinandersetzung mit den tatsächlich relevanten Fragen des Gesundheitsschutzes stattfindet.⁴³

Natürlich können die mit dem Betriebsrat festzulegenden inhaltlichen Anforderungen an die Durchführung der Gefährdungsbeurteilung einzelne externe Dritte ausschließen, wenn denen die erforderlichen fachlichen Qualifikationen fehlen.

III. Weitere Einzelnormen, die Mitbestimmungsrechte auslösen können

1. Das „Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit“ (ASiG) etwa belässt dem Betriebsrat im Bereich der betrieblichen Sicherheitsorganisation ein Mitbestimmungsrecht, indem es dessen Zustimmung bei der Bestellung und Abberufung der Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit sowie bei der Erweiterung oder Einschränkung ihrer Aufgaben vorschreibt (§ 9 Abs. 3 ASiG).⁴⁴ Dieses Mitbestimmungsrecht soll sich auch auf die Auswahlentscheidung darüber erstrecken, ob und wie viele Ärzte bzw. Fachkräfte für Arbeitssicherheit zu bestellen sind, und auf die Frage, ob hauptberufliche oder freiberufliche Kräfte bestellt werden sollen oder ob ein überbetrieblicher Dienst in Anspruch genommen soll.⁴⁵ Auch die Konkretisierung der Aufgabenkataloge der Betriebsärzte (§ 3 ASiG) bzw. der Fachkräfte für Arbeitssicherheit (§ 6 ASiG) unterfällt grundsätzlich der betrieblichen Mitbestimmung. Daneben ist der Betriebsrat auch bei der näheren Ausgestaltung der Aufgaben der Sicherheitsbeauftragten zu beteiligen.

Der Betriebsrat kann jedoch vom Arbeitgeber nicht die Einrichtung eines Arbeitsschutzausschusses nach § 11 ASiG verlangen.⁴⁶ Die Verpflichtung zur Bildung eines solchen Ausschusses in § 11 ASiG richtet sich an den Arbeitgeber als Normadressaten.⁴⁷ Kommt dieser seiner Verpflichtung nicht nach, kann die Arbeitsschutzbehörde nach § 12 ASiG die erforderlichen Maßnahmen anordnen und ggf. nach § 20 ASiG als Ordnungswidrigkeit verfolgen. Einen unmittelbar gegen den

Arbeitgeber gerichteten Anspruch gegen den Betriebsrat enthält das ASiG aber nicht.⁴⁸ Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats erstreckt sich auch nicht auf die Regelung der Teilnahme der gesetzlichen Mitglieder an den Sitzungen des Arbeitsschutzausschusses gem. § 11 ASiG.⁴⁹

2. Der Betriebsrat soll nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG auch bei der Ausgestaltung des vom Arbeitgeber gemäß § 6 Abs. 5 ArbZG geschuldeten Ausgleichs für Nachtarbeit mitbestimmen dürfen.⁵⁰ Der vorgesehene Ausgleichsanspruch dient zumindest mittelbar dem Gesundheitsschutz, weil er die Nachtarbeit mit Zusatzkosten belastet und so für den Arbeitgeber weniger attraktiv macht.⁵¹ Dieses Mitbestimmungsrecht entfällt nur, wenn ein geltender Tarifvertrag eine abschließende Ausgleichsregelung i. S. v. § 6 Abs. 5 ArbZG enthält, die zum Wegfall der Wahlmöglichkeit des Arbeitgebers führt.

3. Auch Fragen der konkreten betrieblichen Wärmeentlastung (Raumtemperatur) können über § 3a ArbStättV zu einem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates führen.⁵² Nach § 3a Abs. 1 ArbStättV hat der Arbeitgeber dafür zu sorgen, dass Arbeitsstätten so eingerichtet und betrieben werden, dass von ihnen keine Gefährdungen für die Sicherheit und die Gesundheit der Beschäftigten ausgehen. Diese Verpflichtung lässt Handlungsspielraum bei den denkbaren Schutzmaßnahmen, etwa wie einer erhöhten Raumtemperatur begegnet wird.

4. Weitere ausfüllungsbedürftige Rahmenvorschriften sind auf Grund der Verordnungsermächtigung in § 18 ArbSchG zur Konkretisierung von § 3 ArbSchG in Kraft getreten. Nach § 2 der LasthandhabungsVO sind Arbeitgeber verpflichtet, geeignete organisatorische Maßnahmen zu treffen oder geeignete Arbeitsmittel einzusetzen, um Belastungen der Lendenwirbelsäule zu verringern. In § 5 der BildschirmarbeitsplatzVO wird die Pflicht des Arbeitgebers begründet, mittels Pausen oder anderer Tätigkeiten die Belastung der Beschäftigten durch die Arbeit am Bildschirmgerät zu verringern. In beiden Fällen bleibt dem Arbeitgeber ein Gestaltungsspielraum und damit dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht.

Kein Mitbestimmungsrecht besteht hingegen bei der Verpflichtung des Arbeitgebers, seinen Beschäftigten Sehhilfen zur Verfügung zu stellen. Dieser Anspruch ergibt sich unmittelbar und abschließend aus § 6 Abs. 2 BildschirmarbeitsplatzVO.⁵³

5. Auch beim betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM) nach § 84 Abs. 2 SGB IX kann Raum zur Ausgestaltung verbleiben. Da dieses zumindest mittelbar auch dem Gesundheitsschutz dient, kann neben dem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG auch ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG gegeben

39 So bereits BAG, 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, BB 2004, 1389 m. BB-Komm. Hunold.

40 BAG, 30.9.2014 – 1 ABR 106/12, BB 2015, 894 m. BB-Komm. Weller.

41 Weller, BB 2015, 896.

42 Fritsche/Meckle, BB 2015, 821, 823.

43 Weller, BB 2015, 896.

44 LAG Schleswig-Holstein, 21.1.2014 – 1 TaBV 47/13, ZBVR online 2014, 12–14; LAGE § 98 ArbGG 1979, Nr. 70.

45 BAG, 10.4.1979 – 1 ABR 34/77, BB 1979, 1713.

46 BAG, 15.4.2014 – 1 ABR 82/12, NZA 2014, 1094; ebenso LAG Niedersachsen, 22.10.2013 – 11 TaBV 49/13 AE 2014, 78 (Leitzsatz) – juris.

47 Schulze/Schuhmacher, ArbRAktuell 2015, 10.

48 BAG, 15.4.2014 – 1 ABR 82/12, NZA 2014, 1094; ebenso LAG Niedersachsen, 22.10.2013 – 11 TaBV 49/13 (Fn. 46).

49 LAG Niedersachsen, 22.10.2013 – 11 TaBV 49/13, n. rkr., anhängig beim BAG unter 1 ABR 83/13 (Termin 8.12.2015).

50 BAG, 17.1.2012 – 1 ABR 62/10, NZA 2012, 513; BAG, 26.4.2005 – 1 ABR 1/04, NZA 2005, 884; BAG, 26.8.1997 – 1 ABR 16/97, BB 1998, 845.

51 BAG, 17.1.2012 – 1 ABR 62/10, NZA 2012, 513.

52 LAG Schleswig-Holstein, 1.10.2013 – 1 TaBV 33/13, ZBVR online 2014, 16–19.

53 BAG, 2.4.1996 – 1 ABR 47/95, BB 1996, 959.

sein.⁵⁴ Ziel des BEM ist es, durch rechtzeitige Initiative Indikatoren zu erkennen, die für langandauernde oder wiederkehrende Arbeitsunfähigkeitszeiten verantwortlich sind und die wiederum häufig ein Indiz für Krankheitsverläufe bilden, die schließlich zu bleibenden Gesundheitsschäden und vor allem zu chronisch degenerativen Erkrankungen und Behinderungen führen. In diesem Rahmen kann sich ein Mitbestimmungsrecht bei allgemeinen Verfahrensfragen aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ergeben.⁵⁵ Dies insbesondere, wenn der Arbeitgeber zur Erhebung der betroffenen Arbeitnehmer und zur Durchführung der Eingehungsgespräche ein formalisiertes Verfahren einführt.⁵⁶ Denn die Norm verpflichtet den Arbeitgeber, ein System mit strukturierten Abläufen zu entwickeln, das Strategien für den Erhalt der Arbeits- und Beschäftigungsfähigkeit beinhaltet. Insoweit regelt § 84 Abs. 2 SGB IX die Maßnahmen nicht abschließend, sondern ermöglicht eine inhaltliche Ausgestaltung durch die Betriebspartner. Genau an dieser Stelle setzt auch das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 ein.⁵⁷

Der Begriff der „Arbeitsunfähigkeit“ ist allerdings für das betriebliche Eingliederungsmanagement zwingend von § 84 Abs. 2 S. 1 SGB IX vorgegeben und kann daher nicht in einer Betriebsvereinbarung konkretisiert werden.⁵⁸

IV. Mitbestimmung bei anonymen Mitarbeiterbefragungen mit Gesundheitsbezug?

Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates soll nach Auffassung des LAG Hamburg auch bei der Durchführung einer umfassenden anonymen Mitarbeiterbefragung zur Arbeitsumgebung, den Arbeitsbedingungen, der Arbeitszufriedenheit und zu Verbesserungsbedarf bestehen, die als „unauflösbares Gesamtwerk“ betrachtet wird und bei der einzelne der 107 Fragen einen Gesundheitsbezug haben.⁵⁹ Zwar wurde ausdrücklich offengelassen, ob ein solches Mitbestimmungsrecht bereits aus § 94 Abs. 1 BetrVG folgt, wonach Personalfragebögen der Zustimmung des Betriebsrates bedürfen. Bislang liegt keine höchstrichterliche Rechtsprechung zu der Frage vor, ob hiernach bei einer anonym durchgeführten Befragung ein Mitbestimmungsrecht besteht. Die herrschende Meinung verneint dies zu Recht, weil einzelnen Arbeitnehmern bei dieser Vorgehensweise keine persönlichen Angaben zugeordnet werden können.⁶⁰ Schutzzweck der Norm ist aber der Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmer. Die anonyme Durchführung von Befragungen erbringt keine auswertbaren personenbezogenen Daten, die einem einzelnen Arbeitnehmer zugeordnet werden können, so dass sich ein Persönlichkeitsschutz erübrigt. Solange die Anonymität der Antworten gewährleistet ist, sind ein Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmer und damit die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 94 Abs. 1 BetrVG entbehrlich.⁶¹ Selbstverständlich kann sich ein Arbeitgeber freiwillig an den Betriebsrat wenden, um so die Akzeptanz und die Beteiligung bei der Befragung zu erhöhen.

Das LAG Hamburg erachtet die anonyme Mitarbeiterbefragung im konkreten Fall aber für mitbestimmungspflichtig nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG.⁶² Hiernach fange die Mitbestimmung des Betriebsrats nicht erst dann an, wenn der Arbeitgeber eine Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG durchführt. Vielmehr greife die Mitbestimmung auch bei sonstigen Maßnahmen des Gesundheitsschutzes, wobei es ausreichend sei, dass die vom Arbeitgeber zu treffende Maßnahme lediglich mittelbar dem Gesundheitsschutz diene. Dies sei bei der Bestandsaufnahme und Analyse der Gefährdung der Fall, da sich

diese im gesundheitsnahen Bereich befinden. Dies überzeugt nicht. Das LAG Hamburg verweist zur Begründung auf eine Entscheidung des BAG,⁶³ obgleich diese ausdrücklich die Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG thematisiert und gerade keine vorgelagerte Maßnahme. Mit der dürftig begründeten Feststellung eines „unauflösbaren Gesamtwerkes“, die sich mit der bisherigen BAG-Rechtsprechung⁶⁴ nicht in Einklang bringen lässt, vermeidet das LAG Hamburg zudem die eigentlich gebotene Auseinandersetzung mit den einzelnen der 107 Fragen.

V. Mitbestimmung bei „Mobbing“

Auch beim Thema „Mobbing“ kann ein Mitbestimmungsrecht bestehen, welches von § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG abgeleitet wird.⁶⁵ Aus Sicht des BAG umfasst der Begriff „Mobbing“ das systematische Anfeinden, Schikanieren oder Diskriminieren von Arbeitnehmern untereinander oder durch Vorgesetzte.⁶⁶ Eine einheitliche Definition des Begriffs findet sich indes nicht.

Die Anwendung des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG auf „Mobbing“ soll dem erweiterten Arbeitsschutzansatz des ArbSchG Rechnung tragen.⁶⁷ Im Vordergrund von Regelungen zur präventiven Vermeidung von Mobbing-situationen steht der Gesundheitsschutz der Beschäftigten. Der durch das Arbeitsschutzgesetz vorgezeichnete Arbeitsschutz ziele nicht mehr nur auf den Schutz vor „harten“ Gesundheitsgefahren ab (z. B. durch Gefahrstoffe, mechanische Gefährdungen). In den Schutzbereich des Arbeitsschutzgesetzes fallen vielmehr alle arbeitsbedingten physischen und psychischen Belastungsfaktoren für die Gesundheit, zu denen auch die sozialen Beziehungen bei der Arbeit zählen (§ 4 Nr. 4 ArbSchG). Ein Element sind in diesem Zusammenhang die schikanösen Verhaltensmuster, so dass hier die Organisationspflichten nach § 3 ArbSchG eingreifen können.

VI. Beraterbedarf des Betriebsrates nach § 80 Abs. 3 BetrVG

Im Rahmen des Gesundheitsschutzes begehren Betriebsräte oftmals – neben ihren anwaltlichen Beratern – noch die Unterstützung durch Experten gem. § 80 Abs. 3 BetrVG. Aus der Sicht der Betriebsräte ist durchaus nachzuvollziehen, dass sie auf solche Sachverständige zurückgreifen wollen, die ihre Interessen stützen. Dies führt allerdings

54 LAG Düsseldorf, 4.2.2013 – 9 TaBV 129/12, LAGE § 98 ArbGG 1979 Nr. 65; eher ablehnend LAG Hamburg, 20.2.2014 – 1 TaBV 4/13, NZA-RR 2014, 295–299.

55 BAG, 13.3.2012 – 1 ABR 78/10, NZA 2012, 748.

56 LAG Düsseldorf, 4.2.2013 – 9 TaBV 129/12, LAGE § 98, ArbGG 1979 Nr. 65; LAG Düsseldorf, 29.09.2009 – 17 TaBV 107/09, ArbR 2010, 510 (Leitzsatz, Kurzwiedergabe) – juris.

57 BAG, 13.3.2012 – 1 ABR 78/10, NZA 2012, 748; LAG Düsseldorf, 4.2.2013 – 9 TaBV 129/12, LAGE § 98 ArbGG 1979 Nr. 65.

58 BAG, 13.3.2012 – 1 ABR 78/10, NZA 2012, 748.

59 LAG Hamburg, 20.1.2015 – 2 TaBVGA 1/15 – juris; GesR 2015, 403–404 (Leitzsatz + Kurzwiedergabe); ebenso zuvor ArbG Hamburg, 23.12.2014 – 27 BVGA 4/14 – juris.

60 Moll/Roebbers, DB 2011, 1862, 1864.

61 Moll/Roebbers, DB 2011, 1862, 1864.

62 LAG Hamburg, 20.1.2015 – 2 TaBVGA 1/15, s. Rn. 59.

63 BAG, 12.8.2008 – 9 AZR 1117/06, NZA 2008, 102.

64 Vgl. BAG, 22.7.2008 – 1 ABR 40/07, BB 2008, 1248.

65 LAG Sachsen-Anhalt, 13.1.2014 – 4 TaBV 27/13, n. rkr., beim BAG anhängig unter 1 ABR 18/14; LAG Rheinland-Pfalz, 11.8.2011 – 10 TaBV 25/11 – juris; LAG München, 27.2.2007 – 8 TaBV 56/06 – juris; LAG München, 20.10.2005 – 4 TaBV 61/05; LAG Düsseldorf, 22.7.2004 – 5 TaBV 38/04 AiB 2005, 122–123; LAG Köln, 21.11.2000 – 12 BV 227/00; a. A. LAG Hamburg, 15.7.1998 – 5 TaBV 4/98 NZA 1998, 1245; ferner zur Erforderlichkeit eines Seminars zum Thema Mobbing: BAG, 14.1.2015 – 7 ABR 95/12, BB 2015, 1212.

66 BAG, 25.10.2007 – 8 AZR 593/06, BB-Entscheidungsreport Oberthür, BB 2008, 675.

67 LAG Sachsen-Anhalt, 13.1.2014 – 4 TaBV 27/13, n. rkr., beim BAG anhängig unter 1 ABR 18/14.

selten zu einer Stärkung der sachorientierten Vorgehensweise, sondern zumeist zu einer ideologisch geführten Auseinandersetzung, ohne die eigentlichen betrieblichen Gegebenheiten fokussiert anzugehen.

Nach § 80 Abs. 3 BetrVG bedürfen sowohl die Hinzuziehung eines solchen Experten als auch die Genehmigung seiner Honorarvorstellungen der Zustimmung des Arbeitgebers. Diese Zustimmung kann der Arbeitgeber – legitim – verweigern. Dazu muss er dem Betriebsrat nur ermöglichen, den vom Arbeitgeber nach § 13 Abs. 2 ArbSchG beauftragten externen Dienstleister als Sachverständigen gemäß § 80 Abs. 3 BetrVG zu nutzen. Da der externe Dienstleister ohnehin beauftragt ist, ist er die günstigere Variante im Sinne des § 80 Abs. 3 BetrVG. Der Betriebsrat kann dann keinen eigenen „Gegensachverständigen“ auf Kosten des Arbeitgebers beauftragen.⁶⁸ Tut er es dennoch, müssen die Betriebsratsmitglieder notfalls für dessen Honorar persönlich haften.

VII. Streitfall Großraumbüro/Open-Space-Area

Streit um die Reichweite des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG entbrennt häufig, wenn ein Betrieb umzieht und das neue Büro – statt der bisherigen Einzelbüros – über offene, moderne und kommunikative Bürostrukturen verfügt, sog. Open Space Büroeinteilungen. Darunter versteht man – verkürzend festgehalten – ein Bürokonzept, das in der Struktur dem klassischen Großraumbüro ähnelt, aber deutlich kleiner ist.

Mitarbeiter in Deutschland lehnen das Open Space-Konzept vielfach ab und fordern stattdessen ein Festhalten an den – seit dem Mittelalter erprobten – Einzelbüros. Es scheint allgemeine Auffassung zu sein, dass die Entscheidung für oder gegen ein bestimmtes Bürokonzept als mitbestimmungsfreie Ausübung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit angesehen wird.⁶⁹ Da sich der Betriebsrat demnach der Grundentscheidung nicht in den Weg stellen kann, wird der „Umweg“ über § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG gewählt. Kleinteilige und über die üblichen Normen hinausgehende Anforderungen an den Gesundheitsschutz werden – auch über die Einigungsstelle – mit dem Ziel gefordert, die Umsetzung des Open Space-Konzeptes zu erschweren oder gar mittelbar unmöglich zu machen. Erzwingbare Regelungen zu Mindestflächen je Arbeitnehmer, lichter Deckenhöhe, Fluchtweglänge, maximalem Lärmpegel, Klimatisierung, Beleuchtung u. v. m. können dann bisweilen ganze Gebäudeanmietungen nachträglich torpedieren.⁷⁰

Damit ist zugleich die spannende Frage nach der Abgrenzung von § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG gegen §§ 90, 91 BetrVG aufgeworfen. Letztere sehen nur eine Informations- und Beratungspflicht des Arbeitgebers mit dem Betriebsrat vor. Ausschließlich in Fällen, in denen der Arbeitsplatz

– offensichtlich gegen gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse verstößt und

– Arbeitnehmer dadurch in besonderer Weise belastet werden,

sieht § 91 BetrVG ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats vor. Wenn man das Vorgesagte zu § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG aber ernst nimmt, bleibt für die §§ 90, 91 BetrVG kein sinnvoller Anwendungsbereich mehr neben dem Gesundheitsschutz nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Das LAG Sachsen-Anhalt sah dies in seinem Beschluss vom 9.3.2010⁷¹ ebenso. Es unterstellt, dass der Gesetzgeber eine sinnvolle Lösung gewollt habe und daher der Anwendungsbereich

des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG – im Interesse eines sinnvollen Regelungsbereichs der §§ 90, 91 BetrVG – beschränkt werden müsse. Es genüge nicht, dass eine arbeitgeberseitige Maßnahme irgendwelche (Reflex-)Auswirkungen auch auf den Gesundheitsschutz habe. Vielmehr sei das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG nur dann eröffnet, wenn die arbeitgeberseitige Maßnahme auf Gesundheitsschutz/Unfallprävention abziele.

Dieser Grundannahme und Zielrichtung des LAG Sachsen-Anhalt ist beizupflichten. Da jede betriebliche Maßnahme irgendeinen Gesundheitsbezug – direkt oder wenigstens mittelbar – hat, könnte man anderenfalls das BetrVG auf einen einzigen Mitbestimmungstatbestand beschränken – § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Auch den Kernbereich der Unternehmerfreiheit, der in § 111 BetrVG explizit die Letztentscheidungsbefugnis des Arbeitgebers vorsieht, würde sonst unterhöhlt.

Wie das LAG Sachsen-Anhalt auf das subjektive Regelungsziel des Arbeitgebers abzustellen, ist sicher charmant. Aussicht darauf, dass das BAG diesen Schritt mitvollzöge, gibt es hingegen nicht. Das BAG hat schließlich den Wortlaut des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG („bestimmt“) ebenfalls „korrigierend“ in ein „geeignet“ umgedeutet.⁷² Letztendlich wäre es auch nicht sachdienlich, das Eingreifen eines Mitbestimmungstatbestandes an den Willen des Arbeitgebers zu binden. Da aber dennoch eine Beschränkung zwingend notwendig ist, liegt eine Objektivierung der Zielrichtung der arbeitgeberseitigen Maßnahme nahe. Immer dann, wenn die arbeitgeberseitige Maßnahme – aus objektiver Sicht – ihren Schwerpunkt bei Fragen des Gesundheitsschutzes oder der Unfallprävention hat, greift § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Andernfalls verbleibt es bei der Informations- und Beratungspflicht nach § 90 BetrVG, wenn nicht die gesteigerten Voraussetzungen des § 91 BetrVG vorliegen.

VIII. Sonstiges

Entsprechend der vorgenannten Ausführungen zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG einerseits und der §§ 90, 91 BetrVG andererseits, muss auch eine Abgrenzung zu anderen Mitbestimmungstatbeständen erfolgen. Die Tendenz in der Rechtsprechung, unter Rückgriff auf § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG nahezu in allen Bereichen Tatbestände der erzwingbaren Mitbestimmung zu vermuten, entleert den Sinngehalt des BetrVG. Wenn einem Betriebsrat nach Auffassung des LAG Hamm die Inhalte von Zielvereinbarungen unter ausdrücklicher Bezugnahme auf § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG mitgeteilt werden müssen, statt hier über den sachnäheren Weg des § 87 Abs. 1 Nr. 8, 10 BetrVG vorzugehen, muss dem entgegengetreten werden. Allein die Behauptung, mit der Zielvorgabe werde ein unzulässiger und gesundheitsschädlicher Druck verbunden,⁷³ trägt nicht als Basis für ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht und würde die unternehmerische Entscheidungsfreiheit zu stark beeinträchtigen und damit den Bestand des BetrVG insgesamt gefährden.

IX. Fazit

Arbeits- und Gesundheitsschutz gewinnt an Bedeutung. Das ist gut so. Gut ist auch, dass sich Betriebsräte dabei paritätisch einbringen

68 Weller, BB 2015, 898; BAG, 16.11.2005 – 7 ABR 12/05, BB 2006, 1004.

69 LAG Sachsen-Anhalt, 9.3.2010 – 6 TaBV 15/09 – juris.

70 LAG Mecklenburg-Vorpommern, 9.3.2010 – 5 TaBVGa 6/09, juris.

71 LAG Sachsen-Anhalt, 9.3.2010 – 6 TaBV 15/09 (Fn. 69).

72 BAG, 6.12.1983 – 1 ABR 43/81, BB 1984, 850.

73 LAG Hamm, 9.3.2012 – 13 TaBV 100/10, AiB 2012, 683–684.

können und müssen. Vieles, namentlich die Grenzen des Anwendungsbereichs von § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ist dabei noch ungeklärt. Die Rechtsprechung wird darauf achten müssen, bei der Erarbeitung dieser Grenzen weder die Systematik des BetrVG zu unterhöhlen, noch das Kind mit dem Bade auszuschütten und ein neues „Supermitbestimmungsrecht“ zu erfinden.

Nach Jahrzehnten der Ausweitung und Ausdifferenzierung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates muss die Rechtsprechung nun Auswüchse eindämmen und die Systematik des BetrVG bewahren. Dies gilt nicht nur für das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG, sondern bspw. auch für § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Hier führt die richterrechtliche „Gesetzeskorrektur“ zu Auswüchsen. Wenn jedwede Softwareeinführung – und ohne deren Einsatz („Industrie 4.0“) ist der Standort Deutschland nicht zukunftsfähig – und jedes Update/Patch notfalls über die Einigungsstelle erzwungen werden muss, ist das Maß einer gesunden Mitbestimmung überschritten. Vom Schutzzweck des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG – Schutz vor maschineller Überwachung der Mitarbeiter – ist die betriebliche Praxis ein

großes Stück entfernt. Auch hier wird es Zeit für korrigierende Entscheidungen des BAG.

Dr. Holger Lüders, RA/FAArbR, Partner der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek in Düsseldorf und Lehrbeauftragter der Hochschule Fresenius. Er berät Unternehmen laufend bei individual- und kollektivarbeitsrechtlichen Fragestellungen, in Compliance-Fragen sowie Umstrukturierungen und ist Referent zu arbeitsrechtlichen Themen.



Bernd Weller, RA/FAArbR, Partner der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek in Frankfurt. Er referiert seit Jahren bundesweit zu betriebsverfassungsrechtlichen Fragestellungen und berät Unternehmen auch schwerpunktmäßig in diesen Themen.



BAG: Schadensersatzanspruch drittbetroffener Fluggesellschaften bei Fluglotsenstreik

BAG, Urteil vom 25.8.2015 – 1 AZR 754/13

Volltext des Urteils: **BB-ONLINE BBL2016-123-1**

unter www.betriebs-berater.de

ORIENTIERUNGSSÄTZE

1. Die von einem Streik der Fluglotsen am 6. April 2009 am Stuttgarter Flughafen betroffenen Fluggesellschaften haben gegen die streikführende Gewerkschaft keine Schadensersatzansprüche wegen ausgefallener, verspäteter oder umgeleiteter Flüge.
2. In dem Streik liegt keine Verletzung des Eigentums der Fluggesellschaften an ihren Flugzeugen iSd. § 823 Abs. 1 BGB.
3. Das Recht der Fluggesellschaften am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als sonstiges Recht iSd. § 823 Abs. 1 BGB ist ebenfalls nicht verletzt. Der Streik der Fluglotsen war gegen den Betrieb der Deutschen Flugsicherung GmbH (DFS) gerichtet. Ein unmittelbarer, betriebsbezogener Eingriff in die Gewerbebetriebe der Fluggesellschaften war damit nicht verbunden.
4. Aus den luftverkehrsrechtlichen Vorgaben zu den für die Ausübung der unternehmerischen Tätigkeit von Fluggesellschaften nicht substituirbaren Leistungsvoraussetzungen folgt nichts anderes. Die Reglementierung des Luftverkehrs ist arbeitskampfneutral. Sie bedingt keinen Wechsel oder eine Erweiterung des von der streikführenden Gewerkschaft bestimmten Gegners des Streiks.
5. Die Annahme eines gegen die Unternehmen der Fluggesellschaften gerichteten unmittelbaren Eingriffs scheidet auch deshalb aus, weil die durch die Erbringung von Flugsicherungsdiensten zu gewährende Luftraumnutzung nicht zu deren Gewerbebetrieben gehört.

BGB § 823 Abs. 1

SACHVERHALT

Die Parteien streiten über Schadensersatz wegen eines Streiks.

Die Klägerinnen sind Fluggesellschaften. Die Beklagte ist die Gewerkschaft der Flugsicherung. Sie vertritt die berufs- und tarifpolitischen Interessen des Flugsicherungspersonals in Deutschland. Mit der Deutschen Flugsicherung GmbH (DFS) hat sie eine Vereinbarung geschlossen, nach der im Falle eines Arbeitskampfes die Durchführung bestimmter Notdienstarbeiten in einem näher geregelten Umfang sicherzustellen ist.

Die DFS ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Anteile ausschließlich vom Bund gehalten werden. Nach § 1 der seit 1. Januar 1993 gültigen Verordnung zur Beauftragung eines Flugsicherungsunternehmens (zuletzt in der ab 29. August 2009 gültigen Fassung, BGBl. I S. 2942) ist sie damit beauftragt, die im Luftverkehrsgesetz (LuftVG) näher geregelten Flugsicherungsaufgaben wahrzunehmen. Gemäß § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 6 Buchst. a LuftVG in der bis 3. August 2009 geltenden Fassung (aF) waren die hierfür anfallenden Kosten (Gebühren und Auslagen) in einer vom zuständigen Bundesministerium erlassenen Rechtsverordnung festgelegt. Dabei waren die Gebührensätze so zu bemessen, dass der gesamte Aufwand für die Flugsicherung gedeckt war (sog. Vollkostendeckungsprinzip nach § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 6 Satz 2 LuftVG aF).

Die Klägerinnen nutzen ua. den Flughafen Stuttgart. An diesem hält die DFS einen Tower vor, in dem mehr als 20 bei ihr angestellte Fluglotsen tätig sind. Die Vorfeldkontrolle nahm zunächst die Flughafenbetriebergesellschaft – die Flughafen Stuttgart GmbH (FSG) – selbst wahr. Die FSG beschäftigt mehr als 1000 Arbeitnehmer; im Bereich der Verkehrszentrale und Vorfeldkontrolle waren 23 Arbeitnehmer eingesetzt.

Die Beklagte forderte im Frühjahr 2008 die FSG zu Tarifverhandlungen für die in diesem Bereich tätigen und bei ihr organisierten Arbeitnehmer auf. Sie einigte sich mit der FSG in einer am 10. November 2008 geschlossenen „Prozessvereinbarung“ auf Rahmenbedingungen für den Ablauf aufzunehmender Sondierungsgespräche und Tarifverhandlungen sowie – bezogen auf einzelne Regelungsgegenstände – auf zeitgebundene Friedenspflichten, ua. bis zum 28. Februar 2009 hinsichtlich aller Vergütungsfra-