

Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG mitzubestimmen, wenn entschieden wird, welche der drei Möglichkeiten zur Erfüllung des § 2 Abs. 1 ArbSichG für den Betrieb zu wählen ist (angestellter Betriebsarzt, freiberuflich tätiger Betriebsarzt oder überbetrieblicher Dienst von Betriebsärzten).

BAG 1. Senat, Beschluss vom 10.04.1979 - 1 ABR 34/77, 2. Instanz: LAG SchlH.

Sachverhalt

I. Die Antragsgegnerin beabsichtigte, in Erfüllung der Vorschriften des Gesetzes über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit vom 12.12.1973 (BGBl. I, S. 1885 - ArbSichG-) für ihren Betrieb 2 Betriebsärzte zu verpflichten. Sie übersandte ihrem Betriebsrat, dem Antragsteller, mit Schreiben vom 15.04.1976 ein Muster des Betriebsärztevertrages zur Kenntnisnahme. Nach dem Vertragsentwurf waren die Ärzte verpflichtet, nebenberuflich im Rahmen ihrer freiberuflichen Tätigkeit vom 01.07.1976 an als Betriebsärzte für den Betrieb der Antragsgegnerin tätig zu werden.

Der Antragsteller vertrat in seiner Stellungnahme vom 22.04.1976 zum Vertragsentwurf die Auffassung, er habe mitzubestimmen, in welcher Form das ArbSichG erfüllt werde, und werde deshalb die Einigungsstelle anrufen. Daraufhin entgegnete die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 24.04.1976, sie habe mit den von ihr benannten Ärzten den Betriebsärztevertrag abgeschlossen.

Während das vom Antragsteller eingeleitete Beschlussverfahren in 1. Instanz anhängig war, einigten sich die Verfahrensbeteiligten in einer Betriebsvereinbarung vom 27.07.1976, zur vorübergehenden Erfüllung der gesetzlichen Vorschriften aus dem ArbSichG die vorgesehenen Betriebsärzteverträge abzuschließen. Diese Verträge sollen jedoch 3 Monate nach Abschluss des arbeitsgerichtlichen Verfahrens wieder enden. In der Betriebsvereinbarung ist u. a. weiter bestimmt, bis zum 15.05.1977 sei eine Einigung darüber zu erzielen, wie der betriebsärztliche Dienst nach dem 30.06.1977 geregelt werden soll, d.h. Weiterführung des betriebsärztlichen Dienstes durch Privatärzte oder Übertragung dieser Aufgaben an das berufsgenossenschaftlich arbeitsmedizinische Zentrum in Elmshorn. Schließlich heißt es in der BV, sie gelte unbeschadet des vor dem ArbG anhängigen Beschlussverfahrens über die Grundsatzfrage der Mitbestimmung des Betriebsrates und sei im Hinblick auf die zu erwartende Dauer des Verfahrens abgeschlossen worden.

Der Antragsteller hat die Auffassung vertreten, er habe dabei mitzubestimmen, ob der Arbeitgeber seinen Verpflichtungen aus dem ArbSichG durch die Bestellung eines

angestellten Betriebsarztes, die Verpflichtung eines freiberuflich tätigen Arztes oder eines überbetrieblichen Dienstes von Betriebsärzten nachkomme; sein Mitbestimmungsrecht ergebe sich aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Er, der Antragsteller, strebe die Beteiligung der Antragsgegnerin an einem im Entstehen befindlichen Betriebsärztezentrum an.

Der Antragsteller hat beantragt, festzustellen, dass er bei der Auswahl zwischen einem freiberuflich tätigen Arzt, einer freiberuflich tätigen oder angestellten Fachkraft für Arbeitssicherheit, einem überbetrieblichen Dienst oder einem angestellten Arzt zur Erfüllung der Pflichten der Antragsgegnerin aus dem ArbSichG vom 12.12.1973 ein Mitbestimmungsrecht im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG habe.

Die Antragsgegnerin hat beantragt, den Antrag zurückzuweisen.

Sie hat vorgetragen, das begehrte Mitbestimmungsrecht stehe dem Betriebsrat nicht zu, da § 9 Abs. 3 ArbSichG eine abschließende gesetzliche Regelung i. S. des § 87 Abs. 1, Einleitungssatz BetrVG enthalte. Die Entscheidung des Arbeitgebers, in welcher Form er seine Verpflichtungen aus dem ArbSichG erfülle, betreffe auch keine soziale Angelegenheit i. S. des § 87 BetrVG. Der Antragsteller könne ihr, der Antragsgegnerin, auch keine Maßnahme aufzwingen, die gegenüber anderen, gleichwertigen Maßnahmen einen erheblich höheren finanziellen Aufwand erfordere.

Der Antrag ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Das LAG hat die Auffassung vertreten, der Antragsteller habe in dem begehrten Umfang kein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG; durch § 9 Abs. 3 ArbSichG sei dieses modifiziert worden. Ein Mitbestimmungsrecht im Umfange des Antragsbegehrens sei auch nicht praktikabel, da die Auswahl unter den 3 nach dem ArbSichG möglichen Formen der betriebsärztlichen Betreuung ein innerer Vorgang sei, der sich erst mit der konkreten Bestellung eines angestellten Betriebsarztes, der Verpflichtung eines bestimmten freiberuflich tätigen Arztes oder eines überbetrieblichen Dienstes konkretisiere und erst dann der Beteiligung des Betriebsrates nach den Regeln des § 9 Abs. 3 ArbSichG zugänglich sei.

Mit der vom LAG zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Antragsteller seinen Antrag weiter, während die Antragsgegnerin um Zurückweisung der Rechtsbeschwerde bittet. Die Verfahrensbeteiligten erklären vor dem Senat übereinstimmend, die beiden freiberuflich tätigen Ärzte seien auch jetzt noch als Betriebsärzte betraut; darüber hinaus sei von der für die Verfahrensdauer geschlossenen Betriebsvereinbarung kein Gebrauch gemacht worden.

Die Rechtsbeschwerde hatte zum Teil Erfolg.

Aus den Gründen

II. 1. Bei dem Begehren des Antragstellers handelt es sich um eine im Beschlussverfahren auszutragende "Angelegenheit aus dem BetrVG" nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 ArbGG (§ 8 Abs. 1, § 80 Abs. 1 ArbGG). Es ist zu entscheiden, ob dem Betriebsrat eine inhaltlich näher bestimmte Kompetenz als Organ der Betriebsverfassung zusteht.

2. Das Rechtsschutzinteresse an der weiteren Durchführung des Verfahrens besteht fort. Zwar hatten die Verfahrensbeteiligten in der während des erstinstanzlichen Verfahrens abgeschlossenen Betriebsvereinbarung für die Zeit nach dem 30.6.1977 eine Einigung über eine neue (andere) Regelung vorgesehen, doch ist es dazu nach ihrem übereinstimmenden Vortrag vor dem Senat nicht gekommen. Dieses tatsächliche Vorbringen zielt (nur) auf das Rechtsschutzinteresse und ist deshalb - trotz § 561 Abs. 1 ZPO - auch für das Rechtsbeschwerdegericht beachtlich. Da es bisher bei der von der Antragsgegnerin erfolgten und vom Antragsteller für die Dauer dieses Beschlussverfahrens lediglich geäußerten Verpflichtung der beiden freiberuflich tätigen Betriebsärzte verblieb, kann das Rechtsschutzinteresse nicht zweifelhaft sein. Gerade diese Verpflichtung der beiden Ärzte hat den betriebsverfassungsrechtlichen Streit ausgelöst.

3. Das LAG hat nicht geprüft, ob es sich bei der Festlegung der Art der betriebsärztlichen Betreuung um eine "Regelung über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz" i. S. von § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG handelt.

Es wird die Meinung vertreten, die Entscheidung des Arbeitgebers für eine (oder mehrere) der 3 Möglichkeiten der betriebsärztlichen Betreuung sei eine Entscheidung ohne kollektiven Bezug (*Rudolph*, BB 1976, 370 [371]; *Glaubitz*, BB 1977, 1403 [1405]). Richtig ist, dass § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG nur kollektive Tatbestände (= "Regelungen") und nicht auch Einzelmaßnahmen erfasst (*Denck*, ZfA 1976, 447 [453]). Bei der Wahl unter den drei Möglichkeiten, die das ArbSichG für die betriebsärztliche Betreuung lässt, geht es aber noch nicht um Einzelmaßnahmen; das Gesetz enthält auch keine allgemeinen Kriterien für diese Auswahl.

Für den einzelnen Betrieb - und damit auch und gerade für seine Arbeitnehmer - kann es von großer Bedeutung sein, in welcher Form die betriebsärztlichen Betreuung erfolgt. So kann z.B. durch die eine oder andere Form der betriebsärztlichen Versorgung eine intensivere Betreuung der Arbeitnehmer sichergestellt sein. In der Festlegung der Art der betriebsärztlichen Versorgung liegt deshalb nach der Auffassung des Senats eine "Regelung" i. S. von § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG (so auch: *Sund*, Arbeitsschutz 1977, 66; *Spinnarke*, BB 1976, 798 [799]; *Denck*, a.a.O., S. 464;

LAG Hamm, Beschl. vom 16. 6. 1978 - 3 Ta BV 83/77 - EzA Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitssicherheit). Abzulehnen ist die Auffassung, die Entscheidung betreffe keine "soziale Angelegenheit" i. S. der §§ 87, 88 BetrVG, weil weder die Arbeitsbedingungen der Belegschaft noch die Ordnung des Betriebes betroffen würden (*Rudolph*, BB 1976, 370 f.). **Einmal sind die Arbeitnehmer in starkem Maß daran interessiert, dass sie von Betriebsärzten betreut werden, die ihr Vertrauen genießen (*Kliesch-Nöthlich-Wagner*, ArbSichG, § 19 Anm. 5). Zum zweiten kann die Intensität der betriebsärztlichen Versorgung bei den verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten auch durchaus unterschiedlich sein.**

4. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei solchen Regelungen besteht aber nur, soweit eine gesetzliche Regelung nicht besteht (§ 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG).

Das LAG hat angenommen, eine solche das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats konkretisierende und modifizierende gesetzliche Regelung enthalte § 9 Abs. 3 ArbSichG (ebenso: LAG Hamm, nicht rechtskräftigen Beschluss vom 16. 6. 1978 - 3 Ta BV 83/77 = EzA Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitssicherheit). Nach § 9 Abs. 3 ArbSichG sind die Betriebsärzte mit Zustimmung des Betriebsrates zu bestellen. Hinsichtlich der anderen beiden möglichen Gestaltungsformen der betriebsärztlichen Betreuung bestimmt § 9 Abs. 3 Satz 3 ArbSichG, dass der Betriebsrat vor der Verpflichtung eines freiberuflich tätigen Arztes oder eines überbetrieblichen Dienstes zu hören ist. Das LAG meint, gegen seine Auffassung spreche auch nicht, dass nach § 9 Abs. 3 Satz 2, 2. Halbsatz ArbSichG im übrigen § 87 i. Verbindung mit § 76 des BetrVG gilt. Schon nach dem Satzaufbau beziehe sich die Geltung der genannten Vorschriften des BetrVG auf die Bestellung des Betriebsarztes. Weiterhin hat das LAG zur Begründung ausgeführt, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates in dem mit dem Antrag geforderten Umfang sei auch nicht praktikabel, da die Auswahl des Arbeitgebers zwischen den ihm nach dem ArbSichG gegebenen Möglichkeiten ein innerer Vorgang sei, der sich erst mit der Bestellung eines Betriebsarztes, der Verpflichtung eines freiberuflich tätigen Arztes oder eines überbetrieblichen Dienstes konkretisiere und erst dann der in § 9 Abs. 3 ArbSichG vorgesehenen Beteiligung des Betriebsrates zugänglich sei.

Dieser Auffassung des LAG kann der Senat nicht beipflichten. **Das ArbSichG selbst sieht eine Beteiligung des Betriebsrates erst vor, wenn die vom Arbeitgeber für erforderlich gehaltenen Betriebsärzte gemäß § 9 Abs. 3 ArbSichG zu bestellen oder zu verpflichten sind. Das ändert aber nichts daran, dass nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG eine andere Mitbestimmung des Betriebsrates schon vorher eingreift. Mitbestimmungspflichtig nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ist nämlich die Entscheidung, welche der drei Möglichkeiten zur Erfüllung der Pflichten des Arbeitgebers nach dem ArbSichG zu**

wählen ist: die Einstellung hauptberuflicher Kräfte, die Verpflichtung freiberuflicher Ärzte oder der Anschluss an einen überbetrieblichen Dienst von Betriebsärzten. Nach dem ArbSichG sind zwar dem Arbeitgeber 3 Modelle zur Verfügung gestellt, unter denen er wählen kann. Diese Modelle sind aber auf den konkreten Betrieb bezogen nicht notwendig gleichwertig. Der Arbeitgeber ist daher verpflichtet, nach Möglichkeit die für seinen Betrieb effektive Gestaltung zu wählen; besagt doch auch § 1 Nr. 3 ArbSichG, dass es Aufgabe der Ärzte und Sicherheitskräfte ist, den Arbeitgeber in Fragen des Arbeitsschutzes und der Unfallverhütung bestmöglich zu unterstützen. Hier sind vom Ges. Aufgaben angesprochen, die in erster Linie die Arbeitnehmer berühren, ihren Schutz bezwecken. Deshalb ist es nach der Auffassung des Senats nur folgerichtig, dass der Betriebsrat bei der Auswahl des für den (jeweiligen) Betrieb geeigneten Modells mitzubestimmen hat (*Kliesch-Nöthlich-Wagner, ArbSichG, § 19 Anm. 5*).

Gegen das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ist eingewendet worden, die Frage, welche Form der betriebsärztlichen Betreuung gewählt werden solle, lasse sich von der Bestellung oder Verpflichtung des Arztes oder des überbetrieblichen Dienstes nicht in der Weise trennen, dass beide Akte unterschiedlichen Mitbestimmungsrechten des Betriebsrates unterworfen sein könnten (so ausführlich der nicht rechtskräftige Beschluss des LAG Hamm vom 16.06.1978 - 3 Ta BV 83/77 - EzA Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitssicherheit). Die Entscheidung, welche Form der betriebsärztlichen Betreuung letztlich gewählt werden soll, könne sachgerecht nur im Hinblick auf konkrete Personen oder im Hinblick auf die sachliche und personelle Ausstattung bestimmter vorhandener überbetrieblicher Dienste getroffen werden. Gehe man davon aus, dass eine solche konkrete Entscheidung schon nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG der Mitbestimmung des Betriebsrates unterläge, so wäre nicht einzusehen, warum dann die Bestellung des Betriebsarztes, für den ja die Entscheidung schon unter Beachtung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrates gefallen ist, noch einmal der Zustimmung des Betriebsrates bedürfe oder warum vor der Verpflichtung eines freiberuflichen Arztes oder eines überbetrieblichen Dienstes der Betriebsrat noch einmal zu hören sei.

Diese Überlegung hat sicher Gewicht, doch kann auch eine abstrakte Entscheidung für eine der drei Möglichkeiten der gesundheitlichen Betreuung durchaus sinnvoll getroffen werden. Ob es möglich ist, abstrakt zu bestimmen, welches Modell im Regelfall das Beste ist, kann dahinstehen (vgl. z.B. *Kliesch-Nöthlich-Wagner, ArbSichG, § 19 Anm. 5*, die dabei folgende Reihenfolge annehmen: Einstellung der Ärzte als Arbeitnehmer, Verpflichtung eines überbetrieblichen Dienstes, Bestellung eines freiberuflich tätigen Arztes). **Man kann aber zumindest betriebsbezogen allgemeine Kriterien aufstellen, so z.B., dass es wegen der**

Größe des Betriebes oder wegen bestimmter Gefahren im Betrieb erforderlich ist, einen mit dem Betriebsgeschehen besonders vertrauten Betriebsarzt einzustellen, weil nur auf diese Weise eine intensive Betreuung der Arbeitnehmer sichergestellt werden kann (vgl. Sund, a.a.O., S. 66). Auch könnte der Betriebsrat bei der Meinungsbildung beispielsweise zugunsten eines arbeitsmedizinischen Zentrums auf die größere arbeitsmedizinische Qualifikation, die bessere medizinisch-technische Ausstattung oder auf die weniger starke wirtschaftliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber hinweisen (vgl. Konstanty, Soziale Sicherheit 1976, 358 [359]).

Nach der Meinung des Senats will § 9 Abs. 3 ArbSichG mit der Trennung zwischen Zustimmungserfordernis und Anhörung nur den Fall regeln, **dass nach der abstrakten Wahl zwischen den drei Möglichkeiten der betriebsärztlichen Versorgung entschieden wird, welche konkrete Person oder welcher konkrete Dienst zu welchen Bedingungen in Anspruch genommen wird. Es gibt keinen Hinweis, aus dem entnommen werden könnte, der Gesetzgeber habe durch die Regelungen über die Beteiligung des Betriebsrates in § 9 Abs. 3 ArbSichG die "Vorfrage", welche der 3 Lösungen gewählt werden soll, der alleinigen Entscheidung des Arbeitgebers vorbehalten wollen. Im Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung (vgl. z.B. BT-Drucks. 7/1085, S. 7) ist mehrfach darauf hingewiesen, dass die Regelung des § 9 Abs. 3 ArbSichG sonstige Rechte des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG, die mit der Erfüllung einzelner Pflichten nach dem ArbSichG zusammenhängen, unberührt lasse (Sund, a.a.O., S. 66; Denck, a.a.O., S. 475 ff.).**

5. Gegenüber der vom Senat und auch im Schrifttum wohl überw. vertretenen, oben dargelegten Auffassung (*Fitting-Auffarth-Kaiser*, BetrVG, 12. Aufl., § 87 RdNr. 42; *Galperin-Löwisch*, BetrVG, 5. Aufl., § 87 RdNr. 162 und 164; *Kliesch-Schmidt*, Gesundheitsschutz und Sicherheitstechnik in Betrieben, 1974, S. XVIII; *Graeff*, ArbSichG, § 9 Anm. 5.1; *Kliesch-Nöthlich-Wagner*, ArbSichG, § 1 Anm. 12, § 9 Anm. 8, § 19 Anm. 5; *Hüttig*, DB 1975, 594 [595]; *Föhr*, AuR 1975, 353 [360]; *Spinnarke*, BB 1976, 798 [799]; *Denck*, ZfA 1976, 447 [464]; *Sund*, Arbeitsschutz 1977, 66; *Konstanty*, Soziale Sicherheit 1976, 358 [359]; wohl auch *GK-Wiese*, BetrVG, § 87 Anm. 109 f.; a.A.: *Stege-Weinspach*, § 9 Anm. 4; *Gieselbels-Rehkopf*, ArbSichG, 2. Aufl., § 9 Anm. 15; *Rudolph*, BB 1976, 370 [371]; *Glaubitz*, BB 1977, 1403 [1405]) **wird ferner geltend gemacht, der Betriebsrat könne durch seine Mitbestimmung dem Arbeitgeber erhebliche finanzielle Aufwendungen aufzwingen.** Für die Entscheidung zur Form der Betreuung nach dem ArbSichG könne nichts anderes gelten als zur Entscheidung über die Form der betrieblichen Altersversorgung, die nach den Entscheidungen des BAG (vgl. AP Nr. 1bis Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung) mitbestimmungsfrei sei. Diese Auffassung berücksichtigt nicht, dass die Auswahl der Form

der Versorgungsleistungen deshalb zu den mitbestimmungsfreien unternehmerischen Entscheidungen gehört, weil die Besonderheiten der Versorgungsleistungen zu berücksichtigen sind, insb. deren Freiwilligkeit (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung [zu B 5 der Gründe]). Der Grundsatz der Freiwilligkeit besteht im Rahmen des ArbSichG gerade nicht (vgl. *Galperin-Löwisch*, a.a.O., § 87 Anm. 163; *Denck*, a.a.O., S. 463 f.).

6. Erfolglos bleiben musste die Rechtsbeschwerde allerdings, soweit der Antragsteller die "Fachkraft für Arbeitssicherheit" in sein Feststellungsbegehren mit einbezogen hat. Von keiner Seite ist auch nur andeutungsweise vorgetragen worden, dass zwischen den Verfahrensbeteiligten auch hinsichtlich dieser Person(en) Meinungsverschiedenheiten bestünden, geschweige denn die Entscheidungsbedürftigkeit eines aktuellen Streitfalles gegeben sei. Es fehlt damit insoweit an einem schlüssigen Vortrag für das - stets erforderliche - Rechtsschutzbedürfnis; die begehrte Entscheidung liefe auf ein unzulässiges (abstraktes) Rechtsgutachten hinaus. Insoweit haben deshalb die Vorinstanzen den Antrag -jedenfalls im Ergebnis - zu Recht zurückgewiesen.

[Hervorhebungen durch den Verfasser]