

Bewegliche Mitbestimmung

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble

Band 44

Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble
(Herausgeber)

Bewegliche Mitbestimmung

9. ZAAR-Tagung
Wiesbaden, 29. September 2017



ZAAR Verlag München 2018

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2018 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-39-8

Vorwort

Das Betriebsverfassungsrecht und das Unternehmensmitbestimmungsrecht sehen im Betrieb, im Unternehmen und im Unternehmensverbund grundsätzlich statische Größen. Arbeitnehmervertreter sollen über lange Zeit amtieren und langfristige Entscheidungen für die repräsentierte Belegschaftsbasis treffen. Doch die Wirklichkeit sieht oft anders aus. Aufgaben werden kurzfristig aus- und eingegliedert, Organisationseinheiten, Gesellschaften und Konzerne vergehen und entstehen immer schneller. Mithilfe digitalisierter Personalverwaltung lassen sich Leitungsstrukturen auf allen Ebenen zügig neu ordnen. Dadurch kommt es zu vertikalen Zuständigkeitsverschiebungen, und am Ende stehen oft Ungewissheiten über Bestand und Reichweite bisheriger Kollektivregelungen. Gleichzeitig ändert sich das Bild der Belegschaften. Während der leitende Angestellte im bisherigen System der Unternehmensmitbestimmung eine feste Rolle spielte, lassen ihn die europarechtlichen Regeln unbeachtet. Außerdem sind immer mehr Menschen als Selbständige für den Betrieb tätig, und werden dennoch notfalls als Heimarbeiter – teilweise unter die Fittiche des kollektiven Systems genommen. Die vielfältigen Gestaltungen machen es lohnenswert, die Stellschrauben des beweglichen Mitbestimmungssystems in den Blick zu nehmen. Wir möchten Sie einladen, das mit uns zusammen zu tun.

München, September 2017

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Abbo Junker

Professor Dr. Volker Rieble

Inhalt	Seite
Vorwort	5
Inhalt	7
Autoren	9
Abkürzungen	11
 <i>Holger Sutschet</i>	
Nichtarbeitnehmer in der Betriebsverfassung	15
Diskussion	47
 <i>Günter Schmitt-Rolfes</i>	
Funktion und Zukunft des leitenden Angestellten im Aufsichtsrat	53
Diskussion	73
 <i>Sebastian Kolbe</i>	
Bewegliche vertikale Betriebsratszuständigkeit – Tatbestand der zuständigkeitsändernden Unternehmerentscheidung	75
Diskussion	93
 <i>Volker Rieble</i>	
Bewegliche vertikale Betriebsratszuständigkeit – Rechtsfolgen	97
Diskussion	116
 Sachregister	 119

Autoren

Kolbe, Sebastian, Dr. iur., ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht mit dem Schwerpunkt deutsches, europäisches und internationales Arbeitsrecht, Universität Bremen

Rieble, Volker, Dr. iur., ordentlicher Professor für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht, Ludwig-Maximilians-Universität München und Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München

Schmitt-Rolfes, Günter, Dr. iur., Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Anwaltssozietät Schmitt-Rolfes Faltermeier, München

Sutschet, Holger, Dr. iur., Professor für Internationales Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht und Rechtsvergleichung, Hochschule Osnabrück

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht	BDA	Bundesvereini- gung der Deut- schen Arbeit- gebervverbände
Abs.	Absatz, Absätze	BDSG	Bundesdaten- schutzgesetz
AG	Aktiengesell- schaft/Die Akti- engesellschaft (Zeitschrift)	BeckOK ArbR.	Beck'scher On- line-Kommentar Arbeitsrecht
AGG	Allgemeines Gleichbehand- lungsgesetz	BeckRS	Beck-Recht- sprechung
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb (Zeit- schrift)	BetrVG	Betriebsverfas- sungsgesetz
AktG	Aktiengesetz	BGB	Bürgerliches Ge- setzbuch
AP	Arbeitsrechtliche Praxis	BR-Drucks.	Bundesrats- Drucksache
AR-Blattei SD.	Arbeitsrechts- Blattei – Systematische Darstel- lungen	BT-Drucks.	Bundestags- Drucksache
ArbGG	Arbeitsgerichts- gesetz	BUrlG	Bundesurlaubs- gesetz
ArbRAktuell ...	Arbeitsrecht Ak- tuell (Zeitschrift)	BVerfG	Bundesverfas- sungsgericht
ArbSchG	Arbeitsschutz- gesetz	BVerfGE	Entscheidungen des Bundesver- fassungsgerichts
Art.	Artikel	BVG	Besonderes Ver- handlungs- gremium
AÜG	Arbeitnehmer- überlassungsge- setz	bzw.	beziehungsweise
Aufl.	Auflage	ca.	circa
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)	DB	Der Betrieb (Zeit- schrift)
BAG	Bundesarbeits- gericht	DDR	Deutsche Demo- kratische Repu- blik
BAGE	Entscheidungen des Bundesar- beitsgerichts	ders.	derselbe
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)	DJT	Deutscher Juris- tentag
Bd.	Band, Bände	DrittelbG	Drittelbeteili- gungsgesetz
		DS-GVO	Datenschutz- Grundverordnung

EBRG	Gesetz über Europäische Betriebsräte	KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (Zeitschrift)
ErfKomm	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht	LAG	Landesarbeitsgericht
EU	Europäische Union	lit.	littera
EuGH	Europäischer Gerichtshof	MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht	NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
e.V.	eingetragener Verein	Nr.	Nummer, Nummern
f., ff.	folgende	NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
Fn.	Fußnote, Fußnoten	NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
FS	Festschrift	öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht
gem.	gemäß	ÖGB	Österreichischer Gewerkschaftsbund
GG	Grundgesetz	PersV	Die Personalvertretung (Zeitschrift)
ggf.	gegebenenfalls	PflegeZG	Pflegezeitgesetz
GK-BetrVG	Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz	RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	Rn.	Randnummer, Randnummern
GS	Großer Senat	s., S.	siehe, Seite, Seiten
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)	SE	Societas Europaea (Europäische Aktiengesellschaft)
HAG	Heimarbeitsgesetz		
Halbs.	Halbsatz		
h.M.	herrschende Meinung		
Hrsg.	Herausgeber		
IG Metall	Industriegewerkschaft Metall		
i.S.d.	im Sinne des		
jurisPR-ArbR.	juris PraxisReport Arbeitsrecht		

SEBG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäi- schen Gesell- schaft
SGB.....	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannte, so- genannter, so- genannten
SPA.....	Schnellbrief für Personalma- nagement und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
TVG	Tarifvertragsge- setz
u.a.....	und andere, unter anderem
UmwG	Umwandlungsge- setz
usw.	und so weiter
vgl.....	vergleiche
VO	Verordnung
WIB	Wirtschaftsrecht- liche Beratung (Zeitschrift)
WiVerw.....	Wirtschaft und Verwaltung (Zeit- schrift)
ZAAR.....	Zentrum für Ar- beitsbeziehungen und Arbeitsrecht
z.B.	zum Beispiel
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Nichtarbeitnehmer in der Betriebsverfassung

Holger Sutschet

Seite

I. Einleitung.....	16
II. Gesetzliche Regelung der Rechte in Ansehung von Nichtarbeit- nehmern.....	16
III. Zwei Gruppen von Nichtarbeitnehmern	17
IV. Fehlende Arbeitnehmereigenschaft	18
1. Arbeitnehmerähnliche Personen.....	18
2. Heimarbeit.....	19
3. Telearbeit.....	20
4. Crowdworker.....	23
5. Sondergruppen.....	27
V. Aufgespaltene Arbeitgeberstellung	28
1. Die Beteiligungsrechte im Falle der Leiharbeit	28
a) Gesetzliche Regelung.....	28
b) Weitere Beteiligungsrechte.....	29
aa) Soziale Angelegenheiten	30
bb) Personelle Einzelmaßnahmen	32
cc) Betriebsänderung.....	33
2. Sonderfall Rote-Kreuz-Schwestern	34
3. Werk- und Dienstvertragsarbeitnehmer	34
a) Fremdfirmeneinsatz als „Einstellung“	36
b) Sonstige Beteiligungsrechte	39
VI. Nichtarbeitnehmer und Betriebsvereinbarung	43
VII. Von der Betriebszugehörigkeit zur Normzwecklehre?	44
VIII. Fazit	46
Diskussion	47

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Bewegliche Mitbestimmung* (München 2018), S. 15-46

I. Einleitung

Das Betriebsverfassungsgesetz geht im Prinzip von einem Bild des Betriebs aus, in welchem eine räumliche Betriebsstätte existiert, an welcher die Arbeitnehmer, die zu dem Arbeitgeber in einem Arbeitsverhältnis stehen, gemeinsam ihre Arbeit verrichten. Für diese Arbeitnehmer soll der Betriebsrat zuständig sein. Von diesem Bild hat sich die Wirklichkeit des Arbeitslebens in vielen Betrieben erheblich entfernt.¹ Zum einen werden Personen tätig, die als Heimarbeiter, Telearbeiter oder Crowdworker jedenfalls keine räumliche Verbundenheit mit dem Betrieb und oftmals auch keine arbeitsvertragliche Verbundenheit mit dem Betriebsinhaber aufweisen. Zum anderen werden in der Betriebsstätte oftmals Personen tätig, welche auf den ersten Blick wie Arbeitnehmer des Betriebsinhabers wirken, allerdings als Leiharbeiternehmer oder Fremdfirmenmitarbeiter keinen Arbeitsvertrag mit ihm haben. Diese Vorgänge werfen die Frage auf, inwiefern dem Betriebsrat Rechte in Ansehung dieser Nichtarbeitnehmer zustehen.

II. Gesetzliche Regelung der Rechte in Ansehung von Nichtarbeitnehmern

In einigen Vorschriften hat der Gesetzgeber sich des Themas Nichtarbeitnehmer in der Betriebsverfassung angenommen. In § 5 Abs. 1 Satz 2 BetrVG wird der betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff ausgedehnt auf in Heimarbeit Beschäftigte, die in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten. § 14 AÜG ordnet eine teilweise betriebsverfassungsrechtliche Berücksichtigung von Leiharbeiternehmern im Entleiherbetrieb an. § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG gibt dem Betriebsrat einen Unterrichtsanspruch hinsichtlich der Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen, damit er prüfen kann, inwieweit hinsichtlich dieser Personen Beteiligungsrechte in Betracht kommen.² § 75 Abs. 1 BetrVG erteilt den Betriebsparteien den Auftrag, die Diskriminierung von im Betrieb tätigen Personen zu unterbinden. Wie weit dieser Personenkreis zu ziehen ist, ist im Einzelnen umstritten;³ je-

1 Krause nennt dies treffend die Erosion des Normalbetriebs; in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages (DJT), Band I: Gutachten, Teil B: Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, 2016, S. B 88.

2 BT-Drucks. 18/9232, S. 32; BAG 15.12. 1998 – 1 ABR 9/98, AP Nr. 56 zu § 80 BetrVG 1972; Henssler, Fremdpersonaleinsatz durch On-Site Werkverträge und Arbeitnehmerüberlassung – offene Fragen und Anwendungsprobleme des neuen Rechts, RdA 2017, 83, 100.

3 Siehe Richardi/Maschmann, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 15. Aufl. 2016, § 75 BetrVG Rn. 7; Weiße, Die Nichtarbeitnehmer im Betriebs-

denfalls erfasst er nicht bloß die Arbeitnehmer im Sinne des § 5 BetrVG. Nach § 92 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über die Personalplanung einschließlich der Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen, zu unterrichten.⁴

Sodann werden in § 5 Abs. 2 und 3 BetrVG bestimmte Personengruppen zu Nichtarbeitnehmern erklärt mit der Folge, dass hinsichtlich dieser Personen grundsätzlich keine Beteiligungsrechte in Betracht kommen.

Diese gesetzlichen Vorschriften regeln einige wichtige spezifische Aspekte, bei weitem aber nicht alle. Im Übrigen ist die Frage, wer ein betriebsverfassungsrechtlicher Nichtarbeitnehmer ist und inwieweit solche Personen betriebsverfassungsrechtlich zu berücksichtigen sind, Rechtsprechung und Wissenschaft zur Klärung überlassen.

III. Zwei Gruppen von Nichtarbeitnehmern

Für die Zwecke unserer Untersuchung empfiehlt es sich, zwei Gruppen von Nichtarbeitnehmern zu unterscheiden.⁵

Die eine Gruppe sind diejenigen Beschäftigten, bei welchen in Betracht kommt, dass die Arbeitnehmereigenschaft fehlt, weil sie nicht persönlich abhängig sind. Hierunter fallen arbeitnehmerähnliche Personen, Außendienstmitarbeiter und Telearbeiter, Heimarbeiter und Crowdworker. Für diese Beschäftigten ist jeweils zu prüfen, welche betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen auch dann gelten, wenn sie die Voraussetzungen des Arbeitnehmerbegriffs nicht erfüllen.

Die zweite Gruppe sind diejenigen Beschäftigten, die zwar Arbeitnehmer sind, jedoch nicht zu dem Arbeitgeber in einem Arbeitsverhältnis stehen, in dessen Betrieb sie ihre Arbeitsleistung erbringen. In diese Gruppe fallen Leiharbeiter und Werkvertrags-/bzw. Dienstvertragsarbeitnehmer. Für diese Beschäftigten ist jeweils zu prüfen, welche Rechte dem Betriebsrat im Einsatzbetrieb zustehen und welche Rechte durch den beim Vertragsarbeitgeber gebildeten Betriebsrat wahrgenommen werden.

verfassungsrecht, 2009, S. 166; Werner, in: BeckOK ArbR, 45. Edition 2017, § 75 Rn. 6 f.; Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, Betriebsverfassungsgesetz, 28. Aufl. 2016, § 75 Rn. 14; Müllner, Aufgespaltene Arbeitgeberstellung und Betriebsverfassungsrecht, 1978, S. 73.

4 Dazu Plander, Fremdfirmeneinsatz und Betriebsverfassung, AiB 1990, 19, 21 f.; Halbach, Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte des Einsatzes von Leiharbeitnehmern und Unternehmerarbeitern, DB 1980, 2389, 2393 f.; Hamann, Beteiligungsrechte des Betriebsrats beim Einsatz von Fremdpersonal, WiVerw 2001, 215, 227.

5 Vgl. Weiße (Fn. 3), S. 4 f., 47 ff., 81 ff.

IV. Fehlende Arbeitnehmereigenschaft

1. Arbeitnehmerähnliche Personen

Arbeitnehmerähnliche Personen sind Beschäftigte, welche nicht persönlich abhängig und deshalb keine Arbeitnehmer sind, die aber von dem Arbeitgeber wirtschaftlich abhängig sind und deshalb in gewissem Maße vom Gesetzgeber als schutzwürdig angesehen werden.⁶ Diese Gruppe setzt sich vor allem aus Heimarbeitern, Handelsvertretern und sog. freien Mitarbeitern in vornehmlich künstlerischen oder journalistischen Berufen zusammen. Von dem Sonderfall der Heimarbeit abgesehen (dazu unten IV 2) sind arbeitnehmerähnliche Personen keine Arbeitnehmer im Sinne des § 5 BetrVG und unterfallen somit *de lege lata*⁷ grundsätzlich nicht dem Betriebsverfassungsrecht.⁸

Arbeitnehmerähnliche Personen werden aber vom Arbeitgeber beschäftigt, ohne dass ein Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber besteht. Deshalb hat der Betriebsrat gemäß § 80 Abs. 2 BetrVG einen umfassenden Unterrichtsanspruch über die Beschäftigung dieser Personen.⁹ Zudem gilt für sie auch § 75 Abs. 1 BetrVG.

Außerdem können arbeitnehmerähnliche Personen nach der Rechtsprechung auch in den Betrieb eingegliedert werden mit der Folge, dass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG besteht. Das BAG hat dies entschieden für den Fall der Beschäftigung einer Lehrkraft als freie Mitarbeiterin durch eine Sprachschule.¹⁰ Entscheidend hat das BAG darauf abgestellt, dass das Erteilen von Unterricht nach einer bestimmten von der Schule vorgegebenen Lehrmethode eine ihrer Art nach

6 *Besgen*, in: BeckOK ArbR (Fn. 3), § 5 BetrVG Rn. 23; *Müller-Glöge*, in: Münchener Kommentar zum BGB (MünchKommBGB), Bd. 4, 7. Aufl. 2016, § 611 BGB Rn. 213.

7 *De lege ferenda* für eine differenzierte Erstreckung des § 5 BetrVG auf arbeitnehmerähnliche Personen *Krause*, in: Verhandlungen des 71. DJT (Fn. 1), S. B 95 f.

8 *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 3), § 5 Rn. 92; *Raab*, in: Gemeinschaftskommentar Betriebsverfassungsgesetz (GK-BetrVG), Bd. I, 10. Aufl. 2014, § 5 Rn. 89; *Trümner*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 15. Aufl. 2016, § 5 Rn. 122; *Besgen*, in: BeckOK ArbR (Fn. 3), § 5 BetrVG Rn. 23; *Julius*, Die rechtliche und rechtstatsächliche Lage der „Neuen Selbständigen“, 1995, S. 181 ff.

9 BAG 15.12. 1998 – 1 ABR 9/98 (Fn. 2); *Koch*, in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl. 2017, § 212 Rn. 8.

10 BAG 27.7. 1993 – 1 ABR 7/93, NZA 1994, 92.

weisungsgebundene Tätigkeit sei und der Unterricht vom Arbeitgeber organisiert werde.¹¹

Schließlich lässt der Gesetzgeber den arbeitnehmerähnlichen Personen in verschiedenen Gesetzen (§ 3 Abs. 9 Nr. 6 BDSG [§ 26 Abs. 8 Satz 1 Nr. 6 BDSG neu¹²]; § 2 Satz 2 BUrlG; § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG [mit Ausnahme der Heimarbeiter]; § 6 Abs. 1 Nr. 3 AGG; § 7 Abs. 1 Nr. 3 PflegeZG) denselben arbeitsrechtlichen Schutz zuteilwerden, den auch Arbeitnehmer genießen. Soweit dies der Fall ist, stellt sich die Frage, ob der Betriebsrat insoweit die Einhaltung dieser Gesetze gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG auch in Ansehung der arbeitnehmerähnlichen Personen zu überwachen hat. Das ist jedenfalls wohl in Ansehung eingegliedelter Mitarbeiter zu bejahen; auch im Übrigen dürfte der Schutzzweck des § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG in Verbindung mit dem jeweiligen arbeitsrechtlichen Schutzgesetz eher dafür als dagegen sprechen.

2. Heimarbeit

Heimarbeiter ist, wer in selbstgewählter Arbeitsstätte allein oder mit seinen Familienangehörigen im Auftrag von Gewerbetreibenden oder Zwischenmeistern erwerbsmäßig arbeitet, jedoch die Verwertung der Arbeitsergebnisse dem unmittelbar oder mittelbar auftraggebenden Gewerbetreibenden überlässt (§ 2 Abs. 1 Satz 1 HAG). Erwerbsmäßig ist die Heimarbeit, wenn sie auf gewisse Dauer angelegt ist und zum Lebensunterhalt beitragen soll, wobei der zeitliche Umfang der Tätigkeit und die Höhe des Verdienstes¹³ ebenso unerheblich sind wie die Frage, ob der Lebensunterhalt überwiegend mit Heimarbeit verdient wird.¹⁴

Für Heimarbeiter und Hausgewerbetreibende bestimmt § 5 Abs. 1 Satz 2 BetrVG, dass diese – nicht aber die mithelfenden Angehörigen¹⁵ – als Arbeitnehmer gelten, wenn sie in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten. Anders als für Außendienstmitarbeiter und Telearbeiter gilt das BetrVG für die in Heimarbeit Beschäftigten auch dann, wenn diese die allgemeinen Voraussetzungen des Arbeitnehmerbegriffs nicht erfüllen, was regelmäßig schon deswegen der Fall sein wird, weil diese Beschäftigten Ar-

11 Ähnlich BAG 15.4.1986 – 1 ABR 44/84, AP Nr. 35 zu § 99 BetrVG 1972 mit Anmerkung *Streckel*.

12 BT-Drucks. 18/11325, S. 30.

13 Kritisch zur Unerheblichkeit der wirtschaftlichen Abhängigkeit *Otten*, Zum Begriff der in Heimarbeit Beschäftigten als Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes, 1982, S. 18 ff.

14 BAG 14.6.2016 – 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453, 1457; BAG 12.7.1988 – 3 AZR 569/86, NZA 1989, 141.

15 *Otten* (Fn. 13), S. 45; *Preis*, in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), Multimedia-Recht, 44. Ergänzungslieferung 2017, Teil 22.2 Rn. 61.

beitsplatz sowie Zeitpunkt und Zeitdauer ihrer Tätigkeit frei bestimmen können und Hilfspersonen hinzuziehen dürfen und somit in geringerem Umfang persönlich abhängig sind als Arbeitnehmer.¹⁶ Diese Nichtarbeitnehmer sind also aufgrund der ausdrücklichen Einbeziehung in den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ebenso zu behandeln wie Arbeitnehmer des Betriebs.

Vorausgesetzt wird allerdings, dass die in Heimarbeit Beschäftigten in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten. Wer in Heimarbeit für mehrere Betriebe arbeitet, wird betriebsverfassungsrechtlich demzufolge nur einem dieser Betriebe zugeordnet.¹⁷ Die allgemeine Regelung des § 75 BetrVG hingegen gilt für sämtliche Personen, die im Betrieb tätig sind und erfasst somit alle Heimarbeiter unabhängig davon, ob sie in der Hauptsache für diesen Betrieb tätig sind oder nicht.¹⁸

Theoretisch kommt in Betracht, dass ein Heimarbeiter, der nicht in der Hauptsache für den Betrieb arbeitet, als arbeitnehmerähnliche Person betriebsverfassungsrechtlich zu berücksichtigen ist, sofern eine Eingliederung in den Betrieb vorliegt. Das setzt freilich voraus, dass der Heimarbeiter von dem Arbeitgeber wirtschaftlich abhängig ist,¹⁹ woran es in der Regel fehlen dürfte, wenn der Heimarbeiter nicht in der Hauptsache für ihn tätig ist.

3. Telearbeit

§ 5 Abs. 1 BetrVG bestimmt, dass auch die in Telearbeit Beschäftigten Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG sind. Damit ist nun freilich nicht gemeint, dass auch *Selbständige*, welche in Telearbeit Leistungen erbringen, Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsrechts sein sollen. Vielmehr müssen die allgemeinen Voraussetzungen des Arbeitnehmerbegriffs, also die persönliche Abhängigkeit, auch bei ihnen vorliegen, damit sie betriebsverfassungsrechtlich Arbeitnehmer sind.²⁰

¹⁶ BAG 24.8. 2016 – 7 AZR 625/15, NZA 2017, 244.

¹⁷ Koch, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 17. Aufl. 2017, § 5 BetrVG Rn. 8; Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier (Fn. 3), § 5 Rn. 311.

¹⁸ Otten (Fn. 13), S. 81 ff.

¹⁹ Wenn es daran fehlt, ist der Heimarbeiter keine arbeitnehmerähnliche Person; anderer Ansicht Richardi, in: Richardi (Fn. 3), § 5 Rn. 120; Waniorek, Gestaltungsformen der Teleheimarbeit, 1989, S. 153 ff. will den Heimarbeiterbegriff um das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit ergänzen.

²⁰ Raab, in: GK-BetrVG, Bd. II, 10. Aufl. 2014, § 5 Rn. 50; Buchner, Betriebsverfassungs-Novelle auf dem Prüfstand, NZA 2001, 633, 635 f.; Hanau, Die Reform der Betriebsverfassung, NJW 2001, 2513, 2515; Christiansen, Betriebszugehörigkeit, 1998, S. 169; vgl. BAG 6.5. 1998 – 5 AZR 247/97, NZA 1999, 205.

Das Besondere an diesen Arbeitnehmern ist die räumliche Distanz zu dem Betrieb. Herkömmlicherweise versteht man unter einem Betrieb eine räumlich lokalisierbare Betriebsstätte, zu welcher die Arbeitnehmer sich zur Arbeitsaufnahme begeben und an der sie die Arbeitszeit gemeinsam verbringen. Der Telearbeiter ist insoweit außen vor, ist aber dennoch Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsrechts. Diesbezüglich wird davon gesprochen, der Betriebsbegriff sei funktional und nicht räumlich zu verstehen; die Einbindung in die betriebliche Organisation reiche für den Arbeitnehmerstatus aus; auf die Tätigkeit im online- oder offline-Betrieb komme es nicht an; wichtiger sei die Bindung an eine vom Arbeitgeber vorgegebene Software, sofern diese Weisungsgebundenheit vermitteln.²¹ Diese Sichtweise vermischt allerdings die Frage, ob der Beschäftigte ein Arbeitnehmer ist, mit der Frage, ob er betriebszugehörig ist.²² Die Weisungsgebundenheit, welche gegebenenfalls durch die Software vermittelt wird,²³ ist Merkmal des Arbeitnehmerbegriffs. Fehlt sie, so ist der Beschäftigte kein Arbeitnehmer, unabhängig davon, wo er arbeitet; er kann dann allenfalls Heimarbeiter sein.²⁴ Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsrechts ist nur der weisungsgebundene Telearbeiter. Die Aussage des § 5 Abs. 1 BetrVG in Bezug auf diese Beschäftigten lautet: Wenn sie Arbeitnehmer sind, dann steht ihre räumliche Abwesenheit von der Betriebsstätte der Anwendung des Betriebsverfassungsrechts nicht entgegen.²⁵ Die Vorschrift beantwortet aber nicht die Frage, ob diese Beschäftigten Arbeitnehmer sind, sondern setzt die Arbeitnehmereigenschaft voraus.²⁶

21 Koch, in: ErfK (Fn. 17), § 5 BetrVG Rn. 11; Besgen, in: BeckOK ArbR (Fn. 3), § 5 BetrVG Rn. 20.

22 Ähnlich missverständlich aber schon die Begründung dieser Vorschrift (BT-Drucks. 14/5741, S. 35): „Die mit dieser Art von Beschäftigung einhergehende Lockerung des für den Arbeitnehmerstatus wesentlichen Merkmals der persönlichen Abhängigkeit, die u.a. durch die Eingliederung des Beschäftigten in den Betrieb des Arbeitgebers gekennzeichnet ist, ist unschädlich.“

23 Genauer Preis, in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Fn. 15), Teil 22.2 Rn. 28 ff. Kritisch zu diesem Ansatz Waniorek (Fn. 19), S. 120 ff.

24 Raab, in: GK-BetrVG, Bd. II (Fn. 20), § 5 Rn. 53; Trümner, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn. 8), § 5 Rn. 129; Besgen, in: BeckOK ArbR (Fn. 3), § 5 BetrVG Rn. 20; Koch, in: ErfK (Fn. 17), § 5 BetrVG Rn. 11; Waniorek (Fn. 19), S. 38 ff.; Christiansen (Fn. 20), S. 171; vgl. auch Preis, in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Fn. 15), Teil 22.2 Rn. 43 ff.

25 Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier (Fn. 3), § 5 Rn. 201; vgl. auch Trümner, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn. 8), § 5 Rn. 14.

26 Anderer Ansicht Kloppenburg, in: Düwell (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl. 2014, § 5 Rn. 63.

Daraus folgt: Ist der Telearbeiter Arbeitnehmer (worüber die Weisungsgebundenheit entscheidet), dann gilt für ihn das BetrVG.²⁷ Ist er nicht weisungsgebunden und deshalb nicht Arbeitnehmer, gilt das BetrVG für ihn dann, wenn er Heimarbeiter und in der Hauptsache für den Arbeitgeber tätig ist. Ist er weder weisungsgebunden noch Heimarbeiter, so gilt das BetrVG nicht.²⁸

Nach diesem Maßstab wird der Telearbeiter, der infolge fehlender Weisungsgebundenheit nicht Arbeitnehmer ist, regelmäßig Heimarbeiter sein. Im Einzelfall mag es in Betracht kommen, dass der Telearbeiter seine Arbeitsergebnisse selbst verwertet und deshalb aus dem Heimarbeiterbegriff herausfällt. Im Regelfall aber tritt der Telearbeiter nicht mit einem eigenen Produkt am Markt auf, sondern erbringt eine Leistung nach Vorgabe des Auftraggebers für dessen betriebliche Zwecke, so dass die Verwertung des Arbeitsergebnisses dem Auftraggeber überlassen wird. Auch kommt in Betracht, dass der Heimarbeitsbegriff daran scheitert, dass der Auftraggeber kein Gewerbe betreibt. Diese Beschränkung ist *de lege lata* hinzunehmen; freilich ist nicht recht einzusehen, weshalb etwa ein in Telearbeit beschäftigter Programmierer betriebsverfassungsrechtlich unterschiedlich behandelt werden soll, je nachdem, ob er für einen Produktionsbetrieb oder eine Rechtsanwaltskanzlei arbeitet. *De lege ferenda* also sollte die Beschränkung auf Gewerbebetriebe jedenfalls für die Frage der Anwendbarkeit des BetrVG aufgegeben werden.

Liegt Heimarbeit vor, so hängt die Geltung des Betriebsverfassungsrechts gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 BetrVG weiter davon ab, ob der Telearbeiter in der Hauptsache für den Betrieb tätig ist.²⁹ Sofern dies der Fall ist, wird er betriebsverfassungsrechtlich wie ein Arbeitnehmer behandelt. Hat der Arbeitgeber mehrere Betriebe, wird der Telearbeiter dem Betrieb zugeordnet, zu dem die engste kommunikationstechnische Verknüpfung besteht.³⁰

Wie steht es nun aber, wenn der Telearbeiter seinen Arbeitsplatz im Ausland hat? Für den Vertrag zwischen dem Arbeitgeber und dem Telearbeiter gilt, sofern keine Rechtswahl getroffen wurde, das Heimatrecht des Telearbeiters – entweder gemäß Art. 8 Rom I-VO als Arbeitsvertragsstatut oder gemäß Art. 4 Rom I-VO als Vertragsstatut. Die Geltung des Betriebsverfassungsgesetzes in Ansehung eines im Ausland Beschäftigten hängt hingegen erstens davon ab, ob das BetrVG gilt und zweitens, ob der Auslandsbeschäftigte dem BetrVG unterfällt. Für das Betriebsverfassungs-

27 Zu den Spezifika der Anwendung des BetrVG auf Tele-Arbeitnehmer *Schulze/Ratzesberger*, Telearbeit: Fluch oder Segen? – Mitbestimmung des Betriebsrats bei mobiler Arbeit, ArbRAktuell 2016, 109.

28 *Preis*, in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Fn. 15), Teil 22.2 Rn. 61.

29 *Preis*, in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Fn. 15), Teil 22.2 Rn. 61.

30 *Preis*, in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Fn. 15), Teil 22.2 Rn. 64.

recht gilt das Territorialitätsprinzip; es kommt also darauf an, ob der Betrieb sich in Deutschland befindet. Welches Recht im Verhältnis Arbeitgeber – Beschäftigter gilt, ist hingegen unerheblich.³¹ Auch bei Geltung ausländischen Rechts auf der individualrechtlichen Ebene kommt daher die Anwendung des BetrVG in Betracht. Dieses erfasst aber die Auslandsbeschäftigten nach der Rechtsprechung des BAG nur dann, wenn sog. „Ausstrahlungen“ des inländischen Betriebs auf die Auslandsbeschäftigung gegeben sind³². Damit soll insbesondere die Fortgeltung des BetrVG für nur vorübergehend ins Ausland entsandte Arbeitnehmer gesichert werden. Eine solche Ausstrahlung fehlt aber, wenn der Arbeitnehmer von vornherein nur im Ausland eingesetzt werden soll.³³

Die Anwendung dieser Grundsätze müssten also dazu führen, dass der Telearbeiter dem Betriebsverfassungsrecht nicht unterfällt, wenn er von vornherein nur an seinem ausländischen Arbeitsplatz tätig werden soll. Die Regelung des § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG hingegen spricht dafür, ihn dennoch als betriebsangehörigen Arbeitnehmer anzusehen, selbst wenn er von vornherein nur im Ausland tätig werden sollte und es daher an einer „Ausstrahlung“ des Betriebs auf seinen Arbeitsplatz fehlt.³⁴ Zwar zielt die Vorschrift nicht unmittelbar auf die Frage der Auslandsbeschäftigung. Sie erfasst diese aber ihrem Wortlaut nach und es ist nicht ersichtlich, dass eine teleologische Reduktion geboten wäre; warum auch sollte bei einem Firmensitz in Konstanz der Telearbeiter in Flensburg dem Betriebsverfassungsrecht unterfallen, nicht aber der Telearbeiter in St. Gallen? Auch der von vornherein nur im Ausland tätige Telearbeiter unterfällt also – bei Erfüllung der Voraussetzungen im Übrigen – dem Betriebsverfassungsrecht.

4. Crowdworker

Crowdworking oder Crowdsourcing (von Crowd und Outsourcing) ist dadurch gekennzeichnet, dass der Arbeitgeber eine bestimmte Aufgabe im Intranet oder Internet in der Weise ausschreibt, dass eine Vielzahl von Personen (die Crowd) sich der Erledigung dieser Aufgabe annehmen kann.³⁵ Besteht die Crowd aus eigenen Arbeitnehmern, spricht man von internem, sonst von externem Crowdworking.

31 BAG 21.10. 1980 – 6 AZR 640/79, NJW 1981, 1176.

32 BAG 21.10. 1980 – 6 AZR 640/79 (Fn. 31); kritisch zu diesem Ansatz *Christiansen* (Fn. 20), S. 152 ff. und ablehnend *Raab*, in: GK-BetrVG, Bd. II (Fn. 20), § 7 Rn. 45.

33 BAG 21.10. 1980 – 6 AZR 640/79 (Fn. 31).

34 Im Ergebnis ebenso *Preis*, in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Fn. 15), Teil 22.2 Rn. 62.

35 Beispiele und Zahlen zur wirtschaftlichen Bedeutung von Crowdwork bei *Krause*, in: Verhandlungen des 71. DJT (Fn. 1), S. B 101 f.

In der Einführung von internem oder externem Crowdfunding liegt eine neue Form der Arbeitsorganisation sowie eine Änderung der Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufe und im Falle von externem Crowdfunding auch eine Ausgliederung von Arbeit. Der Betriebsrat kann deshalb gemäß § 92a BetrVG Vorschläge zur Sicherung und Förderung der Beschäftigung machen, welche der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat zu beraten hat. Auch kann in der Einführung von internem oder externem Crowdfunding eine grundlegende Änderung der Betriebsorganisation und/oder eine Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und somit eine Betriebsänderung im Sinne des § 111 Satz 3 Nr. 4, 5 BetrVG liegen.³⁶

Beim internen Crowdfunding besteht die Crowd aus den eigenen Arbeitnehmern, welche betriebsverfassungsrechtlich vom Betriebsrat vertreten werden. Diese Konstellation liegt deshalb außerhalb des Gegenstands unserer Untersuchung.

Beim externen Crowdfunding wird die zu erledigende Aufgabe in einem Internetportal eingestellt und die dort registrierten Nutzer können sich der Erledigung der Aufgabe annehmen. Dieses Modell kann so umgesetzt sein, dass derjenige, der die Aufgabe zuerst erledigt hat, die dafür versprochene Vergütung erhält oder auch in der Weise, dass der Ausschreibende sich unter mehreren Arbeitsergebnissen eines auswählt und vergütet; letzteres ist insbesondere im Bereich Design verbreitet.

Der Crowdworker steht im Fall des externen Crowdfunding in aller Regel nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber.³⁷ Der Crowdworker entscheidet selbst, ob er sich der Aufgabe annehmen will und wann, wo und mit welchen Arbeitsmitteln er die Aufgabe erledigt; auch kann er gegebenenfalls – je nach Ausgestaltung der Beziehung zwischen Crowdwor-

36 *Däubler/Klebe*, Crowdfund: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht?, NZA 2015, 1032, 1041; *Imping*, in: Kilian/Heussen (Hrsg.), Computerrechts-Handbuch, 33. Ergänzungslieferung 2017, 70.11 Rn. 27.

37 *Krause*, in: Verhandlungen des 71. DJT (Fn. 1), S. B 104; *ders.*, Herausforderung Digitalisierung der Arbeitswelt und Arbeiten 4.0, NZA-Beilage 2017, S. 53, 59; *ders.*, Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, NJW-Beilage 2016, S. 33, 36; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 3), § 5 Rn. 85b; *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1034 f.; *Trümner*, in: *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde* (Fn. 8), § 5 Rn. 62d; *Hanau*, Schöne digitale Arbeitswelt?, NJW 2016, 2613, 2615; *Raif/Nann*, Arbeitsrecht 4.0 – Möglichkeiten und Hürden in der digitalen Arbeitswelt, GWR 2016, 221, 222; *Deinert*, Neuregelung des Fremdpersonaleinsatzes im Betrieb, RdA 2017, 65, 68; *Bauer/Günther/Böglmüller*, Keine entgrenzte Mitbestimmung im Arbeits- und Gesundheitsschutz, NZA 2016, 1361, 1363; *Franzen*, Folgen von Industrie 4.0 für die Betriebsverfassung – Betriebsbegriff und Vereinbarungen nach § 3 BetrVG, in: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), Industrie 4.0 als Herausforderung des Arbeitsrechts, 2016, S. 114.

ker und Auftraggeber durch die Plattform – nach angefangener Arbeit die Tätigkeit jederzeit wieder einstellen. Damit ist der Crowdworker also Selbstständiger und somit kein Arbeitnehmer im Sinne des § 5 BetrVG.³⁸ Er dürfte aber als „Beschäftigter, der nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber steht“, im Sinne von § 80 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 BetrVG anzusehen sein mit der Folge, dass der Betriebsrat Unterrichtung insbesondere über den zeitlichen Umfang des Einsatzes, den Einsatzort und die Arbeitsaufgaben der Crowdworker verlangen kann.³⁹ Über die Arbeitsaufgabe kann der Arbeitgeber unschwer Auskunft erteilen. Soweit hingegen Einsatzort und zeitlicher Umfang des Einsatzes in Rede stehen, wird der Arbeitgeber hierüber oftmals keine Informationen haben. Ob der Arbeitgeber insoweit von der Unterrichtungspflicht befreit oder ob er gehalten ist, diese Informationen von den Crowdworkern abzufragen, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen.

Es kommt aber in Betracht, dass der Crowdworker ein Heimarbeiter ist mit der Folge, dass er unter Umständen gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 BetrVG betriebsverfassungsrechtlich als Arbeitnehmer gilt.⁴⁰ Nach dem Heimarbeiterbegriff setzt dies Erwerbsmäßigkeit voraus, die Tätigkeit muss also auf gewisse Dauer angelegt sein und zum Lebensunterhalt beitragen, wobei – wie dargelegt – der zeitliche Umfang der Tätigkeit und die Höhe des Verdienstes ebenso unerheblich sind wie die Frage, ob der Lebensunterhalt überwiegend mit Heimarbeit verdient wird.⁴¹ Einer empirischen Untersuchung zufolge spielt die Vergütung für 12 % der Crowdworker eine untergeordnete Rolle;⁴² jedenfalls für die anderen 88 % darf also wohl vermutet werden, dass die über Crowdwork erzielten Einkünfte zum Lebensunterhalt beitragen sollen. Damit steht und fällt die Heimarbeiter-Eigenschaft der Crowdworker nur noch mit der Frage, ob die Heimarbeit auf gewisse Dauer angelegt ist. Wo dies der Fall ist, ist der Crowdworker Heimarbeiter. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Beziehung zu einem bestimmten Auftraggeber auf Dauer angelegt ist;⁴³ entscheidend ist nur,

38 *Imping*, in: Kilian/Heussen (Fn. 36), 70.11 Rn. 27. Sollte dies im Einzelfall anders sein, so unterfällt der Crowdworker ebenso wie alle anderen Arbeitnehmer des Arbeitgebers auch dem Betriebsverfassungsrecht gemäß § 5 BetrVG; *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1041.

39 *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1040.

40 *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1041; *Klein*, Renaissance der Heimarbeit? – Neue Erwerbsformen der digitalen Arbeitswelt in der arbeitsrechtlichen Reformdiskussion, Schnellbrief für Personalmanagement und Arbeitsrecht (SPA) 2017, 93, 95.

41 BAG 14.6. 2016 – 9 AZR 305/15 (Fn. 14), 1457; BAG 12.7. 1988 – 3 AZR 569/86 (Fn. 14).

42 *Leimeister/Durward/Zogaj*, Crowd Worker in Deutschland, 2016, S. 48.

43 Anderer Ansicht *Waas*, Crowdwork in Germany, in: *Waas/Liebman/Lyubarsky/Kazuka*, Crowdwork – A Comparative Law Perspective, 2017, S. 170.

ob die Tätigkeit des Heimarbeiters insgesamt auf Dauer angelegt ist, wie sich daraus ergibt, dass das ungeschriebene Merkmal „auf Dauer angelegt“ nach der Rechtsprechung ein Bestandteil des gesetzlichen Merkmals „erwerbsmäßig“ ist. Es ist auch nicht erforderlich, dass der Heimarbeiter von einem bestimmten Auftraggeber wirtschaftlich abhängig ist.⁴⁴ Das HAG kennt diese Voraussetzung nicht. Sofern sie überhaupt jemals von der Rechtsprechung aufgestellt worden sein sollte,⁴⁵ entspricht dies jedenfalls nicht mehr der neueren Rechtsprechung.⁴⁶ Schließlich wird Heimarbeit auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Crowdworker sich selbst um die Arbeit bewirbt und sie ihm nicht vom Auftraggeber zugewiesen wird.⁴⁷ Auch diese Voraussetzung findet sich in der Definition des § 2 HAG nicht wieder. „Im Auftrag von“ jemandem wird auch derjenige tätig, der sich erfolgreich auf eine Ausschreibung beworben hat.

Ob der Crowdworker dem HAG unterfällt und deshalb dessen Bestimmungen zu beachten sind, ist vom Arbeitgeber zu überprüfen.⁴⁸

Wird demnach der Crowdworker oftmals zwar Heimarbeiter sein, so wird das Betriebsverfassungsrecht jedoch gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 BetrVG nur unter der zusätzlichen Voraussetzung auf ihn anwendbar sein, dass er in der Hauptsache für den Betrieb arbeitet. Zwar gibt es einen gewissen Anteil an Crowdworkern, für die Crowdwork die hauptsächliche Einnahmequelle (und also wohl auch Beschäftigung) sein wird.⁴⁹ Typischerweise aber setzt sich das aus Crowdwork über eine Vermittlungsplattform erzielte Einkommen aus einer Vielzahl von einzelnen Aufträgen für verschiedene Auftraggeber zusammen.⁵⁰ In der Regel wird es deshalb auch bei dem Crowdworker, der Heimarbeiter ist, nicht zu einer Betriebszugehörigkeit im Sinne des Betriebsverfassungsrechts kommen.⁵¹ Anderes kann freilich gelten, wenn die Plattform nicht Vermittler, sondern selbst Arbeitgeber ist.

44 So aber *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1036.

45 Siehe BAG 3.4. 1990 – 3 AZR 258/88, NZA 1991, 267.

46 BAG 14.6. 2016 – 9 AZR 305/15 (Fn. 14), 1457.

47 Anderer Ansicht *Krause*, in: Verhandlungen des 71. DJT (Fn. 1), S. B 105, der aber eine Ausdehnung des HAG auf Crowdworker *de lege ferenda* befürwortet (S. B 106 f.)

48 BAG 15.12. 1960 – 5 AZR 437/58, AP Nr. 2 zu § 2 HAG; *Vogelsang*, in: Schaub (Fn. 9), § 163 Rn. 22.

49 Siehe hierzu *Leimeister/Durward/Zogaj* (Fn. 42), S. 43 ff.

50 Vgl. *Krause*, in: Verhandlungen des 71. DJT, S. B 105; *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032, 1036.

51 *Hanau*, NJW 2016, 2613, 2617.

Schließlich kann der Crowdworker auch arbeitnehmerähnliche Person sein,⁵² was aber wirtschaftliche Abhängigkeit von dem Arbeitgeber voraussetzt; das dürfte deshalb praktisch kaum vorkommen.⁵³

Soweit eine Anwendung betriebsverfassungsrechtlicher Vorschriften auf Crowdworker hiernach in Betracht kommt, ist dieser Telearbeiter, so dass auch eine Auslandsbeschäftigung – wie gezeigt – der Anwendung des Betriebsverfassungsrechts nicht entgegensteht.

5. Sondergruppen

Strafgefangene, Ein-Euro-Jobber⁵⁴, Freiwillige im Bundes- oder Jugendfreiwilligendienst und Entwicklungshelfer nach dem Entwicklungshelfergesetz sind keine Arbeitnehmer und unterfallen daher nicht der Betriebsverfassung.⁵⁵ Für die Beschäftigung dieser Personen gilt aber § 80 Abs. 2 BetrVG, so dass der Arbeitgeber den Betriebsrat umfassend über die Beschäftigung zu unterrichten hat.

Beamte und Soldaten sind zwar keine Arbeitnehmer, gelten aber gemäß § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG als solche und unterfallen somit der Betriebsverfassung.

Die in § 5 Abs. 2 BetrVG genannten Personen sowie die leitenden Angestellten (§ 5 Abs. 3 BetrVG) können zwar Arbeitnehmer sein, werden aber ausdrücklich zu „Nichtarbeitnehmern“ im Sinne der Betriebsverfassung erklärt, so dass diese Personen der Betriebsverfassung nicht unterfallen.

Für alle diese Beschäftigten gilt aber § 75 Abs. 1 BetrVG, weil sie im Betrieb tätige Personen sind.⁵⁶

52 Hanau, NJW 2016, 2613, 2616; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 3), § 5 Rn. 85b.

53 Krause, in: Verhandlungen des 71. DJT (Fn. 1), B 105; Waas, in: Waas/Liebman/Lynbarsky/Kazuka (Fn. 43), S. 162.

54 Siehe § 16d Abs. 7 Satz 2 SGB II. Ein aktives Wahlrecht von Ein-Euro-Jobbern nimmt Schulze (Ein-Euro-Jobber – Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG? Wahlberechtigung und Mitbestimmung bei den so genannten MAE-Kräften, NZA 2005, 1332) an; dagegen Weiße (Fn. 3), S. 129 ff.

55 Koch, in: Schaub (Fn. 9), § 212 Rn. 8.

56 Siehe dazu und den damit verbundenen Streitfragen Richardi/Maschmann, in: Richardi (Fn. 3), § 75 BetrVG Rn. 7; Werner, in: BeckOK ArbR (Fn. 3), § 75 BetrVG Rn. 6 ff.; Kania, in: ErfK (Fn. 17), § 75 BetrVG Rn. 3; Berg, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn. 8), § 75 Rn. 9 ff.; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 3), § 75 Rn. 13; Otten (Fn. 13), S. 81 ff.; Kreutz, in: GK-BetrVG, Bd. II (Fn. 20), § 75 Rn. 13 ff.

V. Aufgespaltene Arbeitgeberstellung

In der zweiten Gruppe von Nichtarbeitnehmern geht es um Beschäftigte, die zu Arbeitgeber A in einem Arbeitsverhältnis stehen, ihre Tätigkeit aber im Betrieb des Arbeitgebers B entfalten. Nach der sog. Zwei-Komponenten-Lehre wären diese Arbeitnehmer im Einsatzbetrieb nicht zu berücksichtigen, weil die betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft hiernach kumulativ eine Eingliederung in den betreffenden Betrieb und einen Arbeitsvertrag mit dem Betriebsinhaber erforderte; an letzterem fehlt es in diesen Fällen. Diese Lehre hat das BAG in einer Entscheidung aus dem Jahr 2012⁵⁷ aufgegeben: In Fällen der aufgespaltenen Arbeitgeberstellung bedürfe es einer differenzierten Beurteilung der betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnung von Arbeitnehmern. Dabei seien zum einen die jeweiligen ausdrücklich normierten spezialgesetzlichen Konzepte, zum anderen aber auch die Funktion des Arbeitnehmerbegriffs im jeweiligen betriebsverfassungsrechtlichen Zusammenhang angemessen zu berücksichtigen.⁵⁸

1. Die Beteiligungsrechte im Falle der Leiharbeit

a) Gesetzliche Regelung

Im Falle der unechten⁵⁹ Leiharbeit ist das spezialgesetzliche Konzept in § 14 AÜG und § 7 Satz 2 BetrVG niedergelegt. Dieses sieht folgende Regelung vor:

- Leiharbeitnehmer haben das aktive Wahlrecht im Einsatzbetrieb, wenn sie länger als drei Monate eingesetzt werden (§ 7 Satz 2 BetrVG).
- Leiharbeitnehmer haben kein passives Wahlrecht im Einsatzbetrieb (§ 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG).⁶⁰

⁵⁷ BAG 5.12. 2012 – 7 ABR 48/11, AP Nr. 81 zu § 5 BetrVG 1972.

⁵⁸ Die Aufgabe der Zwei-Komponenten-Lehre hatte insbesondere die Funktion, den Weg zur Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei Schwellenwerten (vor der Neufassung des § 14 Abs. 2 Satz 4 AÜG) zu ebnen; siehe BAG 13.3. 2013 – 7 ABR 69/11, NZA 2013, 789; BAG 18.1. 2017 – 7 ABR 60/15, NZA 2017, 865.

⁵⁹ Im Falle echter Leiharbeit wird § 14 AÜG unmittelbar (*Hamann*, in: Schüren [Hrsg.], Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl. 2010, § 14 Rn. 439) oder analog (BAG 20.4. 2005 – 7 ABR 20/04, NZA 2005, 1006; *Kloppenburg*, in: Düwell [Fn. 26], § 5 Rn. 56; *Becker*, Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte beim drittbezogenen Personaleinsatz, AuR 1982, 369, 377 f.) angewendet.

⁶⁰ Demgegenüber hatte das BAG in einer Entscheidung aus dem Jahr 1958 (vor Inkrafttreten des AÜG) angenommen, dass Leiharbeitnehmern im Einsatzbetrieb sowohl das aktive wie auch das passive Wahlrecht zusteht, BAG 11.4. 1958 – 1 ABR 2/57, AP Nr. 1 zu § 6 BetrVG.

- Leiharbeitnehmer bleiben Angehörige des Verleiherbetriebs (§ 14 Abs. 1 AÜG).
- Leiharbeitnehmer dürfen im Entleiherbetrieb Sprechstunden aufsuchen und an Betriebsversammlungen teilnehmen⁶¹ (§ 14 Abs. 2 Satz 2 AÜG).
- Für Leiharbeitnehmer gelten im Entleiherbetrieb die §§ 81, 82 Abs. 1 und 84 bis 86 BetrVG (Unterrichtungs- und Erörterungspflicht, Anhörungsrecht, Beschwerderecht), § 14 Abs. 2 Satz 3 AÜG.
- Für betriebsverfassungsrechtliche Schwellenwerte sind im Entleiherbetrieb die Leiharbeitnehmer mitzuzählen (mit Ausnahme des § 112a BetrVG, § 14 Abs. 2 Satz 4 AÜG).⁶²
- Der Entleiherbetriebsrat bestimmt gemäß § 99 BetrVG vor der Übernahme eines Leiharbeitnehmers mit (§ 14 Abs. 3 AÜG).

b) Weitere Beteiligungsrechte

Diese gesetzliche Regelung ist nach dem Willen des Gesetzgebers⁶³ und allgemeiner Auffassung⁶⁴ nicht abschließend. Es kommt also insbesondere in Betracht, dass der Entleiherbetriebsrat weitere Beteiligungsrechte, zum Beispiel nach § 87 BetrVG, in Ansehung der Leiharbeitnehmer hat. Das entspricht ständiger Rechtsprechung des BAG spätestens seit einem Beschluss aus dem Jahr 1974, in welchem das Gericht neben dem Mitbestimmungsrecht des Entleiherbetriebsrats nach § 99 BetrVG eine ganze Reihe weiterer Beteiligungsrechte aufgezählt hat, nämlich die §§ 75, 80 Abs. 1 Nr. 1, 81, 82 Abs. 1, 84, 85, 87 und 89 BetrVG.⁶⁵

61 Anders BAG 5.12. 2012 – 7 ABR 48/11 (Fn. 57) zu Postbeamten aufgrund einer spezialgesetzlichen Regelung im Postpersonalrechtsgesetz.

62 Zu den damit verbundenen Streitfragen *Deinert*, RdA 2017, 65, 80 f.; *Hamann*, Fremdpersonal im Unternehmen, 5. Aufl. 2017, S. 193 f.; *Zimmermann*, Der Referentenentwurf zur AÜG-Reform 2017, BB 2016, 53, 56.

63 BT-Drucks. 9/847, S. 8 f.

64 *Linsenmaier/Kiel*, Der Leiharbeitnehmer in der Betriebsverfassung – „Zwei-Komponenten-Lehre“ und normzweckorientierte Gesetzesauslegung, RdA 2014, 135, 136; *Dörner*, Der Leiharbeitnehmer in der Betriebsverfassung, Festschrift Wißmann, 2005, S. 286, 291; *Hamann* (Fn. 62), S. 207; *Benecke*, Leiharbeitnehmer in der Betriebsverfassung des Entleihbetriebs – Das BAG zu Betriebszugehörigkeit und Schwellenwerten, Festschrift Wank, 2014, S. 27, 31; *Becker*, AuR 1982, 369, 375; *Schirmer*, Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung des Leiharbeitnehmers im Entleiherbetrieb, Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 1063, 1066.

65 BAG 14.5. 1974 – 1 ABR 40/73, NJW 1974, 1966.

Inwieweit dem Entleiherbetriebsrat neben den gesetzlich normierten Beteiligungsrechten weitere Rechte zustehen, muss eine normzweckorientierte Auslegung des jeweiligen Beteiligungsrechts ergeben. Von besonderer Wichtigkeit sind dabei die Beteiligungsrechte aus §§ 87, 99, 102 und 111 BetrVG.⁶⁶

aa) Soziale Angelegenheiten

Hinsichtlich der Mitbestimmungsrechte in sozialen Angelegenheiten nach § 87 BetrVG liegen höchstrichterliche Entscheidungen vor zu Nr. 1⁶⁷, 2⁶⁸, 3⁶⁹ und 6⁷⁰. Danach bestimmt der Entleiherbetriebsrat mit bei Fragen der Ordnung des Betriebs⁷¹, der Lage der Arbeitszeit⁷² und technischen Überwachungseinrichtungen.⁷³ Im Falle der vorübergehenden Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit ist zu unterscheiden: Wird diese Entscheidung durch den Verleiher getroffen, indem der Leiharbeitnehmer zu einem Entleiher gesendet wird, bei dem er mehr als die im Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer vereinbarte Zeit arbeiten muss, so bestimmt der Verleiherbetriebsrat mit.⁷⁴ Ist hingegen die Weisungsbefugnis in Ansehung der Anordnung von Mehrarbeit dem Entleiher übertragen und macht dieser davon Gebrauch, so bestimmt der Entleiherbetriebsrat mit.⁷⁵

Für die übrigen Mitbestimmungstatbestände dürfte Folgendes gelten:

-
- 66 Zu den Beteiligungsrechten im Übrigen siehe umfassend *Weiß* (Fn. 3), S. 147 ff.
 - 67 BAG 15.4. 2014 – 1 ABR 2/13, NZA 2014, 551.
 - 68 BAG 15.12. 1992 – 1 ABR 38/92, NZA 1993, 513; BAG 18.7. 2017 – 1 ABR 15/16 – BeckRS 2017, 124456.
 - 69 BAG 19.6. 2001 – 1 ABR 43/00, NZA 2001, 1263.
 - 70 BAG 15.4. 2014 – 1 ABR 2/13 (Fn. 67).
 - 71 *Weiß* (Fn. 3), S. 228 ff.; *Dewender*, Betriebsfremde Arbeitnehmer in der Betriebsverfassung unter besonderer Berücksichtigung der unechten Leiharbeitnehmer, 2004, S. 127; *Barth*, Mitbestimmungs- und Beteiligungsrechte des Betriebsrates bei der Beschäftigung von Leih- und Fremdfirmenarbeitnehmern, 1996, S. 80 f.; *von Hoyningen-Huene*, Grundfragen der Betriebsverfassung: Mitbestimmung – Betriebsrat – Betrieb – Betriebszugehörigkeit, Festschrift Stahlhacke, 1995, S. 173, 183; *Hamann* (Fn. 62), S. 207; *Müllner* (Fn. 3), S. 79 ff.; *Benecke*, Festschrift Wank, 2014, S. 27, 31.
 - 72 *Weiß* (Fn. 3), S. 230 ff.; *Dewender* (Fn. 71), S. 127 f.; *Barth* (Fn. 71), S. 80 f.; *von Hoyningen-Huene*, Festschrift Stahlhacke, 1995, S. 173, 183; *Hamann* (Fn. 62), S. 207 f.; *Benecke*, Festschrift Wank, 2014, S. 27, 31.
 - 73 *Weiß* (Fn. 3), S. 236 f.; *Dewender* (Fn. 71), S. 131 ff.; *Barth* (Fn. 71), S. 80 f.; *Hamann* (Fn. 62), S. 208; *Müllner* (Fn. 3), S. 82 f.; *Benecke*, Festschrift Wank, 2014, S. 27, 31.
 - 74 Anderer Ansicht *Benecke*, Festschrift Wank, 2014, S. 27, 31.
 - 75 BAG 19.6. 2001 – 1 ABR 43/00 (Fn. 69); *Weiß* (Fn. 3), S. 232 ff.

Nr. 4: Die Zahlung des Arbeitsentgelts obliegt dem Verleiher, dessen Betriebsrat bestimmt also diesbezüglich mit.⁷⁶

Nr. 5: Für die Urlaubsgewährung ist der Verleiher zuständig, so dass der Entleiherbetriebsrat nicht mitbestimmt.⁷⁷ Zur Abstimmung von Urlaubswünschen der im Einsatzbetrieb tätigen Kernbelegschaft und Leiharbeiter wäre zwar ein Mitbestimmungsrecht des Entleiherbetriebsrats wünschenswert. Jedoch kann die Entscheidung des Verleihers über die Urlaubsgewährung naturgemäß nicht von der Mitbestimmung des Entleiherbetriebsrats abhängig gemacht werden.

Nr. 7: Der Gesundheitsschutz ist an den jeweiligen Erfordernissen des Entleiherbetriebs ausgerichtet, so dass dessen Betriebsrat auch in Ansehung der Leiharbeiter mitbestimmt.⁷⁸

Nr. 8 (Sozialeinrichtungen): Dieses Mitbestimmungsrecht bezieht sich auf die Sozialeinrichtungen des Entleiherbetriebs, so dass der Natur der Sache nach nur dessen Betriebsrat mitbestimmen kann.⁷⁹

Nr. 9: Die Werkwohnungen sind solche des Entleihers, so dass nur dessen Betriebsrat mitbestimmen kann.⁸⁰

Nr. 10: Lohnschuldner ist der Verleiher, ein Mitbestimmungsrecht des Entleiherbetriebsrats ist deshalb in Fragen der betrieblichen Lohngestaltung nicht gegeben.⁸¹ Allerdings betrifft die betriebliche Lohngestaltung im Entleiherbetrieb auch Leiharbeiter, soweit sie von Einfluss auf deren *equal pay*-Anspruch sind. Deshalb bestimmt der Entleiherbetriebsrat insoweit indirekt auch über Leiharbeiter mit. Daneben übt der Verleiherbetriebsrat das Mitbestimmungsrecht für die dort praktizierte Lohngestaltung aus.

Nr. 11: Auch in Ansehung der Akkord- und Prämiensätze ist die Mitbestimmung durch den Entleiherbetriebsrat relevant für den *equal pay*-

76 Linsenmaier/Kiel, RdA 2014, 135, 150; Weiße (Fn. 3), S. 234 f.; Müllner (Fn. 3), S. 82.

77 Weiße (Fn. 3), S. 235 f.; Müllner (Fn. 3), S. 82.

78 Linsenmaier/Kiel, RdA 2014, 135, 150; Weiße (Fn. 3), S. 237 f.; Bauer/Günther/Böglmüller, NZA 2016, 1361, 1363; Müllner (Fn. 3), S. 83; Hamann (Fn. 62), S. 208; Benecke, Festschrift Wank, 2014, S. 27, 31.

79 Linsenmaier/Kiel, RdA 2014, 135, 150; Weiße (Fn. 3), S. 238 ff.

80 Linsenmaier/Kiel, RdA 2014, 135, 150; Weiße (Fn. 3), S. 240 f.; Dewender (Fn. 71), S. 136 f.; Müllner (Fn. 3), S. 84 f.; vgl. auch Junker, Mitbestimmung des Betriebsrats bei Werkwohnungen – Status Quo und Gestaltungsoptionen, Festschrift Kreutz, 2010, S. 171 ff.

81 Linsenmaier/Kiel, RdA 2014, 135, 150; Weiße (Fn. 3), S. 241 ff.; von Hoyningen-Huene, Festschrift Stahlhacke, 1995, S. 173, 182; Barth (Fn. 71), S. 96 f.; Müllner (Fn. 3), S. 85.

Anspruch der Leiharbeitnehmer, so dass die Mitbestimmung sich zwar nicht unmittelbar,⁸² wohl aber mittelbar auch auf Leiharbeitnehmer erstreckt.

Nr. 12: Vorschläge können auch von Leiharbeitnehmern gemacht werden. Das Mitbestimmungsrecht des Entleiherbetriebsrats für das betriebliche Vorschlagswesen erstreckt sich deshalb auch auf Leiharbeitnehmer.⁸³

Nr. 13: Auch Leiharbeitnehmer können mit anderen Leiharbeitnehmern oder Mitgliedern der Stammebelegschaft Gruppenarbeit leisten. Daher erstreckt sich das Mitbestimmungsrecht des Entleiherbetriebsrats bezüglich der Grundsätze über die Durchführung von Gruppenarbeit auch auf Leiharbeitnehmer.⁸⁴

bb) Personelle Einzelmaßnahmen

Neben der spezialgesetzlich (§ 14 Abs. 3 AÜG) geregelten Mitwirkung des Entleiherbetriebsrats bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern nach § 99 BetrVG stellt sich die Frage, ob der Betriebsrat auch bei der Versetzung und Eingruppierung/Umgruppierung mitwirkt.

Hinsichtlich der Eingruppierung und Umgruppierung wird ein Mitbestimmungsrecht wohl einhellig abgelehnt mit der Begründung, die Entlohnung der Leiharbeitnehmer erfolge durch den Verleiher, so dass ausschließlich der Verleiherbetriebsrat mitzuwirken habe.⁸⁵ Diese Auffassung ist nicht unproblematisch. Wie ein Arbeitnehmer einzugruppieren ist, ist eine Rechtsfrage, bei der es naturgemäß keine *Mitbestimmung* geben kann. Es gibt nur ein *Mitbeurteilungsrecht*, welches vor allem darauf gerichtet ist sicherzustellen, dass die oft komplizierten Eingruppierungsfragen richtig beurteilt werden.⁸⁶ Die Eingruppierung ist im Wesentlichen

82 *Linsenmaier/Kiel*, RdA 2014, 135, 150; *Weiß* (Fn. 3), S. 243.

83 *Linsenmaier/Kiel*, RdA 2014, 135, 150; *Weiß* (Fn. 3), S. 243 f.; *Dewender* (Fn. 71), S. 139 f.; *Barth* (Fn. 71), S. 97 f.; *Müllner* (Fn. 3), S. 85 f.

84 *Linsenmaier/Kiel*, RdA 2014, 135, 150; *Weiß* (Fn. 3), S. 244 f.; *Dewender* (Fn. 71), S. 140 f.; *Hamann* (Fn. 62), S. 209.

85 BAG 28.1. 1986 – 1 ABR 10/84, AP Nr. 34 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 3), § 99 Rn. 83; *Bachner*, in: *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde* (Fn. 8), § 99 Rn. 73; *Linsenmaier/Kiel*, RdA 2014, 135, 152; *Weiß* (Fn. 3), S. 191 f. Vgl. auch BAG 14.5. 1974 – 1 ABR 40/73 (Fn. 65): Ein Beteiligungsrecht des Entleiherbetriebsrats hinsichtlich der Eingruppierung von Leiharbeitnehmern komme „im Allgemeinen“ nicht in Betracht, da die Vergütung allein durch den Arbeitsvertrag mit dem Verleiher geregelt sei.

86 Vgl. *Matthes*, Verfahrensrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Beteiligungsrechten des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen, DB 1989, 1285, 1290.

danach vorzunehmen, welche Tätigkeiten der Arbeitnehmer konkret zu welchen Zeitanteilen ausführt. Weil diese Tätigkeiten im Einsatzbetrieb ausgeführt werden, kann insoweit nur der Entleiherbetriebsrat eine Beurteilung vornehmen. Dennoch erscheint die herrschende Meinung letztlich deswegen als richtig, weil die Entscheidung über die Eingruppierung von dem Verleiher getroffen wird und nicht zu sehen ist, wie diese Entscheidung von der Mitwirkung des Entleiherbetriebsrats abhängig gemacht werden könnte.⁸⁷ *De lege ferenda* wäre zu überlegen, ob der einschlägige Sachverstand im Entleiherbetriebsrat über ein Anhörungsrecht in die Entscheidung des Verleihers einbezogen werden kann.

Umstritten ist, ob der Entleiherbetriebsrat bei einer Versetzung des Leiharbeitnehmers zu beteiligen ist. Das dem Betriebsrat insoweit zustehende Mitbestimmungsrecht dient sowohl den Interessen des betroffenen Arbeitnehmers als auch den Interessen der Belegschaft.⁸⁸ Weil die Versetzung auch die Stammbesellschaft betreffen kann, wird man ein Mitbestimmungsrecht des Entleiherbetriebsrats bei der Versetzung von Leihararbeitnehmern, wo denn eine solche im Hinblick auf § 95 Abs. 3 Satz 2 BetrVG überhaupt vorliegen kann,⁸⁹ anzunehmen haben.⁹⁰

Ein Anhörungsrecht bei der Kündigung von Leihararbeitnehmern gemäß § 102 BetrVG scheidet naturgemäß aus.⁹¹

cc) Betriebsänderung

Im Falle einer Betriebsänderung kommt in Betracht, dass die im Betrieb eingesetzten Leiharbeitnehmer Nachteile erleiden könnten. Naturgemäß kann der Verleiherbetriebsrat diesbezüglich die Interessen der Leiharbeitnehmer nicht wahrnehmen. Deshalb wird teilweise die Auffassung vertreten, dass Interessenausgleich⁹² und Sozialplan im Entleiherbetrieb auch Leiharbeitnehmer berücksichtigen können (freilich nicht mit der Folge eines Abfindungsanspruchs).⁹³

87 Linsenmaier/Kiel, RdA 2014, 135, 152.

88 Thüsing, in: Richardi (Fn. 3), § 99 BetrVG Rn. 108.

89 Vgl. Hamann, Beteiligungsrechte des Betriebsrats beim Einsatz von Fremdpersonal, WiB 1995, 369, 371; ders., WiVerw 2001, 215, 223.

90 Linsenmaier/Kiel, RdA 2014, 135, 151 f.

91 Linsenmaier/Kiel, RdA 2014, 135, 155; Weiße (Fn. 3), S. 193; von Hoyningen-Huene, Festschrift Stahlhacke, 1995, S. 173, 182; Müllner (Fn. 3), S. 96 f.; Bachner, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn. 8), § 102 Rn. 7; Raab, in: GK-BetrVG, Bd. II (Fn. 20), § 5 Rn. 106.

92 Insoweit unklar Linsenmaier/Kiel, RdA 2014, 135, 156 f.

93 Linsenmaier/Kiel, RdA 2014, 135, 157; anderer Ansicht von Hoyningen-Huene, Festschrift Stahlhacke, 1995, S. 173, 182 f.; Weiße (Fn. 3), S. 194; Müllner (Fn. 3), S. 99 f.; unklar Dewender (Fn. 71), S. 146 f.

2. Sonderfall Rote-Kreuz-Schwestern

Eine Sonderstellung nehmen die sog. Rote-Kreuz-Schwestern ein. Diese stehen zum Deutschen Roten Kreuz (DRK) nicht in einem Arbeitsverhältnis, sondern sind Vereinsmitglieder. Das DRK überlässt die Schwestern durch Gestellungsverträge Krankenhäusern, in welchen sie weisungsabhängig arbeiten. Der EuGH⁹⁴ und ihm folgend das BAG⁹⁵ ordnen die Gestellung als Arbeitnehmerüberlassung ein. Das Besondere an dieser Konstellation ist demnach das Zusammentreffen von aufgespaltener Arbeitgeberstellung und fehlender Arbeitnehmereigenschaft:⁹⁶ Ein Nichtarbeitnehmer wird im Betrieb eines Arbeitgebers tätig, mit dem er in keiner Rechtsbeziehung steht.⁹⁷ Infolge der Anwendung des AÜG auf diese Konstellation ist freilich gemäß § 14 AÜG die betriebsverfassungsrechtliche Stellung der Rote-Kreuz-Schwestern so, als seien sie Arbeitnehmer. Allenfalls könnte man erwägen, ob die über § 14 AÜG hinausgehenden Beteiligungsrechte⁹⁸ im Hinblick auf die fehlende Arbeitnehmereigenschaft zu versagen sind. Indessen dürfte hierzu kein Grund bestehen. Für die Mitbestimmung des Betriebsrats im Entleiherbetrieb macht es keinen Unterschied, ob der Leiharbeitnehmer aufgrund eines Arbeitsvertrags mit dem Verleiher oder aufgrund vereinsrechtlicher Bindung zu diesem im Einsatzbetrieb tätig wird. Die Tätigkeit im Einsatzbetrieb ist von dem Weisungsrecht des Entleihers und der Eingliederung in den Einsatzbetrieb geprägt; dies bedingt die Beteiligungsrechte des Entleiherbetriebsrats. Im Übrigen wird den Rote-Kreuz-Schwestern dieser betriebsverfassungsrechtliche Schutz auch deswegen sinnvollerweise zuerkannt, weil im „Verleihbetrieb“ kein Betriebsrat existieren kann (§ 118 Abs. 2 BetrVG).

3. Werk- und Dienstvertragsarbeitnehmer

Beauftragt der Arbeitgeber einen Werkunternehmer mit der Erstellung eines Werks im Betrieb, so werden die Arbeitnehmer des Werkunternehmers im Betrieb tätig; entsprechendes gilt bei der Vergabe von Leistungen mittels Dienstvertrag. Freilich begründet dies in aller Regel keine betriebsverfassungsrechtlichen Rechte der Arbeitnehmer oder des Betriebsrats im Besteller-Betrieb, denn § 5 BetrVG meint mit „Arbeitnehmer“ diejenigen Beschäftigten, die Arbeitnehmer des Betriebsinhabers sind. Die Arbeitnehmer des Werkunternehmers sind zwar auch Arbeitnehmer, aber

94 EuGH 17.11.2016 – C-216/15 – Ruhrlandklinik; siehe dazu *Preis/Morgenbrodt*, Die Rotkreuzschwester zwischen Arbeitnehmerbegriff und Beschäftigungsverhältnis EuZA 2017, 418.

95 BAG 21.2.2017 – 1 ABR 62/12, NZA 2017, 662.

96 *Müllner* (Fn. 3), S. 45 ff.

97 Abgesehen von dem Rechtsverhältnis im Sinne des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB; dazu unten Fn. 105.

98 Oben V 1 b.

eben nicht solche des Bestellers. Sie bleiben betriebsverfassungsrechtlich grundsätzlich allein dem Betrieb des Werkunternehmers zugeordnet.⁹⁹ Ein Vorstoß des Bundesrats,¹⁰⁰ ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG für alle Fälle des Fremdfirmeneinsatzes von mehr als einem Monat Dauer einzuführen, hat sich nicht durchgesetzt.¹⁰¹

Im Falle einer durch einen Scheinwerkvertrag verdeckten Arbeitnehmerüberlassung sind freilich die Arbeitnehmer infolge der Regelung des § 10 AÜG Arbeitnehmer des Besteller-Betriebs mit der Folge, dass sie dieselbe betriebsverfassungsrechtliche Stellung haben wie alle anderen Beschäftigten des Bestellers.¹⁰²

Daneben stellt sich die Frage, ob in den Fällen, in welchen ein echter Werkvertrag abgeschlossen wurde,¹⁰³ also keine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, der Betriebsrat des Bestellers bestimmte Rechte in Ansehung der Werkvertragsarbeitnehmer haben kann. Diese Frage wird insbesondere dann relevant, wenn es sich nicht um einen einmalig abzu-

99 Ganz herrschende Meinung, siehe *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 3), § 5 Rn. 280; *Raab*, in: GK-BetrVG, Bd. II (Fn. 20), § 7 Rn. 85; *Homburg*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn. 8), § 7 Rn. 22; *Säcker/Joost*, Betriebszugehörigkeit als Rechtsproblem im Betriebsverfassungs- und Mitbestimmungsrecht, 1980, S. 45 ff.; *von Hoyningen-Huene*, Festschrift Stahlhacke, 1995, S. 173, 182; *Barth* (Fn. 71), S. 187 ff.; *Wedemeyer*, Die Betriebszugehörigkeit im BetrVG, 2007, S. 160 f. mit weiteren Nachweisen; *Hamann*, WiVerw 2001, 215, 227; *Halbach*, DB 1980, 2389, 2393 ff.; *Christiansen* (Fn. 20), S. 108 f.; anderer Ansicht *Kartha/Klebe*, Betriebsratsrechte bei Werkverträgen, NZA 2012, 417; *Plander*, AiB 1990, 19.

100 BR-Drucks. 687/13.

101 Dazu *Maschmann*, Fremdpersonaleinsatz im Unternehmen und die Flucht in den Werkvertrag, NZA 2013, 1305, 1311 f.

102 *Homburg*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn. 8), § 7 Rn. 24; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 3), § 7 Rn. 55; *Jedzig*, Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Beschäftigung von Fremdarbeitnehmern aufgrund von Werkverträgen mit Drittfirmen, DB 1989, 978, 979; anderer Ansicht *Plander*, AiB 1990, 19, 24 (Mitbestimmung des Entleiherbetriebsrats erst ab Vollzug des fingierten Arbeitsverhältnisses) mit unzutreffender Berufung auf BAG 28.9. 1988 – 1 ABR 85/87, DB 1989, 433; *Becker*, AuR 1982, 369, 379. Richtig ist nur, dass es in diesen Fällen *faktisch* nicht zu einer (über § 14 AÜG hinausgehenden) Beteiligung des Entleiherbetriebsrats kommen wird. Das kann freilich nichts daran ändern, dass in der nicht vollständigen Berücksichtigung des „Leiharbeitnehmers“ im Entleiherbetrieb ein Rechtsverstoß liegt. Zutreffend *Kloppenburger*, in: Düwell (Fn. 26), § 5 Rn. 50; *Raab*, in: GK-BetrVG, Bd. II (Fn. 20), § 7 Rn. 70, 86.

103 Was selbstverständlich zulässig ist; anderer Ansicht aber *Ulber*, Rechtliche Grenzen des Einsatzes von betriebsfremden Arbeitnehmern und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, AuR 1982, 54 ff.

wickelnden Werkvertrag handelt, sondern um einen sog. *onsite*-Werkvertrag, also die dauerhafte Erbringung von werkvertraglichen Leistungen in der Betriebsstätte des Bestellers (meist infolge einer Outsourcing-Entscheidung¹⁰⁴). Der Gesetzgeber hat gerade im Hinblick auf diese Fälle die Regelung des § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG nunmehr dahin gefasst, dass der Betriebsrat Unterrichtung über die Beschäftigung von Personen verlangen kann, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen und damit die schon zuvor bestehende Rechtsprechung kodifiziert. Was aber gilt darüber hinaus?

a) Fremdfirmeneinsatz als „Einstellung“

Diese Frage ist in mehreren Entscheidungen des BAG unter dem Aspekt beleuchtet worden, ob die Beschäftigung von Werkvertragsarbeitnehmern eine Einstellung im Sinne des § 99 BetrVG sein kann. Diese Frage wird vom BAG im Grundsatz bejaht. Dabei legt das Gericht die ständige Rechtsprechung zugrunde, wonach eine „Einstellung“ im Sinne des § 99 BetrVG die Eingliederung in den Betrieb voraussetze, wohingegen das Rechtsverhältnis des Beschäftigten zum Betriebsinhaber unerheblich sei; dieses müsse nicht ein Arbeitsverhältnis sein, sondern könne auch ein Dienst- oder Werkvertrag sein oder auch, wie im Falle der Leiharbeit, ganz fehlen.¹⁰⁵ Die danach entscheidende „Eingliederung“ definiert das BAG folgendermaßen:

„Eingegliedert ist, wer eine ihrer Art nach weisungsgebundene Tätigkeit verrichtet, die der Arbeitgeber organisiert. Der Beschäftigte muss so in die betriebliche Arbeitsorganisation integriert sein, dass der Arbeitgeber das für ein Arbeitsverhältnis typische Weisungsrecht innehat und die Entscheidung über den Einsatz nach Inhalt, Ort und Zeit trifft. Der Betriebsinhaber muss diese Arbeitgeberfunktion wenigstens im Sinn einer aufgespaltenen Arbeitgeberstellung teilweise ausüben. Es kommt darauf an, ob ihm Weisungsbefugnisse zustehen und er in diesem Sinn eine betriebsverfassungsrechtlich relevante (und sei es partielle) Arbeitgeberstellung einnimmt.“¹⁰⁶

Die Topoi „Weisungsrecht“ und „Entscheidungen über den Arbeitseinsatz“ begegnen im Falle von *onsite*-Werkverträgen üblicherweise nicht im Rahmen der Frage, ob der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG bei der Beschäftigung eines Fremdarbeitnehmers hat, sondern bei

¹⁰⁴ Vgl. *Hamann/Rudnik*, Mitbestimmung nach § 87 BetrVG bei Onsite-Werkverträgen, NZA 2016, 1368, 1369.

¹⁰⁵ Letzteres ist freilich insoweit unscharf, als im Falle der Leiharbeit sehr wohl ein Rechtsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher besteht, und zwar ein Schuldverhältnis im Sinne des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB; richtig ist aber, dass es an einem Arbeitsverhältnis in diesem Verhältnis fehlt. Vgl. *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 3), § 5 Rn. 251: „rechtliche Beziehungen arbeitsrechtlicher Natur“.

¹⁰⁶ BAG 13.12. 2016 – 1 ABR 59/14, NZA 2017, 525, 527.

der Frage, ob der Werkvertrag ein Scheinwerkvertrag, also eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung, ist.¹⁰⁷ Steht dem Einsatzarbeitgeber nämlich das Weisungsrecht zu, so liegt nur scheinbar ein Werkvertrag, tatsächlich hingegen Arbeitnehmerüberlassung vor, welche jedenfalls seit dem 1.4. 2017¹⁰⁸ die Folge hat, dass der angebliche Fremdarbeitnehmer gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG in einem Arbeitsverhältnis zu dem Einsatzarbeitgeber steht und somit betriebszugehöriger Arbeitnehmer im Sinne des § 5 BetrVG ist.¹⁰⁹

Das BAG geht also davon aus, dass es Fälle gibt, in welchen keine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung, wohl aber eine Eingliederung des Fremdarbeitnehmers in den Einsatzbetrieb vorliegt.¹¹⁰ Diese Sichtweise impliziert, dass es entscheidend auf das Maß des Weisungsrechts des Einsatzarbeitgebers ankommt: Dieses muss so stark sein, dass der Fremdarbeitnehmer eingegliedert ist, aber nicht stark genug, um eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung anzunehmen.¹¹¹ Diese Sichtweise ist auch mit der Neuregelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG noch vereinbar, wonach Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, wenn Arbeitnehmer in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen,¹¹²

107 Siehe beispielsweise BAG 6.8. 2003 – 7 AZR 180/03, AP Nr. 6 zu § 9 AÜG; Wank, Änderungen im Leiharbeitsrecht, RdA 2017, 100, 103 ff.; Franzen, Neuausrichtung des Drittpersonaleinsatzes – Überlegungen zu den Vorhaben des Koalitionsvertrags, RdA 2015, 141; Lembke, Der Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen von freier Mitarbeit, Werkverträgen und Leiharbeit, NZA 2013, 1312, 1317; Greiner, Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung – Abgrenzungsfragen und aktuelle Rechtspolitik, NZA 2013, 697; Maschmann, NZA 2013, 1305.

108 Davor konnte die Folge des § 10 AÜG durch eine sog. „Vorratserlaubnis“ zur Arbeitnehmerüberlassung vermieden werden; siehe BT-Drucks. 18/9232, S. 16; BAG 12.7. 2016 – 9 AZR 352/15, BB 2016, 2686; Deinert, Kernbelegschaften – Randbelegschaften – Fremdbelegschaften – Herausforderungen für das Arbeitsrecht durch Reduzierung von Stammebelegschaften, RdA 2014, 65, 73; ders., RdA 2017, 65, 73 f.; Wank, RdA 2017, 100, 112; Francken, Erforderliche Nachbesserungen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, NZA 2013, 1192, 1193; Hamann, Fremdpersonal im Unternehmen – Industriedienstleistung statt Leiharbeit?, NZA-Beilage 2014, S. 3, 9; ders., Mitbestimmungsrecht beim Einsatz eigener und fremder Mitarbeiter in der Poststelle, juris PraxisReport Arbeitsrecht (jurisPR-ArbR) 10/2011, Anmerkung 2.

109 Weiße (Fn. 3), S. 93.

110 In diese Richtung gingen auch schon die Überlegungen von Säcker/Joost (Fn. 99), S. 45 ff.

111 Vgl. Deinert, RdA 2014, 65, 74: „In solchen Konstellationen wird die Abgrenzung [des Werkvertrags] zur Arbeitnehmerüberlassung hauchdünn“; Hamann (Fn. 62), S. 216.

112 Kritisch dazu Wank, RdA 2017, 100, 102; Schüren/Fasholz, Inhouse-Outsourcing und der Diskussionsentwurf zum AÜG – Ein Diskussionsbeitrag, NZA 2015, 1473, 1475 f.

weil diese Vorschrift offenlässt, in welchem Maß Weisungsgebundenheit gegeben sein muss, um Arbeitnehmerüberlassung statt Fremdpersonaleinsatz anzunehmen.¹¹³

Unter Anwendung dieser Grundsätze hat das BAG eine Eingliederung von Wachpersonal einer Fremdfirma in den Betrieb einer forensischen Psychiatrie angenommen, weil die Mitarbeiter des Einsatzbetriebs den Fremdfirmenmitarbeitern gegenüber unmittelbar Anweisungen erteilten, obwohl im Vertrag zwischen der Fremdfirma und der Psychiatrie für Anweisungen der Umweg über den Fremdfirmenvorgesetzten vorgesehen war; zudem war der Dienstvertrag nach Auffassung des BAG nicht konkret genug, um dienstvertragsbezogene Weisungen zuzulassen.¹¹⁴

In einer anderen Entscheidung hat das BAG es als ein Indiz für die Eingliederung von Mitarbeitern eines Subunternehmens angesehen, wenn der Hauptunternehmer die Dienstpläne auch für diese Mitarbeiter unmittelbar selbst erstellte und ihnen bei unvorhergesehenen Situationen unmittelbar Anweisungen erteilte.¹¹⁵

In einer älteren Entscheidung hat das BAG die Eingliederung von Fremdfirmenmitarbeitern verneint, die im Betrieb des Arbeitgebers dieselben Arbeiten vornahmen wie auch dortige Mitarbeiter, deren Arbeiten fest in den Produktionsablauf eingeplant waren und die Anweisungen unmittelbar von dem Arbeitgeber erhielten.¹¹⁶

In allen Entscheidungen spielen die den Werkvertragsarbeitnehmern erteilten Anweisungen eine maßgebliche Rolle, allerdings hat sich hier eine Änderung eingeschlichen. Früher meinte das BAG, es sei nur eine Frage der praktikablen Vertragsdurchführung und ohne rechtliche Relevanz, ob der Fremdfirmenmitarbeiter seine Anweisung von dem Fremdfirmenvorgesetzten erhalte oder ob die Fremdfirma dem Besteller gestattet habe,

113 Siehe BT-Drucks. 18/9232, S. 19: „Die Regelung des Satzes 2 bestimmt entsprechend der Rechtsprechung, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer überlassen wird und dient damit der Abgrenzung zwischen dem Einsatz eines Arbeitnehmers als Leiharbeiter im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung und als Erfüllungsgehilfe im Rahmen eines Werk- beziehungsweise Dienstvertrages. Entsprechend der Rechtsprechung liegt beim Fremdpersonaleinsatz Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn die Leiharbeiterin oder der Leiharbeiter in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert ist und seinen Weisungen unterliegt. Ob dies der Fall ist, ist anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu bestimmen.“

114 BAG 13.12. 2016 – 1 ABR 59/14 (Fn. 106), 527 f.

115 BAG 13.5. 2014 – 1 ABR 50/12, NZA 2014, 1149.

116 BAG 5.3. 1991 – 1 ABR 39/90, NZA 1991, 686.

diese Anweisungen unmittelbar selbst zu erteilen.¹¹⁷ Heute unterscheidet das BAG zwischen werk- bzw. dienstvertragsbezogenen Weisungen einerseits und arbeitsvertraglichen Weisungen andererseits;¹¹⁸ jene sprechen nicht für eine Eingliederung, diese schon.¹¹⁹

Für den Arbeitgeber, der im Falle des Fremdfirmeneinsatzes eine betriebsverfassungsrechtlich relevante Eingliederung vermeiden will, stellt sich vor diesem Hintergrund die Aufgabe, erstens die Verträge so zu gestalten,¹²⁰ dass unmittelbare Anweisungen an die Fremdfirmenmitarbeiter unterbleiben;¹²¹ zweitens, das zu erstellende Werk bzw. die zu erbringenden Dienste vertraglich so genau zu beschreiben, dass spätere Anweisungen als werk- bzw. dienstvertragsbezogen angesehen werden können;¹²² und drittens dafür Sorge zu tragen, dass dieser Vertragsinhalt nicht durch eine andere tatsächliche Handhabung unterlaufen wird.¹²³ Übrigens kann die umgekehrte Konstellation, dass nämlich ein vertraglich vorgesehenes Weisungsrecht des Entleihers von diesem tatsächlich nicht ausgeübt wird, das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung dann nicht hindern, wenn dieser Umstand den Vertragsschließenden bei Vertragsschluss noch unbekannt war.¹²⁴

b) Sonstige Beteiligungsrechte

Die Frage, inwieweit die betriebsverfassungsrechtlich relevante Eingliederung von Fremdfirmenmitarbeitern zu weiteren Beteiligungsrechten führt, ist wenig geklärt.

Zwar hat das BAG in einer jüngeren Entscheidung festgestellt, dass dem Betriebsrat des Einsatzbetriebs ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bei dem Einsatz von Überwachungskameras in An-

117 BAG 5.3. 1991 – 1 ABR 39/90 (Fn. 116), 688; ähnlich BAG 1.8. 1989 – 1 ABR 54/88N, NZA 1990, 229.

118 BAG 13.12. 2016 – 1 ABR 59/14 (Fn. 106), 527 f.

119 Dazu *Deinert*, RdA 2014, 65, 73; *Wank*, RdA 2017, 100, 106; *Hamann*, NZA-Beil. 2014, 3, 6 f.; *Maschmann*, NZA 2013, 1305, 1308 f.; *Litschen/Yacoubi*, Arbeitnehmerüberlassung und agile Prozess- und Organisationsmethoden, NZA 2017, 484, 486; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 3), § 99 Rn. 63 ff.

120 Siehe auch die Gestaltungshinweise bei *Henssler*, RdA 2017, 83, 91.

121 *Maschmann*, NZA 2013, 1305, 1309.

122 Vgl. *Maschmann*, NZA 2013, 1305, 1309 f.

123 Vgl. *Deinert*, RdA 2017, 65, 70; *Seel*, Neue Risiken bei der Arbeitnehmerüberlassung – „Gemeinschaftsbetrieb“ als Alternative?, Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht (öAT) 2017, 48, 49; *Litschen/Yacoubi*, NZA 2017, 484, 488.

124 BAG 20.9. 2016 – 9 AZR 735/15, NZA 2017, 49.

sehung von Fremdarbeitnehmern nicht zustehe.¹²⁵ Für die im Rahmen von Werk- oder Dienstverträgen zu einem Fremdarbeitgeber entsandten Arbeitnehmer, die einer in dessen Betrieb eingerichteten Überwachungseinrichtung unterliegen, seien die jeweiligen Vertragsarbeitgeber und deren Betriebsräte zuständig: Für Arbeitnehmer von Drittunternehmen hätten der Arbeitgeber und sein Betriebsrat keine Regelungsbefugnis. Die Arbeitnehmer unterlägen bei der Arbeit in einem fremden Betrieb weiterhin den Weisungen ihres Vertragsarbeitgebers. Daher sei der von ihnen gewählte und sie repräsentierende Betriebsrat gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG auch dann zu beteiligen, wenn der entsendende Arbeitgeber im Einvernehmen mit einem Dritten seine Arbeitnehmer anweise, sich der Überwachung durch eine bei diesem bestehende technische Überwachungseinrichtung zu unterwerfen. Gegenstand des Beteiligungsrechts sei dann, ob überhaupt sowie gegebenenfalls nach welchen Grundsätzen welche Arbeitnehmer für welche Dauer sich der bei dem Dritten installierten Überwachungseinrichtung unterziehen müssen.¹²⁶

Aus dieser Entscheidung lässt sich, anders als der zu weit gefasste Leitsatz 2¹²⁷ vermuten lässt, nicht ohne weiteres der Schluss ziehen, dass in allen Fällen der Entsendung von Werk- oder Dienstvertragsarbeitnehmern nicht der Betriebsrat im Einsatzbetrieb, sondern der Vertragsarbeitgeberbetriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitbestimmt. Denn der Entscheidung ist nicht mit Bestimmtheit zu entnehmen, ob die betroffenen Arbeitnehmer in den Einsatzbetrieb eingegliedert waren. Diesbezüglich führt das BAG nur aus, von den Kameras würden auch Arbeitnehmer von anderen Konzernunternehmen aufgenommen, die im Klinikum Werk- oder Dienstleistungen für ihren Vertragsarbeitgeber erbrächten, was freilich auf fehlende Eingliederung hindeutet. Wenn die Eingliederung fehlt, dann ist die Entscheidung sicher richtig.

Was aber soll gelten, wenn ein entsandter Werkvertragsarbeitnehmer in den Einsatzbetrieb eingegliedert wird? Teile der Literatur meinen, die Einstellung im Sinne des § 99 BetrVG sei das rechtstechnische Instrument, das die betriebsverfassungsrechtliche Integration bewirke und damit die Betriebszugehörigkeit begründe;¹²⁸ demzufolge müsste also im Falle der Eingliederung auch ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats im Einsatzbetrieb nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG in Ansehung der einge-

¹²⁵ BAG 26.1. 2016 – 1 ABR 68/13, NZA 2016, 498.

¹²⁶ BAG 26.1. 2016 – 1 ABR 68/13 (Fn. 125), 501.

¹²⁷ „Für die im Rahmen von Werk- oder Dienstverträgen zu einem Fremdarbeitgeber entsandten Arbeitnehmer, die einer in dessen Betrieb eingerichteten Überwachungseinrichtung unterliegen, sind – auch im Konzernverbund – die jeweiligen Vertragsarbeitgeber und deren Betriebsräte zuständig.“

¹²⁸ Hamann/Rudnik, NZA 2016, 1368, 1369 f.; Trümmer, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn. 8), § 5 Rn. 26.

gliederten Fremdarbeitnehmer bejaht werden. Eine solche „Türöffnerfunktion“ kann § 99 BetrVG – ebenso wie § 7 Satz 2 BetrVG¹²⁹ – allerdings schwerlich entnommen werden. Es geht in dieser Vorschrift ja bloß darum, ob dem Betriebsrat im Einsatzbetrieb ein Zustimmungsverweigerungsrecht bei der Einstellung von (Fremd-) Arbeitnehmern vornehmlich im Interesse der Kernbelegschaft zusteht. Die Bejahung dieser Frage bedeutet keineswegs automatisch, dass dem Betriebsrat hinsichtlich des eingestellten Beschäftigten auch alle anderen betriebsverfassungsrechtlichen Rechte zustehen müssten. Für Leiharbeitnehmer ist ja anerkannt, dass der Entleiherbetriebsrat zwar manche, aber durchaus nicht alle Beteiligungsrechte hat (oben V 1). Auch für freie Mitarbeiter ist anerkannt, dass deren Beschäftigung eine „Einstellung“ im Sinne des § 99 BetrVG sein kann;¹³⁰ dennoch aber unterfällt ein solcher Mitarbeiter wegen fehlender Arbeitnehmereigenschaft nicht der Betriebsverfassung.¹³¹ Das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts nach § 99 BetrVG bedeutet also noch nicht, dass der Betriebsrat weitere Beteiligungsrechte hat.

Denkt man den normzweckorientierten Ansatz der Rechtsprechung in Fällen des drittbezogenen Personaleinsatzes konsequent weiter¹³², so ist in den Fällen der eingegliederten Werkvertragsarbeitnehmer ebenso zu verfahren wie in den Fällen der Leiharbeitnehmer,¹³³ indem jedes Beteiligungsrecht teleologisch daraufhin befragt wird, welche Beschäftigten davon erfasst sind. Was das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG angeht, ist bei diesem Ansatz nicht ersichtlich, weshalb ein eingegliedelter Werkvertragsarbeitnehmer anders zu behandeln sein sollte als ein eingegliedelter Leiharbeitnehmer. Für diesen nimmt die Rechtsprechung ja an, dass das Mitbestimmungsrecht dem Entleiherbetriebsrat zusteht. In beiden Fällen arbeitet der Fremdarbeitnehmer ganz bzw. teilweise gemäß der Weisung des Einsatzarbeitgebers. In beiden Fällen wird die Überwachung im Einsatzbetrieb organisiert. In beiden Fällen kann nur der Betriebsrat im Einsatzbetrieb Einfluss nehmen auf die inhaltliche Gestaltung der Überwachung, während der beim Vertragsarbeitgeber bestehende Betriebsrat allenfalls auf die Entsendungsentscheidung Einfluss

129 BAG 16.4. 2003 – 7 ABR 53/02, NZA 2003, 1345; *Kreutz*, Leiharbeitnehmer wählen – nur Argumente zählen, Festschrift Wißmann, 2005, S. 364, 372 ff.; *Weiß* (Fn. 3), S. 99 f.; anderer Ansicht *Wlotzke*, Zum Wahlrecht von Leiharbeitnehmern und vergleichbaren Arbeitnehmern zur Wahl des Betriebsrats im Einsatzbetrieb, Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 1149 ff.; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 3), § 5 Rn. 264.

130 BAG 27.7. 1993 – 1 ABR 7/93 (Fn. 10); BAG 15.4. 1986 – 1 ABR 44/84 (Fn. 11).

131 *Boemke*, AR-Blattei SD 540 (Betriebszugehörigkeit) Rn. 100.

132 Die Entscheidung BAG 5.12. 2012 – 7 ABR 48/11 (Fn. 57) bezieht sich nur auf Leiharbeitnehmer und Postbeamte.

133 *Hamann* (Fn. 62), S. 218; weitergehend *Klebe*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn. 8), § 87 Rn. 11 f.

nehmen kann. Die normzweckorientierte Anwendung des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG führt also dazu, dass das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG in Ansehung von Werkvertragsarbeitnehmern dem Betriebsrat im Einsatzbetrieb zusteht. Wie gesagt setzt dies freilich voraus, dass der Werkvertragsarbeitnehmer in den Einsatzbetrieb eingegliedert wird.

Im Übrigen ist derzeit offen, inwieweit die Eingliederung von Werkvertragsarbeitnehmern eine Zuständigkeit des Entleiherbetriebsrats über § 99 BetrVG hinaus begründen kann. In früheren Entscheidungen hat das BAG eine betriebsverfassungsrechtliche Berücksichtigung von Werkvertragsarbeitnehmern verneint, beispielsweise entschieden, dass Werkvertragsarbeitnehmer mangels Betriebszugehörigkeit nicht bei der Zahl der im Einsatzbetrieb zu wählenden Betriebsratsmitglieder zu berücksichtigen sind¹³⁴. Diese Entscheidungen sind nunmehr vor dem Hintergrund der normzweckorientierten Anwendung des BetrVG in Fällen des drittbezogenen Personaleinsatzes auf den Prüfstand zu stellen.

Beispielhaft dafür kann die Neubelebung des Streits darüber angeführt werden, ob Fremdfirmenmitarbeitern das aktive Wahlrecht im Einsatzbetrieb zusteht.¹³⁵ Der Streit ist schon einmal geführt worden, und zwar nach Einführung des § 7 Satz 2 BetrVG durch die Reform im Jahr 2001, welcher vorsieht, dass zur Arbeitsleistung überlassene Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers wahlberechtigt sind, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden. Zur Arbeitsleistung überlassen sind Leiharbeitnehmer, darüber hinaus aber auch Arbeitnehmer von Gesamthafenbetrieben, durch Gestellungsverträge überlassene Arbeitnehmer und Personal, das für längere Zeit zur Bedienung einer verkauften Maschine gestellt wird.¹³⁶ Die von *Däubler* vertretene Auffassung, dass auch Fremdfirmenmitarbeiter im Sinne dieser Vorschrift „zur Arbeitsleistung überlassen“ sind,¹³⁷ hat sich nicht durchgesetzt.¹³⁸ Infolge der neuen BAG-Recht-

¹³⁴ BAG 18.1. 1989 – 7 ABR 21/88, NZA 1989, 724.

¹³⁵ *Dörner* hat bereits 2005 davor gewarnt, dass die Aufgabe der Kumulationstheorie diese Konsequenz haben würde; Festschrift Wißmann, 2005, S. 286, 296.

¹³⁶ *Wlotzke*, Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 1149, 1154; anderer Ansicht hinsichtlich Bedienungspersonal *Weiß* (Fn. 3), S. 123.

¹³⁷ *Däubler*, Die veränderte Betriebsverfassung, AuR 2001, 285, 286; *ders.*, Zur Arbeitsleistung überlassen, AuR 2003, 191. Ebenso schon vor der Reform *Schuster*, Arbeitnehmer, Betrieb und Betriebszugehörigkeit im Betriebsverfassungsgesetz, 1997, S. 430; anderer Ansicht *Barth* (Fn. 71), S. 193 f.

¹³⁸ *Brors*, „Fremdpersonaleinsatz“ – Wer ist gemäß § 7 S. 2 BetrVG wahlberechtigt?, NZA 2002, 123, 126; *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 3), § 7 BetrVG Rn. 10; *Wlotzke*, Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 1149, 1151; *Dörner*, Festschrift Wißmann, 2005, S. 286, 299; *Weiß* (Fn. 3), S. 93 und 123; *Dewender* (Fn. 71), S. 206.

sprechung zur Eingliederung von Werkvertragsarbeitnehmern wird nunmehr in der Literatur teilweise die Auffassung vertreten, diesen Arbeitnehmern stehe gemäß § 7 Satz 2 BetrVG bei entsprechend langer Beschäftigung das aktive Wahlrecht zu.¹³⁹

Jedenfalls wird man annehmen dürfen, dass auch Fremdfirmenmitarbeiter „im Betrieb tätige Personen“ im Sinne des § 75 Abs. 1 BetrVG sind, und zwar unabhängig davon, ob eine Eingliederung in den Betrieb vorliegt.¹⁴⁰

VI. Nichtarbeitnehmer und Betriebsvereinbarung

Können Arbeitgeber und Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung in der Weise abschließen, dass deren Regelungen nicht bloß normative Kraft hinsichtlich der Kernbelegschaft entfaltet, sondern auch für und gegen Nichtarbeitnehmer gilt?

Dies will *Waltermann* umfassend zulassen: Die Betriebsautonomie sei weder auf Arbeitsverhältnisse noch auf Arbeitsbedingungen bezogen. Die personelle Reichweite der Beteiligungsrechte und der betriebsautonomen Handlungsmöglichkeiten sei jeweils durch Auslegung der Vorschriften des BetrVG zu ermitteln. So könnten die Betriebspartner beispielsweise in einer Betriebsvereinbarung ein Rauchverbot vorsehen, welches sodann normative Kraft auch gegenüber Besuchern des Betriebs habe.¹⁴¹

Die Rechtsprechung beschränkt die Regelungsmacht der Betriebspartner auf „aktive“ Arbeitnehmer.¹⁴² Damit soll insbesondere verhindert werden, dass die Ruhebezüge bereits ausgeschiedener Arbeitnehmer gekürzt werden. Eine Aussage darüber, inwiefern über „aktive“ Arbeitnehmer hinaus auch „aktive“ Nichtarbeitnehmer von einer Betriebsvereinbarung erfasst werden können, lässt sich daraus schwerlich entnehmen. In Ansehung einer Betriebsvereinbarung über Arbeitszeit hat das BAG zwar die Frage diskutiert, ob der Betriebsrat auch in Ansehung der Leiharbeiter ein Mitbestimmungsrecht hat, welche Frage das Gericht bejaht; die weitere, hier interessierende Frage, ob damit dann auch die Betriebsvereinbarung

139 *Hamann/Rudnik*, NZA 2016, 1368, 1374; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 3), § 7 Rn. 58; anderer Ansicht *Brors*, in: *Düwell* (Fn. 26), § 7 Rn. 15; *Wiebauer*, in: *Löwisch/Kaiser*, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 7. Aufl. 2017, § 7 Rn. 22.

140 *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 3), § 75 Rn. 14; *Barth* (Fn. 71), S. 196 f.; anderer Ansicht *Kreutz*, in: *GK-BetrVG*, Bd. II (Fn. 20), § 75 Rn. 16.

141 *Waltermann*, Zu Grundfragen der Betriebsvereinbarung, insbesondere zu ihrer personellen Reichweite, Festschrift *Kreutz*, 2010, S. 471, 477 ff.; gegen den Ansatz *Waltermanns* insbesondere *Konzen/Jacobs*, Betriebsvereinbarung und Ruhestandsverhältnis, Festschrift *Dieterich*, 1999, S. 297, 302 ff.

142 BAG 17.6. 2008 – 3 AZR 409/06, NZA 2008, 1244.

auf die Leiharbeitnehmer anzuwenden ist, war dem BAG allerdings nicht zur Entscheidung angefallen.¹⁴³ *Linsenmaier/Kiel*¹⁴⁴ jedenfalls vertreten die Auffassung, dass die normative Wirkung einer Betriebsvereinbarung auf Nichtarbeitnehmer erstreckt wird, sofern ein Mitbestimmungsrecht besteht.¹⁴⁵ Teilweise wird demgegenüber die normative Wirkung einer Betriebsvereinbarung für Nichtarbeitnehmer unter Hinweis darauf abgelehnt, dass diesbezüglich sowohl aufseiten des Betriebsrats (Wahlmöglichkeit) wie auch aufseiten des Arbeitgebers (Arbeitsvertrag) eine Legitimationsgrundlage fehlt.¹⁴⁶

Vorsicht ist jedenfalls geboten hinsichtlich der Beteiligung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, denn diesbezüglich besteht die Besonderheit, dass eine Betriebsvereinbarung eine „andere Rechtsvorschrift“ im Sinne des § 4 BDSG (künftig: Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO¹⁴⁷) ist mit der Folge, dass eine nach Maßgabe der §§ 28, 32 BDSG an sich unzulässige Datenerhebung oder -verarbeitung zulässig sein kann.¹⁴⁸ Es wäre sicher nicht richtig, die normative Wirkung einer solchen Betriebsvereinbarung auf nicht eingegliederte Werkvertragsarbeitnehmer oder gar Besucher der Betriebsstätte zu erstrecken.

VII. Von der Betriebszugehörigkeit zur Normzwecklehre?

Bislang wurde die Frage, welche Arbeitnehmer in einem bestimmten Betrieb betriebsverfassungsrechtlich zu berücksichtigen sind, unter dem Begriff der Betriebszugehörigkeit diskutiert.¹⁴⁹ Das ergäbe dann einen Sinn, wenn die Betriebszugehörigkeit eine Voraussetzung für die Anwendung der Regeln des BetrVG wäre. In diesem Sinne ist angenommen worden, die Betriebszugehörigkeit sei eine ungeschriebene Voraussetzung des in

143 BAG 15.12. 1992 – 1 ABR 38/92 (Fn. 68).

144 *Linsenmaier/Kiel*, RdA 2014, 135, 149 ff.

145 Ebenso *Schuster* (Fn. 137), S. 433 ff.; *Müllner* (Fn. 3), S. 86 ff.; *Schirmer*, Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 1063, 1074; *Kreutz*, in: GK-BetrVG, Bd. II (Fn. 20), § 77 Rn. 195; *Lorenz*, in: Düwell (Fn. 26), § 77 Rn. 20.

146 *Kraft*, Fragen zur betriebsverfassungsrechtlichen Stellung von Leiharbeitnehmern, Festschrift Pleyer, 1986, S. 383, 397 ff.

147 *Schulz*, in: Gola (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 41.

148 *Scholz/Sokol*, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl. 2014, § 4 Rn. 11; *Kramer*, in: Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz, 4. Aufl. 2014, § 4 Rn. 13; *Gola/Schomerus*, Bundesdatenschutzgesetz, 12. Aufl. 2015, § 4 Rn. 7.

149 *Weiß* (Fn. 3), S. 81 ff.; *Wedemeyer* (Fn. 99); zum vorkonstitutionellen Recht *Mainzer*, Betrieb und Betriebszugehörigkeit, 1933 und zum nationalsozialistischen Betriebszugehörigkeitsbegriff *Siebert*, Festschrift Zehn Jahre Arbeitsgericht, 1937, S. 54 ff. Zur Bedeutung der Betriebszugehörigkeit in anderen rechtlichen Zusammenhängen (insbesondere Anrechnungstatbestände) *Natzel*, Die Betriebszugehörigkeit im Arbeitsrecht, 2000.

§ 5 BetrVG verwendeten Arbeitnehmerbegriffs:¹⁵⁰ Nur der betriebszugehörige Arbeitnehmer werde von der Definition erfasst mit der Folge, dass das BetrVG insgesamt auf nicht betriebszugehörige Arbeitnehmer keine Anwendung fände.¹⁵¹

Dieser Lehre kann jedenfalls im Hinblick auf die wichtigen Beteiligungsrechte in §§ 99 und 87 BetrVG nicht gefolgt werden, wenn man diesbezüglich die BAG-Rechtsprechung zugrunde legt. In § 99 BetrVG ist seit jeher nicht der Begriff der Betriebszugehörigkeit oder die darauf gründende Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des § 5 BetrVG entscheidend, sondern die Eingliederung. Dass auf eingegliederte Beschäftigte, die zu dem Betriebsinhaber nicht in einem Arbeitsverhältnis stehen, § 99 BetrVG anwendbar ist, folgert das BAG aus dem Normzweck der Vorschrift. In § 87 BetrVG ist jedenfalls in den Fällen der aufgespaltenen Arbeitgeberstellung ebenfalls nicht die Betriebszugehörigkeit entscheidend, sondern die Frage, ob die Einbeziehung dem Normzweck des § 87 BetrVG entspricht.

Hamann/Rudnik sind deshalb der Auffassung, infolge der Aufgabe der Zwei-Komponenten-Lehre sei der Begriff der Betriebszugehörigkeit obsolet geworden; an seine Stelle sei die Frage getreten, inwieweit der Zweck der Beteiligungsrechte es erfordere, diese auch auf Nichtarbeitnehmer auszudehnen.¹⁵² Das erscheint mir aus zwei Gründen nicht richtig: Erstens hat das BAG in den Fällen des drittbezogenen Arbeitseinsatzes nicht die Komponente „Betriebszugehörigkeit“ für entbehrlich erklärt, sondern die Komponente „Arbeitsvertrag mit dem Betriebsinhaber“. Sowohl in den Fällen der Leiharbeit als auch in den Fällen der betriebsverfassungsrechtlich relevanten Beschäftigung von Werkvertragsarbeitnehmern liegt ja eine Eingliederung der Arbeitnehmer in den Einsatzbetrieb vor. Zweitens bezieht sich die Aufgabe der Zwei-Komponenten-Lehre ausdrücklich nur auf die Fälle der aufgespaltenen Arbeitgeberstellung. In allen anderen Fällen hingegen bleibt es dabei, dass die Anwendung des Betriebsverfassungsrechts auf einen Arbeitnehmer dessen Betriebszugehörigkeit voraus-

150 *Trümner*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn. 8), § 5 Rn. 13; *von Hoyningen-Huene*, Festschrift Stahlhacke, 1995, S. 173, 181; *Schneider/Trümner*, Zum betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff – zugleich eine Auseinandersetzung mit der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 18.1. 1989 (7 ABR 21/88), Festschrift Gnade, 1992, S. 175, 187, 190; *Boemke*, Personalvertretungsrecht und Arbeitnehmerüberlassung, PersV 2004, 404; *Kaiser*, in: Löwisch/Kaiser (Fn. 139), § 5 Rn. 9; ähnlich *Schuster* (Fn. 137), S. 61 ff. Anders *Raab*, in: GK-BetrVG, Bd. II (Fn. 20), § 7 Rn. 16, der die Betriebszugehörigkeit als Tatbestandsmerkmal des § 7 BetrVG ansieht, nicht aber als integralen Bestandteil des Arbeitnehmerbegriffs des § 5 BetrVG.

151 *Boemke*, AR-Blattei SD 540 (Betriebszugehörigkeit) Rn. 165 ff.

152 *Hamann/Rudnik*, NZA 2016, 1368, 1371.

setzt,¹⁵³ so dass beispielsweise ein ausschließlich für eine Tätigkeit im Ausland eingestellter Arbeitnehmer auch nach Aufgabe der Zwei-Komponenten-Lehre kein Arbeitnehmer im Sinne des § 5 BetrVG ist.

VIII. Fazit

Zusammenfassend lässt sich feststellen: Die Arbeitswirklichkeit entfernt sich durch den Einsatz alternativer Beschäftigungsformen vom betriebsverfassungsrechtlichen Leitbild der räumlichen Betriebsstätte, in welcher die Arbeitnehmer des Betriebsinhabers tätig sind. Damit werden für den Betrieb tätige Personen in größerem Ausmaß als bislang dem Schutz der Betriebsverfassung entzogen. Die Gesetzgebung und die Rechtsprechung haben begonnen, auf diese Entwicklung mit einer vorsichtigen Ausweitung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats auf Nichtarbeitnehmer zu reagieren. Die genaue Bestimmung der jeweiligen Beteiligungsrechte in den jeweiligen Konstellationen steht allerdings erst am Anfang.

¹⁵³ *Franzen*, in: Giesen/Junker/Rieble (Fn. 37), S. 114 f.; *Brors*, in: Düwell (Fn. 26), § 7 Rn. 6.

Diskussion*

Die erste sehr lebhafte Diskussionsrunde eröffnete *Florian Popella* (Bayme vbm) mit der Frage, ob § 14 AÜG auch für konzernintern überlassene Arbeitnehmer gelte. Nach seiner Ansicht sei dies dem Wortlaut nach erfasst.

Der Referent antwortete, dass er die Anwendbarkeit der Norm als gegeben sehe. Die Europarechtskonformität der Norm sei aber sehr strittig. Die Möglichkeit der europarechtskonformen Auslegung sei zwar gegeben, die Rechtsprechung sehe aber momentan davon ab. Jedenfalls bei den betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechten würde man gerade keinen Unterschied machen.

Die zweite Frage kam von Dr. *Stefan Liese* (Linde AG); dieser fragte nach dem Konkurrenzverhältnis bei der Telearbeit und zog als Ausgangsbeispiel zwei große Auslandseinheiten in Indien und Frankreich heran. In seinem Beispiel könne der deutsche Betriebsrat in Indien über § 87 BetrVG über die materiellen Arbeitsbedingungen der Mitarbeiter mitreden. In Frankreich käme erschwerend hinzu, dass auch der französische Betriebsrat mitreden könne, da eine französische Betriebsverfassung existiert. Die Folge sei ein Konkurrenzverhältnis zwischen den unterschiedlichen Betriebsverfassungsgremien. Seine Frage war, wie man dieses Spannungsverhältnis in der Praxis auflösen würde.

Der Referent erörterte, dass die Idee bei der Telearbeit sei, dass der Betriebsrat zumindest ein Auge auf diese haben soll. Dass der ganze Betriebsrat die Telearbeiter an ihrem Arbeitsplatz in Indien aufsuchen wird, sei aber eher schwer vorstellbar. Angedacht sei in § 5 BetrVG aber auch nicht ein Besuch des Betriebsrats, sondern das Recht des Telearbeiters zur Mitwahl oder Anhörung des Betriebsrats vor der Kündigung. Dafür sei der Sitz des Telearbeiters auch unerheblich. Andere Rechte wie etwa § 87 Nr. 7 oder § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG seien schwieriger umzusetzen, da hier räumliche Präsenz und räumliche Überwachung nötig ist. In Ansehung eines Mitarbeiters in Indien könne dann also schlicht dieses Mitbestimmungsrecht nicht ausgeübt werden. Hier sei eine Einzelfallbetrachtung angezeigt. Der Referent führte ferner aus, dass eine Kollision nicht gegeben sei, nur aufgrund der Tatsache, dass in Frankreich auch eine Arbeitnehmervertretung existiere. Man solle sich vorstellen, dass man einen Betrieb in Deutschland hat und die Person für den Betrieb in Frankreich re-

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ref. iur. *Elisabeth Müller*.

krutiert wird. Dann hätte man nur den Betriebsrat in Deutschland und nicht den in Frankreich.

Dr. *Stefan Liese* präzierte seine Fragestellung mit dem Fallbeispiel, dass eine größere Einheit in Frankreich bestünde und der Betriebsrat dann dort geltend mache, über die Arbeitsbedingungen vor Ort bestimmen zu wollen mit der Folge, dass der deutsche Betriebsrat nicht zuständig sein soll.

Der Referent ging auf diese Frage mit dem Aspekt des Territorialitätsprinzips ein. Danach könne das BetrVG für die Tätigkeit des dort ansässigen Betriebsrats nicht anwendbar sein. Dies sei auch nicht aus § 5 BetrVG ableitbar, da dieser nur die Arbeitnehmereigenschaft regle.

Professor Dr. *Volker Rieble* (ZAAR) führte die Diskussion mit der Anmerkung weiter, dass er beim Heimarbeiterbegriff eine Auseinandersetzung mit der Frage vermisst habe, was eigentlich genau eine Verwertung von Arbeitsergebnissen sei. Er erklärte ferner, dass das Hausarbeitsgesetz aus dem Jahr 1911 sei und man zu dieser Zeit eine andere Vorstellung gehabt habe. Dies würde sichtbar werden, wenn man sich heute einen gescheiterten Anwalt mit einer Wohnzimmerkanzlei vorstellen würde, der von zu Hause aus Mandate bearbeitet und dabei auch für Unternehmen Vertragsentwürfe fertigt. Er fragte weitergehend, ob dann das Fertigen dieser Vertragsentwürfe die Verwertung der eigenen Arbeitsergebnisse durch den Anwalt sei, also keine Heimarbeit. Oder ob es vielmehr so sei, dass das Unternehmen, für welches die Vertragsentwürfe gemacht werden, diese durch die Verwendung verwertet. Die Folge wäre, dass der Anwalt dann Heimarbeiter ist. Die zweite Frage bzw. Ausführung Professor *Riebles* war, dass es normalerweise bei der Betriebszugehörigkeit an vielen Stellen Zuordnungsprobleme gäbe. Man würde dazu neigen, schnell auf die Einsatzzentrale abzustellen. Man müsse auch bei Heimarbeitern irgendeine Form von „Kommandozentrale“ bezeichnen, von welcher aus diese ihre Arbeitsaufgaben bekommen würden. Er stellte die These auf, ob es dann nicht naheliegen würde, dass ein schlauer Arbeitgeber eine besondere Heimarbeitersteuerungszentrale errichtet, in der weniger als fünf normale Arbeitnehmer beschäftigt sind. Wenn man dann die Heimarbeiter mitzählen würde, sei diese Zentrale betriebsratsfähig. Er habe aber noch nie einen Heimarbeiter gesehen, welcher für den Betriebsrat kandidiert. Deswegen sei die von ihm entwickelte Methode eine effiziente Möglichkeit, viele der aufgeworfenen Fragen nicht beantworten zu müssen.

Der Referent knüpfte für die Antwort auf die erste Frage wieder an die historische Einordnung des Heimarbeitsgesetzes an. Dieses Gesetz sei ursprünglich für etwas ganz anderes gemacht worden. Die Definition des Heimarbeiters sei aber recht offen und flexibel und erlaubt daher, auch

die neuen Beschäftigungsformen darunter zu subsumieren. Daraufhin erörterte der Referent die Frage der Verwertung der Arbeitsergebnisse. Wenn beispielsweise ein Korb geflochten wird sei klar, dass der geflochtene Korb das Arbeitsergebnis ist. Wenn man aber zum Beispiel ein Softwareentwickler sei, dann ist das Arbeitsergebnis das Programmierte. Wenn man den programmierten Code nicht selber verkaufe, sondern diesen dem Arbeitgeber anbiete, überlasse man auch diesem die Verwertung des Arbeitsergebnisses.

Professor *Rieble* fragte daraufhin abermals, wo genau im konkreten Fall die Arbeitsergebnisse verwertet würden. Erneut brachte er das Beispiel des Anwalts, der für ein Unternehmen Verträge entwirft.

Der Referent antworte damit, dass er für dieses Beispiel eine Unterscheidung favorisiere. Er begann seine Ausführungen mit einem eigenen Beispiel. Wenn es so sei wie bei einem Notar, welcher eine Schublade aufmacht, aus dieser einen Vertrag entnimmt und diesen dann für einen gewissen Preis anbietet, sei dieser kein Heimarbeiter. Wenn aber ein individueller Vertrag geschrieben werden soll, sei man Heimarbeiter.

Professor Dr. *Martina Benecke* (Universität Augsburg) erklärte zunächst, dass interne Crowdworker einem Betrieb zugeordnet und daher Arbeitnehmer seien. Sie berichtete im Fortgang der Diskussion von einem Beispiel aus der Praxis von Audi. Dort sei bei einem neuen Audi der Designauftrag intern und extern ausgeschrieben gewesen. Interessant sei die Frage, wie sich die Lage darstelle, wenn ein Arbeitnehmer in einem Betrieb in Frankreich tätig sei, aber seine Ideen und Arbeiten eigentlich regelmäßig für den Betrieb in Ingolstadt liefere. Sein Einkommen bezöge er aus dem internen Crowdfunding. Die Frage sei, ob das Kriterium der Eingliederung nicht überholt und es nicht besser sei, danach zu fragen, wo die Verwertung der Arbeitsergebnisse erfolge.

Der Referent ging auf diese Frage mit der Erklärung ein, dass der Eingliederungsbegriff sehr alt sei. Dieser wurde von der Rechtsprechung genau herausgearbeitet. Nach seiner Ansicht sei es nicht zu erwarten, dass sich das BAG in Zukunft davon lösen wird und auf die Verwertung der Arbeitsergebnisse abstellt.

Professor Dr. *Sebastian Kolbe* (Universität Bremen) führte die Diskussion mit dem Ratschlag fort, dass man, wenn man eine Eingliederung vermeiden und den Abstand zur verdeckten Arbeitnehmerüberlassung beim Werkvertrag wahren wolle, alles im Vertrag genau ausgestalten sollte. Weiterhin gebe es Rechtsprechung des BAG zum Arbeitnehmerbegriff, welche sagt, dass es gerade bei einfachen Tätigkeiten irrelevant sei, ob Weisungen erteilt worden sind. Die Beschäftigten seien dann oftmals Arbeitnehmer. Schließlich wollte er wissen, ob man in diesen Fällen mit der Gestaltung am Ende sei oder ob es noch Möglichkeiten gebe.

Der Referent stellte zunächst fest, dass dies durchaus eine schwierige Problematik sei. Die Frage stelle sich, wenn gar keine Weisungen gegeben werden. In diesen Fällen sei es daher angeraten, auf die vertragliche Vereinbarung zu schauen und zu überprüfen, ob es vertragliche Weisungsbefugnisse gebe. Für die Praxis sei dies eine Gratwanderung, insbesondere aufgrund der Frage, wie man den Vertrag hinsichtlich der dienst- und werkvertraglichen Weisungen ausgestalten müsse. Man könne dann klarmachen, dass nur dienstvertragliche und nicht arbeitsvertragliche Weisungen gegeben werden. Dann sei man auf der sichereren Seite, so als würden gar keine Weisungen erfolgen.

Boris Karthaus (IG Metall Bezirk Nordrhein-Westfalen) knüpfte an die Aussage des Referenten in seinem Vortrag hinsichtlich der Zweikomponentenlehre an. Die Aufgabe der Zweikomponentenlehre trete nach der Auffassung des Referenten nur dort in Kraft, wo eine aufgespaltene Arbeitgeberstellung bestehe. Dies wollte er mit den sog. Matrixstrukturen infrage stellen. Er führte dies mit einer Entscheidung des LAG Baden-Württemberg aus, welches von einer Eingliederung in den Betrieb ausgegangen sei, obwohl der streitige Beschäftigte nie physisch in dem Betrieb anwesend war.

Der Referent erklärte daraufhin, dass die Rechtsprechung das anwenden würde, was derzeit vorliegt. Man müsse also analysieren, wie genau die Gestaltung aussieht, beispielsweise, ob ein Dienst oder Werkvertrag abgeschlossen wurde. In dieser Kategorie müsse dann einen Schritt weitergedacht werden. Es sei nicht auszuschließen, dass es unterschiedliche Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte für die Übergangszeit geben werde. Er gehe aber davon aus, dass sich das BAG auch irgendwann mit den unterschiedlichen Konstellationen befassen und entscheiden werde. Die Aufgabe des Fortdenkens käme dann den Praktikern und Wissenschaftlern zu.

Professor Dr. *Friedhelm Rost* (vormals Richter am BAG, Philipps-Universität Marburg) brachte die Diskussion schließlich weiter, indem er berichtete, dass für ihn der Unterschied zwischen Heimarbeitern und arbeitnehmerähnlichen Personen immer unklarer geworden sei, je länger er sich damit beschäftige. Er sei der Meinung, § 611a BGB sei etwas unglücklich geraten. Weiterhin hätte der Referent gesagt, der Betriebsrat des Entleiherbetriebs solle zurückgenommen werden beim Mitbestimmungsrecht des § 99 BetrVG. Bei § 102 BetrVG würde nach der Meinung des Referenten dafür kein Anlass bestehen. Er wollte wissen, ob nicht eine Beteiligung des Entleiherbetriebs denkbar wäre.

Der Referent antwortete auf diese Frage mit einem Beispiel. Wenn es bei der Kündigung um ein Verhalten des Arbeitnehmers im Entleiherbetrieb ginge, wie z.B. bei einer Schlägerei, sei tatsächlich der Entleiherbetriebs-

rat näher dran. Er war der Meinung, dass ein Einbindungsrecht durchaus sinnvoll sei. Zudem teile er die Meinung von Professor *Rost* hinsichtlich der Unterscheidung von Heimarbeitern und arbeitnehmerähnlichen Personen.

Professor Dr. *Richard Giesen* (ZAAR) begann seine Wortmeldung mit einem Zitat von *Linsenmayer/Kiel*, welche beide Richter am BAG seien. Nach diesen sei der Betrieb ein Hoheitsgebiet, auf welchem man auch über Fremdbeschäftigte normativ „herrschen“ könne. Er fragte nach der Meinung des Referenten zu diesem Zitat.

Der Referent war der Ansicht, dass man dafür die Reichweite der Betriebsautonomie überdenken müsse. Ihm erscheine diese These etwas weitgehend. Der Besucher, welcher eine Betriebsführung macht, sei dann normativ an die Betriebsvereinbarung gebunden. Insbesondere ist dies datenschutzrechtlich berücksichtigungswert (künftiger § 26 BDSG).

Christian Stadtmueller (Infineon Technologies AG) hatte eine Frage zum Eingliederungsbegriff in § 99 BetrVG im Hinblick auf die Fremdfirmenmitarbeiter. Er wollte wissen, wo noch Spielraum zwischen dem Weisungsrecht und der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung sei.

Der Referent fand, dass dies für die Praxis ein schwieriges Problem sei. Man wisse nicht genau, wann die Weisungsbefugnis eine Eingliederung begründe und wann es zur verdeckten Arbeitnehmerüberlassung werde. Er verwies ferner auf seine vorgestellten BAG-Entscheidungen. Im Ergebnis sei dies immer eine Einzelfallentscheidung.

Professor Dr. *Abbo Junker* (ZAAR) vertrat den Standpunkt, dass es bei aufgespaltener Arbeitgeberstellung unangebracht sei, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auszudehnen. Besonders wenig überzeugend sei es, den § 102 BetrVG auszudehnen und auch noch einen zweiten Betriebsrat anzuhören. Der Grund sei die sehr strenge Rechtsfolge der Vorschrift. Die Fehlerquellen seien zudem unübersehbar. Es ergebe keinen Sinn, den Betriebsrat im Entleiherbetrieb auch noch anzuhören. Wenn man keine genaue Lösung hätte, würde dies Rechtsunsicherheit schaffen. Besser wäre es, die Anhörung auf den Betriebsrat des Vertragsarbeitgebers zu beschränken.

Der Referent pflichtete dem bei und meinte, dass dies beachtliche Einwände seien. Generell gebe es kein Anhörungsrecht aus § 102 BetrVG. Er wollte von Professor *Junker* wissen, was er dann bei der verhaltensbezogenen Kündigung vorschlagen würde. Denkbar sei, so Professor *Junker*, eine Zwischenlösung. Ein Vorschlag wäre beispielsweise ein Stellungnahmerecht und kein Anhörungsrecht.

Professor *Rost* schlug vor, dass man die Argumentation des Referenten zu § 99 BetrVG auch bei § 102 BetrVG anwenden könne.

Professor *Giesen* stellte abschließend fest, dass es hauptsächlich um Unterrichtung gehe und das funktionale Problem nicht so groß sei.

Funktion und Zukunft des leitenden Angestellten im Aufsichtsrat

Günter Schmitt-Rolfes

Seite

A. Der leitende Angestellte im deutschen Mitbestimmungssystem.....	55
I. Montanmitbestimmungsgesetz.....	55
II. Das Drittelbeteiligungssystem.....	56
III. Die Prozessschlacht der Jahre 1972 ff.....	57
IV. Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten.....	58
V. Das Mitbestimmungsgesetz vom 1.7. 1976.....	59
1. Wahlrecht und Sitzgarantie.....	59
2. Einschränkung der Wählbarkeit.....	59
3. Abstimmungsverhalten.....	60
4. Verschwiegenheit und Informationsbeschaffung.....	60
5. Gruppenwechsel und Wählbarkeit.....	60
6. Schutz vor Behinderung.....	61
VI. Die faktische Funktion des leitenden Angestellten im Aufsichts- rat.....	61
B. Der leitende Angestellte im europäischen Mitbestimmungs- system.....	61
I. Die Societas Europaea (SE).....	62
1. Gesetzliche Rechtsgrundlagen.....	62
2. Dualistisches und monistisches System.....	62
3. Die europarechtlichen Gründungsmodalitäten.....	63
II. Die Zukunft des leitenden Angestellten in Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat der SE.....	64
1. Die Einbeziehung des leitenden Angestellten in das Euro- päische System.....	64
2. Die Sitzgarantie.....	65
3. Die mitbestimmungsrechtliche Vereinbarung.....	65
4. Die SE-Gründung durch Umwandlung.....	66

5.	SE-Gründung durch Verschmelzung, Holding oder Tochtergesellschaft.....	68
6.	Der leitende Angestellte im monistischen System.....	69
7.	Empirischer Zahlenstand 2014	70
III.	Der leitende Angestellte im System der grenzüberschreitenden Verschmelzung	70
1.	Rechtsgrundlagen	70
2.	Grundsatz	71
3.	Die Zukunft des leitenden Angestellten im Aufsichtsrat	71
	Diskussion	73

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Bewegliche Mitbestimmung* (München 2018), S. 53-72

A. Der leitende Angestellte im deutschen Mitbestimmungssystem

I. Montanmitbestimmungsgesetz

Die erste paritätische Mitbestimmungsregelung für Arbeitnehmer befindet sich nach wie vor im Montanmitbestimmungsgesetz vom 21.5. 1951.

Beschränkt ist das Gesetz allerdings auf die Aufsichtsräte und Vorstände der Unternehmen des Bergbaus und der eisen- und stahlerzeugenden Industrie.

In einem Unternehmen, das in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft oder GmbH betrieben wird und in dem mehr als 1.000 Beschäftigte dem Montanbereich angehören, ist ein Aufsichtsrat zu bilden, der paritätisch besetzt ist und zwar aus

- 4 Vertretern der Anteilseigner und einem weiteren Mitglied;
- 4 Vertretern der Arbeitnehmer und einem weiteren Mitglied;
- einem weiteren Mitglied.

Somit handelt es sich um die erste in Deutschland rechtlich verfügte paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat von Unternehmen, allerdings abgemildert durch die jeweils weiteren Mitglieder.

Unter den Arbeitnehmervertretern des Aufsichtsrats müssen sich zwei Arbeitnehmer befinden, die in einem Betrieb des Unternehmens beschäftigt sind.

Da der Begriff des Arbeitnehmers in diesem Gesetz nicht definiert ist, sind nach dem Wortlaut grundsätzlich alle Arbeitnehmer gemeint, die an der Vertretung beteiligt werden können, also auch die leitenden Angestellten, die zweifellos grundsätzlich den Arbeitnehmerbegriff erfüllen.

Allerdings gibt es in diesem Gesetz keine Sitzgarantie, also keine Quotenregelung zugunsten der leitenden Angestellten, so dass die leitenden Angestellten zu behandeln sind wie alle anderen Arbeitnehmer auch.

Es hat sich allerdings eine herrschende Lehre entwickelt, die aus der Tatsache, dass die Arbeitnehmervertreter durch die Betriebsräte der Betriebe des Unternehmens in geheimer Wahl gewählt und dem Wahlorgan nach Beratung mit dem in den Betrieben des Unternehmens vertretenen Gewerkschaften und Spitzenorganisationen vorgeschlagen werden, schließt, dass der Arbeitnehmerbegriff im Sinne dieses Gesetzes dahin eingeschränkt ist, dass leitende Angestellte im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes nicht als Arbeitnehmer dieses Gesetzes gelten und deshalb nicht in den Aufsichtsrat gewählt werden können.

Diese Rechtsauffassung ist weder vom Wortlaut des Gesetzes noch von der sonstigen Systematik – im Verhältnis zum Betriebsverfassungsgesetz – her zu begründen, da auch das Betriebsverfassungsgesetz nicht den Arbeitnehmerbegriff allgemein verändert. Es regelt lediglich, dass leitende Angestellte nach der dortigen Definition nicht als Arbeitnehmer im Sinn des Betriebsverfassungsgesetzes gelten, zumal das Betriebsverfassungsgesetz erst nach dem Montanmitbestimmungsgesetz vom 21.5. 1951 in Kraft getreten ist, so dass das Montanmitbestimmungsgesetz auf das Betriebsverfassungsgesetz überhaupt nicht Bezug nehmen konnte.

Da sich eine solche Abgrenzung im Montanmitbestimmungsgesetz nicht befindet, können also auch grundsätzlich leitende Angestellte für den Aufsichtsrat vorgeschlagen und gewählt werden, obwohl nach den ganzen Wahl- und Vorschlagsmodalitäten unwahrscheinlich ist, dass die dazu berechtigten Institutionen leitende Angestellte nominieren und wählen werden.

Immerhin ist bedeutsam, dass das Montanmitbestimmungsgesetz den Arbeitnehmerbegriff nicht in normale Angestellte und leitende Angestellte aufsplittet.

II. Das Drittelbeteiligungssystem

1. Bereits das Betriebsverfassungsgesetz vom 11.10. 1952 hatte in seinen §§ 76 ff. die Arbeitnehmermitbestimmung in Form der Drittelbeteiligung in bestimmten Unternehmen eingeführt, und zwar für alle Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien ohne Rücksicht auf die Beschäftigtenzahl und für alle Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit mehr als 500 Arbeitnehmern (gleiches galt für die sog. Bergrechtliche Gewerkschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit).

Lediglich bei Aktiengesellschaften, die Familiengesellschaften sind, wurde die Schwelle der Mitbestimmungspflichtigkeit wie bei der GmbH auf mehr als 500 Arbeitnehmer angehoben.

Die Gruppe der leitenden Angestellten wurde allerdings schon durch die Arbeitnehmerdefinition in § 4 Abs. 2 lit. c BetrVG 1952 ausgesperrt, da sie nicht als Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzes galten.

Die Definition des leitenden Angestellten war ähnlich ausgestaltet wie im heutigen Betriebsverfassungsrecht.

Allerdings beschränkte sich diese Aussperrung nur auf das aktive Wahlrecht, während in größeren Aufsichtsräten ab neun Gesamtmitgliedern auch leitende Angestellte in den Aufsichtsrat gewählt werden konnten.

§ 76 Abs. 2 Satz 3 BetrVG bestimmte nämlich, dass lediglich zwei der insgesamt zu wählenden Arbeitnehmervertreter Arbeitnehmer aus den Be-

trieben des Unternehmens sein mussten. Dies bedeutet, dass ab einer Aufsichtsratsgröße von neun Mitgliedern ein oder mehrere Personen, die nicht Arbeitnehmer im Sinne des betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs waren, in den Aufsichtsrat gewählt werden konnten.

Dies galt sowohl für das passive Wahlrecht von leitenden Angestellten als auch für die Wahl von Gewerkschaftsvertretern und anderen externen Personen.

Wie alle Aufsichtsratsmitglieder unterlagen sie selbstverständlich den gesellschaftsrechtlichen Einschränkungen gemäß §§ 100 Abs. 2, 105 Abs. 1 Aktiengesetz.

Die praktische Relevanz, dass auf diesem Weg leitende Angestellte als Arbeitnehmervertreter in den mitbestimmten Aufsichtsrat gelangen konnten, war allerdings gering und zwar aus zwei Gründen.

Einmal war die Aufstellung von Wahlvorschlägen den Betriebsräten vorbehalten und den aktivwahlberechtigten Arbeitnehmern, also nicht den leitenden Angestellten.

Zum zweiten waren alle Arbeitnehmervertreter lediglich von den aktivwahlberechtigten Arbeitnehmern zu wählen, so dass insofern die leitenden Angestellten ebenfalls keinen Einfluss auf die Wahl hatten.

Eine Sitzgarantie für die leitenden Angestellten gab es selbstverständlich ebenfalls nicht.

2. Mit der großen betriebsverfassungsrechtlichen Reform durch das Betriebsverfassungsgesetz vom 15.1.1972 wurde das oben beschriebene Drittelbeteiligungssystem der Arbeitnehmerbeteiligung von 1952 nicht geändert, sondern gemäß § 129 Abs. 1 BetrVG 1972 fortgeschrieben mit einer im Prinzip gleichen Ausgrenzung der leitenden Angestellten gemäß § 5 Abs. 3 BetrVG 1972, die gegenüber der Formulierung von 1952 geringfügig geändert wurde.

3. Das Drittelbeteiligungsgesetz vom 18.5.2004 übernahm wiederum die obigen Regelungen unverändert, jedenfalls soweit die leitenden Angestellten betroffen sind (§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 2 Satz 2 DrittelbG).

4. Somit kann festgestellt werden, dass die Gruppe der leitenden Angestellten bis zum Mitbestimmungsgesetz von 1976 im Ergebnis keinerlei Funktion in den Aufsichtsräten der mitbestimmten Gesellschaften ausfüllen und ausüben konnte.

III. Die Prozessschlacht der Jahre 1972 ff.

Die Begriffsdefinition des leitenden Angestellten im BetrVG 1972 löste eine Prozessschlacht um die Abgrenzung aus, allerdings nicht im Hinblick

auf eine mögliche Mitbestimmung im Aufsichtsrat, sondern bezüglich der Zuständigkeit des Betriebsrats für diese Personengruppe.

Angeführt von den Gewerkschaften, bestritten Betriebsräte insbesondere in großen Unternehmen die Abgrenzung, die durch die Unternehmensleitungen vorgenommen wurde, mit der Behauptung, dass durch die Erweiterung des Kreises der leitenden Angestellten den Betriebsräten Kompetenzen entzogen würden.

Die Betriebsräte – vertreten durch die Gewerkschaften oder deren Anwälte – lösten in einzelnen Unternehmen mehrere Tausend Beschlussverfahren aus, da für jeden einzelnen umstrittenen leitenden Angestellten ein solches Beschlussverfahren durchgeführt werden musste.

Nachdem das BAG einige Konturen gezogen hatte, einigte man sich letztlich pragmatisch in diesen Unternehmen, entweder auf Prozentzahlen (ein bis drei Prozent leitende Angestellte) oder auf Hierarchieebenen (erste und zweite Ebene unterhalb der organschaftlichen Unternehmensleitung).

Da die umstrittenen leitenden Angestellten als Prozessbeteiligte aufseiten der Unternehmen standen, führte dies zu einem Solidarisierungseffekt auf der Seite der leitenden Angestellten, den zahlreiche Unternehmensleitungen aufgriffen, um die nicht unter die Zuständigkeit der Betriebsräte fallenden leitenden Angestellten ohne kollektive Vertretung zu lassen.

IV. Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten

1. Angeregt durch von der Union der leitenden Angestellten und der BDA entwickelte Modelle, die dem Modell des Arbeitsrings Chemie nachempfunden waren, schlossen die Unternehmensleitungen mit den leitenden Angestellten auf privatrechtlicher Grundlage Regelungen für Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten im Unternehmen ab.

1976 gab es bereits 200 Unternehmen mit solchen Ausschüssen, die sich bis auf 400 Unternehmen vermehrten, vor allem in der Metall- und Elektroindustrie, in der Chemischen Industrie und in der Versicherungswirtschaft.

Die Gewerkschaften versuchten, durch die jeweiligen Betriebsräte diese Entwicklung zu stoppen bzw. zu verbieten mit der Begründung, Sprecherausschüsse für leitende Angestellte würden gegen die Exklusivität des betriebsrätlichen Mitbestimmungsmodells in der Betriebsverfassung verstoßen.

Die entsprechenden, von Betriebsräten eingeleiteten Unterlassungsverfahren führten schließlich zu einer Grundsatzentscheidung des BAG vom 19.2. 1975, in der das BAG die freiwillige Bildung von Sprecherausschüs-

sen, die auf den Personenkreis des § 5 Abs. 3 BetrVG beschränkt sind, ausdrücklich und grundsätzlich für zulässig erklärte.

Mit der nun unangefochtenen freiwilligen Bildung von Sprecherausschüssen wurde eine wesentliche organisationspolitische Grundlage für die spätere Beteiligung der leitenden Angestellten im Aufsichtsrat mitbestimmter Unternehmen geschaffen.

2. Demgegenüber wurde das Sprecherausschusssystem erst durch das Sprecherausschussgesetz vom 20.12.1988 auf eine gesetzliche Grundlage gestellt.

V. Das Mitbestimmungsgesetz vom 1.7. 1976

Der Durchbruch für die Beteiligung der leitenden Angestellten im Aufsichtsrat kam erst durch das Mitbestimmungsgesetz vom 1.7. 1976, da die leitenden Angestellten bis dahin – wie oben ausgeführt – entweder faktisch oder rechtlich von jeder aufsichtsrätlichen Mitbestimmung ausgeschlossen waren.

1. Wahlrecht und Sitzgarantie

Das genannte Gesetz von 1976 schloss die leitenden Angestellten in den Arbeitnehmerbegriff ein, gab ihnen das aktive und passive Wahlrecht, für das Wahlverfahren einen gesonderten Gruppenschutz und darüber hinaus eine Sitzgarantie, der zufolge dem mitbestimmten Aufsichtsrat mindestens ein leitender Angestellter angehören musste (§ 15 Abs. 1 Satz 2 MitbestG).

Die Sitzgarantie verbietet nicht, dass mehr als ein leitender Angestellter in den Aufsichtsrat gewählt wird, was jedoch aufgrund des gesetzlichen Proporzsystems (Mehrheitswahl, Verhältniswahl nach den Besetzungsregelungen des *d'Hondt*'schen Höchstzahlverfahrens) niemals zu einer höheren Beteiligung führen konnte und kann.

2. Einschränkung der Wählbarkeit

Häufig stehen leitende Angestellte in einem Arbeitsverhältnis zur Muttergesellschaft und übernehmen organschaftliche Positionen in Tochtergesellschaften als Vorstandsmitglieder oder Geschäftsführer. Dies beseitigt die Wählbarkeit ebenso wie die Organstellung in einer anderen nicht abhängigen Kapitalgesellschaft, deren Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied des Vertragsarbeitgebers des leitenden Angestellten angehört (§ 100 Abs. 2 Nr. 2 und 3 AktG).

Bei Verstoß wird die Wahl zwar nicht sofort nichtig, da die Wählbarkeit erst bei Amtsantritt im Aufsichtsrat vorliegen muss, der leitende Ange-

stellte muss jedoch die organschaftlichen Positionen spätestens bis zu diesem Zeitpunkt räumen.

Des Weiteren darf der leitende Angestellte nicht Prokurist oder zum gesamten Geschäftsbetrieb ermächtigter Handlungsbevollmächtigter der Gesellschaft sein, was allerdings die Wählbarkeit eines Prokuristen nur dann ausschließt, wenn dieser dem Vorstand unmittelbar unterstellt ist und die Prokura den gesamten Geschäftsbereich erfasst (§ 6 Abs. 2 Satz 1 MitbestG).

3. Abstimmungsverhalten

Nach Inkrafttreten des Gesetzes wurde ausführlich diskutiert, ob dem leitenden Angestellten ein Abstimmungsverbot auferlegt ist wegen Besorgnis der Befangenheit, z.B. wenn der Aufsichtsrat über die Wiederbestellung eines Vorstandsmitglieds beschließt, dem der leitende Angestellte unmittelbar unterstellt ist.

Nach langer Diskussion war klar, dass es ein solches Abstimmungsverbot nicht geben kann, da Befangenheitsfragen nicht individuell, sondern nur generell über die Einschränkung der Wählbarkeit – wie oben ausgeführt – geregelt werden können.

Ein Abstimmungsverbot würde das Paritätsgebot sprengen und wäre schon deshalb unzulässig.

4. Verschwiegenheit und Informationsbeschaffung

Die allgemeine und uneingeschränkte Verschwiegenheitspflicht, die für alle Aufsichtsratsmitglieder gilt, trifft den leitenden Angestellten auch gegenüber seiner Wählergruppe, während eine Informationsbeschaffung aus dieser Wählergruppe heraus nicht verboten ist.

5. Gruppenwechsel und Wählbarkeit

Der Gruppenwechsel führt nicht zum Erlöschen des Amtes (§ 24 Abs. 2 MitbestG). Verliert also ein leitender Angestellter die Leitungseigenschaft, behält er sein Amt, ebenso ein Arbeitnehmervertreter, der zum leitenden Angestellten befördert wird.

Lag allerdings die Voraussetzung für den leitenden Angestellten schon zum Zeitpunkt der Wahl nicht vor, ist ungeklärt bzw. umstritten, ob in entsprechender Anwendung von § 24 Abs. 1 MitbestG die Wahl nichtig ist oder nur gemäß § 22 MitbestG anfechtbar.

6. Schutz vor Behinderung

Das allgemeine Behinderungs- und Benachteiligungsverbot für den Amtsträger (§ 26 MitbestG) führt nicht zu einem besonderen Kündigungsschutz.

VI. Die faktische Funktion des leitenden Angestellten im Aufsichtsrat

Durch seine Stimme kann der leitende Angestellte eine Pattsituation im Aufsichtsrat hervorrufen, indem er mit der Arbeitnehmerbank stimmt, oder eine Mehrheit der Aktionärsvertreter, indem er sein Abstimmungsverhalten dieser Bank zuschlägt.

Somit führt allein schon die Existenz des leitenden Angestellten im Aufsichtsrat dazu, dass die beiden Bänke (Aktionärsvertreter und Arbeitnehmervertreter) sich einigen, ohne den leitenden Angestellten zu dieser Entscheidung zu zwingen.

Ein weiterer Vorteil der zwingenden Einbeziehung der leitenden Angestellten in den Aufsichtsrat liegt in der Möglichkeit dieses Personenkreises, von Führungskräften des Unternehmens Informationen für die Aufsichtsratsthemen einzuholen.

Demgegenüber sind die Aktionärsvertreter im Aufsichtsrat darauf angewiesen, vom Vorstand einen Bericht an den Aufsichtsrat zu verlangen, wobei sogar das nicht durchsetzbar ist, wenn der Vorstand dies verweigert und der einzelne Aktionärsvertreter keinen Zweitunterstützer im Aufsichtsrat findet.

B. Der leitende Angestellte im europäischen Mitbestimmungssystem

Professor Dr. *Volker Rieble* sagte auf dem 5. ZAAR-Kongress mit dem Thema „Vereinbarte Mitbestimmung in der SE“ in einer Wortmeldung wörtlich:

„Dass die leitenden Angestellten natürlich große Sorge haben, das versteht jeder, der sich ein bisschen damit auskennt. Bislang waren sie ein bisschen überrepräsentiert, künftig könnten sie womöglich gar nicht repräsentiert sein.“

Die vorsichtige Formulierung von Professor *Rieble* „womöglich“ lädt zu einer systematischen Betrachtung dahin ein, was bezüglich der Beteiligung der leitenden Angestellten im europäischen Mitbestimmungssystem möglich ist oder was nicht.

Diesbezüglich sind zwei Bereiche zu untersuchen, nämlich

- die Societas Europaea sowie
- der Bereich der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedsstaaten.

Mitbestimmungsrechtlich sind beide Bereiche europarechtlich durch drei Strukturelemente gekennzeichnet, nämlich

- die Regelung der jeweiligen Grundstrukturen, insbesondere der Satzungsautonomie, sowie
- die Regelung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer in freiwilligen Vereinbarungen zwischen der jeweiligen Unternehmensleitung und einem besonderen Verhandlungsgremium (BVG) der jeweiligen Arbeitnehmerschaft sowie
- einer gesetzlichen Auffangregelung für den Fall, dass eine Mitbestimmungsvereinbarung nicht zustande kommt.

Im Einzelnen:

I. Die Societas Europaea (SE)

1. Gesetzlichen Rechtsgrundlagen

Diese sind:

- Die Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10. 2001 über das Statut der europäischen Gesellschaft (SE),
- die Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8.10. 2001 zur Ergänzung des Statuts der europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer,
- das deutsche Gesetz zur Einführung der europäischen Gesellschaft (SEEG) vom 22.12. 2004 bestehend aus
 - dem SE-Ausführungsgesetz (SEAG) sowie
 - dem SE-Beteiligungsgesetz (SEBG).

2. Dualistisches und monistisches System

Neu und wichtig für die mitbestimmungsrechtliche Beteiligung der leitenden Angestellten in der SE ist zunächst, dass europa- und nationalrechtlich der SE – die nur als Aktiengesellschaft möglich ist – neben dem dualistischen System (Aufsichtsrat/Vorstand) ein monistisches System zur Verfügung gestellt wird mit der Folge, dass neben der Hauptversammlung

nur ein Leitungsorgan, nämlich der Verwaltungsrat, gebildet werden kann.

Hierbei haben die Gründer einer SE durch souveräne Satzungsentscheidung die Möglichkeit der Wahl zwischen dem dualistischen und dem monistischen System.

Dass die Übertragung der aufsichtsrätlichen Mitbestimmung auf den Verwaltungsrat ganz neue Probleme aufwirft, ist auf den ersten Blick ersichtlich.

3. Die europarechtlichen Gründungsmodalitäten

Das Schicksal der Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat (Verwaltungsrat) und damit Funktion und Zukunft des leitenden Angestellten in diesem Gremium bei einer neugegründeten SE mit Sitz in Deutschland – und nur von diesem Fall kann in diesem Vortrag aus Zeitgründen ausgegangen werden – hängt im Wesentlichen von den verschiedenen europarechtlichen Gründungsmodalitäten ab.

In mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht ist vor auszuschicken, dass die europarechtliche SE immer nur als Aktiengesellschaft nach den europarechtlichen Regeln gegründet werden kann und immer eine Struktur entweder nach dem dualistischen oder monistischen System haben muss.

Während nach deutschem Aktienrecht „jedermann“, also jede natürliche oder juristische Person bis hin zur Personenhandelsgesellschaft eine Aktiengesellschaft gründen kann, sind die Gründungsmodalitäten der SE enumerativ-kasuistisch beschränkt.

Generell ausgeschlossen ist die Gründung einer SE durch eine natürliche Person.

Im Übrigen muss Ausgangspunkt für die Gründung – von einer Ausnahme abgesehen – immer ausschließlich eine deutsche Aktiengesellschaft sein oder eine Aktiengesellschaft und wahlweise eine GmbH. Notfalls müssen andere gründungswillige deutsche juristische Personen zunächst in eine solche nationalrechtliche Gesellschaft nach deutschem Umwandlungsrecht (Formwechsel) umgewandelt werden.

Die exklusiven Gründungsmodalitäten nach Art. 2 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 – verkürzt wiedergegeben – sind:

- Gründung durch grenzüberschreitende Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften,
- Gründung einer Holding – SE durch mindestens zwei Aktiengesellschaften oder GmbHs, von denen mindestens zwei entweder verschiedenen EU-Ländern angehören oder seit mindestens zwei Jah-

ren in einem anderen EU-Staat eine Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung haben.

Welche Rechtsform in den außerdeutschen EU-Ländern unter „Aktiengesellschaft“ oder „GmbH“ zu verstehen ist, ist jeweils in den Anhängen I und II der Verordnung für jedes einzelne Land aufgeführt (beispielsweise Frankreich: Aktiengesellschaft = Société Anonyme; GmbH = Société à Responsabilité Limitée).

- Gründung einer SE als Tochtergesellschaft in einem anderen EU-Land, möglich durch alle juristischen Personen des öffentlichen oder privaten Rechts,
- Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine SE, die seit mindestens zwei Jahren in einem anderen EU-Land eine Tochtergesellschaft haben muss.

II. Die Zukunft des leitenden Angestellten in Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat der SE

1. Die Einbeziehung des leitenden Angestellten in das Europäische System

- a) Verordnung und Richtlinie erwähnen den leitenden Angestellten als besonderen Arbeitnehmer an keiner Stelle.

Da sie vom allgemeinen Arbeitnehmerbegriff ausgehen, ist jedenfalls für deutsche Gründungen davon auszugehen, dass Verordnung und Richtlinie den leitenden Angestellten nicht aussperren wollen, wie zum Beispiel im deutschen Drittelbeteiligungsgesetz.

- b) Demgegenüber bezieht das SEBG die Gruppe der leitenden Angestellten ausdrücklich in den Geltungsbereich der gesetzlichen Regelung ein. § 2 Abs. 1 SEBG bestimmt:

„Arbeitnehmer eines inländischen Unternehmens oder Betriebs sind Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsbildung beschäftigten und der in § 5 Abs. 3 Satz 2 des Betriebsverfassungsgesetzes genannten leitenden Angestellten.“

Durch die ausdrückliche Einbeziehung sollen Missverständnisse wie im deutschen Montanmitbestimmungsgesetz oder Analogien aus dem deutschen Drittelbeteiligungsgesetz vermieden werden.

Die leitenden Angestellten haben somit zunächst die Gleichstellung mit allen anderen Arbeitnehmern – jedoch als gesonderte Gruppe – erreicht und damit das aktive und passive Wahlrecht, soweit es auf die mitbestimmungsrechtliche Beteiligung ankommt.

2. Die Sitzgarantie

Wegen des naturgegebenen nachteiligen Proporz in der Arbeitnehmerschaft zulasten der leitenden Angestellten, hat der deutsche Gesetzgeber die Sitzgarantie in § 15 Abs. 1 Satz 2 MitbestG verfügt.

Eine solche explizite Sitzgarantie gibt es weder im europäischen Primärrecht noch im SEEG, insbesondere im SEBG.

Da sich, zumindest bei deutschen SE-Gründungen, der Proporz zwischen leitenden Angestellten und nicht leitenden Angestellten nicht ändern wird, stellt sich die Frage, ob und wenn ja auf welchem Weg leitende Angestellte über ein Mehrheits- oder Verhältniswahlssystem einrücken können.

3. Die mitbestimmungsrechtliche Vereinbarung

Ziel des SEBG ist, in einer SE die erworbenen Rechte der Arbeitnehmer auf Beteiligung an Unternehmensentscheidungen zu sichern. Maßgeblich für die Ausgestaltung der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer in der SE sind die bestehenden Beteiligungsrechte in den Gesellschaften, die die SE gründen (§ 1 Abs. 1 SEBG).

Entsprechend der europarechtlichen Vorgaben soll diese Aufgabe vorrangig durch eine schriftliche Vereinbarung zwischen den beteiligten Unternehmensleitungen und einem „Besonderen Verhandlungsgremium (BVG)“ erfüllt werden.

Da diese „Aufgabenerfüllung“ zunächst den Mindeststandard der Mitbestimmung sichern soll („maßgeblich sind die bestehenden Beteiligungsrechte“), steht einer Sitzgarantie für die leitenden Angestellten in Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat durch eine solche Vereinbarung nichts entgegen. Dies gilt nicht nur für eine Mindestregelung im Sinn von § 15 Abs. 1 Satz 2 MitbestG, sondern erst recht für eine Verbesserung, indem den leitenden Angestellten ein größerer Anteil an Sitzen in diesen Gremien garantiert wird.

Dieses Wunschdenken wird jedoch konterkariert durch die Fragestellung, wie sich das BVG zusammensetzt, da eine solche Sitzgarantie für die leitenden nur zustande kommt, wenn auch das BVG zustimmt. Da das BVG von der Mehrheit der „Arbeitnehmer“ gebildet wird, schlägt natürlich der vorgegebene Proporz auch in diesem Gremium zulasten der leitenden Angestellten durch.

Deshalb hat der Gesetzgeber in § 6 Abs. 4 SEBG den leitenden Angestellten wenigstens im BVG eine abgeschwächte Sitzgarantie gegeben, wonach mindestens jedes 7. Mitglied ein leitender Angestellter sein muss, der auf Vorschlag der Sprecherausschüsse zu wählen ist (§ 8 Abs. 1 SEBG).

Sofern für die Gesamtzusammensetzung des BVG ausschließlich die Grundregel des § 5 Abs. 1 SEBG zur Anwendung gelangt, müssen allerdings mehr als 60 % der Arbeitnehmer in Deutschland beschäftigt sein, um die Sitzgröße von sieben Mitgliedern im BVG zu erreichen.

Aber auch wenn der leitende Angestellte im BVG Sitz nimmt, hat er nur eine Stimme, so dass die Vereinbarung einer Sitzgarantie für die leitenden Angestellten – selbst wenn die Unternehmensleitungen zustimmen – durch Mehrheitsentscheidung im BVG kaum zu erreichen ist.

Deshalb kann eine zwingende Beteiligung der leitenden Angestellten in den Aufsichtsgremien einer SE nur erfolgen, wenn andere Rechtsgrundlagen die Übertragung der Regelung aus § 15 Abs. 1 Satz 2 MitbestG verfügen.

Dies ist nicht ausgeschlossen, hängt jedoch von den unterschiedlichen Gründungsmodalitäten ab.

4. Die SE-Gründung durch Umwandlung

a) Sowohl Richtlinie als auch SEBG behandeln die SE-Gründung durch Umwandlung bezüglich der Mitbestimmungsweitergeltung grundsätzlich anders als die SE aufgrund der anderen Gründungsmodalitäten.

Dies hat einen einfachen Grund. Der Grundsatz der Mitbestimmungserhaltung gemäß § 1 Abs. 1 Satz 3 SEBG („Maßgeblich für die Ausgestaltung der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer in der SE sind die bestehenden Beteiligungsrechte in den Gesellschaften, die die SE gründen“), erfordert einen „Vorher/Nachher“-Vergleich, der naturgegeben einfacher ausfällt, wenn das „Vorher“ nur durch eine Gesellschaft repräsentiert wird, als wenn das „Vorher“ – wie bei den anderen Gründungsmodalitäten – von mehreren Gesellschaften, möglicherweise mit unterschiedlicher Mitbestimmungsregelung, repräsentiert wird.

Da gemäß Art. 37 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine SE weder die Auflösung der Gesellschaft noch die Gründung einer neuen juristischen Person zur Folge hat (vergleichbar § 202 Nr. 1 UmwG), bleibt die Struktur der umgewandelten Gesellschaft auch bezüglich der Mitbestimmung bestehen, so dass nicht einzusehen ist, weshalb die diesbezügliche Mitbestimmungsregelung keine weitere Anwendung finden soll.

b) Der Vorrang, die Mitbestimmung durch freie Vereinbarung zu regeln, gilt grundsätzlich auch bei der Gründung durch Umwandlung, wird allerdings inhaltlich und bezüglich des Verfahrens durch die Richtlinie 2001/86/EG und das SEBG erheblich eingeschränkt.

So bestimmt Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie exemplarisch, dass in der Vereinbarung im Falle einer durch Umwandlung gegründeten SE in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung zumindest das gleiche Ausmaß gewährleistet werden muss, das in der Gesellschaft besteht, die in eine SE umgewandelt werden soll.

Das SEBG übernimmt diesen Befehl inhaltsgleich in § 21 Abs. 6, wonach in der Vereinbarung im Fall einer durch Umwandlung gegründeten SE in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung zumindest das gleiche Ausmaß gewährleistet werden muss, das in der Gesellschaft besteht, die in eine SE umgewandelt werden soll. Dies gilt auch bei einem Wechsel der Gesellschaft von einer dualistischen zu einer monistischen Organisationsstruktur.

In Konsequenz dieser Maxime verbietet die Richtlinie in Art. 3 Abs. 6 Satz 3 dem BVG, zu beschließen, keine Verhandlungen aufzunehmen oder bereits aufgenommene Verhandlungen abubrechen, da dies zur Mitbestimmungsfreiheit der SE führen würde, weil auch die gesetzliche Auffangregelung nicht eingreift.

Das SEBG übernimmt dieses Verbot in § 16 Abs. 3 für den Fall der Gründung einer SE durch Umwandlung.

Des Weiteren schließt die Richtlinie indirekt eine Minderung der Mitbestimmungsrechte durch Vereinbarung für den Fall der Umwandlungsgründung aus (Art. 3 Abs. 4 Satz 4 Richtlinie 2001/86/EG), was das SEBG in § 15 Abs. 6 ausdrücklich bestätigt.

c) Kommt innerhalb der sechsmonatigen bzw. einjährigen Verhandlungsfrist eine Vereinbarung mit der oben dargestellten Mitbestimmungssicherung nicht zustande, greift die gesetzliche Auffangregelung (Art. 7 Abs. 2a Richtlinie 2001/86/EG, § 34 Abs. 1 Nr. 1 SEBG), wenn im Fall der Umwandlung Bestimmungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan galten.

§ 35 Abs. 1 SEBG garantiert dann die absolute Mitbestimmungsweitergeltung, wonach bei Gründung einer SE durch Umwandlung die Regelung zur Mitbestimmung erhalten bleibt, die in der Gesellschaft vor der Umwandlung bestanden hat.

Die Regelung geht zurück auf Teil 3a der Auffangregelung für die Mitbestimmung gemäß Anhang zur Richtlinie.

d) Die Sicherung der Beteiligung der leitenden Angestellten im Aufsichtsorgan ist gemäß den obigen Ausführungen nur gesichert, wenn sowohl die Regelung über die Vereinbarung als auch die Auffangregelung bezüglich der Mitbestimmung die Übernahme der Regelung gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 MitbestG gebietet. Da sich ein besonderer Schutz der leiten-

den Angestellten mitbestimmungsrechtlich aus dem Europarecht nicht ergibt, wäre dies nur dann der Fall, wenn die Mitbestimmungsregelung nach dem MitbestG zu übernehmen ist, was selbstverständlich die Umwandlung einer mitbestimmten Aktiengesellschaft voraussetzt.

Ob sich dieser Zwang aus den obigen Regelungen ergibt, ist in der Literatur heftig umstritten.

Die einen beschränken die Mitbestimmungssicherung auf den reinen Anteil (Prozentsatz) der Ausgangsregelung, andere erweitern dies durch die konkrete Zahl der Arbeitnehmervertreter und Dritte erweitern weiter auch bezüglich der konkreten Zusammensetzung (Arbeitnehmer, Gewerkschaftsvertreter, leitender Angestellter).

Welche Auffassung sich bei einer arbeitsgerichtlichen oder europarechtlichen Überprüfung durchsetzen wird, ist ungewiss.

Sieht man jedoch die Mitbestimmungssicherung als das übergeordnete Ziel, was sich auch aus Nr.10 der Erwägungsgründe der Richtlinie 2001/816/EG ergibt, so ist unter dem Begriff „alle Komponenten“, der sowohl in der Richtlinie als auch im SEBG erscheint, zu verstehen, dass damit nicht nur der Anteil oder die Zahl, sondern auch die gesamte Zusammensetzung der Arbeitnehmerbank gemeint ist.

Nicht zuletzt bestimmt § 35 Abs. 1 SEBG, dass bei Umwandlung die Regelung der Mitbestimmung erhalten bleibt, die in der Gesellschaft vor der Umwandlung bestand. Unter Regelung ist unzweifelhaft die gesamte Regelung zu verstehen, so dass der Begriff „alle Komponenten“ identisch ist mit dem Begriff der Regelung.

Somit ist bei der SE-Gründung durch Umwandlung bei einer mitbestimmten Ausgangsgesellschaft die Sitzgarantie des leitenden Angestellten gewährleistet.

e) Das Gleiche gilt für die anderen in § 1 Abs. 1 MitbestG der qualifizierten Mitbestimmung unterworfenen Gesellschaften, die jedoch vorher durch deutsches Umwandlungsrecht (Formwechsel § 190 ff. UmwG) in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden müssen, wobei durch diese Umwandlung selbstverständlich nicht nur die Mitbestimmungsregelung, sondern auch die Wahlzeit der Aufsichtsratsmitglieder gesichert sind (§ 203 UmwG).

5. SE-Gründung durch Verschmelzung, Holding oder Tochtergesellschaft

a) Bei den anderen Gründungsformen kann eine Sitzgarantie für die leitenden Angestellten nur in der freien Vereinbarung zwischen Unter-

nehmensleitung und BVG bzw. durch Übernahme der deutschen qualifizierten Mitbestimmungsregelung gewährleistet werden.

b) Kommt eine Vereinbarung innerhalb der gesetzlichen Fristen nicht zustande, greift die gesetzliche Auffangregelung gemäß Art. 7, Anhang Teil 3 Richtlinie 2001/86/EG, § 35 Abs. 2 SEBG ein, wobei diese Vorschriften nur den höchsten Anteil an Arbeitnehmervertretern der in den Organen der beteiligten Gesellschaft vor der Eintragung der SE bestanden hat, garantieren.

Selbst wenn also eine inländische Aktiengesellschaft mit qualifizierter Mitbestimmung als beteiligte Gesellschaft alle Voraussetzungen von § 34 Nr. 2 und 3 erfüllt, garantiert § 35 Abs. 2 SEBG nur die paritätische Besetzung des Aufsichtsrats, jedoch nicht seine Zusammensetzung, so dass bezüglich einer Sitzgarantie für die leitenden Angestellten nichts gewonnen ist.

c) Auch die Minderung von Mitbestimmungsrechten durch Vereinbarung gegenüber der Mitbestimmung in den Ausgangsgesellschaften wird nicht generell verhindert, sondern nur durch ein höheres Quorum im BVG erschwert und betrifft darüber hinaus nur den höchsten Anteil in den beteiligten Gesellschaften bzw. das Recht überhaupt, Arbeitnehmervertreter zu bestellen (Art. 3 Abs. 4 Richtlinie 2001/86/EG, § 15 Abs. 3 und 4 SEBG).

d) Gemäß Art. 3 Abs. 6 Richtlinie 2001/86/EG, § 16 Abs. 1 SEBG kann das BVG durch Verhandlungsverweigerung oder Abbruch von Verhandlungen mit Zweidrittelmehrheit beschließen, überhaupt keine Mitbestimmungsregelung mit der Unternehmensleitung vorzunehmen.

In diesem Fall findet auch die Auffangregelung keine Anwendung (Art. 3, Abs. 6 Satz 3 Richtlinie 2001/86/EG, § 16 Abs. 3 SEBG).

6. Der leitende Angestellte im monistischen System

a) Soweit die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bezüglich der zu gründenden SE durch freiwillige Vereinbarung oder zwingende gesetzliche Regelung verfügt ist, gilt dies nicht nur für das dualistische, sondern auch für das monistische System.

Gemäß Art. 43 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 führt der Verwaltungsrat die Geschäfte der SE. Gemäß § 22 Abs. 1 SEAG leitet der Verwaltungsrat die Gesellschaft, bestimmt die Grundlinien ihrer Tätigkeit und überwacht deren Umsetzung.

Die geschäftsführenden Direktoren werden vom Verwaltungsrat bestellt (§ 40 Abs. 1 Satz 1 SEAG) und vertreten die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich (§ 41 Abs. 1 SEAG).

Eine der wichtigsten Besonderheiten gegenüber dem dualistischen System besteht darin, dass Mitglieder des Verwaltungsrats zu geschäftsführenden Direktoren bestellt werden können, sofern die Mehrheit des Verwaltungsrats aus nicht geschäftsführenden Mitgliedern besteht (§ 40 Abs. 1 Satz 2 SEAG).

Im letztgenannten Fall stellt sich die Frage, ob sich der Anteil der Arbeitnehmervertreter auf den gesamten Verwaltungsrat oder nur auf deren nicht geschäftsführende Mitglieder bezieht.

Im erstgenannten Fall könnten bei bestimmten Zahlenverhältnissen Arbeitnehmervertreter auch Positionen der geschäftsführenden Direktoren besetzen.

Dies würde zu einer inkonsequenten Vermischung von Kontrolle und Geschäftsführung führen, weshalb die herrschende Meinung zu Recht davon ausgeht, dass sich der Anteil der Arbeitnehmervertreter nur auf die nicht geschäftsführenden Direktoren beziehen kann.

b) Dies hat zur Folge, dass auch in den Fällen der Sitzgarantie für den leitenden Angestellten dieser nicht in die Position eines geschäftsführenden Direktors einrücken kann.

7. Empirischer Zahlenstand 2014

Von den 138 operativen SE mit Sitz in Deutschland haben über zwei Drittel die dualistische Struktur gewählt und ca. ein Drittel die monistische.

Von den ca. 40 ansässigen monistischen SE haben 39 allenfalls betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmungsrechte, hingegen keine Unternehmensmitbestimmung. In 54 der dualistischen SE besteht keine Unternehmensmitbestimmung, zwölf haben eine paritätische Mitbestimmung und 28 eine Drittelbeteiligung geregelt.

Somit hatten die leitenden Angestellten – wenn überhaupt – von 138 Gesellschaften nur in zwölf Gesellschaften überhaupt eine Chance der Aufsichtsratsbeteiligung, wobei das Prinzip der paritätischen Mitbestimmung für sich genommen noch nichts darüber besagt, ob für die leitenden Angestellten auch eine Sitzgarantie vergleichbar § 15 Abs. 1 MitbestG verfügt wurde.

III. Der leitende Angestellte im System der grenzüberschreitenden Verschmelzung

1. Rechtsgrundlagen

Rechtsgrundlage ist zunächst die Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10. 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten.

Die Ausführungen sind nicht in einem Ausführungsgesetz geregelt, sondern in §§ 122a ff. UmwG, da gemäß der deutschen Gesetzgebungskompetenz immer eine deutsche Gesellschaft beteiligt sein muss.

Die Mitbestimmungsregelung findet sich im Grundsatz in Art. 16 dieser Richtlinie sowie im Mitbestimmungsverschmelzungsgesetz (MgVG) vom 29.12. 2006.

2. Grundsatz

Durch die grenzüberschreitende Verschmelzung entsteht keine europäische Gesellschaft, sondern immer nur eine nationale Gesellschaft, wobei es sich bei der Hereinverschmelzung immer um eine deutsche verschmelzungsfähige Gesellschaft handeln muss.

Hierbei kann im deutschen Verschmelzungsrecht die Verschmelzung durch Aufnahme und durch Neugründung vollzogen werden.

3. Die Zukunft des leitenden Angestellten im Aufsichtsrat

a) Wie im SE-Recht übernimmt das Gesetz in § 2 Abs. 1 MgVG den europarechtlichen Grundsatz der Einbeziehung der leitenden Angestellten im Sinne von § 5 Abs. 3 Satz 2 BetrVG in das gesetzliche System. Die leitenden Angestellten sind also bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung grundsätzlich eine zugelassene Arbeitnehmergruppe bezüglich der Mitbestimmungsregelungen.

b) Wie im Bereich der europarechtlichen Gründungen kann die Zukunft des leitenden Angestellten im Aufsichtsrat auch hier nur gesichert werden durch eine Sitzgarantie entsprechend der Regelung in § 15 Abs. 1 Satz 2 MitbestG oder durch Vereinbarung.

c) Die gesetzliche Regelung setzt voraus, dass es sich bei der aufnehmenden oder neugegründeten Gesellschaft mit Sitz in Deutschland um eine mitbestimmte Gesellschaft im Sinne der qualifizierten Mitbestimmung handelt.

Dies kann einmal dadurch geschehen, dass das besondere Verhandlungsgremium (BVG) beschließt, keine Verhandlungen aufzunehmen oder bereits aufgenommene Verhandlungen bezüglich einer Vereinbarung abbrechen. In diesem Fall gilt gemäß § 18 MgVG die nationale Mitbestimmungsregelung, das heißt bei mitbestimmten Aufnahme- oder Gründungsgesellschaften die Mitbestimmungsregelung nach deutschem Mitbestimmungsrecht, also insbesondere § 15 Abs. 1 Satz 2 MitbestG bezüglich der Sitzgarantie des leitenden Angestellten.

d) Die nächste Möglichkeit besteht in einer Vereinbarung gemäß § 22 MgVG.

e) Eine weitere Möglichkeit bietet die Anwendung der gesetzlichen Regelung nach §§ 23 ff. MgVG.

Allerdings bietet die Auffangregelung auch hier nur die Garantie des Anteils der beteiligten Arbeitnehmervertreter und somit keine Sitzgarantie für den leitenden Angestellten.

f) Die gesetzliche Regelung kann auch zur Anwendung kommen durch Vereinbarung der Leitungen der beteiligten Gesellschaften ohne Verhandlung mit dem BVG (Art. 16 Abs. 4a Richtlinie 2005/56/EG).

g) Die Zukunft der leitenden Angestellten bei grenzüberschreitender Verschmelzung sieht daher nicht besser aus als bei den Gründungen einer SE.

Diskussion*

Die zweite Diskussion begann Professor Dr. *Volker Rieble* (ZAAR) damit, dass gute statistische Daten zur SE und zur Mitbestimmung die Hans-Böckler-Stiftung liefere. Im weiteren Verlauf der Diskussion führte er diese Daten genauer aus. Zum 1.7. 2017 habe es 243 operativ tätige SEs gegeben. Davon 156 dualistische und 78 monistische. Die monistischen SEs seien alle bis auf Puma mitbestimmungsfrei. Es gebe 21 paritätisch Mitbestimmte. Von allen SEs seien 185 ganz mitbestimmungsfrei. Eine Umwandlung von der AG zur SE würde man heute eigentlich nicht mehr machen. Der leitende Angestellte sei in der SE-Mitbestimmung im Kern nicht mehr vorhanden. Die Diskussion sei in der Rechtswissenschaft interessant, für die Praxis biete sie aber nichts mehr.

Der Referent fand die neuesten Zahlen interessant. Er blieb aber dabei, dass er das System als solches für mitbestimmungsfreundlich halte. Trotz der Schwierigkeiten müsse nach seiner Ansicht die Mitbestimmung versucht und erhalten werden.

Professor Dr. *Richard Giesen* (ZAAR) ergänzte, dass heute die Umwandlung in eine SE als Flucht aus der Mitbestimmung wahrgenommen werde. Dies sei anfangs nicht so gewesen. Daher seien auch Unternehmen zu berücksichtigen, welche sich nicht in SEs wandeln.

Professor *Rieble* stellte weitere Zahlen zur SE dar. Vor 20 Jahren gab es noch rund 400 paritätisch mitbestimmte Aktiengesellschaften, jetzt seien es noch 244.

Professor Dr. *Rainer Sieg* (Universität Passau) stieg in die Diskussion mit dem Standpunkt ein, dass er die Flucht aus der Mitbestimmung für etwas sehr Kurzfristiges halte. Für die deutsche Wirtschaft sei dies zudem nichts Positives. Mancher Vorstandsvorsitzende sei gut beraten, wenn er seinen Aufsichtsräten kündigungsgeschützt zuhören würde. Das deutsche Mitbestimmungsrecht sei ein Exportschlager. Bei der Umwandlung von der AG in eine SE fliege der leitende Angestellte aus der Sicht des Arbeitgebers hinaus. Die Mitbestimmung werde aus Gewerkschaftssicht erweitert bzw. verbessert. Der leitende Angestellte sei näher dran am Denken des Vorstands und damit „gefährlicher“. Der Sprecherausschuss werde ohne leitende Angestellte deutlich entmachtet.

Boris Karthaus (IG Metall Bezirk Nordrhein-Westfalen) hatte eine Wortmeldung zur Diskussion. Die Erfahrung der IG Metall sei, dass die erste Welle der SE-Gründung im Sinne des Gesetzgebers war. Alles was jetzt stattfinden würde, sei, übertrieben formuliert, ein Familienunternehmen

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ref. iur. *Elisabeth Müller*.

mit einem betagten Patriarchen. Dort sei die Wahrnehmung der IG Metall von einem leitenden Angestellten eine ganz andere als in einem kleineren Unternehmen.

Gerhard Kronisch (Verband angestellter Akademiker und leitender Angestellter der chemischen Industrie e.V.) wollte zunächst Professor *Sieg* beipflichten. Zudem stellte er zum Abschluss der Diskussion eine Studie vor. Er erzählte, dass sie vor zehn Jahren mit Herrn Professor Dr. *Jürgens* eine Studie mit dem Wissenschaftszentrum Berlin initiiert haben. Professor *Jürgens* hätte damals 200 Aufsichtsratsmitglieder befragt. Die Studie sei im Internet zu finden. Sein Ergebnis sei gewesen, dass der leitende Angestellte aufgrund seines besonderen Wissens über die internen Strukturen besonders wertvolle Beiträge im Aufsichtsrat leisten würde. Das würde auch von den Anteilseignern so gesehen werden. In der Chemischen Industrie sei der Verlust des leitenden Angestellten im Aufsichtsrat zu beklagen gewesen. Dies sei sehr bedauerlich gewesen. Damit einher wäre die Schwächung der Sprecherausschüsse gegangen. Bei der BASF SE habe dies aufgefangen werden können, indem der Sprecherausschuss exklusiv über die Ergebnisse der Aufsichtsratssitzung unterrichtet wurde.

Bewegliche vertikale Betriebsratszuständigkeit – Tatbestand der Zuständigkeitsändernden Unternehmerentscheidung

Sebastian Kolbe

	Seite
I. Vertikale Zuständigkeitsverteilung im BetrVG	76
1. Strukturen der betriebsverfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung	76
2. Vertikale Zuständigkeitsabgrenzung nach „Angelegenheiten“	77
a) Originäre Zuständigkeit von Gesamt- oder Konzernbetriebsrat	77
b) Erforderlichkeit übergreifender Regelungen als zentrale Voraussetzung	78
c) Strukturelle Vorfragen	79
3. Exkurs: Zuständigkeitsverlagerung durch die Arbeitnehmer(vertretung)	79
4. Ergebnis: Mittelbarer Steuerungszugriff des Arbeitgebers	81
II. Angelegenheit	82
1. Ausgangspunkt: Mitbestimmungsfreie Vor-Entscheidung	82
2. Einschränkung durch das materielle Betriebsverfassungsrecht	83
a) Steuerungsresistente Zuständigkeiten	83
b) Effektive Mitbestimmung als Ziel der Vertikalzuständigkeit	84
c) Eigennutz statt Verteilungsgerechtigkeit?	85
3. Ergebnis: Vertikalzuständigkeit nach materiellem Betriebsverfassungsrecht	88
III. Struktur	88
1. Richtung der Zuständigkeitsverlagerung	88
2. Umstrukturierungsbedingter Wegfall von Arbeitnehmervertretungen und Vertikalzuständigkeit	89
3. Ergebnis: Eingeschränkte Tauglichkeit zur Steuerung der Vertikalzuständigkeit	91
IV. Ergebnisse	91
Diskussion	93

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Bewegliche Mitbestimmung* (München 2018), S. 75-92

Das Mitbestimmungsrecht ist ein tendenziell reaktives, eher defensiv ausgerichtetes Recht: Es folgt den Organisationsentscheidungen des Arbeitgebers – oder versucht zumindest, diesen zu folgen. Dadurch ergibt sich ein Moment der Beweglichkeit qua Abhängigkeit, das hier – in einem wichtigen Ausschnitt – näher untersucht werden soll.

I. Vertikale Zuständigkeitsverteilung im BetrVG

1. Strukturen der betriebsverfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung

Weil es um Fragen der Betriebsratszuständigkeit geht, gilt es zunächst, sich noch einmal kurz die wesentlichen Strukturen der Zuständigkeitsordnung des Betriebsverfassungsrechts in Erinnerung zu rufen, in der sich verschiedene und teils gegenläufige Prinzipien treffen: Das BetrVG zielt sowohl mit Blick auf die horizontale Zuständigkeitsverteilung zwischen Arbeitnehmervertretungen derselben „Organisations-Ebene“ – vor allem mehreren Einzel-Betriebsräten – als auch hinsichtlich der vertikalen Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Arbeitnehmervertretungen auf organisatorisch über- und untergeordneten Ebenen – also im Verhältnis von Einzel-, Gesamt- und Konzernbetriebsrat – auf Lückenlosigkeit und Überschneidungsfreiheit¹. Kurzgefasst sollen die konkret angesprochenen Mitbestimmungsrechte von einem und nur von einem Betriebsrat ausgeübt werden (können)².

Mittel zu diesem Zweck ist horizontal vor allem der Betriebsbegriff, vertikal greifen die §§ 50 und 58 BetrVG. Dabei fragt der Betriebsbegriff nach einer vergleichsweise stabilen organisatorischen Einheit und folgt dabei den Gedanken der Belegschafts- und (vor allem) der Entscheidungsnähe³. Demgegenüber geht es in der Vertikalen um die eher flüchtige „Angelegenheit“, also um die einzelne Sachfrage. Trotz dieser grundlegend unterschiedlichen Ansatzpunkte lässt sich in meinen Augen ein verbindender Gedanke erkennen: Zuständigkeitsfragen regelt das BetrVG primär nicht nach dem Prinzip der Mitbestimmung als Betroffenenbeteiligung, sondern vor allem im Interesse einer wirksamen Teilhabe der Arbeitnehmer. Insofern geht es darum, Arbeitnehmervertretungen den „richtigen“ Widerpart auf Arbeitgeberseite gegenüberzustellen⁴.

1 Zur Überschneidungsfreiheit als Grundprinzip der betriebsverfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung *Schul*, Verlagerung der Betriebsratszuständigkeit, 2009, S. 50 ff.

2 Dazu etwa *Kolbe*, Mitbestimmung und Demokratieprinzip, 2013, S. 248.

3 Dazu statt vieler *Franzen*, in: Gemeinschaftskommentar zum BetrVG (GK-BetrVG), 10. Aufl. 2014, § 1 Rn. 36.

4 Auch dazu *Kolbe* (Fn. 2), S. 247 ff.

Dass das angesichts komplexer Leitungsstrukturen in Unternehmen nicht durchgehend gelingt⁵, spielt für die Vertikalzuständigkeit keine entscheidende Rolle: Sie ist auf die vom BetrVG erwartete Hierarchie von Betrieb, Unternehmen und Konzern beschränkt. Flexibilität bietet insoweit weder der Unternehmens- noch der Konzernbegriff, sondern allenfalls der Betriebsbegriff auf „unterster“ Ebene, der allein sich auch durch den Betriebsstruktur-Tarifvertrag kollektivvertraglich gestalten lässt⁶.

2. Vertikale Zuständigkeitsabgrenzung nach „Angelegenheiten“

a) Originäre Zuständigkeit von Gesamt- oder Konzernbetriebsrat

Für die Zuständigkeitsverlagerung in der Vertikalen kommt es auf die vertikale Zuständigkeitsabgrenzung an. Insofern folgen die §§ 50 und 58 BetrVG demselben Schnittmuster⁷: Entscheidend ist, ob die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit mehrere Organisations-Einheiten der jeweils untergeordneten Ebene betrifft und nicht auf dieser Ebene geregelt werden kann. Entsprechend gilt das für den Sonderfall, dass die Zuständigkeit von Einzel- und Konzernbetriebsrat abzugrenzen ist, weil Betriebe betroffen sind, die zwar nicht demselben Unternehmen, aber demselben Konzern angehören.

Mithin ist der Gesamtbetriebsrat zuständig für unternehmensweite, jedenfalls aber überbetriebliche Fragen, der Konzernbetriebsrat für konzernweite, jedenfalls aber unternehmensübergreifende Fragen. Beides gilt im Rahmen der „Mentoren-Zuständigkeit“⁸ auch für betriebsratslose Betriebe des Unternehmens oder Konzerns. Nach der Systematik des Gesetzes sind das jeweils Ausnahmefälle. Es gilt gewissermaßen ein Subsidiaritätsprinzip, bei dem die Mitbestimmung durch den Einzelbetriebsrat die Regel ist⁹.

5 Dazu instruktiv *Rieble*, Mitbestimmung in komplexen Betriebs- und Unternehmensstrukturen, NZA 2014, Beilage Nr. 1, S. 28 ff.

6 Vgl. § 3 Abs. 1, Abs. 5 Satz 1 BetrVG: Die gewillkürten Einheiten „gelten als Betriebe im Sinne [des BetrVG]“ (Hervorhebung von mir).

7 Dazu, dass die §§ 50 Abs. 1, 58 Abs. 1 BetrVG auf dieselben Kriterien abheben, etwa BAG 19.6.2007 – 1 AZR 454/06, NZA 2007, 1184 Rn. 18 mit weiteren Nachweisen.

8 §§ 50 Abs. 1 Satz 1, 58 Abs. 1 Satz 1 BetrVG – jeweils letzter Teilsatz.

9 Etwa BAG 23.9.1975 – 1 ABR 122/73, AP Nr. 1 zu § 50 BetrVG 1972 (II 5 der Gründe).

b) Erforderlichkeit übergreifender Regelungen als zentrale Voraussetzung

Die sachlich zentrale Voraussetzung einer originären Zuständigkeit von Gesamt- oder Konzernbetriebsrat ist dabei, dass eine Regelung auf der oder den tieferen Ebenen nicht in Betracht kommt. Das ist nicht schon dann der Fall, wenn eine unternehmens- oder konzernweite Regelung zweckmäßig ist oder der Arbeitgeber eine übergreifende Regelung erreichen will, sondern erst, wenn eine Lösung auf der jeweils organisatorisch niedrigeren Ebene nicht möglich ist. Das kann sich etwa aus technischen, aber auch aus rechtlichen Gründen ergeben¹⁰.

Die Rechtsprechung¹¹ unterscheidet insoweit drei Fallgruppen:

- die objektive Unmöglichkeit einer Regelung durch den organisatorisch niedrigeren Betriebsrat, etwa wenn der Arbeitgeber ein unternehmensweites technisches Überwachungssystem einführen will, das zentral ausgewertet werden muss und daher sinnvoll nur einheitlich funktioniert¹²;
- die subjektive Unmöglichkeit einer Regelung durch den organisatorisch niedrigeren Betriebsrat, etwa wenn der Arbeitgeber den Zweck einer freiwilligen Sonderleistung entsprechend vorgibt¹³;
- das zwingende Erfordernis einer Regelung durch den organisatorisch höheren Betriebsrat¹⁴.

Diese Fallgruppenbildung bietet nur überschaubaren Erkenntnisfortschritt und steht in der Kritik¹⁵: In den beiden ersten Fallgruppen geht es der Sache nach um Situationen, in denen die Betriebsräte vorgreifliche Entscheidungen des Arbeitgebers zumindest vorerst und zumindest teilweise hinnehmen müssen, vor allem für die dritte Gruppe¹⁶ – strenggenommen aber für alle¹⁷ – fehlen handhabbare Definitionen. Vor ungefähr zehn Jahren hat *Reinhard Richardi* die Frage, wie das „Nichtregelnkön-

10 Überblick mit Nachweisen zur Rechtsprechung des BAG bei *Schul* (Fn. 1), S. 104 f.

11 Umfassende Nachweise bei *Kreutz*, in: GK-BetrVG (Fn. 3), § 50 Rn. 27.

12 BAG 14.11. 2006 – 1 ABR 4/06, NZA 2007, 399 Rn. 29 f.

13 Hierzu BAG 6.12. 1988 – 1 ABR 44/87, NZA 1989, 479 (B III 2 der Gründe).

14 BAG 23.9. 1975 – 1 ABR 122/73 (Fn. 9), II 4 der Gründe.

15 In der Sache sucht etwa *Schul* (Fn. 1), S. 96 ff. ausschließlich nach dem zwingenden Erfordernis als positiver Voraussetzung, *wohingegen* sich *Kreutz*, in: GK-BetrVG (Fn. 3), § 50 Rn. 27 mit Nachdruck dafür ausspricht, an der Systematisierung der Fallgruppen festzuhalten.

16 Dazu *Koch*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2017, § 50 BetrVG Rn. 3; *Kreutz*, in: GK-BetrVG (Fn. 3), § 50 Rn. 39.

17 *Annuß*, in: Richardi (Hrsg.), BetrVG, 15. Aufl. 2016, § 50 Rn. 9.

nen“ zu bestimmen ist, als „völlig offen“ bezeichnet¹⁸. Heute sind wir zwar vielleicht weiter¹⁹, eine subsumtionsfähige Prämisse ist aber nicht in Sicht.

c) Strukturelle Vorfragen

Sicher ist hingegen, dass sich die Frage nach einer Zuständigkeitsabgrenzung in der Vertikalen nur stellt, wenn eine vertikal gegliederte Struktur der Arbeitnehmervertretungen besteht. Ein Gesamt- oder Konzernbetriebsrat kann nur zuständig sein, wenn er errichtet wurde. Das ist beim Gesamtbetriebsrat verpflichtend, sobald im Unternehmen mehrere Betriebsräte agieren²⁰. Demgegenüber ist der Konzernbetriebsrat kein Pflichtgremium, sondern wird in Unterordnungskonzernen im Sinne des Aktienrechts auf Mehrbeschluss der Gesamtbetriebsräte (oder der ersatzweise funktionell zuständigen Einzelbetriebsräte²¹) hin gebildet. Mithin setzt eine Veränderung der vertikalen Betriebsratszuständigkeit voraus, dass eine bestimmte Mitbestimmungsstruktur einmal an einer vom Arbeitgeber vorgegebenen Organisationsstruktur angedockt hat – und fortbesteht.

Man kann zwar darüber streiten, welches rechtliche Schicksal Gesamt- oder Konzernbetriebsvereinbarungen ereilt, wenn Gesamt- oder Konzernbetriebsräte zusammen mit ihren gesetzlichen Voraussetzungen entfallen²². Klar ist aber, dass die ehemals originären Zuständigkeiten dann auf die jeweils niedrigere Organisationsebene zurückfallen, soweit der horizontale Zuständigkeitsbereich der entsprechenden Vertretung berührt ist²³. Dass zumindest sinnvolle Regelungen auf dieser Ebene nicht möglich sind, interessiert dabei nicht: Mitbestimmungsrechte setzen keine hypothetische Vertikalzuständigkeit voraus; vielmehr erlischt die Zuständigkeit der jeweils unteren Arbeitnehmervertretung gewissermaßen nur im Austausch gegen die der jeweils höheren.

3. Exkurs: Zuständigkeitsverlagerung durch die Arbeitnehmer(vertretung)

Dass es hier um die zuständigkeitsverlagernde Unternehmer-Entscheidung geht, blendet einen wichtigen Punkt aus, der aber zumindest

18 Richardi, Anmerkung zu BAG 14.11. 2006 – 1 ABR 4/06, AP Nr. 43 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

19 Etwa mit Blick auf die monografische Untersuchung Schul (Fn. 1).

20 § 47 Abs. 1 BetrVG.

21 § 54 Abs. 2 BetrVG.

22 Zur Diskussion etwa Kolbe (Fn. 2), S. 314 ff. Eingehend Rieble, Bewegliche vertikale Betriebsratszuständigkeit – Rechtsfolgen, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), Bewegliche Mitbestimmung, S. 97 (in diesem Band).

23 Vgl. etwa Annuß, in: Richardi (Fn. 17), § 50 Rn. 46.

exkursweise behandelt werden soll: Die vertikale Zuständigkeitsverlagerung muss keineswegs auf den Unternehmer zurückgehen. Das gilt in doppelter Hinsicht:

- Schon die Angelegenheit definiert der Arbeitgeber nicht unbedingt allein. Soweit ein Mitbestimmungsrecht mit Initiativrecht besteht, kann dieses vom Gesamt- oder Konzernbetriebsrat genutzt werden, um eine Regelung in seinem originären Zuständigkeitsbereich zu schaffen, etwa über eine unternehmensweite Beschwerdestelle im Sinne des AGG²⁴.

Für die Zuständigkeitsfrage ist allerdings egal, ob die Initiative zur Regelung vom Arbeitgeber oder den Arbeitnehmervertretern ausgeht. Auch in letzterem Fall sind die gesetzlichen Voraussetzungen der Zuständigkeit zu beachten, so dass beispielsweise auch der Gesamtbetriebsrat nicht allein deshalb zuständig wird, weil er gerne eine unternehmenseinheitliche Regelung hätte²⁵. Das hat bei erzwingbarer Mitbestimmung auch die Einigungsstelle zu beachten, weil die Zuständigkeit des anrufenden Betriebsrats auch ihre eigene Zuständigkeit determiniert²⁶, die sie von Amts wegen zu prüfen hat²⁷.

- Vor allem aber ist an die Delegation zu erinnern, die das BetrVG sowohl im Verhältnis von Einzel- und Gesamtbetriebsrat, als auch im Verhältnis von Gesamt- und Konzernbetriebsrat erlaubt²⁸. Dabei geht es in der Sache um eine „von unten nach oben weitergereichte“ Kompetenz, die ursprünglich der Arbeitnehmervertretung auf der niedrigeren Ebene zugestanden haben muss. Durch die wirksame Delegation ändert sich zwar die Betriebsratszuständigkeit, nicht aber der Charakter der ursprünglichen Zuständigkeit. Das bedeutet etwa, dass ein Einzelbetriebsrat nicht die Möglichkeit hat, über die Delegation und in Kooperation mit dem Gesamtbetriebsrat unter-

24 Zu einem entsprechenden Initiativrecht des Gesamtbetriebsrats BAG 21.7. 2009 – 1 ABR 42/08, NZA 2009, 1049 Rn. 28. Zu Initiativrechten des Konzernbetriebsrats etwa *Annuß*, in: Richardi (Fn. 17), § 58 Rn. 11.

25 Eingehend zu Initiativrecht und Zuständigkeit *Schul* (Fn. 1), S. 117 ff.

26 Die Zuständigkeit der Einigungsstelle hängt davon ab, ob ein Mitbestimmungsrecht besteht; nur BAG 23.2. 2016 – 1 ABR 18/14, NZA 2016, 838 Rn. 13. Ein solches Recht hat aber – von der Delegation abgesehen – nur der zuständige Betriebsrat.

27 Zur rechtlich zwingenden Zuständigkeitsprüfung durch die Einigungsstelle etwa *Matthes*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), 3. Aufl. 2009, § 238 Rn. 89 mit weiteren Nachweisen.

28 §§ 50 Abs. 2, 58 Abs. 2 BetrVG. Näher zur Delegation *Rieble*, Delegation an den Gesamt- oder Konzernbetriebsrat, RdA 2005, 26 ff.

nehmensweite Regelungen auch für alle anderen Betriebe zu erreichen²⁹.

Auf den Punkt gebracht kann die vertikale Zuständigkeitsverlagerung ohne weiteres auch durch die Arbeitnehmervertreter selbst herbeigeführt werden. Dabei ergibt sich die Zuständigkeit bei vom Gesamt- oder Konzernbetriebsrat initiativ betriebenen Mitbestimmungsverfahren ähnlich reflexartig wie bei vom Arbeitgeber eingeleiteten Maßnahmen, nur bei der Delegation geht es im eigentlichen Sinne um eine gewillkürte Zuständigkeit, die freilich dem Umfang nach auf das Mandat beschränkt bleibt.

4. Ergebnis: Mittelbarer Steuerungszugriff des Arbeitgebers

Insgesamt soll dieser knappe Überblick vor allem verdeutlichen, dass die vertikale Betriebsratszuständigkeit nach dem Konzept des BetrVG grundsätzlich nicht als Gestaltungsfrage ausgelegt ist. Singuläre Ausnahme ist insofern die Delegation auf Betriebsratsseite. Dass eine Unternehmerentscheidung Zuständigkeiten verlagert, sieht das Gesetz als Konsequenz, nicht als Option.

In der Praxis kommt die taktische Entscheidung „über“ die – oder vielleicht besser: mit Konsequenzen für die – Betriebsratszuständigkeit aber trotzdem vor: Zum Beispiel, weil es den Unternehmen um die einfachere Verwaltung und Änderung einer Einheitsregelung geht, weil Koppelsituationen vermieden oder hergestellt werden sollen, oder weil es – ganz menschlich – darum geht, mit welchen Personen man welche Fragen diskutieren will³⁰. Grob systematisiert lassen sich dann zwei Wege erkennen, diese Ziele zu realisieren:

- Der Arbeitgeber kann im Rahmen des rechtlich Möglichen die „Angelegenheit“ zuständigkeitswirksam formen.
- Deutlich aufwendiger kann aber auch die Struktur des Unternehmens oder Konzerns so verändert werden, dass Betriebsratszuständigkeiten betroffen sind.

Nicht hierher gehören Delegationen, die rechtlich auf eine einseitige Entscheidung der Arbeitnehmervertreter zurückgehen müssen. Nicht nur durch mein Thema, sondern – zumindest grundsätzlich – von Rechts wegen ausgeschlossen ist es im Übrigen, die funktionale Zuständigkeit von Betriebsräten zu steuern: Ein interessantes Beispiel sind die aus der Praxis bekannten Vereinbarungen über die Unternehmensmitbestimmung

29 Es gilt: Keine Gesamtbetriebsvereinbarungen außerhalb der originären Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats; dazu statt vieler *Annuß*, in: Richardi (Fn. 17), § 50 Rn. 69.

30 Hierzu *Schul* (Fn. 1), S. 26 f.

deutschen Rechts³¹, hinsichtlich derer „auch ohne ausdrückliche Rechtsgrundlage“ nach zuständigen Betriebsräten gesucht wird³². Das ist keine Frage der Vertikalzuständigkeit, sondern schlicht rechtswidrig, weil das BetrVG eine entsprechende Regelung nicht erlaubt.

II. Angelegenheit

1. Ausgangspunkt: Mitbestimmungsfreie Vor-Entscheidung

Betrachtet man die damit verbleibenden Möglichkeiten einer mittelbaren Steuerung der Betriebsratszuständigkeit durch Unternehmerentscheidung genauer, muss die Gestaltung der „Angelegenheit“ im Vordergrund stehen: Sie ist im Vergleich einfacher und unter Umständen ohne Nebeneffekte zu haben.

Mit Blick auf die soeben skizzierten Fallgruppen³³ wäre hier ein verlässlich gestaltbarer Verlagerungseffekt zu erwarten, soweit der Arbeitgeber eine der Mitbestimmung vorgelagerte Entscheidung noch einseitig treffen kann. Logischerweise kann es nicht darauf ankommen, ob eine bestimmte Maßnahme auch ohne die Zustimmung einer Arbeitnehmervertretung durchgeführt werden kann – dann stellt sich vielfach gar keine Zuständigkeitsfrage. Entscheidend ist vielmehr, ob der Arbeitgeber den Gegenstand des Mitbestimmungsverfahrens einseitig definieren kann: Beispielsweise kann der Arbeitgeber bei freiwilligen Leistungen über Dotierung und Zweckbestimmung mitbestimmungsfrei entscheiden³⁴ und dabei auch vorgeben, dass er nur bei unternehmenseinheitlicher Ausgestaltung zahlt³⁵. In ähnlicher Weise kann der Arbeitgeber die Vertikalzuständigkeit beeinflussen, wenn er eine unternehmensweit einheitliche Dienstkleidung³⁶ oder ein technisches Überwachungssystem einführen will, das auf betriebsübergreifende Erfassung und Auswertung von Daten angewiesen ist³⁷ – obwohl in beiden Fällen schon das „Ob“ unter die Mitbestimmung fällt³⁸. Anderenfalls müssten solche Maßnahmen insgesamt von der Zustimmung sämtlicher Einzel-Betriebsräte abhängen und müsste ein Initia-

31 Mit Nachweisen *Kolbe* (Fn. 2), S. 376 f.

32 Etwa *Seibt*, Privatautonome Mitbestimmungsvereinbarungen – Rechtliche Grundlagen und Praxishinweise, AG 2005, 413, 418.

33 Unter II 2 b).

34 Zu dieser sogenannten „Topftheorie“ etwa *Krause*, in: *MünchArbR* (Fn. 27), § 54 Rn. 56.

35 Vgl. BAG 30.8. 1995 – 1 ABR 4/95, NZA 1996, 218 (I 2 b der Gründe).

36 Auch dazu *Schul* (Fn. 1), S. 146 f.

37 Nachweis Fn. 12.

38 Zur Mitbestimmung über die Kleiderordnung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nur *Kania*, in: *ErfK* (Fn. 16), § 87 BetrVG Rn. 19 mit weiteren Nachweisen. Zur Mitbestimmung bei technischen Überwachungseinrichtungen nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG vgl. den Nachweis Fn. 12.

tivrecht des Gesamtbetriebsrats in jedem Fall ausscheiden³⁹, da die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung auch nicht zur Disposition der Arbeitnehmervertreter steht⁴⁰.

2. Einschränkung durch das materielle Betriebsverfassungsrecht

a) Steuerungsresistente Zuständigkeiten

Andererseits: Sollen freiwillige Leistungen gekürzt werden, ist nur die lineare Kürzung solcher Leistungen mitbestimmungsfrei⁴¹, und muss der Betriebsrat in allen anderen Fällen bereits über die Grundentscheidung mitbestimmen⁴². Das BAG⁴³ geht dann davon aus, dass der Arbeitgeber nicht einseitig festlegen kann, ob unternehmensweit oder nur in einzelnen Betrieben gekürzt wird, und will die Vertikalzuständigkeit nach „objektiven Kriterien“ bestimmen. Insoweit sollen auch betriebsübergreifende Gleichbehandlungsfragen keine Rolle spielen, weil der „kompetenz-akzessorische“ Gleichbehandlungsgrundsatz Regelungszuständigkeiten einschränken, aber nicht begründen könne⁴⁴. In ähnlicher Weise fragt das BAG⁴⁵ für individualrechtlich zwingende und deshalb nicht im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne freiwillige Vergütungen nicht (mehr⁴⁶), auf welcher Ebene der Arbeitgeber eine Verteilungsfrage eröffnet, weil er darüber von Rechts wegen nicht entscheiden kann und also beispielsweise nicht die Möglichkeit hat, einen „unternehmensweiten Topf“ einzurichten.

39 Die Mitbestimmung bei technischen Überwachungseinrichtungen nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG kennt mit Blick auf ihren defensiven Schutzzweck nach herrschender Ansicht kein Initiativrecht; dazu etwa BAG 28.11. 1989 – 1 ABR 97/88, NZA 1990, 406 (B II 2 b der Gründe); *Kania*, in: ErfK (Fn. 16), § 87 BetrVG Rn. 9. *Dagegen* im Interesse einer Arbeitszeitkontrolle vor allem bei mobilen Arbeitsplätzen *Krause*, Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages (DJT), Gutachten B, 2016, S. B 51 f.

40 Schon unter I 3.

41 Zentral BAG (GS) 3.12. 1991 – GS 2/90, NZA 1992, 749 (B III 5 der Gründe).

42 Nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG; dazu nur *Kania*, in: ErfK (Fn. 16), § 87 BetrVG Rn. 112 ff.; *Trittin*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), BetrVG, 15. Aufl. 2016, § 50 Rn. 35.

43 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 454/06 (Fn. 7), Rn. 21.

44 Offengelassen noch BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 454/06 (Fn. 7), Rn. 21. Deutlich sodann BAG 23.3. 2010 – 1 ABR 82/08, NZA 2011, 642 Rn. 17; bestätigt BAG 18.5. 2010 – 1 ABR 96/08, NZA 2011, 171 Rn. 17.

45 Auch dazu BAG 23.3. 2010 – 1 ABR 82/08 (Fn. 44), Rn. 18 ff.; BAG 18.5. 2010 – 1 ABR 96/08 (Fn. 44), Rn. 18 ff.

46 *Anders* für Provisionen noch BAG 29.3. 1977 – 1 ABR 123/74, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Provision (II 2 der Gründe).

Zudem sehen Rechtsprechung und Schrifttum Fälle, in denen eine einheitliche, im Ausgangspunkt einseitig anzuordnende Maßnahme mit Blick auf das materielle Betriebsverfassungsrecht gewissermaßen auseinandergerissen und in mehrere Angelegenheiten zerlegt wird. Plastisches Beispiel ist die Versetzung in einen anderen Betrieb desselben Unternehmens, die aus Sicht des aufnehmenden Betriebs zugleich Einstellung ist, so dass sich das Zustimmungsrecht nicht beim Gesamtbetriebsrat konzentriert, sondern auf die Einzelbetriebsräte der beteiligten Betriebe verteilt⁴⁷. Hierher gehört auch die umstrittene Rechtsprechung zur betriebsübergreifenden Betriebsänderung, bei der das BAG die Zuständigkeitsfrage für Interessenausgleich und Sozialplan getrennt und unabhängig voneinander betrachtet, und sich nicht daran stört, dass sämtliche Einzel-Sozialpläne wirtschaftlich aus einem „einheitlichen Topf“ finanziert werden⁴⁸. An diesem Beispiel wird die Unbestimmtheit der Zuständigkeitsabgrenzung nach Angelegenheiten besonders deutlich: Meint Angelegenheit die Maßnahme – hier also die Betriebsänderung – als einheitlichen Vorgang⁴⁹ oder die einzelne Regelungsfrage, die das BetrVG geklärt haben will, im Beispiel also einmal den Interessenausgleich und einmal den Sozialplan⁵⁰?

b) Effektive Mitbestimmung als Ziel der Vertikalzuständigkeit

Die Vorschriften zur Vertikalzuständigkeit geben auf solche Fragen keine Antwort und erklären die skizzierten Entscheidungen nicht zufriedenstellend. Insoweit kann es nur auf das materielle Betriebsverfassungsrecht ankommen: Das wird gerade bei Interessenausgleich und Sozialplan deutlich, hinsichtlich derer die Zuständigkeitsverteilung doch nur deshalb strittig ist, weil das BetrVG die Betriebsratsbeteiligung bei Betriebsänderungen in drei unterschiedliche Aspekte fasst.

47 BAG 26.1.1993 – 1 AZR 303/92, NZA 1994, 714 mit weiteren Nachweisen (II 2 b der Gründe).

48 BAG 11.12.2001 – 1 AZR 193/01, NZA 2002, 688 (II 1 c der Gründe); BAG 3.5.2006 – 1 ABR 15/05, NZA 2007, 1245 Rn. 27 f. *Kritisch* etwa Küttner/Isenhardt, Zuständigkeitsfragen bei Betriebsänderungen, Festschrift Bauer, 2010, S. 625, 630 ff.

49 In diesem Sinne etwa Richardi, Anmerkung zu BAG 14.11.2006 – 1 ABR 4/06, AP Nr. 43 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; Schmitt-Rolfes, Interessenausgleich und Sozialplan in Unternehmen und Konzern, Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 1081, 1088 spricht von der Betriebsänderung als „einer gemeinsamen Klammer“; Annuß, Praktische Fragen zu §§ 111 ff. BetrVG, Festschrift Kreutz, 2010, S. 13, 18 f.; Annuß, in: Richardi (Fn. 17), § 50 Rn. 37a.

50 In diesem Sinne etwa Joussen, Anmerkung zu BAG 3.5.2006 – 1 ABR 15/05, RdA 2007, 114, 115 f.; Rieble, Konzerninteressenausgleich?, Festschrift Bauer, 2010, S. 867, 870; weiter Trittin, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn. 42), § 50 Rn. 152.

Dass damit materielle Mitbestimmungsrechte die Zuständigkeit der Betriebsräte bestimmen, ist kein Fehler im System, sondern nur folgerichtig, weil eben auch die Vertikalzuständigkeit dem Ziel einer wirksamen Mitbestimmung⁵¹ gegenüber dem „richtigen“ Ansprechpartner folgt. Deswegen verhindert die vertikale Verlagerung der Zuständigkeit, dass Mitbestimmungsrechte inhaltlich entwertet werden, wenn etwa die Frage der Lohngerechtigkeit bei Einführung freiwilliger Leistungen trotz zentraler Verteilungsfragen dezentral und in jedem Betrieb anders beurteilt wird⁵². Und deshalb beschränkt sich die Zuständigkeit des Gesamt- oder Konzernbetriebsrats auf „Regelungen“ und haben immer nur die Einzelbetriebsräte – gewissermaßen als „Tatortbetriebsrat“ – über die Einhaltung dieser Regelungen zu wachen⁵³, genauso wie sie für die Gefährdungsbeurteilung und Unterweisung am konkreten Arbeitsplatz zuständig sind⁵⁴. Darüber hinaus wird sogar eine Art „Polizeifunktion“ der Einzelbetriebsräte mit Blick auf Mitbestimmungsrechte der Gesamt- oder Konzernvertretungen diskutiert, die durch einen Unterlassungsanspruch wahrgenommen werden könnte⁵⁵. Das ist zwar richtigerweise abzulehnen, aber eben nur deshalb, weil die Sicherung des zentralen Mitbestimmungsrechts effektiv zentral gewährleistet werden kann und muss.

c) Eigennutz statt Verteilungsgerechtigkeit?

Vor diesem Hintergrund könnte man eine gewisse Divergenz zwischen den Entscheidungen zu den technischen Überwachungseinrichtungen einerseits und zur Kürzung freiwilliger Leistungen andererseits diagnostizieren. Müsste man hier nicht gleich entscheiden? Immerhin gilt in beiden Fällen, dass die Maßnahme gegen den Willen des Betriebsrats nur über die Einigungsstelle durchgesetzt werden kann. Zwar kann die aus technischen Gründen nur einheitlich nutzbare Anlage schon mit Blick auf die Horizontalzuständigkeit nicht mit dem Einzelbetriebsrat verhandelt werden, wohingegen eine mitbestimmungspflichtige Kürzung freiwilliger Leistungen auch auf die Betriebe verteilt und jeweils dezentral verhandelt werden könnte. Damit geht dann aber die übergreifende Verteilungsgerechtigkeit

51 Nach *Trittin*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn. 42), § 50 Rn. 40 soll die Errichtung des Gesamtbetriebsrats die „Effektivität der Mitbestimmung (im Original hervorgehoben) erhöhen“.

52 Hierzu BAG 6.12. 1988 – 1 ABR 44/87 (Fn. 13), B III 2 der Gründe.

53 Zu § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG etwa BAG 16.8. 2011 – 1 ABR 22/10, NZA 2012, 342 Rn. 30 f.

54 BAG 8.6. 2004 – 1 ABR 4/03, NZA 2005, 227 (B III 3 b, aa der Gründe).

55 LAG Berlin-Brandenburg 16.7. 2009 – 18 TaBV 446/09, BeckRS 2011, 67127 (II 2 c, aa der Gründe); *aufgehoben* von BAG 17.5. 2011 – 1 ABR 121/09, AP Nr. 73 zu § 80 BetrVG 1972 Rn. 18.

als Verhandlungs- und Regelungsgegenstand verloren, die das BAG⁵⁶ bei der Gewährung solcher Leistungen gerade verteidigt. Andererseits – und das könnte das „objektive“ Kriterium sein, das entscheiden soll, wann eine mitbestimmungsfreie Vorgabe nicht in Betracht kommt⁵⁷ – wird die Überwachungsanlage entweder unternehmensweit eingeführt oder gar nicht. Bei der Kürzung freiwilliger Leistungen ist das anders. Hier kann jeder Einzelbetriebsrat versuchen, die absehbaren Lasten auf andere Betriebe abzuwälzen. Das ist mit dem BAG als Element des Mitbestimmungsrechts zu sehen, das durch die Verlagerung der Vertikalzuständigkeit nicht egalisiert werden darf. Dann erschließt sich übrigens auch, wieso der Einzelbetriebsrat des aufnehmenden Betriebs betriebsübergreifende Versetzungen nicht als Frage des gerechten Ausgleichs im Unternehmen hinnehmen muss, sondern verhindern kann: im Eigeninteresse der Eigenbelegschaft.

Der maßgebliche Unterschied zu Überwachungsanlage und Dienstkleidung wäre dann darin zu sehen, dass die Blockade im einzelnen Betrieb in diesen Fällen reflexartig Mitbestimmungsrechte regelungswilliger Betriebsräte ausschließt und zugleich entwertet. Entscheidend ist das Letztere: Auch die betriebsübergreifende Versetzung ist nur „ganz oder gar nicht“ denkbar. Die beteiligten Betriebsräte können sie aber allenfalls blockieren. Demgegenüber können Betriebsräte eine einheitliche Dienstkleidung oder Überwachungsanlage nach dem BetrVG auch mitgestalten. Sie dürfen beides sogar fordern und gegebenenfalls durchsetzen, zumindest wenn man die technische Überwachung mit dem DJT-Gutachten von *Rüdiger Krause*⁵⁸ auch als Instrument der Arbeitszeitkontrolle im Arbeitnehmerinteresse sehen will.

Übertragen auf die Mitbestimmung bei Betriebsänderungen heißt das aus meiner Sicht, dass die Zuständigkeitsfrage für Interessenausgleich und Sozialplan getrennt entschieden werden muss: Zwar hat spätestens die Einigungsstelle die wirtschaftliche Vertretbarkeit des Sozialplans für das Unternehmen zu berücksichtigen⁵⁹, Betriebsrat und Arbeitgeber sind außerhalb der Zwangsschlichtung aber nicht daran gebunden, sondern nur an die deutlich „weiche“ Vorgaben der Inhaltskontrolle auf „Billigkeit“⁶⁰. Damit ist auch gesagt, dass es keine betriebsverfassungsrechtlich

56 Nachweis Fn. 52.

57 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 454/06 (Fn. 7), Rn. 21.

58 Nachweis Fn. 39.

59 § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BetrVG; dazu *Schmitt-Rolfes*, Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 1081, 1089.

60 Rechtlicher Ansatzpunkt ist § 75 BetrVG: Zur Inhaltskontrolle von Betriebsvereinbarungen über § 75 BetrVG etwa *Rieble*, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch (Hrsg.), Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht (AR), 8. Aufl. 2016,

bindenden Dotierungsvorgaben des Arbeitgebers geben kann. Anders als bei der Verteilung freiwilliger Leistungen steht beim Sozialplan aus der Perspektive des BetrVG nicht Verteilungsgerechtigkeit im Vordergrund, sondern Ausgleichs- oder eher: Kompensationsgerechtigkeit mit Blick auf die Nachteile, die Arbeitnehmer erleiden, wenn die Betriebsänderung durchgeführt wird. Das erfordert keine schematische Lösung, sondern eine möglichst individuelle. Daher wird das Mitbestimmungsrecht auch nicht bei dezentraler Regelung entwertet, sondern eher bei zentraler, die deshalb rechtfertigungsbedürftig sein muss – in jedem Einzelfall. Zuzustimmen ist dem BAG⁶¹ auch darin, dass der Gesamtbetriebsrat die Sozialplanverhandlungen an sich ziehen kann, wenn er im Interessenausgleich ein umfassendes Sanierungskonzept festgelegt hat, das nur mit entsprechenden, auf das Unternehmen bezogenen Sozialplänen realisiert werden kann: Hier dem „Betriebsegoismus“ Vorrang einzuräumen, konterkariert die Beteiligung des Gesamtbetriebsrats beim Interessenausgleich, wirkt also notwendig übergreifend.

Dass in der Praxis die Verhandlungen über Interessenausgleich und Sozialplan als interdependentes Gesamtpaket behandelt werden, weil sie nur so sinnvoll behandelt werden könnten⁶², ist kein Gegenargument. Umgekehrt liegt hier ein Rechtsproblem⁶³, weil das Gesetz nur die Koppelung von Interessenausgleich und Namensliste anlegt⁶⁴, nicht aber das Austauschgeschäft „Interessenausgleich gegen Sozialplan“. Schon eher ist fraglich, ob durch die mögliche Zuständigkeitstrennung die Unterrichts- und Beratungspflicht bei Betriebsänderungen vervielfacht werden kann⁶⁵. Freilich will das Mitbestimmungsrecht häufiger Mehrfachinformationen ohne praktischen Mehrwert⁶⁶; angesichts getrennter Zuständigkeiten hat die Informationsflut zumindest einen nachvollziehbaren Sinn.

§ 75 BetrVG Rn. 6; zur Bindung der Betriebspartner an § 75 BetrVG bei Sozialplänen etwa *Annuß*, in: Richardi (Fn. 17), § 112 Rn. 101.

61 BAG 3.5. 2006 – 1 ABR 15/05 (Fn. 48), Rn. 28; ungenau wiedergeben bei *Küttner/Isenhardt*, Festschrift Bauer, 2010, S. 625, 632, weil das BAG gerade nicht das Sanierungskonzept des Arbeitgebers ausreichen lässt, sondern nur den Interessenausgleich.

62 *Annuß*, Festschrift Kreutz, 2010, S. 13, 19 sieht die Koppelung als „geradezu selbstverständlich“. Weiter *Küttner/Isenhardt*, Festschrift Bauer, 2010, S. 625, 631.

63 Zu betriebsverfassungsrechtlichen Koppelungsgeschäften als Rechtsproblem vor allem *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch in der Betriebsverfassung, 2006, S. 37 ff.; weiter *Kolbe* (Fn. 2), S. 281 ff.

64 Vgl. *Kolbe* (Fn. 2), S. 281 und dort Fn. 751.

65 Dazu *Annuß*, Festschrift Kreutz, 2010, S. 13, 18.

66 Hierzu *Rieble*, Mitbestimmung zwischen Legitimationslast und Modernisierungsdruck, in: Rieble (Hrsg.), Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, 2004, S. 9 ff. Rn. 43.

3. Ergebnis: Vertikalzuständigkeit nach materiellem Betriebsverfassungsrecht

Mithin ist festzuhalten, dass eine Verlagerung der vertikalen Betriebsratszuständigkeit infolge einer Gestaltung der „Angelegenheit“ durch den Arbeitgeber zwar nicht durch das formelle, wohl aber durch das materielle Betriebsverfassungsrecht verhindert werden kann. Das gilt dann, wenn die im Einzelfall angesprochenen Mitbestimmungsrechte auch den Betriebsegoismus erlauben, ohne dass dieser notwendig in die Mitbestimmungsrechte anderer Arbeitnehmervertretungen übergreift. Auch das bestätigt die Überlegung, dass der Arbeitgeber nur dann einseitig eine Regelung auf den vertikal höheren Ebenen erreichen kann, wenn er zumindest den Verhandlungsgegenstand mitbestimmungsfrei definieren kann.

Vereinfacht ausgedrückt wirkt eine Entscheidung des Unternehmers über die Angelegenheit nur dann zuständigkeitsverlagernd, wenn gerade die geänderte Zuständigkeit wirksame Mitbestimmung ermöglicht. Dass Mitbestimmungsrechte durch die Zuständigkeitsänderung in einem übergeordneten Ausgleichszusammenhang teilweise ausgehöhlt werden, ist anders nicht zu rechtfertigen.

III. Struktur

Damit bleiben Strukturmaßnahmen als zweites zuständigkeitswirksames Gestaltungsmittel. Auch insoweit soll und muss die betriebliche Mitbestimmung den einseitigen Entscheidungen des Arbeitgebers folgen.

1. Richtung der Zuständigkeitsverlagerung

Dabei muss man sich im Ausgangspunkt klarmachen, dass es – anders als bei der Steuerung über die Angelegenheit – grundsätzlich nur in eine Richtung geht: abwärts. Zwar lassen sich durch Eröffnung neuer Betriebe und Konzernierung von Unternehmen die Voraussetzungen der Unternehmens- und Konzernbetriebsverfassung einseitig schaffen. In beiden Fällen müssen aber die Arbeitnehmer dafür sorgen, dass die entsprechenden Vertretungen gebildet werden: Im zweiten Betrieb eines Unternehmens muss ein Betriebsrat gewählt werden, damit der Gesamtbetriebsrat gebildet werden muss, auf Konzernebene müssen sich die Gesamt- oder ersatzweise zuständigen Einzelbetriebsräte für den Konzernbetriebsrat entscheiden. Eine Ausnahme gilt für die Spaltung des einzigen Betriebs in mehrere betriebsratsfähige Betriebe, bei der es zumindest zeitversetzt – nach dem Ende des Übergangsmandats⁶⁷ – zur Neuwahl von zwei Be-

67 § 21a Abs. 1 Satz 3 BetrVG; näher dazu etwa Koch, in: ErfK (Fn. 16), § 21a BetrVG Rn. 6.

triebsräten kommt⁶⁸. In diesem Zusammenhang ist auch daran zu denken, dass Einheiten in eine bereits bestehende Mitbestimmungsstruktur integriert werden können, etwa indem ein Betrieb in einen Gemeinschaftsbetrieb eingebracht wird, für den dann der Gesamtbetriebsrat eines anderen Trägerunternehmens zuständig sein kann. Dasselbe gilt bei der Konzernierung von Unternehmen, wenn im Konzern bereits ein Konzernbetriebsrat errichtet wurde.

Zumindest funktional ähnlich wirken kann der Betriebsstruktur-Tarifvertrag, insbesondere wenn ein unternehmensweiter Einheitsbetrieb gebildet wird⁶⁹. Dann kommt zwar ein Gesamtbetriebsrat nicht mehr in Betracht, es gibt aber ohnehin nur eine Vertretung der Arbeitnehmer im Unternehmen und damit auch einen einheitlichen Ansprechpartner mit entsprechender Regelungskompetenz. Umgekehrt erlaubt die vage Auffangregelung in § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG wohl, einen einheitlichen Betrieb im Sinne des BetrVG in zwei Einheiten zu zerreißen, in denen jeweils Vertretungen installiert werden können, die dann den Gesamtbetriebsrat erzwingen⁷⁰.

Allerdings übernimmt auch ein einmal errichteter Gesamt- oder Konzernbetriebsrat nicht automatisch Zuständigkeiten. Vielmehr muss stets die zusätzliche Voraussetzung einer entsprechend übergreifenden Angelegenheit gegeben sein⁷¹. Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass Strukturmaßnahmen allein nicht zur Aufwärts-Verlagerung führen.

2. Umstrukturierungsbedingter Wegfall von Arbeitnehmervertretungen und Vertikalzuständigkeit

Damit ist auch gesagt, dass die Umstrukturierung vor allem dann die Vertikalzuständigkeit betrifft, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der Arbeitnehmervertretungen auf den organisatorisch höheren Ebenen der Betriebsverfassung entfallen.

Insofern ist zwar die Auflösung von Unternehmen in aller Regel keine Option, wohl aber können Unternehmen entkonzerniert und damit zugleich dem Zugriff des Konzernbetriebsrats entzogen werden⁷². Auf Unternehmensebene entfällt der Gesamtbetriebsrat, wenn nurmehr ein Betrieb ver-

68 Die Pflicht, einen Wahlvorstand zu bestellen, trifft auch den Betriebsrat im Übergangsmandat; nur *Koch*, in: ErfK (Fn. 16), § 16 BetrVG Rn. 3.

69 § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BetrVG.

70 Jede der gewillkürten Einheiten gilt nach § 3 Abs. 5 BetrVG als Betrieb im Sinne des BetrVG.

71 Bereits I 2. sowie II.

72 Dazu mit Blick auf die Entkonzernierung im Insolvenzverfahren *Rieble/Kolbe*, Konzernmitbestimmung in der Insolvenz, KTS 2009, 281, 299 ff.

bleibt, in dem ein Betriebsrat amtiert⁷³. Dabei spielt es keine Rolle, ob alle anderen Betriebe mit Betriebsrat stillgelegt werden, ob sie in einem einzigen verbleibenden Betrieb aufgehen oder ob sie durch einen Betriebsübergang aus dem Unternehmen herauswandern oder sonst von einem anderen Rechtsträger übernommen werden. Anders als auf der betrieblichen Ebene gibt es dabei keine Übergangs- und Restmandate und erübrigt sich auch die Frage nach der Identität von Unternehmen oder Konzernen, weil es keine auf das Unternehmen oder den Konzern bezogene Arbeitsorganisation gibt⁷⁴.

Taktisch nutzen lässt sich insoweit etwa die Zusammenlegung von Betrieben, die unter Umständen mit überschaubarem organisatorischen Aufwand erreicht werden und dem Gesamtbetriebsrat die Daseinsberechtigung entziehen kann. Sofern die einheitliche Leitung in sozialen und personellen Angelegenheiten etwa mit Blick auf die räumliche Nähe der zuvor eigenständigen Betriebe praktisch handhabbar ist, hat der Arbeitgeber dabei wenig zu verlieren. Zu bedenken ist ferner, dass damit Mitbestimmungslücken entstehen können, wenn und weil der weggefallene Gesamtbetriebsrat seine Mentoren-Kompetenz für betriebsratslose Betriebe nicht mehr wahrnehmen kann. Die Umstrukturierung bedeutet dann für einen Teil der Arbeitnehmer einen echten Rückschritt, weil die ehemals originäre Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nicht durch einen lokalen Betriebsrat aufgefangen wird.

Im Konzern bedeutet Entkonzernierung in der Regel, ein Unternehmen aus der einheitlichen Leitung zu entlassen. Andererseits kann der Konzernbetriebsrat schon im Gleichordnungskonzern nicht gebildet werden⁷⁵, muss also – auch bei fortbestehender einheitlicher Leitung – entfallen, wenn die ehemalige Mutter ihren beherrschenden Einfluss verliert⁷⁶. Auch wird zumindest vertreten, dass es trotz Konzernierung keine Konzernbetriebsverfassung geben kann, wenn sich die einheitliche Leitung auf mitbestimmungsrechtlich irrelevante Bereiche wie die Sortimentsauswahl und die Werbung beschränkt⁷⁷. Schließlich belegt das neue Konzerninsolvenzrecht⁷⁸, das an der materiellrechtlichen Entkonzernierung durch In-

73 Etwa BAG 5.6. 2002 – 7 ABR 17/01, NZA 2003, 336 (B I 1 der Gründe); weiter *Annuß*, in: Richardi (Fn. 17), § 47 Rn. 27; *Koch*, in: ErfK (Fn. 16), § 47 BetrVG Rn. 11.

74 Hierzu *Kolbe* (Fn. 2), S. 308.

75 Statt vieler *Koch*, in: ErfK (Fn. 16), § 54 BetrVG Rn. 2 mit weiteren Nachweisen.

76 BAG 23.8. 2006 – 7 ABR 51/05, AP Nr. 12 zu § 54 BetrVG 1972 Rn. 45 ff.

77 *Schul* (Fn. 1), S. 241 f.

78 Zu diesem etwa *Mock*, Das neue Konzerninsolvenzrecht nach dem Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen, DB 2017, 951 ff.

solvenz⁷⁹ nichts ändern will und eine nur verfahrensrechtliche Koordination vorsieht, dass zumindest die abgestimmte Leitung von Unternehmen durch eine zentrale Stelle auch außerhalb des Konzernrechts möglich ist.

3. Ergebnis: Eingeschränkte Tauglichkeit zur Steuerung der Vertikalzuständigkeit

Insgesamt lässt sich die Abwärtsverlagerung der Vertikalzuständigkeit durch Strukturmaßnahmen zwar verlässlich erreichen, erfordert dazu aber einen Eingriff in gewachsene Strukturen. Darunter leidet der taktische Wert von Umstrukturierungen zur Zuständigkeitsverlagerung erheblich, weil entsprechende Maßnahmen notwendig Nebenwirkungen mit sich bringen und deshalb nicht isoliert unter Zuständigkeitsgesichtspunkten betrachtet werden können: Zum Beispiel mag die Zusammenfassung von Betrieben den Gesamtbetriebsrat beseitigen, sie kann aber zugleich die Mehrheitsverhältnisse im Betrieb verändern – das ist nicht nur mit Blick auf die nächste Betriebsratswahl, sondern auch hinsichtlich der tarifrechtlichen Auswirkungen zu bedenken, wenn bei „kollidierenden Tarifverträgen“⁸⁰ im Betrieb die gesetzliche Tarifeinheit greift.

Auch hier bestätigt sich also, dass das Betriebsverfassungsrecht Betriebsratszuständigkeiten nicht als Gestaltungsziel des Unternehmers anlegt. In der Regel wird es insoweit gerade bei Strukturfragen um – mehr oder weniger gewollte – Nebeneffekte gehen. Interessant sind aus Unternehmer-sicht vor allem Maßnahmen, die bei vergleichsweise geringem organisatorischen Aufwand betriebsverfassungsrechtlich relevante Strukturen beseitigen, etwa, wenn durch die Zusammenlegung von Betrieben die Errichtungsvoraussetzungen für den Gesamtbetriebsrat entfallen. Hinzuweisen ist noch darauf, dass die Gestaltung der entsprechenden Strukturen *ex ante* andere Fragen aufwirft; dann geht es aber nie „nur“ um eine zuständigkeitsverlagernde Unternehmerentscheidung.

IV. Ergebnisse

Zusammenfassend lässt sich zunächst festhalten, dass die Vertikalzuständigkeit verschiedener Arbeitnehmervertretungen stets vor dem Hintergrund der komplexen und interdependenten Zuständigkeitsordnung des Betriebsverfassungsrechts gesehen werden muss. Dabei sind die Leitgedanken der Lückenlosigkeit und Überschneidungsfreiheit kein Selbstzweck, sondern dienen dem grundlegenden Ziel, durch die „richtige“ Zuordnung von Arbeitnehmervertretungen wirksame Mitbestimmung zu ermöglichen. Das gilt uneingeschränkt für die horizontale wie für die vertikale Zuständigkeitsabgrenzung, obwohl beide nach unterschiedlichen An-

79 Zu dieser Rieble/Kolbe, KTS 2009, 281, 282 ff.

80 Im Sinne des § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG.

knüpfungspunkten bestimmt werden. Weil die Vertikalzuständigkeit nach dem BetrVG nicht Gestaltungsziel ist, sondern Subsumtionsergebnis, kommt nur die mittelbare Steuerung durch Unternehmerentscheidung in Betracht. Ansetzen lässt sich dabei einmal an der jeweiligen mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit und einmal an den Organisationsstrukturen auf Arbeitgeberseite, denen die Betriebsverfassung folgt.

Insofern steht die Angelegenheit klar im Vordergrund, weil sie vergleichsweise einfach geformt werden kann, ohne dass damit zwingend unerwünschte Nebeneffekte verbunden sein müssen. Wie die Angelegenheit geformt werden muss, um die Zuständigkeitsverlagerung zu erreichen, lässt sich anhand der zumindest überwiegend anerkannten Fallgruppen nicht hinreichend absehen, weil eine trennscharfe Zuordnung gerade in den problematischen Fällen schwierig ist und weil die Fallgruppen eher verdecken, dass sich die Antwort aus dem materiellen Betriebsverfassungsrecht ergeben muss. Dabei gilt, dass es zur Zuständigkeitsverlagerung „nach oben“ kommen muss, wenn der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei den Gegenstand des Mitbestimmungsverfahrens definieren kann und diesen betriebs- oder unternehmensübergreifend gestaltet. Dann muss die Mitbestimmung folgen, um wirksam zu sein. Abgesehen von diesen Fällen ist zu beachten, dass die vorrangige Zuständigkeit des Einzelbetriebsrats in Mitbestimmungsfragen typischerweise das Recht vermittelt, in einer Art Betriebsegoismus Lastwirkungen für Arbeitnehmer zu erzeugen, die unter die horizontale Zuständigkeit von Arbeitnehmervertretungen derselben vertikalen Ebene fallen. Eine Ausnahme ist nur dann zu machen, wenn diese Art von Eigennutz zwingend Mitbestimmungsrechte anderer Gremien ausschließt oder entwertet. Deshalb ist beispielsweise die Zuständigkeit für Interessenausgleich und Sozialplan getrennt zu ermitteln, für den Sozialplan ist der Gesamtbetriebsrat nur zuständig, wenn anderenfalls ein mit ihm ausgehandelter Interessenausgleich infrage gestellt würde.

Demgegenüber taugen Strukturmaßnahmen nur eingeschränkt zur Zuständigkeitsverlagerung, auch wenn der Arbeitgeber einseitig über sie entscheiden kann. Sie bedeuten vielfach einen vergleichsweise hohen organisatorischen Aufwand und ziehen unter Umständen ungewollte Nebeneffekte nach sich. Die zuständigkeitsrelevante Unternehmerentscheidung kommt hier vor allem in Betracht, wenn sie Strukturen beseitigt, an die die Betriebsverfassung anknüpft und den Arbeitnehmervertretungen auf den organisatorisch höheren Ebenen mit den gesetzlichen Voraussetzungen die Daseinsberechtigung nimmt. Damit ist auch gesagt, dass der Unternehmer insoweit prinzipiell nur in eine Richtung steuern kann: abwärts.

Diskussion*

Professor Dr. *Abbo Junker* (ZAAR) begann die dritte Diskussion mit der Anmerkung, dass er etwas verwirrt sei. Aus der Themenentwicklung mit seinen Kollegen Professor Dr. *Volker Rieble* und Professor Dr. *Richard Giesen* habe er mitgenommen, dass sehr viel zu machen sei – aus dem Vortrag von Professor Dr. *Sebastian Kolbe* (Universität Bremen) gehe eher hervor, dass nicht mehr allzu viel zu machen sei.

Dr. *Günter Schmitt-Rolfes* (Anwaltssozietät Schmitt-Rolfes Faltermeier) wollte gerne praktische Beispiele bringen. In Wiesbaden gebe es einen Betrieb mit Gesamtbetriebsrat. Dieser Betrieb habe eine 2/3-fache Konzernstruktur. Weiter bestünden Schwestergesellschaften, die von der Konzernspitze geführt werden. Ungefähr 20 bis 25 Jahre lang habe der Gesamtbetriebsrat über alle Tochter- und Schwestergesellschaften geherrscht. Die Voraussetzungen für einen Konzernbetriebsrat wären vorhanden gewesen, aber keiner wollte diesen bilden – weder Arbeitnehmer, noch Arbeitnehmervertreter oder Gewerkschaften. Daher wären Gesamtbetriebsvereinbarungen für den gesamten Konzern abgeschlossen worden. Diese hätten am längsten und am besten gehalten. Wenn diese vor die Gerichtsbarkeiten gehen würden, stelle sich die Frage, ob sie rechtswirksam sind, weil sie eigentlich zuständigkeitsfremd verabschiedet wurden. Diese Gesamtbetriebsvereinbarungen hätten Wichtiges geregelt, insbesondere Umstrukturierungen, an denen 2.000 bis 3.000 Menschen beteiligt gewesen seien. Alle wären mit dieser Situation zufrieden. Die Unternehmervertretung habe darauf verzichtet, dies zu ändern, da sich dann die Spitze des Betriebsrats geändert hätte, auch wenn dies aus unternehmerischer Sicht sinnvoll gewesen wäre.

Der Referent erläuterte, dass diese Gesamtvereinbarung unwirksam sei. Bei Teilunwirksamkeit versuche man, noch etwas zu retten. In der von Dr. *Schmitt-Rolfes* vorgestellten Form werde man aber wohl von einer Gesamtnichtigkeit ausgehen können.

Dr. *Stefan Liese* (Linde AG) wollte daraufhin noch ein anderes Beispiel bringen. Die Linde AG hätte eine große personelle Überdeckung von Konzern- und Gesamtbetriebsrat. Die Konzerngesellschaften außerhalb der AG wären eher klein. Deshalb wäre der Gesamtbetriebsrat vor Jahren durch Tarifvertrag abgeschafft worden (§ 3 BetrVG).

Aus der Sicht der Referenten erlaube § 3 BetrVG in der Rechtsfolge (§ 3 Abs. 5 BetrVG) nur, den Betrieb im Sinne des Gesetzes anders zu ziehen. Die oberen Ebenen seien auch für Tarifverträge vereinbarungsfest. Mög-

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ref. iur. *Elisabeth Müller*.

lich sei es, dem Gesamtbetriebsrat das Recht auf Überleben zu nehmen, indem man sich nur noch auf einen einzigen Betriebsrat festlegt.

Professor Dr. *Volker Rieble* (ZAAR) schloss sich der Diskussion mit der Ausführung an, dass er solche Gestaltungen tatbestandlich bei Fragen von Vergütungssystemen beobachtet habe, die man sehr flexibel von unten nach oben und wieder zurückschieben könne. Der Konzernbetriebsrat und der Gesamtbetriebsrat haben unter Umständen ein Initiativrecht. Das Initiativrecht setze erstmal eine Zuständigkeit voraus. Er frage sich aber, ob man hier nicht in einen Zirkelschluss hineinlaufen würde. Er denke zudem darüber nach, ob es nicht einen Wettlauf bei Zuständigkeiten zwischen Gesamt- und Konzernbetriebsrat geben könne.

Der Referent war der Auffassung, dass dies tatsächlich zirkulär sei. Die Konsequenz könne aber nicht sein, dass der Konzernbetriebsrat und der Gesamtbetriebsrat nie ein Initiativrecht haben. Wenn der Gegenstand, über den verhandelt wird, erstmals definiert wird, sei dies noch keine Zuständigkeitsfrage. Deswegen wären die Initiativrechte noch wenig problematisch. Einen Wettlauf um die Mitbestimmung könne es in der Tat geben. Bei den Betriebsvereinbarungen gelte oftmals das Ablösungsprinzip.

Christian Stadtmueller (Infineon Technologies AG) vervollständigte diese Ausführungen der anderen Teilnehmer damit, dass sich die genannten Beispiele nach seinem Verständnis auf die initiative Ausübung der Mitbestimmung beziehen würden, zum Beispiel die erstmalige Umsetzung der Mitbestimmung. Er wollte wissen, was man machen würde, wenn die Initiative schon ausgeübt wurde und man auf die Idee käme, gestaltend in der Weise einzugreifen, bestimmte Betriebe zu privilegieren oder auch nicht. Könne man mit einer Teilkündigung im Geltungsbereich der Gesamtbetriebsvereinbarung arbeiten, um den Verhandlungspartner zu zwingen, nur für einen bestimmten Betrieb zu verhandeln? Oder aber würde man mit ergänzenden oder lokalen Betriebsvereinbarungen arbeiten?

Der Referent antwortete, dass man die Gesamtbetriebsvereinbarung durch Kündigung loswerden könne. Eine Teilkündigung müsste nach den allgemeinen Regeln des Schuldrechts in der Gesamtbetriebsvereinbarung vorgesehen sein.

Professor *Junker* pflichtete dem bei. Er habe sich dies auch schon überlegt. Eine Teilkündigung wäre wahrscheinlich zu einfach. Aber es sei ein origineller Gedanke.

Dr. *Wolfram Wirbelauer* (Rechtsanwaltskanzlei Dr. Wirbelauer) berichtete ferner von einem Fall aus der Praxis. Ein großes Unternehmen habe mehrere Standorte, unter anderem in Sachsen und in Nordrhein-Westfalen gehabt. Es habe unterschiedlich örtlich zuständige Betriebsräte

und unterschiedliche arbeitszeitregelnde Haustarifverträge gegeben. Das Unternehmen wollte eine Gesamtregelung und in diesem Sinne mit dem Gesamtbetriebsrat sprechen. Die Betriebsräte in Sachsen wollten ihre Arbeitszeitregelung aber nicht ändern.

Der Referent meinte, dass dies keine Zuständigkeitsfrage der Betriebsverfassung sei. Diese Frage führe ins Tarifrecht und nicht zu §§ 50, 58 BetrVG.

Boris Karthaus (IG Metall Bezirk Nordrhein-Westfalen) kam noch einmal auf die Zuständigkeitsbegründung auf Unternehmensebene zurück. Das „Ob“ sei mitbestimmungspflichtig. Durch die notwendige unternehmens-einheitliche Regelung würde dieser Aspekt dem „Ob“ der Mitbestimmung entzogen. Wenn man Zulieferer hätte, dann hätten diese faktisch wenig Chancen, ihre Arbeitszeiten anders zu regeln als diejenigen des Werks, das sie beliefern. Dies würde sich auf die gesamte Kette übertragen. Es gebe also faktisch einen sehr großen Druck – insbesondere unternehmensübergreifend –, einheitliche Regelungen zu treffen. Oft wäre dies dann eher etwas für den örtlichen Betriebsrat.

Nach der Sicht des Referenten müsse man genauer unterscheiden. Ob eine Frage organisatorisch auf einer niedrigeren Ebene gelöst werden könne, sei eine echte Rechtsfrage. Dass man starken wirtschaftlichen Druck habe, sich auf äußere Umstände abzustimmen, ändere nichts am Mitbestimmungsrecht. Der Referent verwies abschließend beispielhaft auf eine Entscheidung der Rechtsprechung. Der Einfluss von außen beschränke nicht das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats.

Bewegliche vertikale Betriebsratszuständigkeit – Rechtsfolgen

Volker Rieble

	Seite
I. Beweglichkeit und Zuständigkeitsänderung als Vorfrage	98
II. Ausgangspunkt: Verlust jedenfalls künftiger Regelungsmacht.....	101
1. Gemeinsame Zuständigkeit als Regelungsgrundlage	101
2. Folgen für laufende Mitbestimmungsverfahren	103
a) Laufende Verhandlungen	103
b) Arbeitsgerichtliche Mitbestimmungsdurchsetzung	103
c) Einigungsstellenverfahren	105
III. Schicksal bestehender Betriebsvereinbarungen und Regelungs- abreden	106
1. Beiläufige Äußerungen des Ersten Senats am 5.5.2015.....	106
2. Blick auf die Normsetzungskompetenz – statt auf das Rege- lungsobjekt	107
3. Nachwirkung gem. § 77 Abs. 6 zur Kompensation des Nor- mentfalls kraft Diskontinuität	110
4. Geltungserhaltende Sukzession in der Normsetzungskom- petenz	110
a) Grundsatz	110
b) Nicht: Übergangsmandat	111
c) Gemeinschaftsbetrieb als Zuständigkeitsdelegation	111
d) Konzernzuständigkeit auf Arbeitgeberseite	112
e) Ebenenverschiebung auf Betriebsratsseite	112
IV. Zuständigkeit und Betriebsratsarbeit.....	113
V. Fazit	115
Diskussion	116

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Bewegliche Mitbestimmung* (München 2018), S. 97-115

I. Beweglichkeit und Zuständigkeitsänderung als Vorfrage

Sebastian Kolbe hat aufgezeigt, unter welchen Umständen sich die Betriebsratszuständigkeit verändern kann.¹ »Beweglich« ist sie vor allem mit Blick auf die »Angelegenheit«, also die beteiligungspflichtige Regelungsfrage. Solange der Betriebsrat kein Initiativrecht hat, kommt dem Arbeitgeber ein Konzeptions- und Gestaltungsspielraum zu, mit dem er den Regelungsbezug der Angelegenheit zur Betriebs-, Unternehmens- oder Konzernebene mitbestimmungsfrei festlegen kann. Haupt- und Musterfall sind über- und außertarifliche Vergütungssysteme (auch: betriebliche Altersversorgung), bei denen der Arbeitgeber entscheidet, ob er sein System auf betrieblicher, Unternehmens- oder Konzernebene installieren will. Zweites Beispiel ist die Betriebsänderung, deren Planung allein dem Arbeitgeber zusteht. Er entscheidet frei, ob er Organisationsmaßnahmen betriebsbezogen, betriebsübergreifend oder unternehmensübergreifend plant. Mit der Gestaltung der Angelegenheit bestimmt der Arbeitgeber den Verhandlungs- und Mitbestimmungspartner, weil er insoweit die Verteilungsgemeinschaft festlegt, die von dem hierfür zuständigen Betriebsrat repräsentiert wird. Gegenbeispiel sind die notwendig örtlichen Angelegenheiten, wie personelle Einzelmaßnahmen. Auch insoweit eröffnet die Rechtsprechung Gestaltungsspielräume: »Ethikrichtlinien« sollen nach dem BAG vom Arbeitgeber einseitig von der Unternehmens- auf die Konzernebene verlagert werden können², wodurch die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats herbeigeführt wird. Der Arbeitgeber kann – was selten betont wird – auch umgekehrt verfahren und Angelegenheiten »dezentralisieren« und damit aus der Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats oder Gesamtbetriebsrats »nach unten« bewegen.

Der hieraus erwachsende strategische Spielraum wird von den Unternehmen genutzt und von guten Anwälten beherrscht. In der Literatur wird diese Frage selten diskutiert. Über solche Strategien berichtet etwa *Erwin Salamon*³. Auch das BAG gibt mitunter strategische Ratschläge:

»Wenn der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei darüber entscheiden kann, ob er eine Leistung überhaupt erbringt, kann er sie von einer überbetrieblichen Regelung abhängig machen und so die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats für den Abschluss einer entsprechenden Betriebsvereinbarung herbeiführen.«⁴

Der Betriebsrat seinerseits kann nicht die Angelegenheit, also die mitbestimmungspflichtige Frage zuständigkeitsverändernd gestalten – er kann

¹ In diesem Band, S. 75 ff.

² BAG 22.6.2008 – 1 ABR 40/07, NZA 2008, 1248; BAG 17.5.2011 – 1 ABR 121/09, AP Nr. 73 zu § 80 BetrVG 1972.

³ NZA 2013, 708. Weiter *Schul*, Verlagerung der Betriebsratszuständigkeit, 2009.

⁴ BAG 10.10.2006 – 1 ABR 59/05, NZA 2007, 523 Rn. 18.

nur seine Beteiligungsrechte delegieren und dies nur »nach oben«, §§ 50 Abs. 2, 58 Abs. 2 BetrVG. Diese Delegation wirkt nicht originär zuständigkeitsverändernd – der Delegatar nimmt Betriebsverfassungsrechte des Deleganten nach dessen Zuständigkeit wahr. Verhandelt der Gesamtbetriebsrat aufgrund paralleler Delegation sämtlicher Einzelbetriebsräte, so ist die daraus folgende Betriebsvereinbarung nach allgemeiner Meinung eben keine Gesamtbetriebsvereinbarung, sondern ein Bündel von Einzel-Betriebsvereinbarungen. Die Delegation begründet eine Wahrnehmungsbefugnis des beauftragten Gesamt- oder Konzernbetriebsrats. Dieser macht das fremde Regelungsrecht in eigenem Namen geltend. Richtigerweise können Zuständigkeitskonflikte auch nicht über das Initiativrecht ausgetragen werden. Denn dem Betriebsrat kann ein Initiativrecht nur zukommen, wenn er schon zuständig ist. Kein Gesamtbetriebsrat kann also über eine Initiative zur betriebsübergreifenden Regelung einer Frage die eigene Zuständigkeit erst begründen. Das wäre zirkulär.

Sonderfall ist der *Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Arbeitgeber*. Mit ihm vergemeinschaften die Arbeitgeber ihre Entscheidungskompetenzen – aber eben nicht in allen »Angelegenheiten«, sondern nur in den mitbestimmungsrechtlich zentralen. Das kann zu einer Zuständigkeitsspaltung auf Arbeitgeberseite führen: Neben dem betriebsverfassungsrechtlichen Gemeinschaftsarbeitgeber bleiben die Vertragsarbeitgeber betriebsverfassungsrechtlich gesondert zuständig, soweit sie ihre Kompetenzen nicht vergemeinschaftet haben. Typischerweise sind Arbeitseinsatzfragen (Arbeitszeitlege, Urlaubsplanung usw.) Angelegenheiten des Gemeinschaftsbetriebes – wohingegen die Vergütung typischerweise den jeweiligen Vertragsarbeitgebern vorbehalten bleibt, was wiederum die Belegschaft insofern spaltet. Diese Zuständigkeit des Gemeinschaftsarbeitgebers läßt sich durch (auch konkludente) Änderung der konstituierenden Führungsvereinbarung erweitern oder einschränken. So könnte die Entscheidung für eine Beschleunigungszulage auf einer Gemeinschaftsbaustelle eine Entgeltzuständigkeit des gemeinschaftlichen Arbeitgebers begründen. Haben die am Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Arbeitgeber weitere Betriebe mit Betriebsrat, so sind ihre jeweiligen Gesamtbetriebsräte jeweils nur für die dem jeweiligen Vertragsarbeitgeber zugeordneten Teile der Belegschaft zuständig. In diesem Fall kann eine Zuständigkeitsänderung auch den Wechsel vom örtlichen Betriebsrat im Gemeinschaftsbetrieb zu den beteiligten Gesamtbetriebsräten bewirken.

Der gewillkürte oder gestaltete *Konzernbezug* einer Angelegenheit (etwa Ethikrichtlinien⁵) verschafft nicht nur dem Konzernbetriebsrat eine Regelungszuständigkeit. Vielmehr sorgt sie auch dafür, daß die Obergesell-

5 BAG 17.5.2011 – 1 ABR 121/09, AP Nr. 73 zu § 80 BetrVG 1972 und BAG 22.7.2008 – 1 ABR 40/07, BAGE 127, 146 Rn. 66 f.

schaft eine unmittelbare Regelungsmacht für und wider die Töchter erlangt. Die bloß interne Konzernleitungsmacht verstärkt sich zur normativen Regelungsermächtigung; die Obergesellschaft wird zum betriebsverfassungsrechtlichen Konzernarbeitgeber. Nicht bloß der unternehmensübersteigende Verteilungs- und Regelungsaspekt der Angelegenheit ist für die Zuständigkeit maßgebend. Als zweites Kriterium kommt die Konzernzugehörigkeit hinzu – genauer: die Beherrschung der Unter- durch die Obergesellschaft, weil § 54 BetrVG auf § 18 AktG verweist.

Die Entkonzernierung durch Entherrschungsvertrag oder Anteilsveräußerung beendet mit der Konzernverbindung auch die Regelungszuständigkeit: für den Konzernbetriebsrat, aber eben auch für die Obergesellschaft, der dann das Regelungsmandat für das konzernfremde Unternehmen fehlt.

Sowohl für den Arbeitgeber wie für den Betriebsrat eröffnen diese Gestaltungsmöglichkeiten taktische Spielräume. Diese sind bislang nicht Gegenstand rechtswissenschaftlicher Forschung. In der Praxis nutzen beide Seiten die Möglichkeit, vor allem um Verhandlungspartner auszutauschen. Insbesondere kann auf der Ebene des Gesamtbetriebsrats oder Konzernbetriebsrats gerade wegen der Entfernung von der betroffenen Belegschaft und etwaigen Wiederwahlen mitunter effektiver verhandelt werden. Gelegentlich soll es auch dazu kommen, daß mißliebige einzelne Verhandlungspersonen so abgelöst werden.

Welche konkreten Rechtsfolgen löst eine solche Zuständigkeitsveränderung aus? Diese Frage ist in der Literatur punktuell, in der Rechtsprechung bislang nicht behandelt. Praktisch geworden ist immerhin ein Sonderfall: Wird durch Betriebsübergang ein Betrieb aus einem Unternehmen herausgelöst, verliert der Gesamtbetriebsrat des Veräußerers notwendig seine Regelungszuständigkeit. Beim aufnehmenden Rechtsträger kann die Regelungsfrage in die Zuständigkeit des örtlichen Betriebsrats oder auch eines Gesamt- oder Konzernbetriebsrats fallen. Für diesen einen Sonderfall will das BAG normative Kontinuität sichern. So soll die Gesamtbetriebsvereinbarung im Betrieb dann als Einzel-Betriebsvereinbarung fortgelten können – meinte das BAG 2002.⁶ 2015 hat der Erste Senat eine »Begründung« nachgereicht: Dies folge aus »Strukturprinzipien der Betriebsverfassung«⁷ – letztlich aber eher daraus, daß der Betriebsübergang und damit der Austausch des Arbeitgebers an der Normativgeltung der Betriebsvereinbarung nichts ändern solle.

6 18.9.2002 – 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670. Kritisch *Jacobs*, Festschrift Konzen, 2006, S. 345 ff.

7 5.5.2015 – 1 AZR 763/13, NZA 2015, 1331 Rn. 46.

Der Betriebsübergang kann Zuständigkeitsänderungen auch für andere als den übergehenden Betrieb auslösen: Beim Veräußerer läßt der Übergang eines von zwei Betrieben den Gesamtbetriebsrat als Gremium entfallen – und damit auch die Regelungszuständigkeit. Auch wenn der Veräußerer mehr als zwei Betriebe hat, kann der Weggang eines Betriebes die überbetriebliche Regelungsbedürftigkeit einer Angelegenheit und damit die Zuständigkeit des Gesamt- oder Konzernbetriebsrats entfallen lassen. Spiegelbildliches gilt für den Erwerber.

II. Ausgangspunkt: Verlust jedenfalls künftiger Regelungsmacht

1. Gemeinsame Zuständigkeit als Regelungsgrundlage

Die betriebliche Mitbestimmung zielt auf die partnerschaftliche Regelung betrieblicher Angelegenheiten durch Betriebsvereinbarung oder Regelungsabrede. Bloße Mitwirkungsrechte erschöpfen sich in punktueller Zustimmung zu Einzelmaßnahmen (§ 99 BetrVG) oder Beratungsrechten (wie beim Interessenausgleich) und spielen für diese Betrachtung eine untergeordnete Rolle. Im Vordergrund steht die gemeinsame kollektivvertragliche Regelungsmacht von zuständigem Arbeitgeber und zuständigem Betriebsrat. Sie ist der tariflichen Regelungsmacht nachgebildet – unterscheidet sich aber auf Arbeitnehmerseite stark von jener, weil der Betriebsrat seine Zuständigkeit anders als die Gewerkschaft nicht autonom festlegt, sondern darin vom BetrVG bestimmt ist. Gleichwohl *entspricht die betriebliche Regelungszuständigkeit funktional der Tarifzuständigkeit*: Beiden geht es um ein »Regelnkönnen«, beide konstituieren ein dem Privatrecht sonst fremdes *ultra-vires*-Prinzip: Wenn auch nur eine Partei des arbeitsrechtlichen Kollektivvertrages nicht regelungskompetent ist, so ist der Vertrag anfänglich nichtig und löst gar keine rechtlichen Wirkungen aus, verbraucht insbesondere kein Mitbestimmungsrecht. Eine teilweise fehlende Zuständigkeit mündet in die Teilnichtigkeit, wenn der gedeckte Teil eine funktionale Ordnung abgibt. Wie sich eine nachträglich entfallende Zuständigkeit auswirkt, ist im Tarifrecht umstritten, im BetrVG praktisch ungeklärt.

Das heißt in einem ersten Schritt: Wenn die »gemeinsame« Regelungszuständigkeit von Arbeitgeberseite und handelndem Betriebsrat in der Sekunde des Kollektivvertragsschlusses mithin anfänglich fehlt, so ist die Betriebsvereinbarung nichtig, kann keine normative Wirkung entfalten. Die Einigung kann – auch als Regelungsabrede – umgekehrt das bestehende Mitbestimmungsrecht nicht »verbrauchen« oder erfüllen.

Insoweit ist ebenfalls festzuhalten: Eine »Zuständigkeitsteilung«, die den Gesamt- oder Konzernbetriebsrat zur Rahmenregelung und den anderen Betriebsrat zur ausfüllenden Einzel-Betriebsvereinbarung ermächtigte,

kann es nicht geben. Die Regelungszuständigkeiten des BetrVG sind notwendig überschneidungsfrei.⁸

Ebenfalls sehr umstritten ist die Frage, ob ein *Zuständigkeitswechsel in die Mitbestimmungsfreiheit führen kann*, wenn der theoretisch zuständige Betriebsrat nicht existiert, also nicht errichtet ist (§§ 47 Abs. 1, 54 Abs. 1 Satz 2 BetrVG)⁹, sei es, weil er nicht gebildet ist, sei es, weil er nicht gebildet werden kann (kein Konzernbetriebsrat bei Konzernobergesellschaft mit ausländischem Sitz¹⁰). Richtig betont das BAG für den Fall der Nichterrichtung eines Konzernbetriebsrats, daß damit die konzerndimensionale Mitbestimmung entfällt, konzerndimensionale Angelegenheiten also mitbestimmungsfrei werden.¹¹ Das BetrVG kennt in seiner Zuständigkeitsordnung grundsätzlich keine Auffangzuständigkeit – weil die §§ 50, 58 BetrVG auf das »Nichtregelnkönnen« reagieren. Erstaunlicherweise soll das anders sein, wenn wegen ausländischer Konzernspitze gar kein Konzernbetriebsrat gebildet werden kann. Dann soll eine Auffangzuständigkeit der Gesamt- oder örtlichen Betriebsräte greifen. Das hat das BAG einst *obiter* und begründungslos fabuliert¹² und so entscheidet etwa das LAG München¹³. Die Angst vor der Mitbestimmungslücke mündet in einen harten dogmatischen Widerspruch.¹⁴ Daß der Siebte Senat in heutiger Besetzung noch so entschiede, darf bezweifelt werden.

-
- 8 BAG 14.11.2006 – 1 ABR 4/06, NZA 2007, 399; *Salamon*, NZA 2013, 708, 711.
 - 9 Für Mitbestimmungsfreiheit bei Nichterrichtung eines Konzernbetriebsrats: *Dzida*, NZA 2008, 1265, 1267; *Schreiber*, NZA-RR 2010, 617, 622; *ErfKomm/Koch*, 18. Aufl. 2018, § 58 BetrVG Rn. 2; *GK-BetrVG/Franzen*, 10. Aufl. 2014, § 58 Rn. 8.
 - 10 BAG 14.2.2007 – 7 ABR 26/06, NZA 2007, 999; BAG 16.5.2007 – 7 ABR 63/06, AP Nr. 3 zu § 96a ArbGG 1979; LAG Nürnberg 21.7.2016 – 5 TaBV 54/15, ZIP 2016, 2133, Rechtsbeschwerde 7 ABR 60/16.
 - 11 BAG 14.12.1993 – 3 AZR 618/93, NZA 1994, 554; *GK-BetrVG/Franzen*, 10. Aufl. 2014, § 58 Rn. 8; *Windbichler*, Arbeitsrecht im Konzern, 1989, S. 345 f.
 - 12 BAG 14.2.2007 – 7 ABR 26/06, NZA 2007, 999 Rn. 62: »Die Beteiligungsrechte nach dem BetrVG werden in diesem Fall von den Gesamtbetriebsräten und Betriebsräten der konzernangehörigen Unternehmen wahrgenommen«. Richtig dagegen BAG 14.12.1993 – 3 AZR 618/93, NZA 1994, 554 Rn. 46; *Dzida*, NZA 2008, 1265, 1267; *Kort*, NZA 2009, 464, 465; *Schreiber*, NZA-RR 2010, 617, 622; *ErfKomm/Koch*, 18. Aufl. 2018, § 58 BetrVG Rn. 2.
 - 13 LAG München 4.9.2014 – 2 TaBV 50/13, juris.
 - 14 Gesehen, indes nicht aufgelöst bei *Fitting*, BetrVG, 28. Aufl. 2016, § 54 Rn. 34a.

2. Folgen für laufende Mitbestimmungsverfahren

a) Laufende Verhandlungen

Wenn und weil die Zuständigkeitsverlagerung den Abschluß künftiger Betriebsvereinbarungen notwendig hindert, ist der Verhandlungsabbruch geboten¹⁵: Auch im Fall einer Einigung hätte der Vertragsschluß keine Wirkung, weil zumindest einer Seite die Zuständigkeit fehlt.

Allerdings können die jetzt zuständigen Betriebsparteien den Verhandlungsstand aufnehmen – insbesondere indem sie die Verhandlungsführer ermächtigen fortzufahren. Auf Arbeitgeberseite ist das naturgemäß einfach, weil jeder Arbeitgeber autonom in der Entscheidung ist, wer ihn vertreten soll. So kann die Führungskraft eines Unternehmens die nunmehr auf Konzernebene verlagerte Zuständigkeit auch dort wahrnehmen – wenn sie bevollmächtigt wird. Gleiches gilt für den Rechtsanwalt.

Auf Betriebsratsseite ist eine solche Kompensation des Zuständigkeitsentfalls schwieriger: Denn ein Betriebsrat kann sich nicht frei aussuchen, wer für ihn agieren soll. Mitunter hilft der Zufall mit Personenidentität. Wenn der Verhandlungsführer eines örtlichen Betriebsrats auch im Gesamtbetriebsrat sitzt, kann er für diesen in seiner neuen Zuständigkeit als Verhandlungsführer auftreten. Kann der Betriebsrat ausnahmsweise auf die Verhandlungshilfe eines Anwaltes bauen (weil das erforderlich ist), so kann der nunmehr zuständige Betriebsrat denselben Anwalt in Anspruch nehmen – wenn und soweit auch angesichts der Kenntnisse im jetzt zuständigen Gremium ein Anwalt erforderlich ist. Gleiches gilt für begleitende Sachverständige nach § 80 Abs. 3 BetrVG; insoweit ist zusätzlich die (erneute) Zustimmung des Arbeitgebers erforderlich. Die dem bislang zuständigen Betriebsrat gewährte Zustimmung wirkt nicht zugunsten des jetzt zuständigen Betriebsrats.

Schließlich und vor allem kann der jeweilige Betriebsrat, wenn die Zuständigkeit »nach unten wandert«, also vom Konzernbetriebsrat auf den Gesamtbetriebsrat oder von diesem auf einen örtlichen Betriebsrat durch Delegation »nach oben« gemäß §§ 50 Abs. 2, 58 Abs. 2 BetrVG, gegenläufig reagieren und dem bisher aktiven Betriebsrat die Zuständigkeit erhalten. Dann kann jener nach dem Verlust originärer Zuständigkeit als Delegatar weiterverhandeln – aber eben nur im Rahmen der übertragenen Zuständigkeit.

b) Arbeitsgerichtliche Mitbestimmungsdurchsetzung

Zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber können verschiedene Beschlußverfahren zur Durchsetzung von Mitbestimmungsrechten anhängig sein – die

15 *Schul* (Fn. 3), S. 247 ff.

dann dadurch, daß eine Seite ihre Zuständigkeit verliert, in Frage gestellt werden. Das betrifft vor allem Verfahren zur Einigungsstellenerrichtung nach § 100 ArbGG, die Feststellung von Mitbestimmungsrechten sowie die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen durch den Betriebsrat.

Der Zuständigkeitswechsel soll nach dem BAG im Beschlußverfahren notwendig und automatisch einen Beteiligtenwechsel auslösen, der von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Entschieden wurde dies zuerst für den Zuständigkeitswechsel vom Betriebsrat auf den Gesamtbetriebsrat, im konkreten Fall aber durch eine Strukturänderung¹⁶. Praktisch wichtigster Fall ist der Betriebsübergang, der zum Eintritt des Erwerbers als neuer betriebsverfassungsrechtlicher Arbeitgeber in das Verfahren führt.¹⁷ Damit wird einerseits verhindert, daß der gestaltende Arbeitgeber laufenden Verfahren durch Zuständigkeitsgestaltung die Grundlage entzieht. Denn der Verlust der Zuständigkeit des Antragstellers oder desjenigen Beteiligten, mit dem der Mitbestimmungskonflikt besteht, machte den Antrag sonst notwendig unbegründet, weil zwischen diesen Parteien kein Mitbestimmungsrecht mehr bestehen kann.

Andererseits kann das nur bei *im übrigen unverändertem Verfahrensgegenstand* gelten. Deswegen betont das BAG, daß der Beteiligtenwechsel bei Betriebsübergang voraussetze, daß die (ominöse) Betriebsidentität gewahrt bleibe. Und deswegen kann ein Zuständigkeitswechsel vom Betriebsrat zum Gesamtbetriebsrat den rechtshängig gemachten Unterlassungsanspruch nicht automatisch ändern. Der Verfahrensgegenstand bleibt auf den Betrieb des bisher zuständigen Betriebsrats beschränkt. Eine Antragsausweitung ist jedenfalls in zweiter Instanz nicht mehr sachdienlich. Der Beteiligtenwechsel vom Konzernbetriebsrat auf die Unternehmensebene kann zum Eintritt einer Reihe von Gesamtbetriebsräten führen; jenen aber stünde der vom Konzernbetriebsrat bislang geltend gemachte konzernweite Unterlassungsanspruch nicht zu. Zudem kann die *perpetuatio fori* zu Unzuträglichkeiten führen, wenn der jetzt zuständige Betriebsrat weit weg vom Sitz des Gesamt- oder Konzernbetriebsrats residiert.

Einigungsstellenerrichtungsverfahren bringen eine Besonderheit mit sich: Ein automatischer Beteiligtenwechsel ist ausgeschlossen, wenn der Zuständigkeitswechsel den Regelungsstreit inhaltlich verändert – weil die Einigungsstelle immer nur für einen bestimmten Konflikt einzusetzen ist. Der Arbeitgeberwechsel nach Betriebsübergang ändert bestehende Regelungskonflikte nicht, so daß das Verfahren nach Austausch des Arbeitge-

16 BAG 18.10.1988 – 1 ABR 31/87, NZA 1989, 396. Weiter *Germelmann/Matthes/Prütting/Spinner*, Arbeitsgerichtsgesetz, 9. Aufl. 2017, § 83 Rn. 13.

17 BAG 20.8.2014 – 7 ABR 60/12, NZA 2015, 1530 Rn. 17 f. mit weiteren Nachweisen.

bers weiter laufen kann. Dagegen bedeutet der Wechsel der originären Zuständigkeit vom Gesamtbetriebsrat zum örtlichen Betriebsrat oder umgekehrt, daß sich der Regelungskonflikt verändert, weil entweder statt mehrerer Betriebe in betriebsübergreifender Lastenverteilung nur noch einer oder mehrere, aber jedenfalls isoliert betroffen sind. Auch kann ein und dieselbe Einigungsstelle nicht für mehrere Betriebe mit örtlichen Parallelkonflikten errichtet werden. Das wiederum heißt: Ist der Zuständigkeitswechsel offensichtlich, so ist der Antrag auf Errichtung der Einigungsstelle nach § 100 ArbGG zurückzuweisen. Läßt sich der Zuständigkeitswechsel nicht eindeutig erkennen, so können womöglich zwei konkurrierende Einigungsstellen errichtet werden, etwa eine auf örtlicher und eine auf Unternehmensebene – das nimmt § 100 Abs. 1 Satz 2 ArbGG in Kauf.

c) Einigungsstellenverfahren

Die Einigungsstelle leitet ihre Kompetenz von den beiden Betriebsparteien ab, die sie berufen haben. Jede Zuständigkeitsänderung beendet die Zuständigkeit der Einigungsstelle. Das hat diese von Amts wegen bis zum Spruch zu prüfen. Die Verkennung des eigenen Zuständigkeitsverlustes bedeutet dann auch, daß der Spruch wirkungslos ist.

Das Einigungsstellenverfahren kennt keinen automatischen Beteiligtenwechsel bei Wechsel der Zuständigkeit. Die örtliche Einigungsstelle kann also nicht mit dem zuständig gewordenen Gesamtbetriebsrat oder Konzernbetriebsrat oder dem Konzernarbeitgeber »weiterverhandeln«. Anders ist es nur beim Betriebsübergang, weil der Erwerber in der Vorstellung des BAG eine umfassende betriebsverfassungsrechtliche Nachfolge in die Veräußererstellung antritt und ihn damit als Arbeitgeber auch im laufenden Einigungsstellenverfahren ersetzt, wodurch sich dessen Regelungsgegenstand nicht verändert.¹⁸

Beim sonstigen Zuständigkeitswechsel ohne Sukzession bleibt es möglich, daß eine unzuständig gewordene Einigungsstelle durch »Übernahmevereinbarung« der jetzt zuständigen Betriebsparteien als deren Einigungsstelle eingesetzt wird. § 76 BetrVG schließt einen solchen »gewillkürten Parteiwechsel« im Einigungsstellenverfahren nicht aus. Dies folgt schon daraus, daß die Einigungsstelle freiwillig durch die Parteien errichtet werden kann.¹⁹ Sinnvoll kann das insbesondere sein, wenn komplexe Fragen durch Sachverständige aufbereitet worden sind, sich die Mitglieder der Einigungsstelle eingearbeitet haben und der Verfahrensaufwand nicht vertan sein soll.

18 BAG 9.12.2008 – 1 ABR 75/07, NZA 2009, 254; BAG 28.9.1988 – 1 ABR 37/87, BAGE 59, 371.

19 Spengler/Hahn/Pfeiffer/Sitzenfrei, Betriebliche Einigungsstelle, 2010, § 12 Rn. 221.

III. Schicksal bestehender Betriebsvereinbarungen und Regelungsabreden

1. Beiläufige Äußerungen des Ersten Senats am 5.5.2015

Das überaus schwierige Rechtsproblem betrifft die bereits geltenden Betriebsvereinbarungen (und Regelungsabreden): Fallen Sie weg, weil zumindest einem Normgeber die Regelungszuständigkeit abhanden gekommen ist – mit der Folge, daß Nachwirkung gemäß § 77 Abs. 6 BetrVG greift – aber eben nur, soweit der nun zuständige Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht geltend machen kann? Im Fall des Betriebsübergangs könnte § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB helfen. Oder bleiben die Betriebsvereinbarungen normativ in Kraft – bis sie irgendwie anders beseitigt werden?

Der Erste Senat hat für das Schicksal von Gesamtbetriebsvereinbarungen nach Betriebsübergang gemeint:

»Schließlich führt der Wegfall des Gesamtbetriebsrats auch nicht zur Beendigung der normativen Wirkung der von ihm abgeschlossenen Vereinbarungen (aa Jacobs FS Konzen 2006 S. 345, 352, 354). Zwar können Änderungen der Unternehmensorganisation die Regelungsebene einer betriebsverfassungsrechtlichen Angelegenheit beeinflussen. Ein zunächst bestehendes überbetriebliches Regelungsbedürfnis iSd. § 50 Abs. 1 Satz 1 BetrVG kann nach Abschluss einer Gesamtbetriebsvereinbarung entfallen, *was aber deren Geltung nicht in Frage stellt*, sondern nur zur Zuständigkeit der Einzelbetriebsräte für die weitere Ausgestaltung der Angelegenheit führt. Ebenso gilt eine Gesamtbetriebsvereinbarung als Betriebsvereinbarung weiter, wenn nach einer Übertragung von Betrieben auf einen anderen Rechtsträger beim bisherigen Rechtsträger nur noch ein Betrieb verbleibt, für den ein Gesamtbetriebsrat nicht mehr errichtet werden kann. In beiden Fällen muss der nunmehr zuständige Betriebsrat die bisher geltenden normativen Regelungen nicht zur Behebung eines ansonsten bestehenden Legitimationsdefizits erneut abschließen.«²⁰

Auf der anderen Seite hält das BAG daran fest, daß die bisherige Gesamtbetriebsvereinbarung dann nicht als örtliche Betriebsvereinbarung weitergelten könne, wenn im Betrieb bereits eine (wirksame) örtliche oder eine Gesamtbetriebsvereinbarung gelte. Das wiederum heißt: Die »mitgebrachte«, zur Einzelbetriebsvereinbarung geschrumpfte Gesamtbetriebsvereinbarung gilt in der Vorstellung des Gerichts auch dann als Einzelbetriebsvereinbarung weiter, wenn im aufnehmenden Unternehmen der Gesamt- oder Konzernbetriebsrat für die Regelung dieser Angelegenheit zuständig ist und der örtliche Betriebsrat also eine solche Betriebsvereinbarung gar nicht hätte abschließen können. Schließlich kann die Transformation zur örtlichen Betriebsvereinbarung daran scheitern, daß der Regelungsgegenstand auf das Unternehmen zugeschnitten ist und keine »betriebliche« Angelegenheit regelt.²¹

20 BAG 5.5.2015 – 1 AZR 763/13, NZA 2015, 1331 Rn. 53, Hervorhebung von mir. Dazu schon *Salamon*, RdA 2007, 103.

21 BAG 24.1.2017 – 1 ABR 24/15, NZA-RR 2017, 413.

Analysiert man die Begründung, so bleiben im Kern nur zwei Argumente: Erstens sollen nach der durchweg ständigen Rechtsprechung seit 1957 Einzel-Betriebsvereinbarungen auch nach Betriebsübergang weitergelten²². Und zweitens führt das BAG auch Gesamtbetriebsvereinbarungen auf den jeweiligen Einzelbetrieb zurück: Dieser sei »Bezugsobjekt und Regelungssubstrat«²³ der Gesamtbetriebsvereinbarung. Die Betriebsvereinbarung soll schließlich auch dann normativ weitergelten, wenn der Betriebsrat entfällt²⁴.

Insofern ist darauf hinzuweisen, daß für das strukturähnliche Parallelproblem nachträglich entfallender Tarifzuständigkeit eben derselbe Streit ausgetragen wird. Eine Meinung will den Tarifvertrag unbedingt halten und nur ein Kündigungsrecht einräumen²⁵. Die auch von mir vertretene Gegenmeinung hält es für ausgeschlossen, daß ein Tarifvertrag normativ weitergilt – ohne daß es normverantwortliche Tarifparteien gibt. Jene Meinung konstatiert den notwendigen Übergang in die Nachwirkung des § 4 Abs. 5 TVG²⁶.

2. Blick auf die Normsetzungskompetenz – statt auf das Regelungsobjekt

Die Rechtsprechung hat neben dem gewünschten Ergebnis normativer Stabilität eine starke Konzentration auf die Verbindung von Betrieb und Betriebsvereinbarung für sich: Der Normativbestand der auf örtlicher,

22 Leitentscheidung BAG 19.7.1957 – 1 AZR 420/54, BAGE 4, 232: auch damals schon Zuständigkeitsentfall: »Eine Rechtsunwirksamkeit ist auch nicht dadurch eingetreten, daß die bisherigen Polizeiausschüsse ihre Zuständigkeiten verloren haben. Das Ausscheiden des bisherigen »Betriebsinhabers« und das Eintreten eines neuen Dienstherrn hat lediglich zur Folge, daß der neue Dienstherr in die Pflichten und Befugnisse eintritt, die bisher dem früheren Betriebsinhaber zustanden, nicht aber fallen damit diese Pflichten und Befugnisse weg«.

23 So BAG 18.9.2002 – 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670 unter B III 2 b, bb.

24 Kreft, Festschrift Wissmann, 2005, S. 347, 355; GK-BetrVG/Kreutz, 10. Aufl. 2014, § 77 Rn. 421.

25 Wiedemann/Oetker, § 2 Rn 95; Witt, Der Firmentarifvertrag, 2004, S. 178 f; Teschner, Firmentarifvertrag und Unternehmensumstrukturierung, 2002, S. 87 ff; Thüsing/Braun/Emmert, Tarifrecht, 2. Aufl. 2016, 2. Kapitel Rn. 195a; wohl auch Henssler/Moll/Bepler/Greiner, Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, Teil 2 Rn. 139.

26 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 386; ErfK/Franzen, 18. Aufl. 2018, § 2 TVG Rn. 38; Kempen/Zachert/Wendeling-Schröder, TVG, 5. Aufl. 2014, § 2 Rn. 244 ff. und Rn. 248: keine Kündigung erforderlich; irritierend aber Rn. 250: Aufhebungsvertrag; Kissel, Arbeitskampfrecht, 2002, § 7 Rn. 35. Henssler/Moll/Bepler/Sittard (Fn. 25), Teil 2 Rn. 238 für die Tarifzuständigkeit.

Unternehmens- oder Konzernebene geregelten Arbeitsbedingungen soll dem einzelnen Betrieb irgendwie als Eigenschaft quasidinglich anhaften – und sich eben hierdurch von den Betriebsparteien als Regelungsgebern lösen. Das ist letztlich wenig anderes als die alte und überholte Satzungs- theorie der Betriebsvereinbarung, wie sie *Herschel* einst begründet hatte²⁷ und welche an die alte Arbeitsordnung der Reichsgewerbeordnung an- knüpfte. Doch hat das BetrVG bewußt an den Normenvertrag des Tarif- rechts angeknüpft²⁸ – und eben diese Zuordnung zum privatrechtlichen Vertrag mit normativer Wirkung ist heute als »Vertragstheorie« herr- schende Auffassung.²⁹ Nur muß man dann aus der Erkenntnis, daß die Be- triebsvereinbarung »keine Satzung« ist³⁰, Konsequenzen ziehen.

So beklagt *Annuß* selbstbewußt für die Frage, ob Gesamtbetriebs- vereinbarungen nach Betriebsübergang weitergelten können, daß die Dis- kussion an »einer unzureichenden Aufarbeitung des Geltungsgrundes von Betriebsvereinbarungen« leide.³¹ Er selbst liefert diese nicht. *Jacobs* hat in der Festschrift Konzen eine einerseits vertragsrechtliche und andererseits normentheoretische Betrachtung gefordert – und die dogmatischen Schwächen der BAG-Rechtsprechung aufgedeckt.³² Das hat ihm in der jüngsten Entscheidung des Ersten Senats zwar keine argumentative Aus- einandersetzung eingebracht, sondern nur ein Zitat mit dem Vermerk »anderer Ansicht«. In der Tat sind nicht bloß Einzelheiten fragwürdig bis absurd, etwa daß eine übertragene Gesamtbetriebsvereinbarung nur von einem erst zu bildenden Gesamtbetriebsrat gekündigt werden könne. Wie der Arbeitgeber in dieser Situation reagieren soll, ist ganz unklar.

Entscheidend ist mit *Jacobs*, daß die Normgeltung einen zuständigen Normgeber voraussetzt, der die Verantwortung für die Weitergeltung trägt.³³ Eine Normgeltung ohne jeden verantwortlichen Normsetzer kann

27 *Herschel*, RdA 1948, 47; *ders.*, RdA 1956, 161; dazu *Hueck/Nipperdey*, Arbeits- recht II/2, 7. Aufl. 1970, S. 1272; *Kreutz*, Grenzen der Betriebsautonomie, 1979, S. 201 ff.; *Richardi*, BetrVG, 15. Aufl. 2016, § 77 Rn. 23 mit weiteren Nachwei- sen.

28 *Reichhold*, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, 1995, S. 300 ff.; *Hueck/ Nipperdey* (Fn. 27), S. 1275; *Richardi* (Fn. 27), § 77 Rn. 26; *Oberthür/Seitz*, Be- triebsvereinbarungen, 2. Aufl. 2016, A I Rn. 2.

29 GK-BetrVG/*Kreutz*, 10. Aufl. 2014, § 77 Rn. 38 ff; *Oberthür/Seitz* (Fn. 28) A I Rn. 1; *Richardi* (Fn. 27), § 77 Rn. 24; *ErfKomm/Kania*, 18. Aufl. 2018, § 77 BetrVG Rn. 4; aus der älteren Literatur: *Hueck*, RdA 1952 366, 371; *Kaskel/ Dersch*, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 1957, S. 104 f.

30 Dazu weiter *Adomeit*, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, 1969, S. 146 f.

31 *Staudinger/Annuß*, 2016, § 613a Rn. 204.

32 *Jacobs*, Festschrift Konzen, 2006, S. 345 ff.

33 *Jacobs*, Festschrift Konzen, 2006, S. 354.

es rechtstheoretisch nicht geben.³⁴ Eben dies wird auch im Tarifrecht diskutiert.³⁵

Gerade die dem Normenvertrag vergleichbaren Staatsverträge hören doch auf zu wirken, sobald eine Vertragspartei als Völkerrechtssubjekt untergeht – ohne daß eine Rechtsnachfolge in die Vertragsparteienstellung erfolgt³⁶. Eben deshalb mußte im Einigungsvertrag angeordnet werden, daß die neuen Länder die Rechtsnachfolge der DDR antreten; eben deshalb wird völkervertragsrechtlich der Fortbestand des Freistaats Coburg fingiert³⁷ – und eben deshalb hat der Einigungsvertrag eine § 10 TVG vergleichbare Fortgeltungsanordnung für DDR-Rahmenkollektivverträge getroffen.

Im Grundsatz oder Ausgangspunkt gilt deshalb: Mit dem Verlust der kollektivvertraglichen Regelungszuständigkeit fehlt der verantwortliche Normgeber. Nur zuständige Kollektivvertragsparteien können unangemessen gewordene normenvertragliche Arbeitsbedingungen ändern, sofern diese zwingend gelten.

Dementsprechend läßt sich womöglich der Grundfall des Betriebsübergangs mit einer Sondersukzession auf Arbeitgeberseite zum Betriebsvereinbarungserhalt³⁸ stabilisierend rechtfertigen. Denn allein eine solche Rechtsnachfolge trägt den Erhalt des Kollektivvertrages. Aber das BAG müßte schon auch erklären können, worauf diese Sonderrechtsnachfolge fußt – die dem kollektivvertragsrechtlich durchweg vergleichbaren Haustarifvertrag abgeht. Jener geht im Betriebsübergang gerade nicht auf den Erwerber über – sondern mündet in die Transformation des § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB. Nur im Fall der Universalsukzession nach dem UmwG kann der Haustarif tarifrechtlich weitergelten.³⁹ § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB

34 Höpfner, AP Nr. 36 zu § 3 TVG; Biedenkopf, Grenzen der Privatautonomie, 1964, S. 230 ff.

35 Löwisch/Rieble (Fn. 26), § 2 Rn. 244; Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille, 1968, S. 220; Buchner, RdA 1997, 259, 262.

36 Darauf beruft sich Jacobs, Festschrift Konzen, 2006, S. 353; Kreft, Festschrift Wißmann, 2005, S. 350 hat das »mißverstanden« und behauptet das Gegenteil. Indes: Der Untergang einer Vertragspartei als Völkerrechtssubjekt (ohne Rechtsnachfolger) führt zum Erlöschen der mit dieser Partei geschlossenen Verträge: Ipsen, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, S. 468; Stein/von Buttlar/Kotzur, Völkerrecht, 14. Aufl. 2017, S. 31; Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht 6. Aufl. 2013, S. 111 f.

37 BVerfG 18.7.1967 – 2 BvH 1/63, BVerfGE 22, 221, 234 ff.

38 BAG 5.5.2015 – 1 AZR 763/13, NZA 2015, 1331 Rn. 46; Fitting (Fn. 14), § 77 Rn. 168; GK-BetrVG/Kreutz, 10. Aufl. 2014, § 77 Rn. 412; ErfKomm/Kania, 18. Aufl. 2018, § 77 BetrVG Rn. 117 f; Richardi (Fn. 27), § 77 Rn. 218.

39 BAG 15.6.2016 – 4 AZR 805/14, NZA 2017, 326; BAG 4.7.2007 – 4 AZR 491/06, NZA 2008, 307.

schließt eine betriebsverfassungsrechtliche Sonderrechtsnachfolge nicht aus. Man kann den Unterschied zum Haustarif womöglich im betrieblichen Rechtsverhältnis suchen. Der Erwerber folgt dem Veräußerer in die betriebliche Leitungsmacht nach und damit in das betriebliche Rechtsverhältnis zum Betriebsrat. Das könnte einen grundlegenden Strukturunterschied zum Tarifvertrag tragen – dazu aber müßte man sich von der sehr einleuchtenden Erklärung *Reicholds* verabschieden, der die Betriebsverfassung arbeitsvertragsakzessorisch versteht. Arbeitsvertragsakzessorisch ist auch der Tarifvertrag.

Und deswegen ist es kollektivvertragsrechtlich auch schwer zu ertragen, wenn im betriebsratslos gewordenen Betrieb frühere Betriebsvereinbarungen fortgelten sollen.⁴⁰ Hier behilft sich die h.M. mit einem Kündigungsrecht des Arbeitgebers, das dieser der Belegschaft gegenüber erklären soll⁴¹ – so als ob die vom Betriebsrat repräsentierte Belegschaft nun als kollektive Vertragspartei wenigstens passiv zur Verfügung steht. Kaum erträglich ist das vor allem, weil »die Belegschaft« ihrerseits kein Kündigungsrecht hat, mit dem sie unpassend gewordene, den Arbeitgeber einseitig begünstigende Betriebsvereinbarungen abstreifen könnte.

3. Nachwirkung gem. § 77 Abs. 6 zur Kompensation des Normentfalls kraft Diskontinuität

Folge des Entfalls auch nur eines Kollektivvertragspartners – sei es in der Existenz, sei es in der Zuständigkeit – müßte also die stabilisierende Nachwirkung sein – bei Tarifverträgen nach § 4 Abs. 5 TVG, bei Betriebsvereinbarungen gemäß § 77 Abs. 6 BetrVG.⁴² Eben deshalb ist das Stabilitätsstreben des BAG im Kern illegitim: Weil dieses Bedürfnis vom Gesetzgeber gesehen und mit der Nachwirkung beantwortet ist. Für eine Rechtsfortbildung in Richtung kollektiver Weitergeltung fehlt der Raum.

4. Geltungserhaltende Sukzession in der Normsetzungskompetenz

a) Grundsatz

Ein bislang zu wenig bedachter Aspekt ist die Nachfolge in die Regelungszuständigkeit: Bei Tarifparteien kommt sie nur im Fall der Universalsukzession nach dem Umwandlungsgesetz vor, weswegen Tarifverträge normativ weitergelten können, wenn die verschwundene Tarifpartei durch ei-

⁴⁰ So vor allem *Kreutz*, Festschrift Kraft, 1998, S. 323, 335 ff.

⁴¹ GK-BetrVG/*Kreutz*, 10. Aufl. 2014, § 77 Rn. 410; *Däubler*, Festschrift Kreutz, 2010, S. 69, 73.

⁴² Dafür insbesondere *Schul* (Fn 3), S. 162 ff. mit eingehender Darstellung von Rechtsprechung und Literatur.

ne andere ersetzt worden ist. Das Tarifrecht kennt keine Nachfolge in die Tarifzuständigkeit, sondern nur in die Existenz als Tarifpartei – vor allem durch gewillkürte Universalsukzession nach dem UmwG (des einzelnen Arbeitgebers im Haustarif oder der Verbände)⁴³ und ansonsten den Erbgang bei natürlichen Arbeitgebern. Und wegen dieser Rechtsnachfolge können in diesen Fällen die Tarifverträge ungehindert weitergelten.

b) Nicht: Übergangsmandat

Diese Betrachtung klingt in der Betriebsverfassung an, wenn das Übergangsmandat des § 21a BetrVG als Argument für die wenigstens vorläufige Weitergeltung von Betriebsvereinbarungen nach Betriebsverschmelzung oder -spaltung angeführt wird.⁴⁴ Indes besorgt § 21a BetrVG keine Rechtsnachfolge, sondern eher einen Fall betriebsverfassungsrechtlicher »Organleihe«: Der bisherige Betriebsrat agiert an Stelle des oder noch zu wählenden Betriebsrats; er tritt keine Rechtsnachfolge an, sondern leistet einen Überleitungsschutz vor Betriebsratslosigkeit. Für normative Stabilität – daran ist zu erinnern – sorgt eben die Nachwirkung. Allerdings sieht das BAG sogar bei der Änderung gewillkürter Betriebsverfassungsstrukturen eine weitreichende »Funktionsnachfolge« – ohne näher zu erklären, worauf jene folgt und ob mit der Funktionsnachfolge auch eine umfassende Rechtsnachfolge verbunden ist.⁴⁵

c) Gemeinschaftsbetrieb als Zuständigkeitsdelegation

Deswegen kommt es entscheidend darauf an, ob Zuständigkeitswechsel zwischen den betriebsverfassungsrechtlichen Ebenen auf Arbeitnehmerseite und in den Sonderfällen von Konzern und Gemeinschaftsbetrieb auf Arbeitgeberseite sich als Rechtsnachfolge begreifen lassen. Das leuchtet beim Gemeinschaftsbetrieb unmittelbar ein: Mit der Führungsvereinbarung übertragen die jeweiligen Arbeitgeber ihre Vertrags- und Verhandlungskompetenz und damit die betriebsverfassungsrechtliche Regelungszuständigkeit auf ihre Gesellschaft bürgerlichen Rechts als betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeber. Umgekehrt bewirkt die Reduktion der Zuständigkeit oder die Auflösung des Gemeinschaftsbetriebes, daß die Regelungszuständigkeiten an die beteiligten Vertragsarbeitgeber zurückfallen. Auf der Betriebsratsseite fällt es dagegen schwer, eine Rechtsnachfolge zu

43 BAG 26.1.2016 – 1 ABR 13/14, NZA 2016, 842 Rn. 26 und BAG 15.6.2016 – 4 AZR 805/14, NZA 2017, 326 Rn. 33 mit weiteren Nachweisen.

44 Etwa BAG 18.9.2002 – 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670 Rn. 43; Thüsing, DB 2004, 2474, 2477; Maschmann, NZA-Beilage 2009, S. 32, 39; Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching/Gussen, BeckOKArbR, 45. Edition (1.9.2017), § 613a BGB Rn. 202.

45 BAG 22.8.2017 – 1 ABR 52/14, juris. Im konkreten Fall ging es um die Nachfolge in die Beteiligtenstellung im Beschlußverfahren.

sehen, wenn etwa im Gemeinschaftsbetrieb einzelne Entgeltkomponenten verhandelt werden, für die zuvor die Gesamtbetriebsräte der Vertragsarbeitgeber zuständig gewesen sind.

d) Konzernzuständigkeit auf Arbeitgeberseite

Rechtsnachfolge scheidet auf Arbeitgeberseite beim Konzern aus: Die Obergesellschaft erlangt die konzernweite Regelungsbefugnis nicht von den Tochter- oder Enkelgesellschaften durch irgendeinen Übertragungsakt – es handelt sich vielmehr um eine gesetzliche (und systemisch fragwürdige) Verstärkung der Konzernleitungsmacht – von der Weisungsbefugnis im Innenverhältnis zur Regelungsmacht im Außenverhältnis.

e) Ebenenverschiebung auf Betriebsratsseite

Kommen wir also zum Entscheidenden und Knackpunkt, dem Verhältnis der unterschiedlichen »Ebenen« auf Betriebsratsseite: Die Delegation nach oben ist gewiß Nachfolge im Regelungsrecht. Doch zieht das BetrVG hieraus bereits die Folge, daß der mandatierte Gesamt- oder Konzernbetriebsrat eben keine eigene Gesamt- oder Konzernbetriebsvereinbarung abschließt, sondern im eigenen Namen aber doch aus fremdem Recht handelt. Mit Verleihung der originären Regelungszuständigkeit des Gesamt- oder Konzernbetriebsrats für betriebsratslose Betriebe durch die Reform 2001 ist eine irgendgeartete Legitimationsnachfolge nicht denkbar. Am Beispiel: Wenn der Gesamtbetriebsrat kraft eigener und originärer Zuständigkeit ein Vergütungssystem für alle Betriebe und auch die betriebsratslosen Betriebe vereinbart und diese Zuständigkeit insoweit schwindet, als der Arbeitgeber getrennte Vergütungssysteme für einzelne Betriebe vorgibt – kraft seiner mitbestimmungsfreien Widmungskompetenz, etwa im Zuge einer Dezentralisierung – wie soll dann diese Gesamtbetriebsvereinbarung als örtliche Betriebsvereinbarung im betriebsratslosen Betrieb weitergelten? Eine Nachwirkung jedenfalls scheitert richtigerweise, weil im betriebsratslosen Betrieb kein Spruch der Einigungsstelle die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzen kann.⁴⁶ Oder man denke an den Fall, daß der Arbeitgeber Betriebe rechtlich verselbstständigt, so daß die bislang unternehmensweite Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nunmehr auf Konzernebene wahrzunehmen wäre. Gibt es dort keinen Konzernbetriebsrat, so läßt sich schwerlich von Rechtsnachfolge sprechen. Die kollektivrechtliche Fortgeltung – anstelle der überbrückenden Nachwirkung – führt dann dazu, daß es (wie im betriebsratslos gewordenen Betrieb) einen kollektiven Normenvertrag gibt, dem zumindest auf einer Seite die Vertragspartei abhanden gekommen ist. Die

46 ErfKomm/*Kania*, 18. Aufl. 2018, § 77 BetrVG Rn. 101; *Schaub/Koch*, Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl. 2017, § 231 Rn. 41.

Versuche, hier Abhilfe mit Kündigungsrechten zu schaffen⁴⁷, sind kaum nachvollziehbar: Wenn es keinen zuständigen Betriebsrat gibt, fehlt dem Arbeitgeber der vertragsrechtlich erforderliche Adressat für die Kündigungserklärung. Eine einseitige Aufhebungsbefugnis hat der Arbeitgeber anders als bei der historischen Arbeitsordnung nicht. Die Arbeitnehmer gar sind der weitergeltenden Betriebsvereinbarung schutzlos ausgeliefert: Wer soll für sie eine Kündigung erklären, etwa, wenn Belastungen aus einer Betriebsvereinbarung nicht mehr zeitgemäß sind?

Die Praxis indes – und das muß man leicht resignativ bezogen auf die sozialpolitisch urteilenden Senate des BAG sagen – reagiert auf umfassende Dogmatikverweigerung⁴⁸ mit ebenso strikter kollektiver Weitergeltung. Die legitimationslose Weitergeltung auch womöglich sachwidriger Normen wird als »sozialpolitisch sinnvoller« angesehen, als der Entfall jedenfalls der zwingenden Wirkung und manchmal mit Blick auf § 77 Abs. 6 BetrVG auch der Nachwirkung. Dahinter mag auch das Bestreben stehen, keinen Fluchtweg für bindungsunwillige Arbeitgeber zu eröffnen. Die findige Praxis wird sich, wie schon jetzt, dadurch helfen, indem sie besser trickst als das BAG. So gesehen wachsen Problemlösungen außerhalb von Vertragsrecht und Vertragstreue. Die Rechtswissenschaft aber bleibt gefordert, ein Kollektivvertragsrecht zu entwickeln, das den Namen verdient und übergreifende Aspekte von Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung und womöglich auch der europäisch-betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsvereinbarung nach SEBG und EBRG zu einer rechtlichen, nicht sozialpolitischen Einordnung führt.

IV. Zuständigkeit und Betriebsratsarbeit

Eine selten bedachte Nebenfolge betrifft die Betriebsratsarbeit: Die Zuständigkeit des richtigen Betriebsrats begrenzt die Tätigkeitsbefugnis für die Mitglieder des falschen. Ist der Gesamtbetriebsrat zuständig, so haben diejenigen Mitglieder örtlicher Betriebsräte, die nicht Mitglied im Gesamtbetriebsrat sind, keine »Kümmerbefugnis«. In krassen Fällen kann solche Zuständigkeitsanmaßung auch als Behinderung der Arbeit des zuständigen Betriebsrats gewertet werden – mit unangenehmen Folgen. Die bedarfsweise Freistellung nach Erforderlichkeit, § 37 Abs. 2 BetrVG, setzt die Zuständigkeit des Betriebsrats, dem der Amtsträger angehört, voraus. Es ist schlechterdings nicht »erforderlich«, sich um Angelegenheiten zu kümmern, für die ein fremder Betriebsrat zuständig ist. Ist die Zuständigkeit streitig und nicht ohne weiteres aufzuklären, so hilft der allgemeine

47 BAG 18.9.2002 – 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670, 674; *Salamon*, RdA 2007, 103, 104.

48 Zum Dogmatik-Erfordernis kohärenter Systembildung *Grigoleit*, 2. Festschrift Canaris, 2017, S. 241 ff. mit weiteren Nachweisen.

Beurteilungsspielraum der Amtsträger über die konkrete Erforderlichkeit der Tätigkeit.⁴⁹ In den Worten des BAG:

»Ist ein Betriebsratsmitglied der objektiv fehlerhaften Ansicht, eine Betriebsratsaufgabe wahrzunehmen, kommt eine Abmahnung des Arbeitgebers wegen einer dadurch bedingten Versäumnis der Arbeitszeit nicht in Betracht, wenn es sich um die Verknennung schwieriger oder ungeklärter Rechtsfragen handelt.«⁵⁰

In der Praxis verhalten sich alle anders: Betriebsratsmitglieder kümmern sich auch um Werkvertragskräfte, überschreiten die Zuständigkeit für Leiharbeitnehmer nach § 14 Abs. 3 AÜG und ignorieren eben auch die Zuständigkeiten fremder Betriebsräte. Bei einer Restrukturierung im Unternehmen oder Konzern, für deren Interessenausgleich dann konsequent der Gesamt- oder Konzernbetriebsrat zuständig ist, finden selbstredend Diskussionen auch in örtlichen Betriebsräten statt.

Das Recht ist strenger: Wenn der Betriebsrat unzuständig ist und auch der Beurteilungsspielraum kein »für-zuständig-halten-Dürfen« deckt, dann hat der Amtsträger eben keinen Anspruch auf Arbeitsbefreiung unter Entgeltfortzahlung; die Arbeitsleistung wird ihm fixschuldbedingt unmöglich, wodurch er seinen Entgeltanspruch anteilig einbüßt, § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. Der vielfach zu hörende Satz, der Arbeitgeber dürfe die Tätigkeit des Betriebsrats nicht kontrollieren, gilt für die nachlaufende Entgeltkontrolle nach ständiger und eindeutiger Rechtsprechung gerade nicht. Der Arbeitgeber darf ohne weiteres im Nachgang prüfen, ob eine Betriebsrats Tätigkeit erforderlich gewesen ist – und darf hierauf ggf. mit Vergütungskürzung reagieren.⁵¹ Beahlt der Arbeitgeber zuständigkeitsfremde Betriebsratsarbeit, so ist das eine Betriebsratsbegünstigung mit allen sattem bekannten Folgen.

Für frei halten sich die pauschal freigestellten Amtsträger des § 38 BetrVG; sie praktizieren ihr Betriebsratsamt vielfach ohne Rücksicht auf ihre Amtsaufgaben und Zuständigkeitsgrenzen. Indes: Für jene tritt an die Stelle der Arbeitspflicht für den Arbeitgeber die »Arbeitsbereitschaft« für den Betriebsrat mit Anwesenheitspflicht. Und diese Arbeitsbereitschaft ist auf jene Amtstätigkeit ausgerichtet, für die der Betriebsrat zuständig ist. Ein vollfreigestellter Betriebsratsvorsitzender kann seine Vollfreistellung selbstredend für eine Tätigkeit im Gesamtbetriebsrat nutzen, wenn er diesem angehört. Zuständigkeitsfremde Tätigkeit (etwa für die Gewerkschaft)

49 Zentral BAG 15.3.1995 – 7 AZR 643/94, NZA 1995, 961; *Fitting* (Fn. 14), § 37 Rn. 38; *Richardi/Thüsing* (Fn. 27), § 37 Rn. 25; GK-BetrVG/Weber, 10. Aufl. 2014, § 37 Rn. 40 ff. mit weiteren Nachweisen.

50 BAG 31.8.1994 – 7 AZR 893/93, NZA 1995, 225; ähnlich BAG 31.5.1989 – 7 AZR 277/88, NZA 1990, 313.

51 BAG 29.6.2011 – 7 ABR 135/09, NZA 2012, 47 Rn. 26; BAG 15.3.1995 – 7 AZR 643/94, NZA 1995, 961 unter I 4 der Gründe (juris Rn. 30 f.); Lege, DB 1995, 1511.

verfehlt die Arbeitsbereitschaft und führt zur Entgeltkürzung nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. Eben deshalb betont das BAG die *Anwesenheitskontrollen für Pauschalfreigestellte*⁵².

V. Fazit

Bewegliche Zuständigkeiten in der Betriebsverfassung werden dem Rechtsanwender künftig häufiger begegnen. Die Arbeitswelt 4.0 wird »fluider« sein und zu häufigen Organisationsänderungen führen. Das macht es auch nötig, eine konsistente Dogmatik von Funktions-, Rechts- und Zuständigkeitsnachfolge zu entwickeln und sich anders als bisher nicht gefühlten Augenblicksgerechtigkeiten hinzugeben.

52 BAG 10.7.2013 – 7 ABR 22/12, NZA 2013, 1221 Rn. 19 f.

Diskussion*

Professor Dr. *Richard Giesen* (ZAAR) eröffnete die letzte Diskussion damit, dass die dogmatische Grundfrage sei, worin der Grund der Betriebsvereinbarung liege. In seiner Habilitation finde sich zu dieser Frage nichts, da der Tarifvertrag autonom und die Betriebsvereinbarung davon abgeleitet sei. Für ihn sei die Kernfrage, wo man die Parallelen ziehen würde. Fraglich sei auch die Fortexistenz von Normen im Völkerrecht. Man hätte zum einen eine Fortexistenz des Normgebers. Erstaunlich im Betriebsverfassungsrecht sei, dass der Arbeitgeber immer austauschbar sei. Der Arbeitgeber sterbe oder übertrage beispielsweise. Auch der Gesamtbetriebsrat könne kommen und gehen. Die Parallelität, wenn der Betrieb fortbestehe, sei, dass dann auch die Betriebsvereinbarung fortbestehe. Dann hätte man die vom Referenten vorgestellte Problematik. Oder der Betriebsrat entfalle. Wenn der Betrieb allerdings untergehe, bleibe nur noch der Notnagel des § 613a BGB. Die zusätzliche Frage sei, welches Staatsmodell zugrunde gelegt wird. Die Parallelität zum TVG könne er allerdings nicht ganz genau so unterschreiben.

Der Referent meinte dazu, dass die Parallelität zum TVG nicht gegeben sei, solange es um die Autonomie gehe. Gehe es um das formale *ultra vires*-Prinzip, sei die Betriebsverfassung vom TVG ableitbar. Es sei bewusst nachgebildet worden. Man wollte in beiden Fällen auch die Zuständigkeitskreise begrenzen. Im Übrigen treten ersatzlos untergegangene Gesetze, für welche es keinen Rechtsnachfolger gebe, auch außer Kraft. Für die Gesetzgebungslehre sei klar, dass ein Gesetz nicht gelten könne, wenn es keinen Gesetzgeber dazu gebe, welcher es ändern könne. Dies sei verantwortungslos. Er würde nicht ausschließlich mit Staatsverfassungsrecht vergleichen, aber der Vergleich mit dem Völkerrecht liege nahe. Man könne dies auch mit den Tarifordnungen des Dritten Reichs vergleichen; hier wurde auch eine Fortgeltungsanordnung getroffen. Diese Fortgeltungsanordnung kann aber nur der Gesetzgeber treffen, nicht das BAG. Die Überlegung zu § 613a BGB helfe allerdings nicht, weil man keinen Betriebsübergang habe. In der Praxis werde der Betriebsübergang sowieso auch oft umgangen.

Dr. *Stefan Vielmeier* (Noerr LLP) berichtete, dass das BAG für die Gesamtbetriebsvereinbarung entschieden habe, dass diese als Einzelbetriebsvereinbarung fortgelte, wenn der Betrieb aus dem Unternehmen ausscheide. Noch nicht entschieden sei dies für die Konzernbetriebsver-

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ref. iur. *Elisabeth Müller*.

einbarung. Interessieren würden ihn daher Anregungen von Professor Dr. Volker Rieble (ZAAR) zu diesem Aspekt.

Der Referent machte daraufhin einen ersten Vermeidungsratschlag. Wenn man normative Fortgeltung vermeiden möchte, solle man vor Betriebsübergang kündigen, denn dann wirke die Betriebsvereinbarung nur nach. Auch eine Aufhebungsvereinbarung oder Anpassungsvereinbarung mit dem Betriebsrat sei denkbar. Der Referent machte in diesem Kontext ein Beispiel. Man hätte kraft einer Konzernbetriebsvereinbarung in einem Betrieb ein Altersversorgungssystem etabliert. Und der Arbeitgeber käme auf die Idee, dieses durch Entkonzernierung auszuhebeln. Er glaube nicht, dass das BAG diesen Arbeitnehmern die Altersversorgung wegnehme.

Boris Karthaus (IG Metall Bezirk Nordrhein-Westfalen) vertrat die Ansicht, dass Tarifverträge für die Mitglieder der vertragsschließenden Parteien gelten würden. Sie seien mitgliedschaftlich legitimiert und nicht durch staatliches Recht abgeleitet. Eine *ultra vires*-Wirkung gebe es nach seinem Dafürhalten nicht.

Der Referent erwiderte, im Bereich der Zuständigkeit gebe es eine *ultra vires*-Wirkung. Tarifverträge, bei denen nur eine Seite nicht zuständig ist, seien unwirksam. Dies sei ständige Rechtsprechung.

Boris Karthaus meinte, selbst wenn die IG Metall einen Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst abschließen würde, unabhängig von der Satzungsfrage, würde der Vertrag nur für die Mitglieder im öffentlichen Dienst gelten. Und das ist der Unterschied zur Betriebsvereinbarung, diese gelte nur für Arbeitnehmer. Tarifverträge sind nicht über Mitglieder, sondern für die Mitglieder.

Der Referent antwortete, dass die Betriebsverfassung durch Wahlen und staatlich durch das Tarifrecht mitgliedschaftlich legitimiert sei. Es sei von der Idee her aber ähnlich. Man habe sich in der Kollektivvertragssystematik bewusst an das Tarifvertragsrecht angelehnt. Das sei auch gut in der Literatur nachweisbar. Man habe damals von der einseitigen Arbeitsordnung weggewollt. Der Arbeitgeber sollte kein absoluter Herrscher sein. Dies würde nicht einer privatautonen Sicht entsprechen. Das Tarifvertragsrecht hätte sich damals zur Anlehnung angeboten.

Dr. Elisabeth Brameshuber (Wirtschaftsuniversität Wien) wollte einen kurzen rechtsvergleichenden Blick in das österreichische Recht zum Stichwort „schwarzes Brett“ geben und zur Frage, ob eine Betriebsvereinbarung gegenüber der Belegschaft möglich ist. Dies werde in Österreich zumindest vertreten. Eine Frage hatte sie zur Ausführung von Herrn Vielmeier. Wenn man sich die Urteile des EuGH zur Rechtssache ÖGB anschauere, dann habe der EuGH das schwierige Verhältnis von Art. 3 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 Betriebsübergangsrichtlinie angesprochen und gesagt,

dass es einen nachwirkenden Tarifvertrag gebe. Obwohl der Tarifvertrag nur nachwirke, könne man die Rechte und Pflichten nicht abbedingen. Es stelle sich die Frage, ob dies für die nachwirkende Betriebsvereinbarung auch gelten könne. Dann würde die Kündigung davor gar nichts bringen.

Der Referent stellte klar, dass man bei § 613a BGB ausnahmsweise ein alternatives Fortwirkungsregime hätte, das nicht auf Kollektivvertrag, sondern auf Gesetz basiere. In den Fällen des Zuständigkeitswechsels ohne Betriebsübergang helfe das nicht. Für diese Fälle sei der EuGH auch gar nicht zuständig, da es keine Richtlinie gebe. Dafür brauche man eine nationale kollektivrechtliche Lösung. Wenn nur eine Seite handlungsfähig ist, nicht aber die andere, sei das für das Vertragsrecht nicht optimal.

Florian Popella (bayme vbm) fand die Schilderung des Referenten plausibel. Wenn ein Betriebsrat in einem Betrieb wegfalle, die Belegschaft aber keinen Wahlvorstand gewählt habe, verliere die Betriebsvereinbarung auch ihre Legitimation. Er fragte danach, ob dann die Möglichkeit genügen würde, dass die Belegschaft die Chance hat, einen Wahlvorstand zu wählen.

Der Referent schloss die Diskussion mit der Antwort, dass es kollektivvertragsrechtlich nicht reichen würde. Man brauche einen aktuellen und nicht nur einen potenziellen Vertragspartner. Das BAG sehe das aber anders. Die Nichtwahl eines Betriebsrats führe dazu, dass alle Betriebsvereinbarungen wegfallen. § 77 Abs. 6 BetrVG ziele auf bestehende Mitbestimmungsrechte. Und in einem Betrieb ohne Betriebsrat bestünden keine Mitbestimmungsrechte.

Sachregister

Angelegenheit 76, 77, 80-82, 84, 88-92, 98-101, 106

- mitbestimmungsfreie Vor-Entscheidung 82, 86, 88
- soziale Angelegenheiten 30
- steuerungsresistente Zuständigkeiten 83, 84

Aufgespaltene Arbeitgeberstellung 17, 28-43, 50, 51

- Dienstvertragsarbeitnehmer 17, 34-43, 50
- Leiharbeitnehmer 17, 28-33
- Rote-Kreuz-Schwestern 34
- Werkvertragsarbeitnehmer 17, 34-43, 49, 50

Beteiligungsrechte des Betriebsrats 16-19, 23, 25, 28-32, 39-43, 45, 47, 51

Betriebsänderung 24, 33, 84, 86, 87, 98

Betriebsübergang 90, 100, 101, 104-110, 117

Betriebsvereinbarung 43, 44, 93, 94, 99-101, 103, 106-113, 116-118

Betriebsverfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung 76

- horizontale Zuständigkeitsverteilung 76
- vertikale Zuständigkeitsverteilung 76-92

Betriebszugehörigkeit 44, 45

- Eingliederung 45

- Normzweck 45

Fehlende Arbeitnehmereigenschaft 17-27

- arbeitnehmerähnliche Personen 17-19, 27, 50
- Crowdworker 17, 23-27, 49
- Heimarbeiter 17-20, 22, 25, 26, 48-50
- Telearbeiter 17, 20-23, 47

Horizontale Betriebsratszuständigkeit 76

- Betriebsbegriff 76

Leitende Angestellte 55-74

- Aufsichtsrat 59-63, 70-74
- mitbestimmungsrechtliche Beteiligung 55-72
- Societas Europaea 62-70, 73
- Sprecherausschüsse 58, 59, 73, 74

Mitbestimmungsrecht 18, 29-36, 39-44, 47, 50, 51, 62, 76, 79, 80, 85-88, 95, 103, 104, 118

Mitbestimmungsregelungen 55-60, 67-71

- Drittelbeteiligungssystem 56, 57
- Mitbestimmungsgesetz vom 1.7. 1976 59, 60
- Montanmitbestimmungsgesetz 55, 56

Mittelbare Steuerung 81-88, 92

- mitbestimmungsfreie Vorentscheidung 82, 86, 88
- mitbestimmungspflichtige Angelegenheit 83-85, 92
- Nichtarbeitnehmer 16-46**
- aufgespaltene Arbeitgeberstellung 17, 28-43, 50, 51
- Betriebsvereinbarung 43, 44
- fehlende Arbeitnehmereigenschaft 17-27
- Ultra vires-Prinzip 101, 116, 117**
- Vertikale Betriebsratszuständigkeit 76-92, 98-115**
- Angelegenheit 76, 77, 81-88, 92, 98-100, 106, 113
- Betriebsänderung 84, 86, 87, 98
- Delegation 80, 81, 99, 111, 112
- Einzelbetriebsrat 76, 77, 80, 84-86, 88, 92, 99, 102-106
- Gesamtbetriebsrat 76-80, 87-95, 98-106, 111-114, 116
- Initiativrecht 80, 94, 98, 99
- Konzernbetriebsrat 76-81, 85, 88-90, 93, 94, 98-106, 111-114
- mittelbare Steuerung 81, 82
- Rechtsnachfolge 109-112
- Strukturmaßnahmen 88-92
- übergreifende Regelung 78
- Zuständigkeitsabgrenzung 77-79
- Zuständigkeitsteilung 101
- Zuständigkeitsverlagerung durch die Arbeitnehmer(vertretung) 79-81
- Zuständigkeitsverlagerung durch Unternehmerentscheidung 81, 82, 88, 92
- Zuständigkeitswechsel 102, 104, 105, 111

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Richard Giesen, Abbo Junker und
Volker Rieble

ISSN 1863-0847

- Band 1 Zukunft der Unternehmensmitbestimmung
 1. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)
- Band 2 Zukunft des Arbeitskampfes
 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
- Band 3 Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit
 2. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)
- Band 4 Robert Lubitz
 Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)
- Band 5 Transparenz und Reform im Arbeitsrecht
 2. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)
- Band 6 Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?
 3. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)
- Band 7 Till Brocker
 Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

-
- | | |
|---------|---|
| Band 8 | Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9) |
| Band 9 | Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8) |
| Band 10 | Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2 |
| Band 11 | Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9 |
| Band 12 | Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6 |
| Band 13 | Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0 |
| Band 14 | Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7 |
| Band 15 | Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4 |
| Band 16 | Kartellrecht und Arbeitsmarkt
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7 |
| Band 17 | Bernd Wiebauer
Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4 |
| Band 18 | Neues Arbeitskampfrecht?
7. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1 |

-
- Band 19 Christian A. Velten
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine
verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und
arbeitsrechtliche Analyse
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8
- Band 20 Arbeitsrecht im Konzern
2. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5
- Band 21 Volker Rieble
Verfassungsfragen der Tarifeinheit
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2
- Band 22 Clemens Latzel
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9
- Band 23 Mindestlohn als politische und rechtliche
Herausforderung
7. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-17-6
- Band 24 Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und
arbeitsrechtliche Entgeltsysteme
8. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-18-3
- Band 25 Richard Giesen
Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-
Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-19-0
- Band 26 Freie Industriedienstleistung als Alternative zur
regulierten Zeitarbeit
3. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-20-6
- Band 27 Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf
Unternehmensautonomie und Marktverhalten
8. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-21-3
- Band 28 Onur Sertkol
Deutsch-Türkische Integration am Arbeitsplatz
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-22-0

-
- Band 29 Know-how-Schutz im Arbeitsrecht
9. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-23-7
- Band 30 Volker Rieble/Clemens Latzel
Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-24-4
- Band 31 Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]
4. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-25-1
- Band 32 Stephan Vielmeier
Tarifzensur
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-26-8
- Band 33 Funktionswandel der Sozialversicherung – von der
Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum
Marktakteur
10. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-27-5
- Band 34 Stephan Serr
Private Tariftreue
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-29-9
- Band 35 Compliance im kollektiven Arbeitsrecht
5. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-30-5
- Band 36 Neue Tarifrechtspolitik?
11. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-31-2
- Band 37 Entgrenzter Arbeitskampf?
6. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-32-9
- Band 38 Vergaberecht und Arbeitsbedingungen
12. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-33-6
- Band 39 Industrie 4.0 als Herausforderung des Arbeitsrechts
7. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2016, ISBN 978-3-939671-34-3
- Band 40 Daniel Dommermuth-Alhäuser
Arbeitsrechtsmissbrauch
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-35-0

-
- Band 41 Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht
 13. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2016, ISBN 978-3-939671-36-7
- Band 42 Ordnungsfragen des Tarifvertragsrechts
 8. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2017, ISBN 978-3-939671-37-4
- Band 43 Arbeitskampf, Verhandlung und Schlichtung
 14. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2018, ISBN 978-3-939671-38-1