

Gestaltung der betrieblichen Mitbestimmung

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble

Band 52

Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble
(Herausgeber)

Gestaltung der betrieblichen Mitbestimmung

13. ZAAR-Tagung
Hamburg, 22. September 2023



ZAAR Verlag München 2024

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

© 2024 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@zaar.uni-muenchen.de

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

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-47-3

Vorwort

Das Bild der Betriebsverfassung hat sich in den letzten Jahrzehnten gewandelt. Anfang der 2000er Jahre sahen manche im Betriebsrat eine Alternative zur Gewerkschaft, was bei anderen zu einigem Widerspruch führte. Mittlerweile ist dieser Konflikt einer eher praktischen Sichtweise gewichen, die in der Betriebsvertretung eine (aktuell oder zumindest potenziell) funktionsfähige Institution zur konkreten Gestaltung des Miteinanders auf Betriebs-, Unternehmens- und Konzernebene erkennt. Dementsprechend rücken die vielfältigen diesbezüglichen Gestaltungsoptionen immer mehr in den Vordergrund, denn das gesetzliche Mitbestimmungssystem des BetrVG lässt sich durchaus formen. Betriebsverfassungsrechtlich relevante Strukturen werden durch unternehmerische Entscheidungen geprägt. Und sie lassen sich – oft verbunden mit den unternehmerischen Entscheidungen – im Konsens mit der Arbeitnehmerseite gestalten, sowohl unter Einsatz tarifvertraglicher als auch betriebsverfassungsrechtlicher Mittel. Hinzu kommt eine Bandbreite an Möglichkeiten zur Modifizierung der im BetrVG vorgesehenen Mitbestimmungsrechte. All diese Instrumente können in der Gestaltung von Betriebsstrukturen und Betriebsabläufen ganz erhebliche Bedeutung gewinnen. Bei alledem ist das Spannungsverhältnis eben zwischen der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit und dem Zugriff der Mitbestimmung durchaus konfliktgeladen, ebenso das komplexe kollektivarbeitsrechtliche Mehrebenensystem. Dies nicht zuletzt deshalb, weil es weiterhin auch gesetzgeberische Pläne gibt, das betriebsverfassungsrechtliche System zu verändern.

Wir möchten Sie einladen, mit uns über diese Themen zu diskutieren.

München, im September 2023

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Matthias Jacobs

Professor Dr. Abbo Junker

Professor Dr. Volker Rieble

Inhalt	Seite
Vorwort	5
Inhalt	7
Autoren	9
Abkürzungen	11
 <i>Gregor Thüsing</i>	
Rechtspolitische Fragen der Betriebsverfassung im Licht des Regie- rungsprogramms	15
Diskussion	26
 <i>Sebastian Denke</i>	
Möglichkeiten zur Modifizierung der Beteiligungsrechte nach dem BetrVG	29
Diskussion	61
 <i>Marco Ferme</i>	
Betriebsstrukturvereinbarungen nach § 3 BetrVG	63
Diskussion	95
 <i>Tobias Vogt</i>	
Betriebsteilverselbständigung nach § 4 Abs. 1 BetrVG	97
Diskussion	120

Autoren

Denke, Sebastian, Dr. iur., Akademischer Rat a.Z. an der Universität Trier

Ferme, Marco, Rechtsanwalt und Partner bei Eversheds Sutherland München

Thüsing, Gregor, Dr. iur., LL.M. (Harvard), ordentlicher Professor für Arbeitsrecht und Recht der sozialen Sicherheit an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Vogt, Tobias, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Zivilprozessrecht, Bucerius Law School Hamburg

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht	BLS	Bucerius Law School
Abs.	Absatz, Absätze	BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz
a.F.	alte Fassung	BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
AG	Aktiengesellschaft	bspw.	beispielsweise
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
Alt	Alternative	Buchst.	Buchstabe(n)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Entscheidungssammlung)	BVerfG	Bundesverfassungsgericht
ArbG	Arbeitsgericht	BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
ArbRB	Arbeits-Rechtsberater (Zeitschrift)	bzgl.	bezüglich
Art.	Artikel	bzw.	beziehungsweise
Aufl.	Auflage	DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)	ders.	derselbe
a.Z.	auf Zeit	DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
BAG	Bundesarbeitsgericht	d.h.	das heißt
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts	DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)	Dr.	Doktor
Bd.	Band, Bände	e.G.	eingetragene Genossenschaft
BeckOGK	beck-online. GROSSKOMMENTAR	Einl.	Einleitung
BeckOK	Beck'sche Online-Kommentare	EL	Ergänzungslieferung
BeckRS	Beck-Rechtssprechung	ES	Eingangssatz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz	etc.	et cetera
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	EuGH	Europäischer Gerichtshof
		EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
		f., ff.	folgende
		Fn.	Fußnote, Fußnoten

GewO	Gewerbeordnung	RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz	Rn.	Randnummer, Randnummern
ggf.	gegebenenfalls	S.	Seite, Seiten
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	s.	siehe
grds.	grundsätzlich	SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
GS	Großer Senat	sog.	sogenannte, sogenannter, sogenannten
Halbs.	Halbsatz	TV-EBS	Tarifvertrag zur Bildung einheit- licher Betriebs- rats- und Ge- samtbetriebsrats- strukturen
h.M.	herrschende Meinung	TVG	Tarifvertrags- gesetz
Hrsg.	Herausgeber	u.a.	und andere/unter anderem
HSI	Hugo Sinzheimer Institut	US	United States
IG BCE	Industriegewerk- schaft Bergbau, Chemie, Energie	USPD	Unabhängige Sozialdemokrati- sche Partei Deutschlands
insb.	insbesondere	usw.	und so weiter
i.S.d.	im Sinne des/im Sinne der	Var.	Variante
i.S.v.	im Sinne von	VerwArchiv ...	Verwaltungs- archiv (Zeitschrift)
IT	Information Technology	vgl.	vergleiche
i.V.m.	in Verbindung mit	WSI	Wirtschafts- und Sozialwissen- schaftliches Insti- tut
JZ	Juristenzeitung	ZAAR	Zentrum für Arbeitsbeziehun- gen und Arbeits- recht
krit.	kritisch	z.B.	zum Beispiel
KSchG	Kündigungss- chutzgesetz		
LAG	Landesarbeits- gericht		
lit.	littera		
m.E.	meines Erachtens		
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen		
n.F.	neue Fassung		
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)		
Nr.	Nummer, Num- mern		
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht		
Prof.	Professor		

ZfA/ZFA	Zeitschrift für Arbeitsrecht	zutr.	zutreffend
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht		

Rechtspolitische Fragen der Betriebsverfassung im Licht des Regierungsprogramms

Gregor Thüsing

Seite

I. Ein Blick zurück.....	16
II. Nur wer sich ändert, bleibt sich treu: Die Vorhaben der Koalition im Lichte der aktuellen politischen Diskussion.....	17
III. Weiter denken als die Politik	20
1. Gesetzliche Regelung als Reaktion auf richterrechtliche Rechtsfortbildung	20
2. Herausforderung Digitalisierung	21
3. Betriebsratsvergütung rechtssicher gestalten	22
4. Betriebsvereinbarungsoffenes Recht und Rechtssicherheit durch Präzisierung	23
IV. Ein optimistischer Blick nach vorne	24
Diskussion	26

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Gestaltung der betrieblichen Mitbestimmung* (München 2024), S. 15-25

I. Ein Blick zurück

Über 100 Jahre ist es nun her, dass das Betriebsrätegesetz in Kraft trat. Der Gesetzgeber erfüllte damit das Versprechen des Art. 165 Weimarer Reichsverfassung: „Die Arbeiter und Angestellten erhalten zur Wahrnehmung ihrer sozialen und wirtschaftlichen Interessen gesetzliche Vertretungen in Betriebsarbeiterräten“.¹ Das neue Recht kam dabei nicht ohne Vorbereitung, gab es doch vereinzelt schon Arbeitnehmervertretungen aufgrund Vereinbarung mit einzelnen Unternehmen und ihren Verbänden. Doch trotz dieser Vorläufer war das neue Gesetz eine damals zuweilen heftig kritisierte, zuweilen begeistert begrüßte Neuerung: Die Demokratisierung des Arbeitsplatzes, eine institutionell verankerte Mitbestimmung durch die Belegschaft, wurde hier erstmals durch den Gesetzgeber anerkannt. Das waren Forderungen, die nicht nur vonseiten der Sozialdemokratie und der Sozialisten erhoben wurden, sondern auch wirkungsmächtige Fürsprecher im Bereich der katholischen Soziallehre hatten. Freilich gab es nicht weniger Gegner. Die Parlamentsdebatte war begleitet von blutigen Auseinandersetzungen; Reichspräsident *Ebert* musste den Ausnahmezustand verhängen. Die gesellschaftlichen und ideologischen Spannungen der noch jungen Republik traten offen zutage. „Voraussetzung für die Gemeinschaftsarbeit ist die volle Gleichberechtigung der Arbeitnehmer auf wirtschaftlichem und sozialem Gebiet“ stellte Reichsarbeitsminister *Schlicke*, dokumentiert in den parlamentarischen Protokollen des Reichstags, fest. Der Abgeordnete *Schneider* ergänzte für die Deutschen Demokraten, das neue Arbeitsrecht mache aus dem Machtverhältnis ein Rechtsverhältnis. Sehr heere Worte, doch trafen sie damals die Meinung von vielen.

Der Kompromiss war gefunden; einigen ging er nicht weit genug (insbesondere der USPD), einigen zu weit. In der Folgezeit wurde das Gesetz dann nur wenig verändert, bis es 1934 in brauner Diktatur durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit abgelöst wurde, das die Betriebsgemeinschaft nach dem Führerprinzip ordnete. Betriebsräte gab es nicht mehr. Wirksam wieder eingesetzt wurden die alten Strukturen dann im Betriebsverfassungsgesetz von 1952, das 30 Jahre später eine grundlegende Reform erfuhr und dann erst wieder im Jahr 2001 noch einmal deutlich reformiert wurde. Damals wie heute gilt: In jedem Betrieb mit mehr als fünf Arbeitnehmern kann ein Betriebsrat auf Initiative der Belegschaft oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft errichtet werden. Im internationalen Vergleich bleibt dies eine deutsche Besonderheit. Vergleich-

¹ S. hierzu kritisch *Anschütz*, Die Verfassung des deutschen Reiches, 1921, S. 743, der sich gegen die zeitgenössische Feststellung wehrte, hierin eine „Verankerung des Räteystems in der Verfassung“ zu sehen.

bare Strukturen neben der Vertretung durch Gewerkschaften kennen nur Österreich, Luxemburg und die Niederlande.²

Die betriebliche Mitbestimmung ist also fest verankert in der betrieblichen Wirklichkeit und der sie konstituierenden Gesetzgebung. Und dennoch ist auch nach über 100 Jahre nicht die Kritik verstummt, die am Gesetz geübt wird: die Pflicht, den Konsens mit den Betriebspartnern zu suchen, führt nicht nur dazu, dass Entscheidungen des Arbeitgebers breiter legitimiert werden können, sondern gibt dem Betriebsrat in unternehmenswichtigen Fragen eine Sperrstellung, die er ausnutzen kann – zu redlichen oder unredlichen Zwecken. Amerikanische Kollegen, denen ich das deutsche Recht verdeutlicht habe, bleibt diese Art der Konsensbildung fremd, eine Mischung zwischen Voodoo und Sozialismus, etwas von dem man am besten die Finger lässt. Auch diese andere Seite der Medaille muss betrachtet werden, will man die Wirkungen der Mitbestimmung ermessen und so bleibt sicherlich die Darlegungslast für die Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit der Mitbestimmung bei den Apologeten der Arbeitnehmerbeteiligung. Denn wo es keines Gesetzes bedarf, darf es kein Gesetz geben. Wäre es aber so, dass ein Unternehmen von sich aus freiwillig Arbeitnehmerbeteiligung einführen würde, wo sie unternehmensdienlich ist, dann fragt sich mancher, ob es eine obligatorische betriebliche Mitbestimmung auch gegen den Willen des Unternehmens geben muss. Dies sind sicherlich legitime Erwägungen, aber alle Empirie macht deutlich, dass es dieses *Framings* durch den Gesetzgeber bedarf. Betriebliche Mitbestimmung ist eben nicht allein auf *shareholder value* angelegt, sondern hat sicherlich auch distributive Effekte, vor allem aber dient es – seit Tagen des Betriebsrätegesetzes! – der Demokratisierung der Arbeitswelt, und dies ist ein Wert unabhängig von den Interessen des Unternehmens. Externe Effekte werden also internalisiert, ein Interessenausgleich mit dem Arbeitgeber vorgegeben, der sich in freier Verhandlung eben nicht notwendig ergeben würde.

II. Nur wer sich ändert, bleibt sich treu: Die Vorhaben der Koalition im Lichte der aktuellen politischen Diskussion

Wer sich also zu diesen Zielen bekennt, der kann auf das Gesetz nicht verzichten, aber auch der wird prüfen müssen, ob jede Regelung in Anbetracht gewandelter Zeiten heute noch das Mittel der Wahl ist, den Herausforderungen effektiven Arbeitnehmerschutzes zu begegnen. Denn als das Gesetz geschaffen wurde, gab es die Fabrik von heute noch nicht, war der Dienstleistungssektor ein anderer; als es 1952 reformiert wurde, gab es

² Für einen ersten Überblick die Übersicht des DGB: <https://www.mitbestimmung.de/html/mitbestimmung-in-europa-166.html>; s. auch *Junker*, NZA 2002, S. 131.

noch nicht den Computer und auch 2001 war die Digitalisierung weit weniger fortgeschritten, als sie es heute ist. Herr *Keuner* erschrak, als man ihm sagte, er habe sich all die Jahre nicht verändert, und auch ein Gesetz, was sich durch die Starrheit seiner Regelungen den Zeiten entfremdet, ist kein gutes Gesetz. Die Gewerkschaften gehen hier weit voran³, die Fraktion Die Linke folgt ihnen⁴, der Koalitionsvertrag⁵ macht dazu verhaltenere Vorschläge:

„Die Mitbestimmung werden wir weiterentwickeln.“

heißt es dort. Das ist sicherlich nicht falsch. Aber was heißt das konkret? Zu dieser Weiterentwicklung gibt es nun einige Vorhaben.

„Betriebsräte sollen selbstbestimmt entscheiden, ob sie analog oder digital arbeiten.“

Liegt darin ein Recht auf Homeoffice auch für Betriebsräte? Arbeiten von zu Hause ist auch bislang schon möglich, aber nur wenn der Arbeitgeber das zulässt. Ansonsten gilt:

„Der Freistellung des § 38 Abs. 1 BetrVG liegt die Vermutung des Gesetzgebers zugrunde, in Betrieben der dort genannten Größenordnung falle erforderliche Betriebsratsstätigkeit ... regelmäßig in einem solchen Umfang an, daß sie die Arbeitszeit eines oder mehrerer Betriebsratsmitglieder voll in Anspruch nimmt. Die Freistellung gemäß § 38 Abs. 1 BetrVG dient also allein der Wahrnehmung anfallender Betriebsratsaufgaben. Deshalb muß auch das freigestellte Betriebsratsmitglied grundsätzlich im Betrieb erreichbar sein und für erforderliche Betriebsratsarbeit zur Verfügung stehen.“⁶

Die Entscheidung ist schon 30 Jahre alt. Nach einer Generation kann man da neu nachdenken. Die Arbeitswelt hat sich auch in der Betriebsratsarbeit gewandelt.

„Im Rahmen der verfassungsrechtlich gebotenen Maßstäbe werden wir Online-Betriebsratswahlen in einem Pilotprojekt erproben.“

Das ist gut, wenn auch zaghaft. Die Politik antwortet damit unter anderem auf das ArbG Hamburg:

-
- 3 S. den Vorschlag Betriebliche Mitbestimmung für das 21. Jahrhundert: Gesetz-entwurf für ein modernes Betriebsverfassungsgesetz , abzurufen unter <https://www.dgb.de/themen/++co++21a2fa9a-b4bd-11ec-9da2-001a4a160123>
- 4 S. die Anträge Zukunft, mitbestimmt – Betriebliche Mitbestimmung braucht Betriebsräte“ (BT-Drs. 20/5587), „Zukunft mitbestimmt – Transformation braucht starke betriebliche Mitbestimmung“ (BT-Drs. 20/5406) und „Zukunft, mitbestimmt – Demokratie braucht starke betriebliche Mitbestimmung“ (BT-Drs. 20/5405), abzurufen unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw17-de-betriebsraete-943944>.
- 5 „Mehr Fortschritt wagen“, Koalitionsvertrag 2021, S. 56 f.
- 6 BAG 17.10.1990 – 7 ABR 69/89, NZA 1991, 432.

„In jedem Fall kann eine Entscheidung darüber, ob Online-Wahlen auch bei Betriebsratswahlen zulässig sein sollen, nicht im Rahmen einer Auslegung bestehender Normen von einem Gericht entschieden werden. Vielmehr ist der Gesetzgeber gefordert zu entscheiden, ob auch im Rahmen von Betriebsratswahlen eine Möglichkeit zur elektronischen Wahl eröffnet werden soll, worauf auch Arbeitgeber- und Betriebsratsvertreter zutreffend in ihrem gemeinsamen Artikel hinweisen.“⁷

Das kann man ändern; die Grünen haben das schon gefordert.⁸ Dabei kann die Online-Wahl ein Instrument sein, die Wahlbeteiligung erheblich zu verbreitern und so die demokratische Legitimation des Betriebsrats zu stärken. Sie spricht gerade jüngere Arbeitnehmer im Betrieb an, die bislang unterproportional an Betriebsratswahlen teilnehmen. Sie kann Abläufe vereinfachen, Kosten sparen und helfen, rechtskonformes Verhalten im Wahlprozess zu gewährleisten. Bislang kennt die Wahlordnung nur die Briefwahl, um Belegschaften die Wahl zu ermöglichen, auch wenn sie im Betrieb nur unregelmäßig anwesend sind oder aus anderen Gründen eine Beteiligung an der Urnenwahl nicht praktikabel ist. Deren Anteil ist in den letzten Jahren mehr und mehr gestiegen. Die ergänzende Online-Wahl dient demselben Zweck und wird regelmäßig sehr viel einfacher für den Arbeitnehmer sein. Die Schwelle zur Beteiligung sinkt, die Wahlbeteiligung steigt. Einige Unternehmen haben bereits jetzt ohne gesetzliche Rückendeckung gute Erfahrungen damit gemacht. Gibt der Gesetzgeber Hinweise zur Online-Wahl, dann kann diese im rechtssicheren Rahmen stattfinden. Fehler könnten vermieden und ein allgemeiner Standard etabliert werden. Gerade die Briefwahl mit ihren beschränkten Voraussetzungen kann hierdurch entlastet werden. Zahlreiche gerichtliche Prozesse, die in jüngerer Vergangenheit hier geführt wurden, wären überflüssig.⁹ Eine fakultative Online-Wahl kann gerade in größeren Betrieben mit mehreren Standorten der kostengünstigste und effizienteste Weg der Wahl sein. Das gesparte Geld kann dann sinnvoller verwandt werden. Und: Der Wahlkampf zur Betriebsratswahl kann das neue Medium besser einbeziehen. Internet und E-Mail gehören zur Willensbildung im Vorfeld der Wahl – sie gehören auch in die Wahl selber. Ob aus dem Vorhaben freilich etwas wird, ist fraglich – die Uhr der Wahlperiode tickt.

„Wir schaffen ein zeitgemäßes Recht für Gewerkschaften auf digitalen Zugang in die Betriebe, das ihren analogen Rechten entspricht.“

Bereits aktuell gilt nach der Rechtsprechung des BAG: Eine tarifzuständige Gewerkschaft ist aufgrund ihrer verfassungsrechtlich geschützten Betätigungsfreiheit grundsätzlich berechtigt, E-Mails zu Werbezwecken auch

7 ArbG Hamburg 7.6.2017 – 13 BV 13/16, ZIP 2017, 1684 unter Bezugnahme auf *Harms/von Steinau-Steinrück/Thüsing*, BB 2016, 2677; zustimmend *Fündling/Sorber*, NZA 2017, 552.

8 S. BT-Drs. 19/1710.

9 Z.B. BAG 16.3.2022 – 7 ABR 29/20, NZA 2022, 1062.

ohne Einwilligung des Arbeitgebers und Aufforderung durch die Arbeitnehmer an die betrieblichen E-Mail-Adressen der Beschäftigten zu versenden.¹⁰ Nun soll sie wohl den E-Mail-Verteiler bekommen. Welche Voraussetzungen daran gebunden sind, welche Datenschutzsicherungen vorzusehen sind – all das wird nicht einfach zu bestimmen sein.¹¹

III. Weiter denken als die Politik

Diese Ansätze sind würdig und recht – aber sie greifen zu kurz. Ein *Aggiornamento* auch der Betriebsverfassung tut not weit darüber hinaus, damit sie zukunftsfähig den Herausforderungen des 21. Jahrhunderts begegnen kann. Wenn sie das nicht kann, dann wird sie zum Standortnachteil. Schon bei der Vorstellung des Gesetzes im Reichstag wies der Reichsarbeitsminister auf die „Drohung mit Auswanderung“ seitens der Arbeitgeber hin – die Globalisierung ist heute eine ungleich andere und die Gefahr übermäßiger Regulierung ungleich virulenter.

1. Gesetzliche Regelung als Reaktion auf richterrechtliche Rechtsfortbildung

Die immer wieder notwendige Anpassung an veränderte Voraussetzungen ist in der Vergangenheit zuweilen schon in der Interpretation gleichbleibender Normen durch die Rechtsprechung erfolgt, und zwar durchaus zugunsten der Arbeitnehmer. Das BAG hat sich nicht gescheut, das BetrVG auch gegen seinen Wortlaut auszulegen, wenn eine neue Arbeitswirklichkeit nachhaltig hierfür sprach. Gerade die Digitalisierung zeigt dies deutlich. So gibt es eine Mitbestimmung des Betriebsrats für Anlagen, die dazu „bestimmt sind“, den Arbeitnehmer zu überwachen. Die Rechtsprechung ist über diesen begrenzten Wortlaut hinausgegangen und hat schon früh entschieden, dass es nicht auf eine zielgerichtete Intention des Arbeitgebers ankommt, sondern allein die objektive Eignung bereits für ein Mit-

¹⁰ BAG 20. 1. 2009 – 1 AZR 515/08, NZA 2009, 615.

¹¹ Zum aktuellen Recht überzeugend *Göpfert/Stöckert*, NZA 2021, 1209, die auf Eigeninitiative der Beteiligten setzen: „Dass derartige Sozialpartnerschaften möglich und realisierbar sein können, zeigt die zwischen dem Arbeitgeberverband der Deutschen Kautschukindustrie (ADK) und der IG BCE abgeschlossene erste Sozialpartnerschaft zum digitalen Zugangsrecht, die bundesweit für 30.000 Beschäftigte in 100 Kautschuk-Betrieben bereits gilt.“ Auf das Abkommen in der Chemieindustrie wies mich eine Tagungsteilnehmerin hin: <https://www.bavc.de/downloads/pressematerial/PI/2022-08-11-SPV-Digitales-Zugangsrecht.pdf>. Umfassend auch *Däubler*, Interessenvertretung durch Betriebsrat und Gewerkschaften im digitalen Betrieb (HSI-Schriftenreihe Bd. 41), 2021.

bestimmungsrecht ausreicht.¹² Diese Rechtsprechung führt freilich dazu, dass heute nahezu jede IT-Anwendung mitbestimmungspflichtig ist. Eben dies festzuschreiben, fordert nun der DGB in seinem Entwurf.¹³ Doch scheint dies der falsche Weg zu sein, denn jede Einführung eines neuen Systems, mit dem der Arbeitgeber vieles will, aber nicht den Arbeitnehmer zu kontrollieren, der Mitverantwortung des Betriebsrats zu unterwerfen, hieße – oftmals auch dort, wo es gar nicht um destruktive Anwendung des Betriebsverfassungsrechts geht – einen Stillstand des Unternehmens herbeiführen zu können. Die Anpassung durch die Rechtsprechung bedarf also der Anpassung durch den Gesetzgeber. Zielführend könnte es sein, zwar in der Tat jegliche IT-Anwendung der Mitbestimmung zu unterwerfen, aber dann den Betriebsrat außen vor zu halten, wenn der Arbeitgeber bindend erklärt, dass er die Software eben nicht zur Arbeitnehmerüberwachung einsetzen und daraus gewonnene Erkenntnisse nicht zur Leistungskontrolle nutzen werde. Dem Arbeitnehmerschutz ist damit Rechnung getragen und ebenso dem Interesse des Arbeitgebers an funktionierenden IT-Strukturen, die möglichst schnell implementiert werden können.

2. Herausforderung Digitalisierung

Aber auch in anderer Hinsicht zwingt die Digitalisierung zur Überdenkung bisheriger Strukturen. Stichwort: Wer wird durch den Betriebsrat repräsentiert? Schwierigkeiten zeigen sich dann, wenn der Arbeitnehmer – auch dies ist ein Phänomen der Digitalisierung –, nicht mehr allein bei bzw. für einen Arbeitgeber, sondern für eine Vielzahl von Arbeitgebern tätig wird und damit eine eindeutige Zuordnung nicht mehr erfolgen kann. Besonders diskutiert wird dieses Phänomen bei Matrix-Strukturen im Rahmen von Drittpersonaleinsatz¹⁴; eine Übertragung auf andere Formen der „modernen“ Beschäftigung erscheint aber unproblematisch auch möglich. Hier gibt es mehrere möglicherweise für den Arbeitnehmer zuständige Betriebsräte, je nachdem in und für welchen Betrieb der Arbeitnehmer gerade tätig ist. Doch kann ein solches Konglomerat gewollt sein, ist nicht der Gesetzgeber gefordert die einzelnen Betriebsräte im Hinblick auf ihre Zuständigkeit strikt voneinander abzugrenzen? Der Betriebsrat soll – dem Sinn und Zweck des BetrVG entsprechend – dort und dann tätig werden,

12 Ständige Rechtsprechung seit BAG 9.9.1975 – 1 ABR 20/74, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 2; BAG 23.4.1985 – 1 ABR 39/81, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 11; s. auch *Kania*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 23. Aufl. 2023, BetrVG § 87 Rn. 55.

13 § 87 Abs. 1 Nr. 6 Gesetzentwurf für ein modernes Betriebsverfassungsgesetz: „Einführung, Anwendung und Erweiterung technischer Einrichtungen, die geeignet sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen“.

14 Hierzu unter anderem *Cort*, NZA 2012, 1218; *ders.*, BB 2021, 1204.

wo er am sachnächsten ist. Keine Probleme bereitet dies dann, wenn der Beschäftigte als Arbeitnehmer des Betriebs tätig ist, da nach der klaren Regelung des Gesetzes der Betriebsrat hier dann für ihn zuständig ist. Dies ist auch unabhängig von der Frage, ob aufgrund der neuen Beschäftigungsformen eine Tätigkeit auch für weitere Betriebe erfolgt. In diesem Fall wäre – je nachdem um welche Angelegenheit es im konkreten Fall geht – der jeweilige Betriebsrat hierfür zuständig. Der Gesetzgeber könnte hier Klarheit schaffen.

3. Betriebsratsvergütung rechtssicher gestalten¹⁵

Ein mutiger Gesetzgeber wird freilich noch weiterdenken. In jüngster Zeit etwa ist die Frage der Betriebsratsvergütung neu in Medien und auch unter Juristen verstärkt diskutiert worden. Betriebsräte müssen, wollen sie ihre Aufgabe sinnvoll wahrnehmen, qualifiziert und engagiert sein, und die Frage ist, ob diese Tätigkeit Auswirkungen auf ihre Vergütung haben kann. Der Ausgang des Gesetzgebers ist dabei zu Recht ein anderer. Das Betriebsratsamt ist ein Ehrenamt und auch der Betriebsrat erhält sein Geld nicht für seine Betriebsrats Tätigkeit, sondern erhält das Entgelt, was er verdient hätte, wäre er nicht Betriebsrat geworden. Ihm dürfen durch sein Amt kein Vorteil und kein Nachteil erwachsen. Es gilt das Verbot der Benachteiligung wie der Begünstigung. Richtig ist aber: Auch ein Betriebsratsmitglied hat Anspruch auf gerechte Behandlung. Für Betriebsratsmitglieder gilt deshalb das Lohnausfallprinzip. Die Berechnung des geschuldeten Entgelts erfolgt dabei auf der Grundlage einer hypothetischen Betrachtung. Danach haben Betriebsratsmitglieder Anspruch auf das Arbeitsentgelt, das sie ohne Ausübung der Betriebsrats Tätigkeit erhalten hätten. Eine solche Wahrsagerei kann niemand rechtssicher leisten. Dies zu beurteilen ist besonders schwierig bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern, insbesondere wenn sie über mehrere Wahlperioden gewählt und freigestellt worden sind. Dies wird allgemein und seit Langem beklagt, aber was nützt das dem Arbeitgeber, der alles richtig machen will? Es ist ein Weg zwischen *Skylla* und *Charybdis*. Denn benachteiligt werden darf ein Betriebsratsmitglied auch nicht. Auch das Verbot der Benachteiligung ist ernst zu nehmen, denn es ist nicht minder wichtig. Es sichert die Unabhängigkeit des Betriebsrats und die Funktionsfähigkeit der betrieblichen Mitbestimmung – und daher ist ein Verstoß hiergegen genauso mit Strafe bedroht wie ein Verstoß gegen das Verbot der Begünstigung.

Der Arbeitgeber muss den Betriebsräten eine berufliche Entwicklung gewährleisten, die derjenigen entspricht, die sie ohne ihre Amtstätigkeit durchlaufen hätten. Ein Betriebsratsmitglied, das nur infolge der Amtsübernahme nicht in eine Position mit höherer Vergütung aufgestiegen ist,

15 Umfassend Thüsing/Denzer, Rechtssichere Betriebsratsvergütung, 2019.

kann daher den Arbeitgeber unmittelbar auf Zahlung der höheren Vergütung nach § 78 BetrVG in Anspruch nehmen. Das aber ist oftmals nur schwer nachzuweisen und jede Unsicherheit kann zum Streit unter den Beteiligten führen. Diesen Pfad heller auszuleuchten als bislang ist der Gesetzgeber aufgefordert. Viele Wege sind dabei denkbar. Zum einen können die Kriterien geschärft werden, nach denen die fiktive Karriere zu ermitteln ist. Das BAG spricht etwas hilflos von „Hilfstatsachen“¹⁶, die es zu ermitteln und in ihrer Gesamtheit entsprechend den Umständen des Einzelfalls zu bewerten gilt. Die Praxis kann sich nur mühsam hier ein Bild machen. Das kann durch den Gesetzgeber vorstrukturiert werden: Welche Indizien sind relevant, wie sind sie zu gewichten?

Die Kommission „Rechtssicherheit in der Betriebsratsvergütung“ hat hierzu Vorschläge gemacht. Ich selber hatte die Ehre daran mitzuwirken, und als Mitglied der Kommission hoffe ich, dass sie umgesetzt werden. Der Vorschlag ist inzwischen zu einem Gesetzesentwurf geworden, der jetzt beim Bundestag liegt. Erste Stimmen beurteilen ihn zum Teil äußerst kritisch, auch weil sie keinerlei Bedarf an Präzisierung sehen. Die Gefahr überhöhter Betriebsratsvergütungen wird heraufbeschworen; die Begriffe seien zu unpräzise. All dies zeugt von einem Misstrauen gegenüber der Rechtsprechung, der man eine sachgerechte Auslegung zutrauen sollte – und zum Teil auch von selektiver Rezeption des Vorschlags.¹⁷ Warten wir ab, was der Gesetzgeber daraus macht.

4. Betriebsvereinbarungsoffenes Recht und Rechtssicherheit durch Präzisierung

Auch andere Anpassungen, die das Gleichgewicht zwischen Unternehmen und Betriebsrat nicht verschieben, sondern zu einem zeitgemäßen, der veränderten Arbeitswirklichkeit angepassten, besseren Regelungsrahmen führen, sind möglich. Ganz generell wäre zu prüfen: Gesetzliche Regelungen könnten verstärkt zur Disposition der Betriebsparteien gestellt werden, denn dort wo der Konsens zwischen Arbeitgeber und unabhängiger Arbeitnehmervertretung gefunden wurde, besteht die Vermutung der Angemessenheit, die die gesetzliche, weit weniger betriebsspezifische Regelung entbehrlich erscheinen lässt. Das gilt insbesondere auch für die vom EuGH angestoßene Debatte um die Aufzeichnung von Arbeitszeiten. Der Gesetzgeber ist in der Vergangenheit diesen Weg etwa bei dem Arbeitszeitgesetz gegangen und er kann ihn fortschreiten hin zu anderen Rege-

16 Ständige Rechtsprechung, BAG 22.1.2020 – 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594 Rn. 30.

17 Der Entwurf ist nachzulesen NZA 2023, 1303, der Gesetzesentwurf BT-Drucks. 20/9469. Kritisch insb. *Jacobs*, BB 2024, 117; s. auch *Sagan*, Editorial NZA 2023, Heft 20. Differenzierter *Witzel*, ArbRAktuell 2023, 593. S. auch *Weller*, BB 2023, Editorial Heft 44.

lungen: Vertrauensarbeitszeit sollte weiterhin möglich bleiben, aber eben abgestützt durch eine Vereinbarung mit der Arbeitnehmervertretung – der vorliegende Referentenentwurf ist hier zu schüchtern.¹⁸

Ein Fortschritt könnte auch darin liegen, dass Rechtsunklarheiten, die sich durch die Gesetzgebung ungeklärt in den vergangenen Jahren entwickelt haben, zukünftig vermieden würden. Zuweilen spricht das Gesetz auch nach 100 Jahren dunkel wie der Mund der *Pythia*. So ist etwa die Frage der Haftung des Betriebsrats eine große Unbekannte juristischer Beratung¹⁹. Hier klare Vorgaben zu machen, wäre leicht möglich. Das Betriebsratsamt ist ein Ehrenamt und ebenso wie andere Ehrenämter sollte es hier eine Haftungserleichterung geben, will man nicht die Funktion oder die Arbeit des Betriebsrats unter das Damoklesschwert unangemessener finanzieller Verantwortung stellen. Eine Freistellung von jeder Haftung aber – auch dies wird gefordert – wäre systemwidrig. Auch fordert die Gewerkschaftsseite anlässlich des Jubiläums vor drei Jahren etwa eine bessere Verzahnung von gewerkschaftlichem Wirken und Betriebsrats-tätigkeit. Auch derjenige, der sich um eine neutrale Sicht der Dinge bemüht, wird sich fragen müssen: Warum nicht?

Aber auch die Arbeitgeberseite hat legitime Anliegen. So ist die Frage etwa der Eil- oder Notfallkompetenz, wenn dringendes und schnelles Handeln erforderlich ist, der Betriebsrat aber zu einer schnellen Entscheidung nicht in der Lage ist, durch das Gesetz nicht beantwortet und so mag allein schon die Rechtsunsicherheit zuweilen zu Schäden im Unternehmen führen, die von keiner Seite gewollt sind und die durch geeignete Rahmenregelungen des Gesetzes verhindert werden könnten. Und sinnvoll ist auch ein Nachdenken über die Grenzen der Mitbestimmung bei der Kündigung. Wenn die Anhörung des Betriebsrats hier ungewollt fehlerhaft war, aber das Gremium ohnehin widersprochen hat – soll die Kündigung allein deshalb unwirksam sein? Sie hat mit dem Widerspruch des Betriebsratsrats ja ihren Zweck schon erfüllt.

IV. Ein optimistischer Blick nach vorne

Der Fächer möglicher Ansätze ist damit aufgeschlagen. Wohin geht es mit der Mitbestimmung? „Mehr, mehr“ ruft nur der kleine *Häwermann*; immer besser muss das Echo des Gesetzgebers sein. Generell gilt: Jede Norm ist daraufhin zu überprüfen, ob die Einschränkung der Unternehmensfreiheit durch ein hinreichendes Mehr an Arbeitnehmerschutz aufgewogen wird, und ob sie ihr Ziel bestmöglich erreicht oder ob modifizierte Neufassungen nicht möglich sind. Das Ziel ist klar. Jeder Schritt auf dem Weg ist verdienstvoll. Denn Recht lebt auch von gesellschaftlicher Akzeptanz. Das

18 Hierzu *Ulber*, BB 2023, 1588; *Thüsing/Musiol/Peisker*, BB 2023, 1076.

19 Hierzu lesenswert *Schuster/Schunder*, NZA 2020, 92.

Recht der betrieblichen Mitbestimmung kann nur dann ein Standortvorteil sein, wenn es diese Ziele angemessen im Blick behält. Keine Anpassung aber vorzunehmen, weil der Konflikt so schwierig ist, ist mutlose Politik, die sich verbietet, wenn alle, die an der Neuregelung beteiligt sind, sich doch den gleichen Zielen verpflichtet fühlen. Ziele, die bereits bei dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes durch die Politik formuliert wurden:

„Das Gesetz soll dazu beitragen und wird dazu beitragen, dass es wahr wird ...:
Das Ziel der Arbeit soll das Gemeinwohl sein“

versprach Reichsarbeitsminister *Schlicke* vor mehr als 100 Jahren. Wenn das auch künftig gelingt, dann ist es in der Tat ein gutes Gesetz.

Diskussion*

Gastgeber Prof. Dr. *Matthias Jacobs* von der Bucerius Law School Hamburg eröffnete die Diskussion und erkundigte sich bei dem Referenten, ob die Kommission „Rechtssicherheit in der Betriebsratsvergütung“ hinsichtlich der Betriebsratsvergütung auch eigene Regelungskompetenzen der Betriebsparteien erwäge. Das schloss der Referent mit dem Hinweis auf ein zu hohes Missbrauchspotenzial aus.

Prof. Dr. *Richard Giesen* (ZAAR, München) merkte an, dass der Betriebsrat nach § 78 Satz 2 BetrVG bei entsprechender Qualifikation unabhängig davon, bei welcher Gelegenheit diese erworben worden sei, einen entsprechenden Vergütungsanspruch habe. Ihm stelle sich vielmehr die Frage, wie sich das fähigkeitsgerechte Einsatzgebiet eines Betriebsrats nach dessen Amtszeit konkret feststellen lasse und ob hierzu beispielsweise eine Stellenausschreibung erfolgen müsse. Der Referent entgegnete, dass sich die Regierungskommission hier an der Rechtsprechung des BAG orientiere.

Geschäftsführerin Dr. *Sarah Saeidy-Nory* (ChemieNord, Hamburg) ergänzte, dass man mithilfe einer Öffnungsklausel in diesem Falle mehr Rechtssicherheit schaffen könne. Sie betonte, dass Erfahrung von Betriebsräten auch honoriert werden solle. Rechtsanwalt *Reinhard Gaidies* (Gaidies, Heggemann & Partner, Hamburg) führte an, dass nach der Rechtsprechung zu § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG der Zweck einer freiwilligen Leistung eine wichtige Rolle spiele. Nur wenn man diesen Zweck eng führe, lasse sich rechtssicher zwischen einem mitbestimmungsfreien „Ob“ der Leistung und mitbestimmungspflichtigem „Wie“ abgrenzen.

Prof. Dr. *Thomas Kania* (Seitz Rechtsanwälte Steuerberater, Köln) sprach sich zur Steigerung der Beteiligung bei den Betriebsratswahlen für mehr Anreize durch den Gesetzgeber aus. Eine funktionierende Betriebspartnerschaft sei nicht in jedem Betrieb gegeben, so dass oftmals das persönliche Element „Flaschenhals“ erfolgreicher Verhandlungen sei. Er sprach sich für das Recht der Verhandlungsparteien aus, ein Mitglied der Gegenseite ausschließen zu können.

Dr. *Georg Jaeger* (SZA Schiling, Zutt & Anschütz Rechtsanwalts AG, München) wollte wissen, ob die hypothetische Betrachtung der beruflichen Entwicklung eines Betriebsratsmitglieds dort ihre Grenzen finde, wo das Betriebsratsmitglied einen Seitenwechsel vollziehen würde. Der

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ref. iur. *Wencke Salmen*.

Referent betonte, dass dieses Extrembeispiel umstritten sei und für die im Vortrag thematisierte Problematik keinen Erkenntnisgewinn leiste.

Ulrich Brandstrup (Sparda-Bank Hamburg eG) wies bezüglich des Kostenersatzes für mobiles Arbeiten auf das Problem hin, dass Arbeitgeber oft zwar Homeoffice-Arbeitsplätze anbieten würden, diese aber nicht für alle Arbeitnehmer ausreichen würden.

Zuletzt erkundigte sich Prof. Dr. *Hans Hanau* (Helmut-Schmidt-Universität Hamburg) nach der „Megatheorie“ zur Reformierung des Betriebsverfassungsrechts. Nach Ansicht von Prof. *Thüsing* seien hier Elemente der direkten Demokratie nicht uninteressant, die das BAG jedoch ablehne.

Möglichkeiten zur Modifizierung der Beteiligungsrechte nach dem BetrVG

Sebastian Denke

	Seite
I. Einführung	30
II. Die Absenkung des gesetzlichen Mitbestimmungsstandards	30
1. Verzicht und Nichtausübung	30
2. Die „Negativmodifikation“ der Mitbestimmungsrechte im betrieblichen Partizipationsverhältnis	32
3. Die „Negativmodifikation“ der Mitbestimmungsrechte durch Tarifvertrag	39
4. Zwischenergebnis	40
III. Die Erweiterung des gesetzlichen Mitbestimmungsstandards.....	41
1. Die „Positivmodifikation“ der Mitbestimmungsrechte im betrieblichen Partizipationsverhältnis	41
a) Quantitative Erweiterung.....	41
b) Qualitative Erweiterung.....	48
2. Die „Positivmodifikation“ der Mitbestimmungsrechte durch Tarifvertrag.....	53
IV. Ergebnis	60
Diskussion	61

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Gestaltung der betrieblichen Mitbestimmung* (München 2024), S. 29-60

I. Einführung

Die Stimmen, die das mangelnde Flexibilisierungspotenzial der Vorschriften des BetrVG beklagen, scheinen nicht zu verstummen. Das verwundert kaum, lässt sich doch ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen der Notwendigkeit flexibler Reaktionen auf akute betriebliche Problemlagen und der verfahrensmäßigen Absicherung der Partizipation der Belegschaft an unternehmerischen Entscheidungen nicht ernstlich leugnen. Die Interessenlagen auszutarieren ist freilich in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers, der jedoch – wie wir alle wissen – insbesondere im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts etwas behäbig agiert. Das lenkt den Blick auf den *status quo* und die Möglichkeiten *de lege lata*, das System der Mitbestimmung zu modifizieren. Die nachfolgenden Ausführungen nehmen die Beteiligungsrechte des Betriebsrats in den Fokus, klammern also Fragen nach der Flexibilisierung der betrieblichen Organisationsverfassung aus.

„Flexibilisierung“ kann in zwei Richtungen gedacht werden. Zum einen drängt sich vor dem Hintergrund des – je nach Lage des Falls und der Kompromissbereitschaft der Beteiligten – durchaus zeitintensiven Verfahrens der Mitbestimmung die Frage auf, inwiefern die Mitbestimmungsrechte einer „Negativmodifikation“ zugänglich sind. Zum anderen muss „Flexibilisierung“ aber nicht immer eine Absenkung des gesetzlichen Standards bedeuten, sondern kann auch in dessen Erweiterung bestehen. Beide Richtungen sollen hier abgebildet und dogmatisch-systematische Konzepte vorgestellt werden, die ein wenig Orientierung im Nebel der schier unendlichen Varianz betrieblicher Faktizität bieten können.

II. Die Absenkung des gesetzlichen Mitbestimmungsstandards

Zunächst soll es um die Frage gehen, inwiefern das Gesetz eine Absenkung des Mitbestimmungsstandards durch betriebliche Regelung oder durch Tarifvertrag zulässt.

1. Verzicht und Nichtausübung

Kaum eine Aussage über die Betriebsverfassung scheint so unumstößlich zu sein, wie diejenige, dass ein Verzicht des Betriebsrats auf seine Mitbestimmungsrechte ausgeschlossen sei.¹ Und dies – wie zu zeigen sein wird – völlig zu Recht.

¹ BAG 23.6.1992 – 1 ABR 53/91, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 51 unter II 1.; BAG 26.5.1998 – 1 AZR 704/97, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 98 unter II 2 b, aa; BAG 14.12.1999 – 1 ABR 27/98, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 104 unter B I 2.; BAG 14.8.2001 – 1 AZR 619/00, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 85 unter A II 2 c; BAG 28.8.2007 – 1 ABR 70/06, AP BetrVG 1972 § 95 Nr. 53 Rn. 14; BAG 5.5.2015 – 1 AZR 435/13, AP BetrVG 1972

Nicht nur terminologisch ist zwischen Verzicht und der bloßen Nichtausübung zu differenzieren. Die Nichtausübung zeichnet sich dadurch aus, dass der Inhaber des Rechts von dessen Ausübung absieht, ohne über das Recht selbst zu disponieren. Er bleibt Inhaber des Rechts, sieht aber von seiner „Aktivierung“ ab.² Ob der Betriebsrat von seinem Mitbestimmungsrecht Gebrauch macht, steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen.³ Unterlässt er die Ausübung, so knüpft das Gesetz hieran unterschiedliche Folgen, die jedoch nichts mit einem etwaigen Unwirksamkeitsverdikt zu tun haben. Wird etwa der Betriebsrat zu einer Kündigung angehört und enthält sich einer Stellungnahme, so gilt die Zustimmung zur Kündigung nach § 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG (ordentliche Kündigung) bzw. § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG (außerordentliche Kündigung) als erteilt. Bleibt er im Rahmen des § 99 BetrVG untätig, führt dies zur gesetzlichen Fiktion der Zustimmung nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG. Freilich heißt das nicht, dass der Betriebsrat nach Belieben entscheiden kann, ob er von seinen Rechten Gebrauch macht. „Pflichtgemäßes Ermessen“ impliziert eine grundsätzliche Verpflichtung zum Tätigwerden, so dass die Nichtausübung eines Mitbestimmungsrechts je nach Lage des Falls zum Anwendungsfall des § 23 Abs. 1 BetrVG werden kann.⁴

Ganz anders ist nun die Lage, wenn man auf den Verzicht blickt. Im Gegensatz zur bloßen Nichtausübung will der Betriebsrat in diesem Fall über das ihm zugewiesene Recht als solches disponieren. Der Verzicht ist schließlich ein Verfügungsgeschäft, durch das sich der Verzichtende unmittelbar seines Rechts entledigt.⁵ Obgleich die Nichtausübung und der Verzicht eine faktische Wesensverwandtheit aufweisen – wer über ein

§ 87 Lohngestaltung Nr. 147 Rn. 19; BAG 22.8.2017 – 1 ABR 5/16, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 144 Rn. 25; *Däubler*, in: Däubler/Klebe/Wedde (Hrsg.) (im Folgenden: DKW), Betriebsverfassungsgesetz, 17. Aufl. 2020, Einleitung Rn. 99; *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 31. Aufl. 2022, § 87 Rn. 3; *Rose*, in: Hess/Worzalla/Glock/Nicolai/Rose/Huke (im Folgenden: HWGNRH), BetrVG Kommentar, 10. Aufl. 2018, Einleitung Rn. 292; *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16, 18; *Wiese*, in: Gemeinschaftskommentar Betriebsverfassungsgesetz (im Folgenden: GK-BetrVG), 12. Aufl. 2022, Einleitung Rn. 110, § 87 Rn. 5.

2 *Wiese*, RdA 1968, 455, 456: „Die Beteiligten können jederzeit ihre Passivität aufgeben und die ihnen zustehenden Befugnisse wahrnehmen“.

3 *Joussen*, RdA 2005, 31, 35.

4 Vgl. *Fitting* (Fn. 1), § 87 Rn. 3; *Oetker*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), § 23 Rn. 121.

5 Vgl. zum Erlass als besondere, auf eine schuldrechtliche Forderung bezogene Erscheinungsform des Verzichts *Dennhardt*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB (BeckOK BGB), 67. Edition, Stand: 1.8.2023, § 397 Rn. 2; *Grüneberg*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Aufl. 2023, § 397 Rn. 2; *Rieble*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397-432, Neubearbeitung 2022, § 397 Rn. 29.

Recht verfügt, antizipiert die Nichtausübung, indem er die Grundlage für die Aktivierung des Rechts eliminiert – sind die entscheidenden Rechtsfragen völlig anders gelagert. Während es bei der Nichtausübung um die Frage geht, welche Folgen ein (ggf. pflichtwidriges) Verhalten nach sich zieht, liegt der Fokus beim Verzicht auf der Beurteilung der Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Verfügung. Nun verlangt eine Verfügung zu ihrer Wirksamkeit grundsätzlich die Berechtigung zu dieser (Verfügungsbefugnis), die sich regelmäßig aus der Inhaberschaft des Rechts ergibt.⁶ Aber auch dem Inhaber eines Rechtes kann die Verfügung verwehrt sein, wenn das ihm zugewiesene Recht den Schutz Dritter bezweckt, deren Rechte mithin durch den Verzicht konterkariert würden.⁷ Dies vorausgeschickt wird klar, warum ein Verzicht des Betriebsrats auf seine Mitbestimmungsrechte nicht in Betracht kommt. Zwar kann man durchaus davon sprechen, dass der Betriebsrat „Inhaber“ der Mitbestimmungsrechte ist,⁸ da sie ihm als Kollektivorgan gesetzlich zugewiesen sind. Diese Zuweisung erfolgt aber nicht um ihrer selbst willen, sondern zur Ermöglichung der Teilnahme der Belegschaft an unternehmerischen Entscheidungen (Kollektivpartizipation⁹).¹⁰ Mit dieser Feststellung soll es indes noch nicht seine Bewandtnis haben. Dass der Betriebsrat ausdrücklich auf die Ausübung seiner Mitbestimmungsrechte verzichtet, dürfte in der Praxis kaum relevant werden. Interessanter – sowohl aus praktischer als auch aus rechtstechnisch-dogmatischer Sicht – sind diejenigen Konstellationen, die sich im „Graubereich“ zwischen unzulässigem (ggf. konkludenten) Verzicht und einer praxisorientierten Vereinfachung des Mitbestimmungsverfahrens bewegen. Diesem Graubereich gilt es gesteigerte Aufmerksamkeit zu widmen.

2. Die „Negativmodifikation“ der Mitbestimmungsrechte im betrieblichen Partizipationsverhältnis

Wendet man sich zunächst der Ebene des betrieblichen Partizipationsverhältnisses zu, so stößt man unweigerlich auf die seit Jahren anhaltende

6 *Rieble*, in: Staudinger (Fn. 5), § 397 Rn. 31; *Wolber*, in: beck-online. GROSSKOMMENTAR (BeckOGK), Stand: 1.7.2023, § 397 Rn. 34.

7 *Schlüter*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MünchKommBGB), Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 397 Rn. 20.

8 Irrelevant ist hingegen, ob man diese Rechte auch als „subjektive Rechte“ des Betriebsrats qualifiziert (so schon *Wiese*, RdA 1968, 455, 456).

9 Hierzu ausführlich unter III 1 b.

10 *Wiese*, RdA 1968, 455, 457; *Blomeyer*, SAE 1987, 279; ähnlich auch *Joussen*, RdA 2005, 31, 37, der davor warnt, dass bei Annahme einer direkten Verzichtsmöglichkeit das Mitbestimmungsrecht *de facto* vollständig ausgehöhlt würde. Das ist aber nur deshalb problematisch, weil die Mitbestimmungsrechte eben nicht dem Schutz des Betriebsrats, sondern der Teilhabe der Arbeitnehmer an unternehmerischen Entscheidungsprozessen dienen.

Diskussion um die Möglichkeiten der Einräumung einer „Alleinentscheidungsbefugnis“ des Arbeitgebers durch betriebliche Dauerregelung. Die in diesem Kontext verwendete Terminologie suggeriert freilich etwas Falsches. „Alleinentscheidungsbefugnis“ – das klingt generell nach unzulässigem Verzicht. Ein Trugschluss, wie im Folgenden aufzuzeigen ist.

Um sich des Problems bewusst zu werden, sei aus dem bunten Potpourri des Anschauungsmaterials aus der Rechtsprechung eine etwas ältere, gleichwohl in ihrer praktischen Bedeutung weiterhin relevante Konstellation herausgegriffen.¹¹ Dort ging es um den (irregulären) Einsatz von betriebseigenen Elektrikern, die im Falle einer Störung auch außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit zur Arbeit antreten sollten. Die Arbeitgeberin stellte Klebebänder her und unterhielt zu diesem Zwecke diverse Beschichtungs- und Maschinenanlagen sowie dazugehörige Neben- und Versorgungsanlagen. An diesen traten in unregelmäßigen Abständen immer wieder Störungen auf. Außerhalb der Normalschicht standen indes keine Elektriker auf Abruf zur Verfügung, um sich der Störung anzunehmen. Vielmehr entsprach es einer längeren betrieblichen Praxis, dass sich im Störfall eine oder mehrere der infrage kommenden Elektriker freiwillig in den Betrieb begaben, um die Störung zu beseitigen. Als die Elektriker geschlossen erklärten, sie seien nicht mehr zur Übernahme der freiwilligen Sonderdienste bereit, wurde eine betriebsinterne Anweisung erlassen, die als Grundlage einer verpflichtenden Wahrnehmung jener Sonder Einsätze dienen sollte. Der im Betrieb der Arbeitgeberin gebildete Betriebsrat wurde in diesem Kontext nicht beteiligt und beantragte festzustellen, dass ihm ein Mitbestimmungsrecht bei der Anordnung der außerhalb der Normalschicht liegenden Noteinsätze zustehe.

Der im Betriebsverfassungsrecht kundige Leser wird sofort erkennen, dass ein wesentlicher Streitpunkt hier wohl bei der Frage zu verorten ist, ob das Mitbestimmungssystem des BetrVG auch in Eil- und Notfällen uneingeschränkt zur Anwendung gelangt. Und er wird auch wissen, dass das BAG hier eine äußerst strenge Linie fährt, ja eine außerhalb ausdrücklicher gesetzlicher Anordnungen liegende Rechtsfortbildung zur Einschränkung der Mitbestimmungsrechte in diesen Fällen ablehnt.¹² Und dieser Linie ist das BAG auch treu geblieben. Für unsere Zwecke erhellend sind die Ausführungen, die das Gericht in diesem Kontext zum immer wieder vorgetragenen Argument macht, die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats würden in Eil- und Notfällen zu unüberwindbaren prakti-

11 BAG 2.3.1982 – 1 ABR 74/79, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 6.

12 BAG 5.3.1974 – 1 ABR 28/73, AP BetrVG 1972 § 87 Kurzarbeit Nr. 1 unter II 6; BAG 13.7.1977 – 1 AZR 336/75, AP BetrVG 1972 § 87 Kurzarbeit Nr. 2 unter 8; BAG 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 79 unter B II 1 b; BAG 9.7.2013 – 1 ABR 19/12, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 130 Rn. 19.

schen Schwierigkeiten führen. Es meint nämlich, dass es den Betriebspartnern durchaus zumutbar sei, entsprechende Vorsorge zu treffen, etwa indem eine abstrakt-generelle Regelung geschaffen wird, die die Modalitäten der Anordnung von Mehrarbeit regelt. In diesem Fall sei eine jeweils auf den Einzelfall bezogene Zustimmung des Betriebsrats entbehrlich; der Betriebsrat habe durch die Zustimmung zur generellen Regelung seine Zustimmung im Voraus erteilt.¹³

Das BAG geht also offensichtlich davon aus, dass die Betriebspartner eine Regelung schaffen können, die die Beteiligung des Betriebsrats im Einzelfall entbehrlich macht. „Gräbt“ man nun noch weiter, so stößt man sogar auf die – etwas missverständliche – Formulierung, dies könne so weit gehen, dass dem Arbeitgeber eine Freiheit eingeräumt werde, die einem mitbestimmungsfreien Zustand nahekommt.¹⁴ Das wirft nun die Frage danach auf, in welcher Beziehung solche Aussagen zum Dogma des Verzichtverbots stehen.¹⁵

Dass es hier überhaupt zu Wertungswidersprüchen kommen kann, erhellt sich, wenn man den Bezugspunkt der Mitbestimmungsrechte ins Auge fasst. Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats knüpfen allesamt an eine konkrete unternehmerische Entscheidung an.¹⁶ Nun kann diese auf unterschiedlichen Ebenen angesiedelt sein, mithin *ein* Regelungsgegenstand *mehrere* unternehmerische Entscheidungen erfordern. In diesem Fall umfasst das Mitbestimmungsrecht sämtliche zu treffenden Entscheidungen, soweit sie unter den jeweiligen Gegenstand des Mitbestimmungstatbestands fallen. Im oben aufgeführten Beispielfall würde das also bedeuten, dass der Betriebsrat nicht nur hinsichtlich der Frage, ob überhaupt Notdienste geleistet werden sollen – es handelt sich hierbei, wie das BAG zutreffend festgestellt hat, um die Anordnung von Überstunden und damit um einen Fall des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG¹⁷ – mitzubestimmen hat, sondern auch beispielsweise bezüglich der Arbeitnehmer, die diese verrichten sollen.¹⁸ Jede Einzelanordnung von Überstunden unterfällt daher der Mit-

13 BAG 2.3.1982 – 1 ABR 74/79 (Fn. 11), unter B II 2.

14 BAG 11.3.1986 – 1 ABR 12/84, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 14 unter III 3.; BAG 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 20 unter B 2.

15 S. auch *Blomeyer*, SAE 1987, 279, der ebenfalls das Kernproblem in der Abgrenzung zum generellen Verzichtverbot erblickt.

16 Sie beschränkt sich daher nicht auf eine Mitbestimmung im „Weisungsverhältnis“, sondern nimmt die wirtschaftlich-unternehmerische Entscheidung in den Blick, vgl. *Maschmann*, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 17. Aufl. 2022, § 1 Rn. 4.

17 BAG 2.3.1982 – 1 ABR 74/79 (Fn. 11), unter B II.

18 Vgl. *Kania*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 23. Aufl. 2023, § 87 Rn. 34.

bestimmung des Betriebsrats, zumindest soweit sie – aber das betrifft gleichsam auch das „Ob“ der generellen Entscheidung zur Anordnung von Überstunden – als Bestandteil eines „kollektiven Tatbestandes“¹⁹ qualifiziert werden kann. Verdeutlicht werden soll hiermit, dass Mitbestimmungsrechte grundsätzlich einzelfallbezogen ausgestaltet sind. Das ergibt auch Sinn. Dienen sie nämlich der Kompensation der Eingliederung in eine durch Fremdbestimmtheit geprägte Arbeitsorganisation (organisatorisch-institutionelle Abhängigkeit),²⁰ muss der Kompensationsmechanismus auch dort ansetzen, wo sich die Fremdbestimmtheit manifestiert. Treffen nun die Betriebsparteien eine Regelung, die an die generelle unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers anknüpft und sogleich die Mitbestimmung bei der konkret-individuellen Anordnung entbehrlich machen soll, offenbart sich nach dem zuvor Erläuterten, warum dies im hiesigen Kontext zumindest potenziell als problematisch erscheinen kann. Liegt hierin nicht ein (teilweiser) konkludenter Verzicht auf das Mitbestimmungsrecht, soweit es um den konkreten Einzelfall geht? Wie so häufig lautet die Antwort „Es kommt drauf an“. Aber worauf?

Bereits eingangs wurde dargestellt, dass sich der Verzicht dadurch auszeichnet, dass er die Nichtausübung antizipiert, indem er die Grundlage hierfür durch Verfügung eliminiert. Der Betriebsrat muss sich seines Mitbestimmungsrechts als solches also entledigen, damit von einem Verzicht im Rechtssinne ausgegangen werden kann. Das ist im Rahmen von betrieblichen Dauerregelungen indes nicht immer der Fall. Ebenso möglich ist es, dass der Betriebsrat die Ausübung des Mitbestimmungsrechts antizipiert. Dann entledigt er sich nicht seines Rechts, sondern macht von ihm dezidiert Gebrauch.²¹ Die Kernfrage lautet in den „Alleinentscheidungsfällen“ also, welche Anforderungen an eine antizipierte Ausübung des Mitbestimmungsrechts zu stellen sind.²² Aus Sicht der betrieblichen Praxis kann die Bedeutung dieser Frage kaum überschätzt werden, wengleich sie, zumindest von der Rechtsfolge her betrachtet, rechtskonstruktiv weniger Sorge bereitet. Liegt in der Dauerbetriebsvereinbarung zugleich ein (Teil-) Verzicht auf das Mitbestimmungsrecht, so hat dies wohl nicht die Unwirksamkeit der Dauerbetriebsvereinbarung als solcher zur Folge – § 139 BGB

19 Hierzu ausführlich *Raab*, ZfA 2001, 31 ff.

20 *Kreutz*, Grenzen der Betriebsautonomie, 1979, S. 172 ff.

21 *Franzen*, NZA 2008, 250, 253; *Joussen*, RdA 2005, 31, 38.

22 Kritisch zu betrachten ist daher der Ansatz von *Joussen*, RdA 2005, 31, 38, der meint, bereits aus dem Umstand, dass der Betriebsrat überhaupt von seinem Mitbestimmungsrecht Gebrauch gemacht habe, folge, dass kein unzulässiger Verzicht vorliege. Als „Kontrollinstanz“ soll dann nur noch das Umgehungsverbot fungieren. Das würdigt jedoch nicht in hinreichendem Maße, dass Mitbestimmungsrechte an mehrere unternehmerische Entscheidungen anknüpfen können, die durch einen einheitlichen Regelungsgegenstand verknüpft sind.

ist insoweit „umgekehrt“ zu lesen.²³ Allerdings besteht dann das Mitbestimmungsrecht weiter fort, so dass der Betriebsrat im konkreten Einzelfall nochmals zu beteiligen ist. Genügt die Dauerbetriebsvereinbarung nicht den Anforderungen der antizipierten Ausübung des Mitbestimmungsrechts und ergibt ihre Auslegung zugleich, dass kein (Teil-) Verzicht auf das Mitbestimmungsrecht vorliegt, ist jenes schlicht nicht verbraucht. Auch in diesem Fall ist der Betriebsrat im konkreten Einzelfall erneut zu beteiligen. In beiden Fällen läuft der Arbeitgeber Gefahr, im Vertrauen auf die Verzichtbarkeit der erneuten Beteiligung des Betriebsrats diese zu unterlassen. Es drohen die Folgen, die unter dem Stichwort „Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung“ diskutiert werden.²⁴ Ein Blick auf die Anforderungen an eine antizipierte Ausübung der Mitbestimmungsrechte ist also kein bloßes dogmatisches Glasperlenspiel, sondern entspringt einem konkreten praktischen Bedürfnis.

Die Rechtsprechung ist hier etwas kryptisch. Die Grenze der antizipierten Ausübung des Mitbestimmungsrechts sieht sie in der Verletzung seiner „Substanz“.²⁵ Obgleich das BAG betont, dass der Betriebsrat dem Arbeitgeber nicht schlicht die alleinige Gestaltungsmacht über einen mitbestimmungspflichtigen Tatbestand eröffnen kann²⁶ – dies wäre schließlich auch ein unzulässiger Verzicht – scheint das Gericht seiner „antizipationsfreundlichen“ Linie grundsätzlich treu zu bleiben. Das verwundert kaum, betrachtet man das Problem einmal von der praktischen Seite aus. Die Möglichkeit zur Antizipation der Mitbestimmung ist die Antwort auf das

23 Entscheidend soll sein, ob die Betriebsvereinbarung auch ohne die unwirksame Bestimmung eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung enthält, vgl. bspw. BAG 28.4.1981 – 1 ABR 53/79, AP BetrVG 1972 § 87 Vorschlagswesen Nr. 1 unter B IV; BAG 5.5.2015 – 1 AZR 435/13 (Fn. 1), Rn. 20; *Arnold*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 4, 5. Aufl. 2022, § 316 Rn. 121; *Richardi/Chr. Picker*, in: Richardi (Fn. 16), § 77 Rn. 49; *Fitting* (Fn. 1), § 77 Rn. 32; krit. *Kreutz*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), § 77 Rn. 66 ff.; beachte aber auch BAG 24.6.2005 – 1 AZR 76/04, AP BetrVG 1972 § 87 Nr. 12 unter I 2 c: Dort ging es um eine Betriebsvereinbarung, die eine umfangreiche, die „Substanz“ des Mitbestimmungsrechts beeinträchtigende, Delegation von Entscheidungsbefugnissen auf den Arbeitgeber vorsah. Das BAG hielt diese nach „dem Rechtsgedanken“ des § 139 BGB für unwirksam. Die Besonderheit bestand in diesem Fall freilich darin, dass der Betriebsvereinbarung nach „Ausklammerung“ des die Delegation betreffenden Teils praktisch kein nennenswerter Eigenwert mehr zukam.

24 Ausführlich und mit umfassenden Nachweisen *Wiese*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), § 87 Rn. 102 ff.

25 S. etwa BAG 26.7.1988 – 1 AZR 54/87, AP BetrVG 1972 § 87 Provision Nr. 6 unter II 3 a; BAG 29.9.2004 – 5 AZR 559/03, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 111 unter II 1 b.

26 BAG 29.9.2004 – 5 AZR 559/03 (Fn. 25), unter II 1 b.

unabweisbare Bedürfnis nach Standardisierung, um dem eiligen Notfall vorbeugen zu können.²⁷ Freilich hat der Rechtsdogmatiker wieder einmal als „Spielverderber“ zu agieren. Denn allzu große Freiheiten bestehen hier nicht.

Dem Grunde nach ist der Ansatz des BAG, auf die „Substanz“ des konkret infrage stehenden Mitbestimmungsrechts abzustellen, völlig zutreffend.²⁸ Fraglich ist nur, was diese Substanz ausmacht. Versucht man möglichst stark zu abstrahieren, dann wird man nach den Kriterien suchen müssen, die eine Antizipation des Mitbestimmungsrechts völlig ausschließen. Ausschlaggebend ist hier, inwiefern sich der Mitbestimmungstatbestand zwingend auf einen konkreten Einzelfall bezieht, dem Betriebsrat mithin eine sachgerechte (und pflichtgemäße!) Ausübung seines Mitbestimmungsrechts nur dann möglich ist, wenn er in Kenntnis der individualbezogenen Umstände agiert (individualbezogene Mitbestimmungsrechte). Hierzu zählt insbesondere die Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen. Wenn beispielsweise § 102 Abs. 1 BetrVG bestimmt, dass der Betriebsrat vor jeder Kündigung anzuhören ist und damit der individuelle Kündigungsschutz durch eine Art „kollektivrechtlichen Kündigungsschutz“ verstärkt wird,²⁹ dann zeigt das Telos der Vorschrift, dass sich der Betriebsrat dezidiert mit dem konkreten Einzelfall auseinanderzusetzen hat. Die Vorschrift ist somit nicht der „Abstraktion“ zugänglich. Selbiges gilt etwa für § 99 BetrVG. Greift man das Mitbeurteilungsrecht des Betriebsrats bei Ein- und Umgruppierungen heraus, wird besonders deutlich, inwiefern Abstraktion zu einer faktischen Entwertung der Mitbestimmung führen kann. Denn wenn es doch gerade darum geht, abstrakte Grundsätze im Einzelfall richtig anzuwenden, dann wäre eine vom Einzelfall losgelöste Mitbeurteilung eigentlich nichts anderes als die bloße Wiederholung eben jener Grundsätze.³⁰

27 Siehe hierzu auch die Fallgruppenbildung bei *Otto*, EzA BetrVG 1972 § 87 Leistungslohn Nr. 16.

28 Krit. jedoch *Joussen*, RdA 2005, 31, 37, der bemängelt, dass dies auf eine rein kasuistische Betrachtung hinausliefe. Die Gefahr, dass man sich insoweit auf Fallgruppen zurückzieht, die sich an rein tatsächlichen Gegebenheiten orientieren und nicht an normativen Kriterien, besteht tatsächlich. Allerdings muss das nicht so sein. Der Begriff der „Substanz“ des Mitbestimmungsrechts kann auch so gelesen werden, dass er lediglich dem Umstand geschuldet ist, dass eine pauschale Bestimmung des Gepräges der Mitbestimmung aufgrund der hohen Variabilität der Mitbestimmungstatbestände nicht möglich ist. Er sagt damit nur aus, dass die entscheidenden normativen Kriterien aus dem konkreten Mitbestimmungstatbestand selbst hergeleitet werden müssen; zweifelnd an der „Substanzformel“ auch *Franzen*, NZA 2008, 250, 253.

29 Siehe dazu auch unter III 1 b.

30 Vgl. BAG 12.1.2011 – 7 ABR 34/09, AP BetrVG 1972 § 99 Eingruppierung Nr. 52 Rn. 17.

Anders liegt die Sache freilich, soweit es um Mitbestimmungsrechte geht, die keinen zwingenden Individualbezug aufweisen. Gemeint sind damit solche, die sich dezidiert auf das Kollektiv der Arbeitnehmer als solche beziehen, mithin dem Ausgleich von einseitiger Gestaltungsmacht des Arbeitgebers und dem „Belegschaftsinteresse“³¹ dienen (kollektivbezogene Mitbestimmungsrechte). Da der Mitbestimmungstatbestand insoweit von einzelnen Partikularinteressen entkoppelt wird, ist es dem Grunde nach möglich, abstrakte Grundsätze zu formulieren, die die grundsätzlich im Einzelfall vorzunehmenden Wertungen antizipieren. Hieran sind allerdings strenge Anforderungen zu stellen, um die volle Wirksamkeit des Mitbestimmungsrechts zu gewährleisten.³² Mit anderen Worten darf die Antizipation der Mitbestimmung nicht dazu führen, dass das Mitbestimmungsrecht in seinem materiellen Kerngehalt³³ beeinträchtigt wird. Dazu müssen alle im Einzelfall wesentlichen Entscheidungen durch die Dauerbetriebsvereinbarung dergestalt „präfiguriert“ werden, dass der Arbeitgeber das ihm grundsätzlich zustehende Ermessen nur noch auf „gebundener Marschroute“ ausüben kann. Die Ermessenausübung im Einzelfall darf also keine echte „Alleinentscheidung“ sein, sondern die Anwendung der in der Betriebsvereinbarung festgelegten Grundsätze. Diese haben sich in ihrer Ausformung wiederum am konkreten Mitbestimmungstatbestand zu orientieren. Allgemeine Aussagen lassen sich hier naturgemäß kaum treffen, hinsichtlich des „Wie“ der Ermessensreduktion können aber – wie

31 Zur sog. Kollektivpartizipation unter III 1 b.

32 Vgl. etwa BAG 4.5.1982 – 3 AZR 1202/79, AP BetrVG 1972 § 87 Altersversorgung Nr. 6.

33 *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16, 22 sprechen vom „primären Regelungsbereich“, der durch die Betriebsvereinbarung möglichst detailliert geregelt werden muss. Auf die Übernahme dieser Terminologie wurde hier bewusst verzichtet. Dies weniger, weil der Begriff zu unbestimmt ist – „materieller Kerngehalt“ ist zugebenermaßen kaum aussagekräftiger. Mit sehr unbestimmten Begriffen zu operieren, bleibt in diesem Kontext nicht aus, da es nun einmal vom konkreten Mitbestimmungstatbestand abhängt, welche entscheidungserheblichen Kriterien diesem sein Gepräge (oder wie das BAG formuliert: „Substanz“) geben. Das Problem besteht eher darin, dass *Säcker/Oetker* den „primären Regelungsbereich“ so definieren, dass zu ihm alle Vorschriften gehören, die sich vom jeweiligen Einzelfall abstrahieren lassen. Diese Wertungsebene ist nach dem hier vorgeschlagenen Konzept bereits in der Differenzierung zwischen individual- und kollektivbezogenen Mitbestimmungsrechten angelegt. Nur bei letztgenannten stellt sich die Frage nach deren „materiellem Kerngehalt“, da bei erstgenannten eine Antizipation des Mitbestimmungsrechts schon *per se* ausscheidet.

von *Säcker/Oetker* vorgeschlagen³⁴ – die vom BVerfG zu Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG entwickelten Grundsätze³⁵ entsprechend herangezogen werden.

Das bedeutet für den hier gewählten Beispielsfall: § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG stellt einen geradezu klassischen Fall des kollektivbezogenen Mitbestimmungsrechts dar. Immerhin liegt der Vorschrift die Ratio zugrunde, dass die mit der Anordnung von Überstunden einhergehenden Belastungen (insb. Einbuße von Freizeit) und Vorteile (insb. Erhöhung des Arbeitsentgelts) gleichmäßig auf alle Arbeitnehmer des Betriebs verteilt werden.³⁶ Das Mitbestimmungsrecht ist daher einer Regelung durch Dauerbetriebsvereinbarung, die eine Antizipation des Mitbestimmungsrechts bewirkt, zugänglich. Um den oben dargestellten Anforderungen gerecht zu werden, ist jedoch eine solch detaillierte Regelung zu treffen, dass alle wesentlichen Entscheidungen, die auf den unterschiedlichen (mitbestimmten) Ebenen des unternehmerischen Willensbildungsprozesses zu treffen sind – dazu gehören bspw. der Zweck der Anordnung der Mehrarbeit, die Modalitäten, unter denen sie zu leisten ist, der Kreis der Arbeitnehmer, die hierzu herangezogen werden können sowie Auswahlkriterien, die das Auswahlermessen des Arbeitgebers beschränken – dergestalt präfiguriert werden, dass der Arbeitgeber praktisch nur noch als ausführendes Organ operiert.³⁷ Ist dies erfolgt, kann auf eine Beteiligung des Betriebsrats bei der konkreten Einzelanweisung verzichtet werden.

3. Die „Negativmodifikation“ der Mitbestimmungsrechte durch Tarifvertrag

Kaum erläuterungsbedürftig erscheint, dass die Tarifvertragsparteien keine Absenkung des gesetzlichen Mitbestimmungsstandards bewirken können.³⁸ Bleibt man in den Denkstrukturen der Verzichtsdogmatik, erhellt sich dies unmittelbar. Da die Tarifvertragsparteien nicht Inhaber der Mitbestimmungsrechte sind, sind sie selbstredend auch nicht verfügungsbefugt.

34 *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16, 25.

35 Vgl. BVerfG 12.10.1951 – 1 BvR 201/51, BVerfGE 1, 14, 60; BVerfG 10.6.1953 – 1 BvF 1/53, BVerfGE 2, 307, 334 f.; BVerfG 11.1.1966 – 2 BvR 424/63, BVerfGE 19, 354, 361 f.; BVerfG 12.10.1976 – 1 BvR 197/73, BVerfGE 42, 374, 387 f.

36 *Richardi/Maschmann*, in: *Richardi* (Fn. 16), § 87 Rn. 345.

37 Nach der hier vertretenen Auffassung bleibt freilich nicht mehr viel übrig für das, was *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16, 23 den „sekundären Regelungsbereich“ nennen.

38 BAG 12.1.2011 – 7 ABR 34/09 (Fn. 30), Rn. 28; *Däubler*, in: *DKW* (Fn. 1), Einleitung Rn. 81; *Fitting* (Fn. 1), § 1 Rn. 336; *Rose*, in: *HWGNRH* (Fn. 1), Einleitung Rn. 292; *Wiese*, in: *GK-BetrVG* (Fn. 1), Einleitung Rn. 110.

Gleichwohl ist es denkbar, dass die Tarifvertragsparteien eine Absenkung des gesetzlichen Mitbestimmungsstandards zumindest im Bereich der sozialen Angelegenheiten mittelbar bewerkstelligen können. Ansatzpunkt hierfür ist § 87 Abs. 1 ES BetrVG. Danach ist das Mitbestimmungsrecht ausgeschlossen, soweit eine tarifliche Regelung besteht. Diese Regelung hat freilich nichts mit einem irgendwie gearteten Verzicht zu tun. Es geht darum, dass es der (erzwingbaren) Mitbestimmung des Betriebsrats dann nicht bedarf, wenn die Belegschaft bereits durch eine tarifvertragliche Regelung hinreichend geschützt ist.³⁹ Vor diesem Hintergrund ist aber auch klar, dass eine materielle Absenkung des durch das Mitbestimmungsrecht vorgesehenen Schutzniveaus nicht infrage kommt. Bereits das Wort „soweit“ macht deutlich, dass der Ausschluss der Erzwingbarkeit des Mitbestimmungsrechts dort nicht greift, wo keine erschöpfende Regelung durch die Tarifvertragsparteien getroffen wurde. Alles andere würde auch dem Zweck des § 87 Abs. 1 ES BetrVG zuwiderlaufen, der – wie erwähnt – den Schutz der Belegschaft ins Zentrum rückt. Das hat zur Konsequenz, dass § 87 Abs. 1 ES BetrVG nicht eingreift, wenn die Tarifvertragsparteien schlicht vereinbaren, dass ein Mitbestimmungsrecht nicht bestehen soll.⁴⁰ Aber auch dann, wenn sie den Gegenstand eines der in § 87 Abs. 1 BetrVG genannten Mitbestimmungstatbestände nicht erschöpfend regeln, bleibt das Mitbestimmungsrecht bzgl. des unregulierten Bestandteils bestehen.⁴¹ § 87 Abs. 1 ES BetrVG ist daher kein taugliches Mittel, den gesetzlichen Mitbestimmungsstandard zu senken.

4. Zwischenergebnis

Eine Absenkung des materiellen, durch die Mitbestimmungsrechte gesetzlich statuierten Schutzzumfangs kommt weder durch betriebliche Regelung noch durch Tarifvertrag infrage. Das soll auch nicht anders sein. Das BetrVG stellt dem Betriebsrat nicht um seiner selbst willen Mitbestimmungsrechte zur Verfügung, sondern zur Verwirklichung des Schutzes der

39 Im Gegensatz zu § 77 Abs. 3 BetrVG geht es bei § 87 Abs. 1 ES BetrVG nicht um den Schutz der Tarifautonomie, vgl. BAG 31.1.1984 – 1 ABR 46/81, AP BetrVG 1972 § 87 Tarifvorrang Nr. 3; *Wiese*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), § 87 Rn. 55 mit umfassenden Nachweisen, auch zur Gegenauffassung; *Säcker/Oetker*, RdA 1992, 16, 19 sehen hingegen ohne jeden Zweifel die Tarifautonomie als Schutzgut des § 87 Abs. 1 ES BetrVG an („... was wohl sonst?...“).

40 *Hanau*, BB 1972, 499, 500; *Simitis/Weiss*, DB 1973, 1240, 1247 f.; den Tarifvertragsparteien ist es somit auch verwehrt, den Arbeitgeber zur Einschränkung der Mitbestimmung zu ermächtigen, s. etwa BAG 18.4.1989 – 1 ABR 100/87, AP BetrVG 1972 § 87 Tarifvorrang Nr. 18 unter B II 2 (mit krit. Anm. *Rieble*).

41 Vgl. *Wiese*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), § 87 Rn. 84, der fordert, dass die tarifliche Regelung substantiell den gleichen Schutz wie die notwendige Mitbestimmung gewähren und sich damit gegen die Auffassung wendet, eine tarifliche Verfahrensregel könne die notwendige Mitbestimmung des Betriebsrats abschwächen.

Belegschaft durch Partizipation. Ein gewisses Maß an Flexibilisierung kann durch eine Dauerbetriebsvereinbarung erreicht werden, soweit „kollektivbezogene“ Mitbestimmungstatbestände infrage stehen. In diesem Fall kann das Bedürfnis nach Flexibilität mit dem gesetzlichen Schutzstandard harmonisiert werden, was indes die Ausgestaltung einer solchen Vereinbarung aus praktischer Sicht äußerst komplex macht.

III. Die Erweiterung des gesetzlichen Mitbestimmungsstandards

Während hinsichtlich der Absenkung des gesetzlichen Mitbestimmungsstandards Einhelligkeit dahingehend besteht, dass eine solche nicht in Betracht kommt, verhält es sich gänzlich anders, wendet man sich den Möglichkeiten zur Erweiterung der Mitbestimmungsrechte zu. Die Rechtsprechung verfährt hier äußerst großzügig, lässt also (in gewissen, weiten Grenzen) eine Erweiterung der Mitbestimmungsrechte sowohl durch betriebliche Regelung als auch durch Tarifvertrag zu. Das fordert Kritik heraus, wie sogleich näher dazulegen ist. Zu differenzieren ist auch hier zwischen der Modifikation der Mitbestimmungsrechte durch betriebliche Regelung und einer solchen durch Tarifvertrag.

1. Die „Positivmodifikation“ der Mitbestimmungsrechte im betrieblichen Partizipationsverhältnis

Wie bereits erwähnt, hält das BAG eine Erweiterung der Mitbestimmungsrechte sowohl durch Betriebsvereinbarung⁴² als auch durch Regelungsabrede⁴³ für zulässig. Das überzeugt in nur eingeschränktem Maße und verlangt nach einer differenzierten Betrachtung. Dabei ist zunächst zwischen einer quantitativen Erweiterung, also der Schaffung *neuer* Mitbestimmungstatbestände, und der qualitativen Erweiterung, also der *Modifikation* gesetzlicher statuerter Mitbestimmungstatbestände, zu unterscheiden.⁴⁴

a) Quantitative Erweiterung

Die Frage nach der Möglichkeit der quantitativen Erweiterung tangiert das bis heute kontrovers diskutierte Problem der Regelungsbefugnis der Betriebsparteien. Bekanntermaßen geht das BAG davon aus, dass den Betriebsparteien eine „uneingeschränkte Regelungsbefugnis“ zuteil wird.⁴⁵

42 Vgl. etwa BAG 18.8.2009 – 1 ABR 49/08, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 128.

43 BAG 14.8.2001 – 1 AZR 744/00, AP BetrVG 1972 § 77 Regelungsabrede Nr. 4 unter III 1; BAG 18.8.2009 – 1 ABR 49/08 (Fn. 42), Rn. 20.

44 *Däubler*, in: DKW (Fn. 1), Einleitung Rn. 87.

45 Grundlegend BAG 7.11.1989 – GS 3/85, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 46; aus der Literatur befürworten die umfassende Regelungskompetenz etwa: *Berg*, in: DKW

Und seit jeher kämpfen prominente Stimmen in der Literatur gegen diese Annahme an.⁴⁶ In dem hier gegebenen Raum kann keine vollständige Aufarbeitung der Problemlage erfolgen. Gleichwohl erscheint es unverzichtbar – auch mit Blick auf die später zu behandelnde Möglichkeit nach der qualitativen Modifizierung einzelner Mitbestimmungsrechte –, einzelne „Schlaglichter“ aufzuwerfen, um zu verdeutlichen, dass beide Arten der Modifikation nicht miteinander „in einen Topf“ geworfen werden dürfen.

aa) Legitimation und Rechtsetzung

Private Regelungsmacht verlangt nach Legitimation. Diese kann sowohl durch einen Akt privatautonomer Unterordnung vermittelt werden als auch kraft staatlicher Delegation. Im ersten Fall leitet das Rechtssetzungs-subjekt seine Regelungsmacht aus der Entscheidung der Normunterworfenen ab, im zweiten Fall vom Staat als ein mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten Rechtssubjekt. Die Frage nach der Legitimation betrieblicher Rechtsetzung ist die entscheidende Frage, da von ihrer Beantwortung abhängt, welche Anforderungen an die zur Regelung ermächtigenden Grundlagen gestellt werden müssen.

bb) Betriebliche Rechtsetzung als partiell privatautonom legitimierte Rechtsetzung

Während es im Rahmen tariflicher Rechtsetzung zumindest dem Grunde nach einfach fällt, diese aus legitimatorischer Sicht mit privatrechtlichen Erklärungsmustern zu untermauern, liegt die Sache bezüglich der Regelungsbefugnis der Betriebsparteien wesentlich diffiziler. Der Betriebsrat

(Fn. 1) § 77 Rn. 81; *Fitting* (Fn. 1), § 77 Rn. 45; *Gaul*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (im Folgenden: HWK), Arbeitsrecht Kommentar, 10. Aufl. 2022, § 77 Rn. 32; *Kania*, in: ErfK (Fn. 18), § 77 BetrVG Rn. 36; *Werner*, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht (BeckOK Arbeitsrecht), Stand: 1.9.2023, § 77 Rn. 35; siehe mit umfassenden Nachweisen zum Streitstand *Kreutz*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), § 77 Rn. 93 ff.

46 Dagegen – mit jeweils anderen Akzentuierungen – beispielsweise: *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 319 ff. sowie *Richardi/Chr. Picker*, in: *Richardi* (Fn. 16), § 77 Rn. 78 zur Einschränkung der Regelungsbefugnis bzgl. materieller Arbeitsbedingungen; so auch *E. Picker*, NZA 2002, 761, 769; *Waltermann*, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, 1996, S. 148 ff. zur Einschränkung auf Grundlage des Vorbehalt des Gesetzes (siehe hierzu auch *Wank*, NJW 1996, 2273, 2280; *Preis/Ulber*, RdA 2013, 211, 214 f.); *Franzen*, NZA-Beilage 3/2006, 107 ff.: keine Befugnis zur Regelung des unmittelbaren Austauschverhältnisses; *Lobinger*, RdA 2011, 76, 84 ff.: Einschränkung auf Grundlage der Lehre von der Vertragsrechts- oder Bestimmungsrechtsakzessorietät.

ist nun einmal keine Koalition, die durch den Arbeitnehmer, der von ihrer Rechtsetzung betroffen ist, mandatiert wird. Das heißt aber nicht, dass man die Betriebsverfassung schlechthin als heteronome Zwangsordnung⁴⁷ begreifen muss, die völlig abseits privatautonomer Legitimation liegt. Man muss sich nur von der Vorstellung lösen, privatautonom vermittelte Legitimation lasse sich ausschließlich durch Mandatierung herstellen. Auch das schlichte Einverständnis kann Legitimation „von unten nach oben“ vermitteln, obgleich die Rechtsetzungsmacht hoheitlich begründet wird.⁴⁸ Das Einverständnis flankiert in diesem Fall eine auf Hoheitsakt beruhende Rechtsetzungsmacht, die legitimatorisch durch einen Akt privatautonomer Unterordnung und rechtstechnisch durch legislative Ausgestaltung konstituiert wird. Soweit das Einverständnis reicht, lassen sich dann auch nachteilige Rechtswirkungen recht mühelos begründen; wer sich mit einer bestimmten Rechtswirkung einverstanden erklärt, der kann sich im Nachgang nicht darauf berufen, wenn sie für ihn ggf. nachteilige Konsequenzen entfaltet. Selbstbestimmung führt in diesem Fall zur Fremdbindung. Die Kernfrage lautet nun: Lässt sich ein solcher privatautonomer Legitimationsakt des betroffenen Arbeitnehmers in Form des erklärten Einverständnisses mit durch die Betriebsparteien gesetzten Regelungen erkennen? Der Schlüssel liegt hier in der sog. Vertragsrechtsakzessorietät.⁴⁹ Sie kann als legitimatorisches Bindeglied fungieren, die ein individualvertraglich erklärtes Einverständnis in das Betriebsverfassungsrecht transportiert. Oder wie *Lobinger* plastisch formuliert: „Hier sitzt das Betriebsverfassungsrecht gleichsam auf das Arbeitsverhältnis auf“.⁵⁰ Wer auf der Suche nach einer (zumindest partiellen) privatautonomer Legitimation betrieblicher Rechtsetzung ist, muss also auf den Arbeitsvertrag schauen. Im Kontext des Abschlusses des Arbeitsvertrags ordnet sich der Arbeitnehmer der Organisationsgewalt des Arbeitgebers unter, die aus dem – dem Ar-

47 Grundlegend *Richardi* (Fn. 46).

48 A.A. *Lobinger*, RdA 2011, 76, 84, der meint, dass von Selbstbestimmung nur dort die Rede sein kann, wo der Wille der von der Rechtswirkung Betroffenen ursächlich für die Wirkung ist. Das passt in das Vertragsrecht, dessen Wertungen *Lobinger* in die Betriebsverfassung transponieren will – insoweit also eine äußerst konsequente Linie –, verkennt jedoch die spezifisch konstruktiven Hürden, die mit dem Bedürfnis der Schaffung normativ wirkender Kollektivvereinbarungen einhergehen. In diesem Kontext scheint es notwendig, sich – obgleich der Arbeitsrechtswissenschaft grundsätzlich auch die allgemeine Zivilrechtsdogmatik gut stehen sollte –, über die starren Grenzen des Vertragsrechts hinauszudenken.

49 Ausführlich hierzu *Reichold*, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, 1995, S. 542 ff.

50 *Lobinger*, RdA 2011, 76, 86.

beitsvertrag immanenten⁵¹ – Direktionsrecht folgt.⁵² Dieses Direktionsrecht wird durch diverse Mitbestimmungsrechte (teilweise) reglementiert, um den Arbeitnehmer vor der einseitigen Gestaltungsmacht des Arbeitgebers zu schützen.⁵³ Erklärt der Arbeitnehmer sich bei Abschluss des Arbeitsvertrags also mit der Ausübung des Direktionsrechtes einverstanden, so inkludiert dieses Einverständnis auch ein solches mit den konkreten Ausformungen, die es durch eine Betriebsvereinbarung erhalten hat.⁵⁴ Bestätigt wird diese Annahme durch einen Blick in § 106 GewO, wo es ausdrücklich heißt, dass der Arbeitgeber sein Direktionsrecht nur in den Grenzen der Bestimmungen einschlägiger Betriebsvereinbarungen ausüben darf.⁵⁵ Daraus folgt nun, dass betriebliche Rechtsetzung insoweit privatautonom legitimiert ist, als gegenständlich Bereiche betroffen sind, die der Arbeitgeber kraft seines Direktionsrechts im betriebsratslosen Betrieb selbst hätte regeln dürfen. Im Umkehrschluss heißt das aber auch, dass es dort an privatautonomer Legitimation fehlt, wo der „direktionsrechtsakzessorische“ Bereich verlassen wird. Das betrifft zuvörderst das vertragliche Austauschverhältnis, also sämtliche Eingriffe in das vertragliche Synallagma.⁵⁶

cc) Komplementäre hoheitliche Legitimation

Damit ist festgestellt, dass betriebliche Rechtsetzung nur partiell privatautonom legitimiert ist. Hieraus darf aber nicht ohne weiteres gefolgert werden, außerhalb der oben genannten Reglungsgegenstände käme eine quantitative Ausdehnung der Mitbestimmungsrechte über den gesetzlich festgeschriebenen Umfang nicht in Betracht.⁵⁷ Es gilt nun umzudenken und zu untersuchen, inwiefern die Betriebsparteien auf Grundlage einer staatlichen Ermächtigung dazu berufen sind, auch solche Gegenstände zu regeln, die außerhalb des „direktionsakzessorischen“ Bereichs liegen und die nicht durch eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung gedeckt sind.

51 BAG 13.6.2007 – 5 AZR 564/06, AP BGB § 611 Film Nr. 11 Rn. 30; BAG 13.10.2009 – 9 AZR 722/08, AP AGG § 7 Nr. 1 Rn. 18; *Adomeit*, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, 1969, S. 101; *Reichold*, in: MünchArbR, Bd. 1, 5. Aufl. 2021, § 40 Rn. 22.

52 *Waltermann* (Fn. 46), S. 91.

53 *Preis/Ulber*, RdA 2013, 211, 216; *Richardi*, ZfA 1990, 211, 236; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1422.

54 Vgl. zu den mit dieser Annahme einhergehenden, im Ergebnis nicht durchgreifenden, Bedenken, die aus der Rechtsgeschäftslehre folgen *Denke*, Tarifvertrag und Betriebsübergang, 2020, S. 92 ff.

55 *Preis/Ulber*, RdA 2013, 211, 216.

56 *Reichold*, in: MünchHdBArbR (Fn. 51), § 40 Rn. 26.

57 So aber z.B. *Lobinger*, RdA 2011, 76, 86; *Ch. Picker*, ZfA 2021, 390, 405 ff.; mit Einschränkungen auch *Franzen*, NZA-Beilage 3/2006, 107, 110.

Dies verlangt – was hier bislang vernachlässigt wurde – nach einer Generalermächtigung zu suchen. Und eine solche findet sich zumindest *prima facie* im BetrVG nicht. Das BAG behilft sich daher mit einer systematischen Gesamtbetrachtung und leitet aus einer Gesamtschau der §§ 88, 77 Abs. 3 BetrVG seine These von der „umfassenden Regelungsbefugnis“ her.⁵⁸ § 88 BetrVG legt indes nur nach einem flüchtigen Blick nahe, dass die Betriebsparteien über eine, sämtliche Arbeitsbedingungen umfassende Regelungskompetenz verfügen. Isoliert betrachtet mag die Formulierung der Vorschrift („insbesondere“) zwar durchaus auf eine umfassende Regelungskompetenz hindeuten, der systematische Zusammenhang, auf den bereits vielfach hingewiesen wurde,⁵⁹ konterkariert indes die Tauglichkeit des § 88 BetrVG als Rechtsgrundlage für einen solchen Kompetenzzuwachs. Die Stellung des § 88 BetrVG im dritten Abschnitt des vierten Teils des BetrVG, der sich mit den sozialen Angelegenheiten beschäftigt, macht deutlich, dass sich die Vorschrift eben nur auf solche Angelegenheiten bezieht. Dies lässt sich auch nicht mit dem kühnen Hinweis des BAG, der Begriff der „sozialen Angelegenheiten“ tangiere doch zumindest auch stets diejenigen der personellen Angelegenheiten,⁶⁰ widerlegen. Wer so verfährt, negiert letztendlich die im BetrVG selbst angelegte typologische Trennung zwischen personellen, wirtschaftlichen und sozialen Angelegenheiten⁶¹ und erhebt die sozialen Angelegenheiten – sprachwissenschaftlich formuliert – vom Hyponym zum Hyperonym.

Überzeugend ist es hingegen, zunächst § 77 Abs. 4 BetrVG in den Blick zu nehmen. Die Vorschrift gibt freilich nur wieder, dass die Betriebsparteien zur Setzung normativ wirkender Regelungen befähigt sind und gibt für sich betrachtet keine Auskunft über die Reichweite dieser Befugnis. Flankiert wird § 77 Abs. 4 BetrVG jedoch durch § 77 Abs. 3 BetrVG. *Kreutz* hat bereits vor der grundlegenden Entscheidung des BAG zur Thematik herausgearbeitet, dass sich der Regelungsgehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG nicht in seiner Sperrwirkung erschöpft, der Vorschrift mithin auch der Charakter einer funktionellen Zuständigkeitsnorm zukommt.⁶² In der Tat liegt ein entsprechender Umkehrschluss auf der Hand, wenn man die Vorzeichen richtig setzt: Versteht man § 77 Abs. 3 BetrVG als Außenschranke der Betriebsvereinbarung, so folgt aus ihr *e contrario*, dass die Binnenstruk-

58 BAG 7.11.1989 – GS 3/85 (Fn. 45), unter C I 2.

59 *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005, S. 536; *Gutzeit*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), § 88 Rn. 10; *Kreutz* (Fn. 20), S. 208; *Ch. Picker*, ZFA 2021, 390, 407; *Waltermann*, NZA 1996, 367, 360.

60 BAG 7.11.1989 – GS 3/85 (Fn. 45), unter C I 2 a.

61 Zutr. bereits *Joost*, AP BGB § 620 Altersgrenze Nr. 2.

62 *Kreutz* (Fn. 20), S. 208 ff., 222; *ders.*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), § 77 Rn. 96; dem folgend bspw. BAG 7.11.1989 – GS 3/85 (Fn. 45), unter C I 2 b; *Berg*, in: DKW (Fn. 1), § 77 Rn. 81; *Linsenmaier*, RdA 2008, 1, 4.

tur der Betriebsvereinbarung gerade nicht begrenzt werden soll.⁶³ § 77 Abs. 3 BetrVG stellt so betrachtet eine Kompetenzzuweisungsnorm dar. Sie füllt § 77 Abs. 4 BetrVG – soweit man aufgrund der Unbestimmtheit davon sprechen kann, dazu sogleich – ein Stück weit mit „Leben“, als aus ihr auf die inhaltliche Reichweite der Regelungsbefugnis geschlossen werden kann.

Nun stellt sich in diesem Zusammenhang ein gewichtiges Problem, auf das *Waltermann* schon in den 90er Jahren des vorangegangenen Jahrhunderts hingewiesen hat. Versteht man § 77 Abs. 3, 4 BetrVG als Ermächtigungsnorm, so springt deren Unbestimmtheit geradezu ins Auge. Das ist deshalb besonders problematisch, weil Regelungen der Betriebsparteien durchaus „grundrechtssensibel“ Bereiche tangieren können. Und hier setzt *Waltermann* an und will vor dem Hintergrund der durch das BVerfG entwickelten Wesentlichkeitstheorie § 77 Abs. 3 BetrVG nicht als ausreichende Ermächtigungsnorm ansehen.⁶⁴ Es handelt sich hierbei um den wohl bedenkenswertesten Einwand gegen die auf § 77 BetrVG gestützte These von der „umfassenden Regelungsbefugnis“. Trotzdem greift er im Ergebnis nicht durch. Zumindest dann nicht, wenn man der „Wesentlichkeitstheorie“ keinen Selbstzweck zuspricht, sondern sie als „Abwägungstheorie“⁶⁵ versteht. Inhalt der auf dem Vorbehalt des Gesetzes fußenden Wesentlichkeitstheorie ist die Annahme, dass der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen, insbesondere in solchen, die als „grundrechtssensibel“ qualifiziert werden können, alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen muss.⁶⁶ Was wesentlich ist, ist allerdings durch eine eher fluide Gesamtbewertung zu bestimmen. Dabei spielt eine nicht zu unterschätzende Rolle, dass der Gesetzgeber zuweilen darauf angewiesen ist, Rechtsetzung umfassend zu delegieren, weil er selbst die zu regelnden Sachverhalte nicht überschauen kann und überdies ein gesteigertes Bedürfnis nach dezentralen Regelungen besteht.⁶⁷ Welche zu regelnde Sachverhalte die betriebliche Praxis hervorbringt, kann unmöglich durch ein mit den konkreten Gegebenheiten des Betriebs nicht Vertrauter vorhersehen. Ferner bedarf es – und das zeigt bereits der Umstand, dass das BetrVG nun einmal an den Betrieb als arbeitsorganisatorische Einheit an-

63 Krit. jedoch *Bayreuther* (Fn. 59), S. 536; *Preis/Ulber*, RdA 2013, 211, 214; *Lobinger*, RdA 2011, 76, 85; *Ch. Picker*, ZFA 2021, 390, 408; *Richardi*, ZfA 1990, 211, 235 f.

64 *Waltermann* (Fn. 46), S. 151 ff.

65 *Kalscheuer/Jacobsen*, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2018, 523.

66 BVerfG 9.5.1972 – 1 BvR 518/62 und 1 BvR 308/64, BVerfGE 33, 125, 158; BVerfG 28.10.1975 – 2 BvR 883/73 u.a., BVerfGE 40, 237, 248 ff.; BVerfG 20.10.1981 – 1 BvR 640/80, BVerfGE 58, 257, 268 ff.

67 Vgl. *Kalscheuer/Jacobsen*, DÖV 2018, 523, 526; *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 269 ff.

knüpft – breit gefächerter, auf diese Einheit zugeschnittener Regelungen. Abstrahiert man diese Feststellung, so lässt sich davon sprechen, dass die Wesentlichkeitstheorie vom Subsidiaritätsprinzip flankiert wird. Versteht man dieses, was freilich nicht unumstritten⁶⁸ ist, als allgemeines Verfassungsprinzip⁶⁹, dann würde jenes in seinem Kerngehalt beeinträchtigt, wenn man auf Grundlage der Wesentlichkeitstheorie die Zulässigkeit einer Generalermächtigung verneint. § 77 Abs. 4 BetrVG kann daher sehr wohl als Grundlage einer „umfassenden Regelungskompetenz“ dienen, die all diejenigen Bereiche „auffängt“, die nicht durch einen Akt privatautonomer Unterordnung abgedeckt sind. Freilich ist zu beachten, dass „umfassende Regelungskompetenz“ in diesem Kontext Regelung der Arbeitsbedingungen bedeutet, die Rechtsetzungsmacht also *a priori* nicht solche Regelungsgegenstände erfasst, die nicht als Arbeitsbedingungen qualifiziert werden können.⁷⁰ Im Übrigen ist damit keine Aussage über die Außenschranken der Regelungsbefugnis getroffen. Die Arbeitnehmer sind auch bei Annahme einer „umfassenden Regelungsbefugnis“ der Rechtsetzung der Betriebsparteien nicht schutzlos ausgeliefert, da diese – wenn auch nicht aus sich heraus – extern durch das zwingende Gesetzesrecht und insbesondere – folgt man der Rechtsprechung⁷¹ – mittelbar durch die Grundrechte limitiert. Das kann hier freilich nicht weiterverfolgt werden.⁷² Als Merkposten soll jedoch festgehalten werden, dass sich die grundsätzliche Fähigkeit zur gegenständlichen (quantitativen) Erweiterung der Mitbestimmungsrechte hinsichtlich der „direktionsrechtsakzessorischen“ Regelungsgegenstände aus einer den Grundsätzen der Privatautonomie folgenden Legitimationsquelle speist und außerhalb dieses Bereiches durch eine staatliche Ermächtigung zur Rechtsetzung gedeckt ist.

68 Dagegen bspw. *Lerche*, Verfassungsfragen um Sozialhilfe und Jugendwohlfahrt, 1963, S. 26 ff.; *Moersch*, Leistungsfähigkeit und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips, 2001, S. 210; *Thieme*, Subsidiarität und Zwangsmitgliedschaft, 1962, S. 18 ff.

69 *Süsterhenn*, Festschrift Höffner, Bischof von Münster, 1966, S. 227, 231; zur Verknüpfung von Menschenwürde und Subsidiaritätsprinzip instruktiv *Korte*, *VerwArch* 61 (1970), 3, 19; vgl. auch zum (rechts-) philosophischen Hintergrund *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2001, S. 21 ff.

70 *Kreutz*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), § 77 Rn. 106.

71 Vgl. BAG 7.11.1989 – GS 3/85 (Fn. 45), unter C I 3 c.

72 Ein prägnanter (soweit man bei der Fülle der potenziell beschränkenden Regelungen überhaupt hiervon sprechen kann) Überblick über die Außenschranken findet sich bspw. bei *Fitting* (Fn. 1), § 77 Rn. 32 ff.

dd) Zwischenergebnis

Daraus folgt, dass die Betriebsparteien kraft ihrer Regelungskompetenz dazu befugt sind, die Mitbestimmung gegenständlich auszudehnen und auch solche Bereiche der Mitbestimmung zu unterwerfen, die durch das Gesetz nicht ausdrücklich aufgeführt werden.

b) Qualitative Erweiterung

Wendet man sich nun der Frage zu, ob die gesetzlich präfigurierten Mitbestimmungstatbestände zum Vorteil (was dies genau bedeutet, bedarf freilich der näheren Erläuterung) der Arbeitnehmer erweitert werden können, liegt die Sache nun etwas anders. Der Streit hierüber hat sich zuvörderst an den personellen Einzelmaßnahmen entzündet. Das verwundert kaum, da im Bereich der sozialen Maßnahmen eher die Frage nach der gegenständlichen, also quantitativen Erweiterung im Vordergrund steht, das BAG mithin in diesem Kontext auf seiner, im Ergebnis zutreffenden Linie der „umfassenden Regelungsbefugnis“ wandeln konnte. Soweit es um die qualitative Erweiterung geht, sind die Rechtsfragen nun, obgleich es gewisse inhaltliche Überschneidungen gibt, anders gelagert. Das BAG – und ihm folgen weite Teile der Literatur – geht indes mit einer gewissen Selbstverständlichkeit davon aus, dass auch eine qualitative Erweiterung zugunsten der Arbeitnehmer in weitem Umfang in Betracht kommt. Eine Grenze soll lediglich in den Vorschriften über das gerichtliche Verfahren zu erblicken sein.⁷³ Erstaunlich ist, dass das Gericht recht unbesehen auf seine Rechtsprechung zur quantitativen Erweiterung verweist,⁷⁴ insoweit also die Notwendigkeit einer differenzierten Betrachtung entweder subtil negiert oder nicht erkannt hat.

Löst man sich zunächst einmal perspektivisch vom Ausgangspunkt der „umfassenden Regelungskompetenz“ und sucht nach systematischen Anhaltspunkten, die auf eine etwaige qualitative Erweiterungsmöglichkeit hindeuten, im Gesetzestext selbst, springt § 102 Abs. 6 BetrVG ins Auge. Dort heißt es, dass Arbeitgeber und Betriebsrat vereinbaren können, dass

73 Vgl. BAG 18.8.2009 – 1 ABR 49/08 (Fn. 42), Rn. 24. Dort sah eine Regelungsvereinbarung die Fiktion der Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats (im Fall der Eingruppierung) nach Ablauf einer bestimmten Frist vor. Da aufgrund dieser Regelung eine schriftliche Geltendmachung der Zustimmungsverweigerungsgründe entbehrlich war, beseitigte dies auch die Beschränkung der gerichtlichen Prüfung auf die vom Betriebsrat rechtzeitig geltend gemachten Zustimmungsverweigerungsgründe. Zu einem solchen Eingriff in das arbeitsgerichtliche Verfahren fehle – so das BAG – den Betriebsparteien die Kompetenz.

74 Vgl. BAG 18.8.2009 – 1 ABR 49/08 (Fn. 42), Rn. 20; s. auch *Däubler*, in: *DKW* (Fn. 1), Einleitung Rn. 94, der auf die durch den Großen Senat festgestellte umfassende Regelungskompetenz verweist.

Kündigungen der Zustimmung des Betriebsrats bedürfen und in Streitfall die Einigungsstelle entscheiden soll. Da so die Zustimmung zur zivilrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung erhoben wird,⁷⁵ stellt § 102 Abs. 6 BetrVG einen Fall der qualitativen Erweiterung des Mitbestimmungsrechts dar. Welchen Aussagegehalt man dem nun für die *generelle* Frage nach den Möglichkeiten der qualitativen Erweiterung zubilligt, erscheint jedoch unklar. Teilweise wird darauf verwiesen, die Vorschrift gebe lediglich deklaratorisch wieder, was ohnehin der Vorstellung des historischen Gesetzgebers entspreche, namentlich die weitgehende Befugnis der Betriebsparteien zur Verstärkung der Mitbestimmungsrechte.⁷⁶ Das dürfte in dieser Allgemeinheit jedoch unzutreffend sein. In der Tat hat sich zwar der Gesetzgeber dahingehend geäußert, dass mit § 102 Abs. 6 BetrVG eine bis dato verbreitete betriebliche Praxis ausdrücklich zugelassen wird.⁷⁷ Damit bezieht sich der Gesetzgeber aber gerade nicht auf eine übergeordnete „Metafrage“, sondern greift ein Einzelphänomen aus der betrieblichen Praxis auf. Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Gesetzgeber auch vor Einführung des § 102 Abs. 6 BetrVG eine entsprechende Erweiterung des Mitbestimmungsrechts für zulässig gehalten hat, ist damit überdies noch nichts darüber gesagt, ob dies auch für Mitbestimmungsrechte gilt, die von ihrer Schutzrichtung her betrachtet anders als § 102 BetrVG ausgeformt sind. Hierauf wird noch zurückzukommen sein. Jedenfalls lässt sich aus § 102 BetrVG kein Erkenntnisgewinn über die generelle Möglichkeit zur qualitativen Erweiterung der Mitbestimmungsrechte ableiten. Das gilt auch für die umgekehrte Annahme, § 102 Abs. 6 BetrVG weise eine Art Exklusivitätscharakter auf und deute darauf hin, dass außerhalb einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung keine Erweiterung infrage komme.⁷⁸ Wie bereits erwähnt, wollte der Gesetzgeber mit der Regelung lediglich klarstellen, dass ein betriebliches Einzelphänomen rechtlich abgesichert wird. Dieser „Einzelfallbezug“ macht deutlich, dass sich für die übergeordnete Frage nach der generellen Erweiterungsmöglichkeit schlicht nichts aus § 102 Abs. 6 BetrVG herleiten lässt.

Selbiges gilt im Ergebnis für § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG. Hier geht es lediglich um die inhaltliche Ausfüllung der Zustimmungsverweigerungsgründe. Über die Möglichkeiten zur Erweiterung des Umfangs des Mitbestimmungsrechts ist damit aber noch nichts gesagt.⁷⁹

75 *Bachner/Deinert*, in: DKW (Fn. 1), § 102 Rn. 340; *Klocke*, in: BeckOGK, Kündigungsschutzgesetz, Stand: 1.6.2023, § 102 Rn. 620; *Raab*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), § 102 Rn. 248.

76 *Klocke*, in: BeckOG (Fn. 75), § 102 Rn. 603.

77 BT-Drs. VI/1786, S. 52.

78 *Raab*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), vor § 92 Rn. 22.

79 *Raab*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), vor § 92 Rn. 14; *Reuter*, ZfA 2006, 459, 468; a.A. *Lerch/Weinbrenner*, NZA 2011, 664, 667, die sich wohl zu Unrecht auf *Thü-*

Letztendlich lässt sich das Problem nur unter Rekurs auf allgemeine Strukturprinzipien der Betriebsverfassung lösen. Dabei muss man jedoch dem inneren Impuls widerstehen, zuweilen zu simplifizieren und unter Rekurs auf den arbeitnehmerschützenden Charakter der Betriebsverfassung unmittelbar auf die Zulässigkeit der qualitativen Erweiterung der Mitbestimmungsrechte zu schließen.⁸⁰ Denn „Arbeitnehmerschutz“ bedeutet im Rahmen der Betriebsverfassung (zumindest in Teilen) etwas anderes als im Individualarbeitsrecht. Arbeitnehmerschutz wird im Betriebsverfassungsrecht zuvörderst durch Kollektivpartizipation vermittelt; die Betriebsverfassung ist darauf angelegt, den Arbeitnehmern als Kollektiv Einfluss auf unternehmerische Entscheidungen einzuräumen. Der durch den Betriebsrat gegenüber dem Arbeitgeber artikulierte „Wille“ ist nicht bloß ein Sammelsurium einzelner Individualinteressen, sondern das Destillat der im Rahmen seines Willensbildungsprozesses zusammengeführten Partikularinteressen.⁸¹ Daraus folgt, dass zwangsläufig einzelne Partikularinteressen zurücktreten müssen. Mitbestimmung kann sich also potenziell auch immer zum Nachteil einzelner Arbeitnehmer auswirken,⁸² soweit sich deren Interesse nicht mit dem „Belegschaftsinteresse“ deckt. Damit büßt das Arbeitnehmerschutzargument an Plausibilität ein,⁸³ obgleich es nicht in Gänze zu verwerfen ist. Denn so wenig man generell davon sprechen kann, dass betriebliche Mitbestimmung immer auch dem Schutz (individueller) Arbeitnehmer dient, so kann ebenso wenig pauschal geleugnet werden, dass ein Mehr an Mitbestimmung auch positive Effekte mit Blick auf einzelne Arbeitnehmer erzielen kann. Es ist also auch an dieser Stelle zu differenzieren – und zwar zwischen Mitbestimmungsrechten mit kollektivpartizipatorischem Charakter und solchen mit (vordergründig) individualschützendem Charakter. Dabei kann in Teilen auf die oben herausgearbeiteten Grundsätze zurückgegriffen werden.

Unter Mitbestimmungsrechten mit kollektivpartizipatorischem Charakter sollen all diejenigen verstanden werden, die dem Schutz der Belegschaft als Einheit dienen. Dabei sollen die vorangegangenen Ausführungen nicht

sing, in: Richardi (Fn. 16), § 99 Rn. 9 berufen. *Thüsing* spricht lediglich davon, dass § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG die „mittelbare“ Verstärkung erlaube.

80 So das BAG zur Erweiterung durch Tarifvertrag BAG 10.2.1988 – 1 ABR 70/86, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 53 unter II 2 b.

81 Vgl. zur zweistufigen Form der Willensbildung *Wiese*, ZfA 2000, 117, 121 ff.

82 *Raab*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), vor § 92 Rn. 14; *Reuter*, ZfA 2006, 459, 464 f.; *Richardi*, in: Richardi (Fn. 16), Einleitung Rn. 141, 154.

83 Auch das BAG räumt ein, dass zumindest die Mitwirkung in personellen Einzelmaßnahmen „gewisse Rückwirkungen“ auf den einzelnen Arbeitnehmer habe, meint aber, dass diese Rückwirkungen keine Verstärkung durch die Erweiterung der Mitbestimmung erfahren würden, vgl. BAG 10.2.1988 – 1 ABR 70/86 (Fn. 80), unter II 3 c.

dazu verführen anzunehmen, hier sei eine Erweiterung der Mitbestimmungsrechte gänzlich ausgeschlossen. Auch hier ist zunächst davon auszugehen, dass potenzielle negative Effekte insoweit hinzunehmen sind, als die erweiternde Regelung durch einen privatautonomen Legitimationsakt gedeckt ist. Dann gilt schlicht *volenti non fit iniuria*. Geht man in Einklang mit der hier vertretenen Auffassung davon aus, dass dies nur im „direktionsrechtsakzessorischen“ Bereich der Fall ist, wird deutlich, dass gerade auch mit Blick auf die in diesem Kontext besonders problematischen personellen Einzelmaßnahmen die Legitimation zur Erweiterung an ihre Grenze stößt. Denn es zeichnet die personellen Einzelmaßnahmen ja gerade aus, dass sie in höchstem Maße „synallagmarelevant“ sind. Das wirft die Frage auf, ob § 77 Abs. 4 BetrVG in diesem Kontext als Legitimationsgrundlage fungieren kann. Hier drängt sich ein Umkehrschluss förmlich auf: Wenn die Norm doch schon die gegenständliche Erweiterung der Mitbestimmungsrechte legitimiert, muss dies doch erst recht für die qualitative gelten. Immerhin erscheint der erstgenannte Fall als der „eingriffsintensivere“. Das trägt jedoch. Noch einmal zur Erinnerung: Im Kontext der Frage nach der quantitativen Erweiterung der Mitbestimmungsrechte war es das Subsidiaritätsprinzip, das aufgrund seiner Einwirkung auf die Wesentlichkeitstheorie § 77 Abs. 4 BetrVG als Ermächtigungsgrundlage „retten“ konnte. Es wurde aufgezeigt, dass die Wesentlichkeitstheorie in ihrer strengen Ausformung nur deshalb nicht greift, weil es in der Natur der Sache einer Verlagerung der Regelungsbefugnis auf die „kleinere Einheit“ liegt, dass dieser für den für sie beherrschbaren Bereich eine Art Generalermächtigung eingeräumt wird. Zurückgeführt wurde dies auf den tatsächlichen Umstand, dass der Gesetzgeber selbst die Varianz möglicher Sachverhalte nicht überblicken kann. Dieses Argument greift aber dann nicht, wenn Sachverhalte betroffen sind, die einer Generalisierung zugänglich sind, weil sie in praktisch jedem Betrieb vorkommen. Diese Sachverhalte hat der Gesetzgeber einer austarierten Regelung zugeführt, indem er konkrete Mitbestimmungsrechte geschaffen hat. Soll über diese hinausgegangen werden und gehen damit (potenzielle) negative Eingriffe in die Rechtsstellung einzelner Arbeitnehmer einher – was im Rahmen der Kollektivpartizipation, wie dargelegt, durchaus der Fall sein kann –, greifen die von *Waltermann* erhobenen Bedenken durch. Soweit also keine ausdrückliche Ermächtigung zu Art und Umfang der potenziellen Erweiterung eines Mitbestimmungstatbestands vorliegt, ist den Betriebsparteien eine solche verwehrt. Es ist daher als äußerst bedenklich zu betrachten, wenn das BAG beispielsweise zulässt, dass § 99 BetrVG zu einem „echten“ Mitbestimmungsrecht ausgebaut wird.⁸⁴ Soweit durch die Erweiterung jedoch kein materieller Eingriff in die Rechtsposition einzelner Arbeitnehmer zu befürchten ist, bestehen die hier geltend gemachten Be-

84 BAG 10.2.1988 – 1 ABR 70/86 (Fn. 80), unter II 2.

denken nicht. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn lediglich das materielle Mitbestimmungsrecht flankierende Verfahrensbestimmungen modifiziert werden. Es ist daher – im Einklang mit der Rechtsprechung – nichts dagegen einzuwenden, wenn beispielsweise die Wochenfrist des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG durch Betriebsvereinbarung verlängert wird.⁸⁵

Mitbestimmungsrechte mit individualschützendem Charakter finden sich eher selten im BetrVG. Häufig weisen die Mitbestimmungsrechte, wenn sie nicht ohnehin ausschließlich kollektivpartizipatorischer Natur sind, eine Art Doppelnatur auf. Dann ist durch Auslegung zu ermitteln, welche Schutzrichtung dem Mitbestimmungsrecht sein Gepräge gibt. Zu diesen „janusköpfigen“ Mitbestimmungsrechten gehört etwa § 102 BetrVG. Das Mitbestimmungsrecht sichert zum einen den Einfluss des Betriebsrats auf die Zusammensetzung der Belegschaft (kollektivpartizipatorische Komponente).⁸⁶ Zum anderen entfaltet das Mitbestimmungsrecht aber auch eine starke individualschützende Tendenz, da es dem Betriebsrat erlaubt, Einfluss auf die Willensbildung des Arbeitgebers zu nehmen und damit dem Interesse des von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes Rechnung trägt.⁸⁷ Hier wird man davon ausgehen dürfen, dass letztgenannter Aspekt im Vordergrund steht, sind die kollektivpartizipatorischen Elemente doch tendenziell schwächer ausgeprägt. Als Gegenbeispiel kann etwa § 99 BetrVG herangezogen werden, wonach der Betriebsrat auch bei der Versetzung mitzubestimmen hat. Zwar kann man in diesem Kontext auch von einer gewissen individualschützenden Tendenz sprechen,⁸⁸ erlaubt der Mitbestimmungstatbestand doch die Einflussnahme auf eine ggf. vom Arbeitnehmer als unliebsam empfundene Anweisung des Arbeitgebers. Ein Blick auf die (abschließend) geregelten Zustimmungsverweigerungsgründe macht jedoch deutlich, dass ganz eindeutig der Schutz der Belegschaft und damit das Kollektivinteresse im Vordergrund steht.⁸⁹

Geht es nun um ein primär individualschützendes Mitbestimmungsrecht, stellt sich das Problem der potenziellen Negativwirkung der Mitbestimmung nicht. Zumindest insoweit nicht, als diejenigen Regelungsbereiche des Mitbestimmungsrechts betroffen sind, die Ausfluss des individualschützenden Charakters sind. Wenn nun in diesem Bereich keine Gefahr der „individuellen Schlechterstellung kraft Kollektivpartizipation“ droht,

85 BAG 17.5.1983 – 1 ABR 5/80, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 18 unter II; BAG 16.11.2004 – 1 ABR 48/03, AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 44 unter B II 2.

86 BAG 25.5.2016 – 2 AZR 345/15, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 170 Rn. 22.

87 Raab, ZfA 1995, 479, 517.

88 Vgl. BAG 17.6.2008 – 1 ABR 38/07, AP BetrVG 1972 § 99 Versetzung Nr. 47 Rn. 29.

89 Raab, in: GK-BetrVG (Fn. 1), § 99 Rn. 5.

spricht auch nichts gegen eine Erweiterung der Mitbestimmung. Vor diesem Hintergrund reiht sich auch § 102 Abs. 6 BetrVG sinnvoll in das Gesamtsystem ein. Die Vorschrift ist Ausdruck der grundsätzlich möglichen Erweiterung individualschützender Mitbestimmungsrechte, nicht mehr, aber auch nicht weniger.

Daraus folgt, dass gedanklich wie folgt vorzugehen ist: Zunächst ist durch Auslegung zu ermitteln, ob das Mitbestimmungsrecht kollektivpartizipatorischen Charakter aufweist oder (primär) dem Individualschutz dient. Dient es dem Individualschutz, ist eine qualitative Erweiterung hinsichtlich der individualschützenden Komponenten zulässig. Liegt hingegen ein Mitbestimmungsrecht mit kollektivpartizipatorischem Charakter vor, ist weiter zu differenzieren. Betrifft es den „direktionsakzessorischen“ Bereich, ist eine Erweiterung zulässig. Außerhalb dessen kommt eine Erweiterung grundsätzlich nicht in Betracht. Dies gilt jedoch nicht, soweit lediglich Verfahrensbestimmungen betroffen sind, die den materiellen Gehalt des Mitbestimmungsrechtes flankieren.

2. Die „Positivmodifikation“ der Mitbestimmungsrechte durch Tarifvertrag

Wendet man sich nun der Frage nach der Möglichkeit der Erweiterung der Mitbestimmungsrechte durch Tarifvertrag zu, erscheint die Rechtslage ebenso nebulös wie hinsichtlich der Erweiterung durch betriebliche Regelung. Das verwundert indessen kaum, hat sich der Gesetzgeber doch selbst dahingehend geäußert, dass die Möglichkeiten zur Erweiterung der Mitbestimmungsrechte mittels Tarifvertrag durch den Entwurf zum BetrVG 1972 nicht geregelt werden sollte.⁹⁰ Die herrschende Ansicht lässt auch hier Großzügigkeit walten.⁹¹ Ob zu Recht, ist freilich noch zu ermitteln.

Nimmt man zunächst eine spezifisch betriebsverfassungsrechtliche Perspektive ein und sucht nach Hinweisen im BetrVG, liegt ein nochmaliger Blick auf § 102 Abs. 6 BetrVG nahe. Und in der Tat wird angenommen, wenn schon die Betriebsparteien eine entsprechende Regelung treffen

90 Vgl. BR-Drs. 715/70, S. 36 zu § 3. Daraus wird man folgern können, dass das Gesetz eine „offen geplante Regelungslücke“ enthält, s. *Raab*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), vor § 92 Rn. 19; *Säcker*, ZfA 1972, Sonderheft, S. 47.

91 BAG 18.8.1987 – 1 ABR 30/86, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 23 unter B III (zur gegenständlichen Erweiterung im Bereich der sozialen Angelegenheiten); BAG 10.2.1988 – 1 ABR 70/86 (Fn. 80), unter II 2; BAG 21.6.2000 – 4 AZR 379/99, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 121 zu unter II 4 a (zur qualitativen Erweiterung im Bereich der personalen Angelegenheiten); grds. auch *Thüsing*, in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 9. Aufl. 2023, § 1 Rn. 728 ff.; einschränkend *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 520: keine Aufhebung der funktionalen Begrenzung des Betriebsrats als Belegschaftsorgan.

können, dies erst recht für die Tarifvertragsparteien gelten müsse.⁹² Das überzeugt aber kaum, da der Tarifvertrag gegenüber der Betriebsvereinbarung kein „Mehr“, sondern ein *aliud* ist.⁹³ Auch § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG kann aus den genannten Gründen⁹⁴ nicht zur Begründung herangezogen werden. Der immer wieder angeführte Hinweis, das BetrVG sei als Ausdruck eines politischen Kompromisses als abschließend anzusehen,⁹⁵ überzeugt ebenfalls nicht. Mit Recht weist das BAG darauf hin, dass nun einmal jedes in einem demokratischen Prozess zustande gekommenes Gesetz das Produkt eines politischen Kompromisses ist.⁹⁶ Überdies ist dieses Argument sehr stark mit dem „Vorverständnisproblem“⁹⁷ belastet. Denn wer schon den betriebsverfassungsrechtlichen bzw. tarifrechtlichen *status quo* als tendenziell problematisch ansieht, wird eher dazu tendieren, weitere Ausdehnungen verhindern zu wollen.⁹⁸ Wer sich hingegen einer möglichst weitreichenden Arbeitnehmerpartizipation zugeneigt fühlt, wird von dem „Kompromissargument“ wenig halten. Es ist mithin so beliebig, dass sich aus ihm kein wirklicher Erkenntnisgewinn ableiten lässt, weil es keines nachvollziehbaren „Beweises“ zugänglich ist.⁹⁹

Auch ein systematischer Vergleich mit dem BPersVG trägt nicht zur Klärung bei. Dort heißt es in § 3, dass durch Tarifvertrag das Personalvertretungsrecht nicht abweichend von den gesetzlichen Normen geregelt werden kann. Hieraus kann aber nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dies müsse mangels entsprechender gesetzlicher Regelung im Betriebsverfassungsrecht anders beurteilt werden.¹⁰⁰ § 3 BPersVG ist Ausfluss einer spezifischen, an die Besonderheiten des Personalvertretungsrechts anknüpfenden Wertung bzw. regulatorischen Notwendigkeit.¹⁰¹ Wenn nun

92 BAG 10.2.1988 – 1 ABR 70/86 (Fn. 80), unter II 3 a; *Thüsing*, in: Wiedemann (Fn. 91), § 1 Rn. 732; *Heuschmid/Klein*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl. 2016, § 1 Rn. 1006.

93 *Raab*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), vor § 92 Rn. 22.

94 S. oben III 1 b.

95 *von Hoyningen-Huene*, NZA 1985, 169; *von Hoyningen-Huene/Meier-Kreuz*, ZfA 1988, 293, 308 f.; *Raab*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), vor § 92 Rn. 22; *Stoffels/Lembke*, Betriebsverfassungsrecht, 7. Aufl. 2020, § 2 Rn. 50.

96 BAG 10.2.1988 – 1 ABR 70/86 (Fn. 80), unter II 2 c.

97 Vgl. hierzu *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970.

98 S. etwa *Reuter*, Festschrift Schaub, 1998, S. 605, 618.

99 *Rose*, in: HWGNRH (Fn. 1), Einleitung Rn. 302.

100 So aber BAG 18.8.1987 – 1 ABR 30/86 (Fn. 91), unter B III 2 b; *Thüsing*, in: Wiedemann (Fn. 91), § 1 Rn. 721.

101 BT-Drs. VI/3721, S. 27: „Das Personalvertretungsrecht, das für alle Dienststellen einheitlich sein muß, wird durch diese dem geltenden Recht (§ 78 Abs. 1) entsprechende Vorschrift der Disposition der Tarifvertragsparteien entzogen.“

aber eine gesetzliche Regelung an spezifische Wertungen anknüpft, können aus ihr keine Rückschlüsse – weder im positiven noch im negativen Sinne – auf ein Regelungsregime gezogen werden, dem diese Wertungen fremd sind.¹⁰²

Das BAG bemüht in diesem Kontext auch das „Arbeitnehmerschutzargument“, um eine möglichst weitreichende Modifizierungsmöglichkeit der Mitbestimmungsrechte durch Tarifvertrag zu begründen.¹⁰³ Es gilt indes *mutatis mutandis* das, was bereits im Rahmen der Erläuterungen zur Modifikation durch betriebliche Regelungen herausgearbeitet wurde. Nun mag der geneigte Leser hieran Zweifel haben, da ein Argumentationsgang, der wesentlich auf die hinter der Regelung stehenden Legitimationsprinzipien abhebt, offensichtlich nicht ohne weiteres dort Schlüssigkeit für sich beanspruchen kann, wo die Legitimationsprinzipien grundsätzlich in anderen Bahnen verlaufen. Um die Wertungssimultanität zwischen beiden Problemlagen aufzuzeigen, muss an dieser Stelle ein Perspektivenwechsel vollzogen und das Problem aus der Warte der Tarifautonomie gedacht werden. Für ein solches Vorgehen spricht im Übrigen auch der Umstand, dass sich das Tarifrecht im Gegensatz zum BetrVG bzgl. der hier interessierenden Frage nicht vollständig in Schweigen hüllt. Immerhin heißt es in § 1 Abs. 1 TVG, dass Tarifverträge auch Rechtsnormen enthalten können, die betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen. Das ist – auch mit Blick auf die hier interessierende Problemlage – durchaus erstaunlich, datiert das TVG doch auf einen früheren Zeitpunkt als die erste Fassung des BetrVG. Es hat daher vor diesem Hintergrund durchaus etwas für sich, wenn auch das BAG perspektivisch zunächst von § 1 Abs. 1 TVG ausgeht. Dabei muss man die Norm selbst gar nicht unbedingt bemühen. Soweit davon gesprochen wird, § 1 Abs. 1 TVG „ermächtige“ zur Regelung betriebsverfassungsrechtlicher Fragen, erinnert dies doch zumindest terminologisch an die Vorstellung, tarifliche Rechtsetzung beruhe auf einem Akt staatlicher Delegation. Die Fähigkeit, betriebsverfassungsrechtliche Fragen zu ordnen, folgt vielmehr unmittelbar aus dem Recht zur – wie in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG wiedergegeben – Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen.¹⁰⁴

Tarifverträge müssen schon deshalb ausgeschlossen werden, weil das Personalvertretungsrecht für Arbeitnehmer und Beamte gilt“.

102 So auch *Meier-Krenz*, DB 1988, 2149, 2150; *Raab*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), vor § 92 Rn. 19.

103 BAG 10.2.1988 – 1 ABR 70/86 (Fn. 80), unter II 2 b; s. auch *Lerch/Weinbrenner*, NZA 2011, 664, 665; *Fitting* (Fn. 1), § 1 Rn. 346; krit. in diesem Kontext *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 310 f.

104 *Zutr. Heuschmid/Klein*, in: Däubler (Fn. 92), § 1 Rn. 969, 972.

Nun legitimiert diese im Bereich des Arbeits- und Wirtschaftslebens umfassende Regelungsmacht nicht zu jedweder Rechtsetzung. Auch die Tarifautonomie besteht nicht schrankenlos, sondern steht unter dem Vorbehalt kollidierenden Verfassungsrechts. Die Reichweite der grundgesetzlich verbürgten Tarifautonomie ist also stets in Relation zu den mit ihr kollidierenden Verfassungsgütern zu betrachten.¹⁰⁵ Freilich muss der Rechtsanwender nicht immer auf eine etwas unberechenbare Güterabwägung verwiesen werden. Der Gesetzgeber kann – und dies ist grundsätzlich auch äußerst wünschenswert – die vorzunehmende Harmonisierung der Interessensphären typisiert festschreiben, mithin durch die Schaffung ausgewogener, einfachgesetzlicher Regelungen praktische Konkordanz herstellen.¹⁰⁶ Nun haben die vorangegangenen Ausführungen gezeigt, dass sich dies mit Bezug auf die Erweiterung der Mitbestimmungsrechte zumindest nicht mit Sicherheit feststellen lässt. Es bleibt auch an dieser Stelle nichts anderes übrig, als die Grenzen der Regelung betriebsverfassungsrechtlicher Sachverhalte aus den dem Tarifvertragssystem immanenten Wertungen abzuleiten. Dabei ist das durch Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG vorgezeichnete Regel-Ausnahme-Verhältnis zu beachten: Grundsätzlich besteht die Befugnis zur Regelung betriebsverfassungsrechtlicher Fragen, ausnahmsweise kann sie eingeschränkt werden. Es ist also nunmehr von der „Eingriffsebene“ aus zu untersuchen, inwiefern die Tarifautonomie dahingehend Einschränkungen erfahren kann. Zweifel können hier aus zwei unterschiedlichen Blickwinkeln aufkommen: eines (potenziellen) Eingriffs in die unternehmerische Freiheit und hinsichtlich der Stellung der „Außenseiter“.

Wendet man sich zunächst der unternehmerischen Freiheit zu, so ergeben sich bereits Zweifel an der Eingriffsqualität im Fall der Erweiterung der Mitbestimmungsrechte. Immerhin hat der Arbeitgeber diese entweder durch selbständigen Abschluss eines Haustarifvertrags oder aber – im Fall des Verbandstarifvertrags – qua Mandatierung legitimiert.¹⁰⁷ Freilich kann man dies unter Rekurs auf die Erstreikbarkeit des Tarifvertrags kritisch sehen. Und in der Tat wird die Erstreikbarkeit solcher Tarifverträge

-
- 105 Vgl. *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 101. EL Mai 2023, Art. 9 Rn. 351 ff.
- 106 Eindringlich BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290, 368.
- 107 Zur tariflichen Normsetzung als Ausfluss „kollektiv ausgeübter Privatautonomie“ vgl. BAG 14.10.1997 – 7 AZR 811/96, AP TVG § 1 Tarifverträge: Metallindustrie Nr. 155 unter I 3 b; BAG 25.2.1998 – 7 AZR 641/96, AP TVG § 1 Tarifverträge: Luftfahrt Nr. 11 unter 3 a; BAG 30.8.2000 – 4 AZR 563/99, AP TVG § 4 Geltungsbereich Nr. 25 unter I 2 b; BAG 7.6.2006 – 4 AZR 316/05, AP BGB § 611 Hausmeister Nr. 15 Rn. 30; ausführlich ferner *Bayreuther* (Fn. 59), S. 55 ff.; *Löwisch/Rieble* (Fn. 91), Grundlagen Rn. 30 ff.; *Hartmann* (Fn. 103), S. 162 ff.

in der Literatur für problematisch gehalten. Dies jedoch weniger unter einem individualbezogenen, sondern vielmehr unter einem „gesamtgesellschaftlichen“ Aspekt.¹⁰⁸ Was die individualbezogene Komponente angeht, wird man davon ausgehen müssen, dass die Erstreikbarkeit nichts an dem Umstand ändert, dass der Abschluss des Tarifvertrags von der Rechtsordnung als Akt der Freiwilligkeit betrachtet wird. Schließlich dient der Arbeitskampf gerade der Herstellung der Vertragsparität, was dazu führt, dass die Rechtsordnung von der „typisierten, gleichen Augenhöhe“ der Tarifvertragsparteien ausgeht.¹⁰⁹ Die eher gesamtgesellschaftliche Perspektive knüpft zwar nicht hieran an, setzt aber voraus, dass die Befriedung überhaupt intendiert ist. Das lässt sich aber – wie erläutert – nicht mit Sicherheit ermitteln. Soweit man dies anders sieht, bliebe immer noch zu erwägen, ob auf Ebene des Arbeitskampfrechts Restriktionen vorzunehmen sind. Da dies aber eine spezifisch arbeitskampfrechtliche Frage ist, soll sie hier nicht weiter vertieft werden. Im Ergebnis kann jedenfalls die unternehmerische Freiheit nicht gegen eine Erweiterung der Mitbestimmungsrechte durch Tarifvertrag ins Feld geführt werden.

Wesentlich schwerer wiegen jedoch die Bedenken, die sich aus der Rechtsstellung der Außenseiter ergeben. Dabei soll an dieser Stelle darauf verzichtet werden, auf die seit Jahrzehnten bestehende Kontroverse über die Legitimationsgrundlagen betriebs- und betriebsverfassungsrechtlicher Normen in voller Breite einzugehen, sondern der Fokus darauf gerichtet werden, was im hiesigen Kontext die besondere Virulenz des Problems hervortreten lässt.

Bekanntermaßen entfalten betriebsverfassungsrechtliche Normen nach § 3 Abs. 2 TVG Geltung für alle Betriebe, deren Arbeitgeber tarifgebunden ist. Die Geltung erfasst damit auch die „Außenseiter“, also diejenigen Arbeitnehmer, die die Geltung nicht durch Mandatierung privatautonom legitimiert haben. Legt man nun die von der h.M. präferierte weite Definition betriebsverfassungsrechtlicher Normen zugrunde, umfassen solche neben der Einrichtung und Organisation der Betriebsvertretung auch deren Befugnisse und Rechte.¹¹⁰ Das heißt: Wird ein Mitbestimmungsrecht

108 Anknüpfend an den Umstand, dass dadurch das Gesetz seine im Bereich der Betriebsverfassung befriedende Wirkung verlieren würde *Raab*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), vor § 92 Rn. 26; *Säcker*, ZfA 1972 Sonderheft, S. 147.

109 *Lerch/Weinbrenner*, NZA 2011, 664, 665 nehmen daher auch an, dass die Ausweitung der Mitbestimmungsrechte mit Blick auf das Verhältnis von Arbeitgeber und Betriebsrat „unbedenklich“ sei.

110 *Franzen*, in: ErfK (Fn. 18), § 1 TVG Rn. 48; das BAG hat es bislang vermieden, den Begriff der betriebsverfassungsrechtlichen Normen zu definieren, lässt aber erkennen, dass es den „Umsetzungsmodus“ als entscheidend für die Zuordnung zu einer bestimmten Normgruppe erachtet, vgl. etwa BAG 18.8.1987 –

durch Tarifvertrag erweitert, trifft dies im Ergebnis alle Arbeitnehmer des Betriebes, unabhängig von ihrer Gewerkschaftszugehörigkeit. Unabhängig von der Legitimationsfrage könnte man annehmen, dies sei nun einmal im System angelegt. Dass es so einfach nicht ist, zeigt sich, wenn man den materiellen Kerngehalt jener Regelungen genauer betrachtet. Geht es um die Erweiterung der Mitbestimmung, liegen zwar formell betriebsverfassungsrechtliche Normen vor, materiell handelt es sich aber im Fall der personellen Angelegenheiten um Abschluss-, Inhalts-, oder Beendigungsnormen, im Fall der sozialen Angelegenheiten häufig um Betriebsnormen. Zwar knüpfen die Normen nicht unmittelbar an den Inhalt des Arbeitsverhältnisses an, die Regelungen, die auf Grundlage des erweiterten Mitbestimmungsrechts getroffen werden, entfalten aber genau diese Wirkung. Gerade dann, wenn sich betriebsverfassungsrechtliche Normen als „verkappte“ Abschluss-, Inhalts- oder Beendigungsnormen darstellen, ist Skepsis geboten, da die Tarifvertragsparteien durch Zwischenschaltung des Betriebsrats eine Erweiterung des Kreises der Normunterworfenen herbeiführen können, die ihnen normalerweise verwehrt wäre.¹¹¹ Eine Lösung des Problems kann auf zweierlei Arten bewerkstelligt werden. Zum einen könnte man erwägen, materielle Abschluss-, Inhalts- und Beendigungsnormen aus dem Anwendungsbereich betriebsverfassungsrechtlicher Normen herauszudefinieren, indem man auf die tatsächliche Rechtswirkung und nicht auf den Umsetzungsmodus abstellt.¹¹² Hierfür sprechen durchaus gewichtige Gründe, indes stellt sich dann ein Folgeproblem. Würde man es hierbei belassen, wäre es den Tarifvertragsparteien verwehrt, Erweiterungen der Mitbestimmung für ihre Mitglieder zu vereinbaren. Zumindest dann, wenn man im gleichen Atemzug nicht auch die grundsätzliche Systematik der Abschluss-, Inhalts- und Beendigungsnormen völlig neu denkt. Denn wird der „Umsetzungsmodus“ der Erweiterung der Mitbestimmung gewählt, mangelt es an einer unmittelbaren Einwirkung auf das Individualarbeitsverhältnis. Normen, die die Erweiterung der Mitbestimmung zum Gegenstand haben, können schwerlich als „Individualnormen“ klassifiziert werden. Vorzugswürdig, wenn auch nicht völlig „problemfrei“, dürfte ein anderes Vorgehen sein, das hier schlagwortartig mit „Begrenzung der Tarifautonomie durch die Betriebsautonomie“¹¹³ umschrieben werden soll. Bedienen sich die Betriebsparteien des

– 1 ABR 30/86 (Fn. 91), unter B III 2 b; krit. hierzu *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, 2002, S. 356 ff.

111 *Giesen* (Fn. 110), S. 356 ff.

112 *Giesen* (Fn. 110), S. 356 ff.

113 Ähnlich *Schwarze*, Der Betriebsrat im Dienst der Tarifvertragsparteien, 1991, S. 166 ff., der allerdings „umgekehrt“ vorgeht und die Legitimationsgrundlage für die Setzung betriebsverfassungsrechtlicher Normen im BetrVG sucht. Die Betriebsverfassung fungiert bei *Schwarze* also als Grundlage und nicht – wie

Betriebsrats als Hilfsinstrument, um eine Normgeltungserstreckung auf nicht Organisierte herbeizuführen, müssen sie sich auch an den Kompetenzbeschränkungen des Hilfsinstruments festhalten lassen.¹¹⁴ Die Möglichkeit zur Erweiterung der Mitbestimmungsrechte folgt systematisch dann derjenigen durch Betriebsvereinbarung. Das wiederum heißt: Die gegenständliche, also quantitative Erweiterung ist in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung als grundsätzlich zulässig anzusehen, weil auch die Betriebsparteien hierzu in der Lage sind. Dieses Ergebnis hätte man freilich in den meisten Fällen auch auf umgekehrten, also „isoliert tarifrechtlichem“ Weg erreichen können, da zwar auch in diesem Fall materielle Wirkung und formelles Gewand auseinanderfallen, es im Bereich der gegenständlichen Erweiterung aber zumeist um den Bereich der sozialen Angelegenheit geht. In diesem Fall liegen häufig ohnehin materielle Betriebsnormen vor, die ebenfalls nach § 3 Abs. 2 TVG Geltung für die Außenseiter beanspruchen. „Voll zu Buche“ schlägt die hier verfochtene These aber bei der Erweiterung der Mitbestimmung im Bereich der personellen Angelegenheiten. Hier gilt es nach dem oben vorgestellten System zu verfahren, so dass bei Mitbestimmungsrechten mit kollektivpartizipatorischem Charakter eine Erweiterung grundsätzlich ausscheidet, bei solchen mit (primär) individualschützendem Charakter jedoch zulässig ist, soweit der individualschützende Teil des Mitbestimmungsrechts betroffen ist. Daher sind die Tarifvertragsparteien bspw. befugt eine Regelung zu schaffen, die vorsieht, dass eine Kündigung der Zustimmung des Betriebsrats bedarf.¹¹⁵ Kaum überzeugend ist es hingegen, wenn außerhalb der bloß „verfahrensmäßigen“ Erweiterung die Mitbestimmung nach § 99 BetrVG modifiziert wird.¹¹⁶ Werden bloße Verfahrensvorschriften modifiziert, bestehen hingegen keine Bedenken, wenn dies durch Tarifvertrag erfolgt. Nicht verschwiegen werden soll allerdings, dass sich auch nach dem hier vertretenen Ansatz gewisse Zweifelsfragen ergeben, wenn man die gewerkschaftsangehörigen Arbeitnehmer wieder mit in den Blick nimmt. Es spricht – wie erwähnt – nichts dagegen, eine umfassende Erweiterung der

hier – als Begrenzung; krit. zum Begründungsansatz von *Schwarze Giesen* (Fn. 110), S. 366 ff.; bzgl. der Betriebsnormen s. auch *H. Hanau*, RdA 1996, 158, 172 ff.

114 *Wiese*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), § 87 Rn. 14; wohl auch *Weyand*, AuR 1993, 1, 11; im Ausgangspunkt ähnlich *Hartmann* (Fn. 103), S. 312, der im Anschluss an *Lobinger*, RdA 2011, 76, 80 nach dem Schutzgut des betroffenen Mitbestimmungsrechts differenziert.

115 BAG 21.6.2000 – 4 AZR 379/99 (Fn. 91), unter II 4 a; *Däubler*, in: DKW (Fn. 1), Einleitung Rn. 90; *Fitting* (Fn. 1), § 102 Rn. 132; *Hartmann* (Fn. 103), S. 315; a.A. *Raab*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), vor § 92 Rn. 26 f.; *Huke*, in: HWGNRH (Fn. 1), § 102 Rn. 231; krit. auch *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 16), § 102 Rn. 316.

116 Vgl. Fn. 84.

Mitbestimmungsrechte anzunehmen, wenn diese nur die Gewerkschaftsmitglieder trifft. Subsumiert man solche Regelungen weiterhin unter die betriebsverfassungsrechtlichen Normen, stellt sich die Frage, ob die Tarifvertragsparteien abweichend von § 3 Abs. 2 TVG eine Geltung exklusiv für Gewerkschaftsmitglieder vorsehen können. Ansatzpunkt hierfür ist der „Betriebsnormregelungswille“,¹¹⁷ über den sich das Vehikel konstruieren lässt, das eine Modifikation der Normgeltung nach § 3 Abs. 2 TVG zulässt. Hierauf soll allerdings nicht weiter eingegangen werden.

IV. Ergebnis

Die Ausführungen haben ergeben, dass die Beteiligungsrechte des BetrVG durchaus der Modifikation zugänglich sind, allerdings in einem geringeren Umfang, als dies von der herrschenden Ansicht angenommen wird. *De lege ferenda* muss das freilich nicht so bleiben. Auch nach dem hier vertretenen Modell wäre es ohne weiteres möglich, weitere Öffnungsklauseln zu schaffen, die als Flexibilisierungsinstrumente dienen können. Die Betriebsverfassung in ihrer konkreten Ausformung ist nicht „in Stein gemeißelt“. Indes obliegt es der Entscheidung des Gesetzgebers, inwiefern er in das etablierte Gefüge der Betriebsverfassung eingreifen möchte. Der mit dem Betriebsverfassungsrecht Befasste sollte hier nicht „übergriffig“ werden, sondern sich des methodischen Handwerkszeugs vergewissern, mithilfe dessen Flexibilisierungspotenzial auch im geltenden Recht ermittelt werden können, ohne den gesetzlichen Rahmen zu überdehnen.

¹¹⁷ Vgl. Löwisch/Rieble (Fn. 91), § 1 Rn. 97, 503 ff.; krit. zu einer solchen Beschränkung wohl Schwarze (Fn. 113), S. 187 f., der anmerkt, dass der Betriebsrat der ganzen Belegschaft gegenüber verpflichtet sei.

Diskussion*

In der von Prof. Dr. *Abbo Junker* (ZAAR, München) geleiteten Diskussion fragte *Jana Maria Siemens-Behn* (Unilever Deutschland Holding GmbH, Hamburg), wo der Referent aus betrieblicher Sicht die größten Chancen für eine Modifikation der Mitbestimmungsrechte sehe. Hier führte der Referent die sozialen Angelegenheiten (§§ 87 ff. BetrVG) an und nannte als Beispiel die Mitbestimmung über die Lage der Arbeitszeit sowie deren vorübergehende Verlängerung und Verkürzung (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG).

Auf Nachfrage von Prof. *Junker* betonte Frau *Siemens-Behn*, dass in ihrem Unternehmen die Modifikation der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats über technische Einrichtungen im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG eine herausragende Rolle spiele. Der Referent bestätigte, dass es sich hier in der Tat um einen wichtigen Anwendungsfall seines Referatsthemas handle. Zwar habe das Mitbestimmungsrecht auch eine individualschützende Funktion, aber der betriebliche Zweck rechtfertige Mitbestimmungsvereinbarungen.

Prof. Dr. *Richard Giesen* (ZAAR, München) stellte fest, dass der Referent in seinem Vortrag dogmatisch hergeleitet habe, was die meisten Praktiker wohl schon intuitiv täten. Er stellte die Frage, ob die Argumentation des Referenten dort an ihre Grenzen stoße, wo die von ihm hergeleitete Akzessorietät zum Direktionsrecht des Arbeitgebers nicht greife. Der Referent entgegnete, dass eine normative Korrektur unter Umständen nicht auszuschließen sei.

Prof. Dr. *Hans Hanau* (Helmut-Schmidt-Universität Hamburg) äußerte „höfliche Kritik“ an der Argumentation des Referenten: Seiner Auffassung nach könnten private Parteien die Mitbestimmung nie erweitern; das obliege allein dem Gesetzgeber. Er zweifelte den Ansatz des Referenten an, die Erweiterung der Mitbestimmung über das Weisungsrecht herzuleiten. Der Referent betonte, dass er die Herleitung individualperspektivisch aufgeklärt habe, während Prof. *Hanau* offenbar einem kollektivistischeren Ansatz folge.

Der Referent verwies auf Nachfrage von *Klaus Weczerka* (Evonik Industries AG, Essen) auf die Möglichkeit der Delegation von Betriebsratsaufgaben auf den Gesamtbetriebsrat. Allerdings gehöre das nicht mehr zum Thema der Modifikation der Mitbestimmungsrechte, sondern zu den Ver-

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ref. iur. *Wencke Salmen*.

einbarungen über die Organisation der Betriebsverfassungen. Dies sei in erster Linie das Thema des Nachmittags.

Prof. *Junker* dankte Herrn *Weczerka* für die Überleitung zu den Themen des Nachmittags und schloss die zweite Sitzung mit einem Dank an den Referenten und die Diskutanten.

Betriebsstrukturvereinbarungen nach § 3 BetrVG

Marco Ferme

	Seite
I. Einleitung.....	64
1. Einführung.....	64
2. Erklärung der Bedeutung von Betriebsstrukturvereinbarungen nach § 3 BetrVG.....	64
II. Rechtliche Grundlagen von Betriebsstrukturvereinbarungen.....	65
1. Grundlagen zu § 3 BetrVG.....	65
a) Das BetrVG und seine Bedeutung für die Mitbestimmung in Unternehmen.....	65
b) Die Struktur des § 3 BetrVG.....	65
c) Wesentliche Entscheidungen des BAG zu § 3 BetrVG.....	67
2. Definition und Zweck von Betriebsstrukturvereinbarungen nach § 3 BetrVG.....	79
a) Die „Betriebsstrukturvereinbarung“.....	79
b) Ziele von Betriebsstrukturvereinbarungen.....	79
c) Bedeutung von Betriebsstrukturvereinbarungen für Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretungen.....	79
3. Voraussetzungen für den Abschluss einer Betriebsstrukturvereinbarung nach § 3 BetrVG.....	80
a) Materielle Voraussetzungen.....	80
b) Formelle Voraussetzungen.....	80
4. Inhalt einer Betriebsstrukturvereinbarung nach § 3 BetrVG.....	80
a) Gestaltungsspielräume?.....	83
5. Rechtsfolgen einer Betriebsstrukturvereinbarung nach § 3 BetrVG.....	89
a) Mitbestimmungsrechtliche Auswirkungen.....	89
b) Umgang mit Anfechtungsverfahren?.....	90
c) Auswirkung von Statusverfahren gem. § 18 Abs. 2 BetrVG.....	92
d) Rechtliche Probleme durch unterschiedlichen Betriebsbegriff.....	93
III. Fazit.....	94
Diskussion.....	95

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Gestaltung der betrieblichen Mitbestimmung* (München 2024), S. 63-94

I. Einleitung

1. Einführung

Aufgrund der Komplexität in größeren Unternehmen, bedingt

- entweder durch eine hohe Anzahl an räumlich gestreuten Betrieben/
Betriebsteilen
- oder aber aufgrund der organisatorischen, strukturellen Aufstellung
und Aufteilung von Unternehmen/Konzernen in Sparten/Divisionen
- oder aufgrund von Matrix-Strukturen

entsteht in der Praxis ein nicht unerheblicher Bedarf daran, dass losgelöst von der gesetzlichen Betriebsstruktur nach §§ 1, 4 BetrVG ein Gleichlauf mit der Organisationsstruktur des Unternehmens/des Konzerns herbeigeführt wird.

Zudem ist nicht immer gewährleistet, dass selbst in Unternehmen, in denen einige Betriebe Betriebsräte haben, auch wirklich jeder Betrieb tatsächlich einen Betriebsrat hat. Vielmehr entsteht oft in der Praxis ein Vakuum der Mitbestimmung, da die Anzahl der betriebsratslosen Betriebe tendenziell (oft auch wegen der demographischen Entwicklung) steigt.

Insoweit kommt der Möglichkeit einer Betriebsstrukturvereinbarung nach § 3 BetrVG eine wichtige Bedeutung in der Praxis zu. Gleichwohl ist vorab festzuhalten, dass die Anforderungen an Betriebsstrukturvereinbarungen und damit an abweichende Regelungen gemäß § 3 BetrVG, mit denen vom eigentlichen Betriebsbegriff des BetrVG abgewichen wird, nicht unerhebliche Anforderungen unterliegen.

2. Erklärung der Bedeutung von Betriebsstrukturvereinbarungen nach § 3 BetrVG

Das Ziel der sogenannten Betriebsstrukturvereinbarungen nach § 3 BetrVG ist es, primär durch Tarifvertrag – und in Ausnahmefällen auch durch Betriebsvereinbarung oder unter bestimmten Ausnahmen auch durch Stimmenmehrheit der Arbeitnehmer – abweichende Regelungen hinsichtlich des Betriebsbegriffs oder der Einführung zusätzlicher betriebsverfassungsrechtlicher Gremien oder zusätzlicher betriebsverfassungsrechtlicher Vertretungen der Arbeitnehmer zu treffen. Das gesetzgeberische Ziel von § 3 BetrVG in der Fassung zur Reform des BetrVG 2001 ist es, für bestimmte Ausnahmesituationen durch abweichende Regelungen einen Gleichlauf zwischen der unternehmerischen Leitungsmacht einerseits und der Verortung des mitbestimmungsrechtlichen Ansprechpartners andererseits zu ermöglichen.

Der Gesetzgeber verfolgt das Ziel, dass sichergestellt wird, dass die Beteiligungsrechte von Betriebsräten auch dort von der Zuständigkeit her vertreten werden, wo auch die Arbeitgeberseite ihre Leitungsmacht ausübt und wo die wesentlichen unternehmerischen Entscheidungen getroffen werden. Gerade bei betriebsratslosen Betrieben, Sparten/Divisionsstrukturen oder Matrix-Strukturen ist in der Praxis oft ein Auseinanderfallen festzustellen.

II. Rechtliche Grundlagen von Betriebsstrukturvereinbarungen

1. Grundlagen zu § 3 BetrVG

a) Das BetrVG und seine Bedeutung für die Mitbestimmung in Unternehmen

Das BetrVG ist eine wichtige und wesentliche Säule für die Mitbestimmung in Unternehmen. Gerade auch bei aktuellen Themen wie „Umgang mit Krisen“, oder notwendigen Veränderungsprozessen (Stichwort Transformation) zeigt sich, wie wichtig eine gut funktionierende Mitbestimmung ist.

Hierin liegen für das Unternehmen sehr wichtige Fragestellungen, von der die individuelle datenschutzrechtliche Einwilligung ersetzende kollektivrechtliche Vereinbarung bis hin zu betrieblichen Vergütungsordnungen zur Bewältigung von Krisen (von Betriebsferien über Kurzarbeit bis hin zu Restrukturierungen) abhängt, da die Mitbestimmung auch in der unternehmerischen Gestaltungshoheit eine tragende Rolle einnimmt.

b) Die Struktur des § 3 BetrVG

aa) Gesetzliche Ausgangslage bis zur Einführung des § 3 BetrVG n.F.

Die heutigen Gestaltungsmöglichkeiten für Betriebsstrukturvereinbarungen nach § 3 BetrVG unterscheiden sich wesentlich von den Regelungen nach § 3 BetrVG a.F.

Bis zur Reform des BetrVG 2001 konnten durch Tarifvertrag lediglich

- zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretungen der Arbeitnehmer bestimmter Beschäftigungsarten oder
- Arbeitsbereiche (Arbeitsgruppen) geschaffen werden (Nr. 1)
- und die Errichtung einer anderen Vertretung der Arbeitnehmer nur für Betriebe vorgesehen werden, in denen wegen ihrer Eigenart der Errichtung von Betriebsräten besondere Schwierigkeiten entgegenstanden (Nr. 2).

Außerdem waren die Tarifvertragsparteien ermächtigt, die Zuordnung von Betriebsteilen und Nebenbetrieben abweichend vom Gesetz zu regeln, soweit dadurch die Bildung von Vertretungen der Arbeitnehmer erleichtert wird (Nr. 3). Diese Tarifverträge unterlagen der Zustimmung der obersten Arbeitsbehörde des Landes bzw. bei Tarifverträgen, deren Geltungsbereich mehrere Länder berührten, der Zustimmung des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung (Abs. 2 a.F.).

bb) Fallgestaltungen nach § 3 BetrVG (tariflich, betrieblich, Gegenstand von Betriebsstrukturvereinbarungen)

Gemäß § 3 BetrVG obliegt die Schaffung vom Grundgedanken des Betriebs gemäß §§ 1, 4 BetrVG abweichender Betriebsstrukturen gemäß § 3 Abs. 1 BetrVG primär den Tarifvertragsparteien. Nur in Ausnahmefällen, das heißt, wenn keine tarifliche Regelung besteht und auch kein anderer Tarifvertrag gilt, können in bestimmten Fällen abweichende Regelungen durch Betriebsvereinbarung getroffen werden. Sollte weder eine Tarifbindung noch ein Betriebsrat im Unternehmen bestehen, können die Arbeitnehmer mit Stimmenmehrheit sogar die Wahl eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats beschließen.

Folgende Fallgestaltungen sind damit möglich:

- Die Schaffung neuer Betriebsstrukturen obliegt primär den Tarifvertragsparteien.
- § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats oder Zusammenfassung von Betrieben)
- § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG (Bildung von produkt- oder projektbezogenen Spartenbetriebsräten)
- § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG (Bildung von anderen Arbeitnehmervertretungsstrukturen oder andere Formen der Zusammenarbeit)
- § 3 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG (zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Gremien – Arbeitsgemeinschaften)
- § 3 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG (zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretungen der Arbeitnehmer)
- Regelungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4 und 5 BetrVG können bei Tariffreiheit auch durch Betriebsvereinbarung vereinbart werden.
- Der unternehmenseinheitliche Betriebsrat nach § 3 Abs. 1 Nr. 1a BetrVG kann auch bei Tariffreiheit und Betriebsratslosigkeit durch Beschluss der Arbeitnehmer begründet werden.

Gemäß § 3 Abs. 5 BetrVG sind alle entsprechend § 3 Abs. 1 Nr. 1-3 BetrVG „gebildeten betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheiten“ Betriebe im Sinne des BetrVG. Insoweit finden hierauf die im BetrVG geregelten gesetzlichen Rechte und Pflichten in Bezug auf den Betriebsrat und die Rechtsstellung seiner Mitglieder Anwendung.

Insoweit führt dies zu einer rechtlichen Neubewertung des betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriffs. Unberührt hiervon bleibt jedoch der kündigungsschutzrechtliche Betriebsbegriff, so dass im Fall von Betriebsstrukturvereinbarungen gemäß § 3 BetrVG der betriebsverfassungsrechtliche Betriebsbegriff zu einem weitergehenden Betrieb führt als dies nach dem kündigungsschutzrechtlichen Betriebsbegriff der Fall sein wird.

Dies bedeutet, dass auch bei Nichtvorliegen einer Betriebsänderung gemäß § 111 BetrVG in Verbindung mit § 17 KSchG mangels Erreichens der Schwellenwerte dennoch die Notwendigkeit einer Massenentlassungsanzeige gemäß § 17 KSchG in den jeweiligen kündigungsschutzrechtlichen Betrieben notwendig sein kann. Zudem würde auch eine Sozialauswahl nach wie vor nur im kündigungsschutzrechtlichen Sinn betriebsbezogen erfolgen müssen, nicht jedoch für den entsprechend § 3 Abs. 1 Nr. 1-3 BetrVG gebildeten Betrieb.

Damit ist die den Tarifvertragsparteien eröffnete Gestaltungsmöglichkeit vorrangig, so dass die Betriebsparteien eine solche Gestaltungsmöglichkeit nur wahrnehmen können, wenn keine tarifliche Regelung besteht und auch kein anderer Tarifvertrag gilt. Geht es um die Einführung „anderer Arbeitnehmervertretungsstrukturen“, ist ihnen diese Gestaltungsmöglichkeit sogar versagt. Der Tarifvorbehalt reicht hier deshalb wesentlich weiter als im § 77 Abs. 3 BetrVG.

Die Belegschaft wird nur ausnahmsweise bei der Gestaltung abweichender Vertretungsstrukturen einbezogen. Nur dann, wenn kein Tarifvertrag über einen unternehmenseinheitlichen Betriebsrat besteht und im gesamten Unternehmen kein Betriebsrat gebildet ist, können die Arbeitnehmer die Wahl eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats beschließen.

c) Wesentliche Entscheidungen des BAG zu § 3 BetrVG

Hinsichtlich § 3 BetrVG existiert eine sehr überschaubare Anzahl an Entscheidungen des BAG. Dies mag darauf beruhen, dass in der Praxis die Betriebsstrukturvereinbarungen nur selten gerichtlich überprüft werden, da diese konsensual vereinbart werden und es damit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretungen ein gemeinsames Verständnis gibt. Dennoch ist bei der Implementierung von Betriebsstrukturvereinbarungen auch in der Beratung wichtig, dass die Ziele einer Betriebsstrukturvereinbarung auch davon abhängen, dass diese rechtssicher vereinbart werden. Insoweit stellen sich auch in der anwaltlichen Beratung immer folgende Fragestellungen:

- Wann erfüllt eine neue Betriebsstruktur die Anforderung einer sachgerechten Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer?
- Welche Bedeutung kommt dem Kriterium der Ortsnähe zu?

- Was ist der Prüfungsmaßstab des Arbeitsgerichts? Nur Vorher-Nachher-Vergleich oder Abgleich mit theoretisch denkbaren, weiteren Optionen?
- Wann ist eine Interessenvertretung wirksam und zweckmäßig? Muss diese besser als die gesetzliche Regelung sein?
- Was ist Tariffreiheit im Sinne des § 3 Abs. 2 BetrVG?

Das BAG hatte sich erstmals 2009 mit der Kontrolle einer Betriebsstrukturvereinbarung befasst¹. In dieser Entscheidung ging es primär um verfassungsrechtliche Fragestellungen, die zwischenzeitlich gelöst sind, und um die Begründung eines Tarifvertrags eines regionalen Betriebsrats gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BetrVG. Bereits in dieser Entscheidung hat das BAG jedoch betont, dass der Gesetzgeber insoweit einen Handlungsspielraum eröffnen wollte für eine vom Gesetz abweichende Bildung von Arbeitnehmervertretungen und zudem die schwammigen Kontrollbegriffe auslegungsbedürftig sind.

Die erste maßgebliche Entscheidung ist die des BAG vom 13.3.2013². In dieser Entscheidung hat der Senat einen durch Tarifvertrag bewirkten unternehmensübergreifenden Regionalbetriebsrat im Konzern nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG („andere Arbeitnehmervertretungsstruktur“) geprüft und betont, dass der Gestaltungsspielraum der Tarifparteien nicht allzu weit greifen dürfe – auch zum Schutze nicht repräsentierter Arbeitnehmer. Unabhängig haben die Tarifvertragsparteien einen „Beurteilungs- oder/und Gestaltungsspielraum“, wobei die vom Gesetz abweichende Struktur zur Vertretung der Arbeitnehmerinteressen „besser geeignet“ sein muss als die gesetzliche Regelung.

Die Vereinbarung eines Regionalbetriebsrats wurde bereits deshalb im Rahmen eines *obiter dictum* als unwirksam angesehen, da aufseiten der Arbeitgeberin keine Regionalleitungsebene der beteiligten Unternehmen bestand und damit der gewillkürte Betriebsrat keinen Ansprechpartner hatte.

So hat das BAG Folgendes entschieden:

„Auch unter Berücksichtigung des den Tarifvertragsparteien zustehenden Beurteilungs- und Gestaltungsspielraums ist nicht erkennbar, dass die Bildung von Regionalbetriebsräten und die Richtung eines unternehmensübergreifenden Gesamtbetriebsrats Bezug zur organisatorischen, kooperativen oder in ihrer Wertung ähnlichen Rahmenbedingungen auf Seiten der den TV EBS 2004 schließenden Unternehmen aufweisen. Im Gegenteil: Genau der Aspekt, der für die Dienlichkeit der Tarifgestaltung streiten könnte, lag bei Abschluss des TV EBS 2004 nicht (mehr) vor. In diesem Zeitpunkt war die Regionalstruktur und Regionalleitungsebene der beteiligten Unternehmen aufgegeben worden. Die offensichtlich von den Tarifvertragsparteien noch mit dem CV EBS 2002 be-

1 BAG 29.7.2009 – 7 ABR 27/08, BAGE 131, 277 = NZA 2009, 1424 Rn. 16 ff.

2 BAG 13.3.2013 – 7 ABR 70/11, BAGE 144, 290 = NZA 2013, 738 Rn. 38.

zweckte Kongruenz von Regionalbetriebsräten und tatsächlichen Entscheidungsträgern auf Seiten der Unternehmen war damit von vornherein nicht – mehr – zu erreichen.“

Zudem hat das BAG auch klargestellt, dass eine Verkennung des Betriebsbegriffs auch im Falle einer unwirksamen Betriebsstrukturvereinbarung gemäß § 3 BetrVG nicht zur Nichtigkeit einer Betriebsratswahl führt, sondern nur über eine Wahlanfechtung geltend gemacht werden kann.

In einer weiteren Entscheidung aus April 2013³ prüfte das BAG eine Gesamtbetriebsvereinbarung über einen unternehmenseinheitlichen Betriebsrat. Hier wurde eine vorangegangene Betriebsvereinbarung über zwei Regionalbetriebsräte (Nord und Süd) durch einen unternehmenseinheitlichen Betriebsrat abgelöst. In dieser Entscheidung konkretisierte das Gericht die Sachdienlichkeitsprüfung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Maßgeblich ist daher die Entscheidungsnähe des gewillkürten Betriebsrats. Ein unternehmenseinheitlicher Betriebsrat solle dort sitzen, „wo die wichtigen Entscheidungen im Betrieb getroffen werden“⁴. Nach dem BAG komme es darauf an, ob die „Entscheidungskompetenzen in beteiligungspflichtigen Angelegenheiten zentral auf Unternehmensebene angesiedelt sind“. Demgegenüber wird als negativer Aspekt berücksichtigt, ob der gewillkürte Betriebsrat auch das Kriterium der „Ortsnähe“ erfüllt und damit ein Kontakt zur Belegschaft gewährleistet ist.⁵

In dieser Entscheidung hat das BAG zudem betont, dass die Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats auch insbesondere damit begründet werden kann, wenn betriebsratslose Einheiten der Mitbestimmung zugeführt werden und damit die Bildung von Betriebsräten erleichtert wird. Zugleich schränkte das BAG dies jedoch mit Blick auf das Kriterium der „Ortsnähe“ wie folgt ein:

„Allerdings ist die Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats dann vom Zweck der Regelung nicht mehr gedeckt, wenn die Erleichterung der Bildung von Betriebsräten ohne Weiteres bereits zu einer Zusammenfassung von Betrieben nach § 3 I Nr. 1 Buchst. b i.V.m. Abs. 2 BetrVG erreicht werden kann und sich demgegenüber die Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats als ersichtlich weniger sachgerechte Lösung darstellt. Bei der Wahl zwischen den sich aus § 3 I Nr. 1 Buchst. a und 6 BetrVG ergebende Möglichkeiten haben die Betriebsparteien ebenfalls den Grundsatz zur Ortsnähe zu berücksichtigen.“⁶

Das Kriterium der „Ortsnähe“ unterstreicht damit die gesetzgeberische Zielsetzung, wonach Arbeitnehmervertretungsstrukturen nicht nur in der Nähe der Entscheidungskompetenzen gebildet werden sollen, sondern

3 BAG 24.4.2013 – 7 ABR 71/11, BAGE 145, 60.

4 BT-Drs. 14/5741, S. 26.

5 BAG 24.4.2013 – 7 ABR 71/11 (Fn. 3), Rn. 26 ff.

6 BAG 24.4.2013 – 7 ABR 71/11 (Fn. 3), Rn. 30.

auch gerade im Sinne einer effizienten Mitbestimmung eine sachgerechte Betreuung der von dem gewillkürten betriebsratsvertretenen Arbeitnehmer erfordert. Auch wenn das BAG durch das Kriterium der „Ortsnähe“ Regionalbetriebsräten grundsätzlich einen Vorrang gegenüber dem unternehmenseinheitlichen Betriebsrat einräumt, so betont das Gericht jedoch auch, dass

„den Betriebsparteien ein Einschätzungsspielraum hinsichtlich des Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen sowie ein Beurteilungs- und ein Ermessensspielraum hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung einer Regelung“

zukommt. Die Gerichte haben jedoch die Aufgabe, zu prüfen, ob eine Betriebsstrukturvereinbarung gemäß § 3 BetrVG zu einer Verschlechterung der Mitbestimmungssituation führt.

Mit Blick auf den Wortlaut des § 3 Abs. 1 BetrVG i.V.m. den vorbenannten Entscheidungen des BAG sind daher die genannten Fragen wie folgt zu beleuchten:

- Wann erfüllt eine neue Betriebsstruktur die Anforderungen einer sachgerechten Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer?

Maßgeblich hierfür ist das Kriterium der Entscheidungsnähe (vgl. BAG 24.4.2013 – 7 ABR 71/11), welches auch nach der Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drs. 14/5741, S. 34) entscheidend ist für eine Sachdienlichkeit:

„Bei der Prüfung, ob die Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats sachdienlich ist, ist von besonderer Bedeutung, wo die mitbestimmungspflichtigen Entscheidungen im Betrieb getroffen werden. Der Gesetzgeber des Betriebsverfassungsreformgesetzes hat es im Jahr 2001 als Problem angesehen, dass einem Betriebsrat, der organisatorisch orientiert an den Betriebsformen der 70er Jahre ist, heute häufig nicht mehr dem Personalleiter „seines Betriebs“ als Verhandlungsleiter gegenübersteht (BT-Drs. 14/5741, S. 23). Der Betriebsrat müsse jedoch dort arbeiten, wo die wichtigen Entscheidungen im Betrieb getroffen werden (BT-Drs. 14/5741, S. 26). Der Gesetzgeber ist deshalb davon ausgegangen, dass sich die Wahl eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats insbesondere dort anbietet, wo die Entscheidungskompetenzen in beteiligungspflichtigen Angelegenheiten zentral auf Unternehmensebene angesiedelt sind (BT-Drs. 14/5741, S. 34). Insoweit sind für die sachgerechte Bildung für Arbeitnehmervertretungen die organisatorischen Vorgaben des Arbeitgebers maßgeblich. Sie sind nicht nur für die gesetzlichen, sondern ebenso bei den gewillkürten Vertretungsstrukturen von Bedeutung. An ihnen darf sich bei der Schaffung einer betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheit die maßgebliche Regelung orientieren (vgl. BAG 21.9.2011 – 7 ABR 54/10, BAGE 139, 197 = AP BetrVG 1972, § 3 Nr. 9 Rn. 43 für Zusammenfassung mehrerer Betriebe nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 b BetrVG durch Tarifvertrag).“

Maßgeblich ist damit, auf welcher Ebene die beteiligungspflichtigen Entscheidungen getroffen werden. Sie orientieren sich damit daran, wo die Leitungsmacht und die personellen sozialen Angelegenheiten ausgeübt werden und wo der Ursprung für mögliche Beteiligungsrechte, z.B. gemäß § 87 BetrVG, liegt. Insoweit ist Folgendes zu prüfen:

- Wer führt fachlich und disziplinarisch?
- Wo ist die Personalverantwortung verortet?
- Wer entscheidet über personelle Einzelmaßnahmen (Einstellungen, Versetzungen, Kündigungen, Abmahnungen) und wer hat insoweit das letzte Entscheidungsrecht?
- Wer trägt die Umsatz- und Ergebnisverantwortung?
- Wer setzt die Entscheidung der Geschäftsführung um?
- Wer koordiniert die Handlungen mit anderen Betrieben/Bezirken/Regionen?
- Wer entscheidet Vergütungsfragen (von der Mindestvergütung bis hin zum Bonussystem und dessen Systematik und Kennzahlen)?
- Wer entscheidet über die Implementierung von IT-Einrichtungen?
- Wer entscheidet über zusätzlichen Urlaub, die Anzeige- und Nachweispflicht im Krankheitsfall und Sozialleistungen?
- Wo werden Restrukturierungsmaßnahmen entschieden?
- Wo werden Arbeitszeitfragen entschieden, d.h. insbesondere auch die grundlegenden Arbeitszeitmodelle (Schichtsysteme, Öffnungs- und Arbeitszeiten, Werkzeuge, Lage der Pausen etc.), örtlichen Abweichungen und auch die Einführung von Kurzarbeit?
- Welche Vollmachten haben Betriebs-/Werksleiter?
- Verfügen sie über Prokura oder Handlungsvollmachten oder sind sie durch Bevollmächtigungen zeichnungsberechtigt?
- Wer entscheidet über die Erteilung von Abmahnungen oder den Ausspruch von Kündigungen, d.h. wer übt die arbeitgeberseitigen Kernkompetenzen aus?
- Wer erstellt Zwischen- oder Abschlusszeugnisse?
- Wer hat Einfluss auf die wesentlichen Betriebsmittel?
- Wer verfügt über die Verteilung des Budgets und bestimmt damit die einhergehende Zuteilung der Soll-Stärke von Mitarbeitern in den jeweiligen „Betrieben“?
- Wem obliegt die Personaleinsatzplanung?
- Wer hat insoweit die letzte Entscheidungskompetenz?
- Wer übt die Kernkompetenz hinsichtlich der arbeitsvertraglichen Gestaltungen und Vereinbarungen aus (Vertretungsregelungen, Unterschriftsberechtigung für Arbeitsverträge, vertragliche Änderungen und Zahlungen, Zeugnisse, Abmahnungen, Kündigungen, Aufhebungsverträge etc.)?

Im Ergebnis:

Auf der Ebene, auf der die wesentliche Entscheidungskompetenz liegt, spricht viel dafür, dass auf der gleichen Ebene auch die Interessen der Arbeitnehmer sachgerechter wahrgenommen werden können. Letztlich führt zwar allein der Umstand, dass die wesentlichen Entscheidungen auf Konzernebene getroffen, jedoch in den einzelnen Betrieben nur reflexartig

umgesetzt werden, nicht dazu, dass die Beteiligungsrechte eines lokalen Betriebsrats *per se* ins Leere laufen, jedoch ist die Einflussmöglichkeit eines lokalen Betriebsrats auf bereits getroffene Konzernentscheidungen deutlich reduziert, was sich meist nicht zuletzt auch aufgrund der fehlenden räumlichen Nähe zu den Entscheidungsträgern ergibt.

Aufgrund der Entscheidungsnähe dient ein gewillkürter Betriebsrat gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1-3 BetrVG daher der sachgerechten Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen, da der gewillkürte Betriebsrat auf der Ebene gebildet wird, auf der dann auch die Entscheidung zu wesentlichen personellen und sozialen Angelegenheiten getroffen werden.

- **Erleichterung bei der Bildung von Betriebsräten**

Eine Bildung eines gewillkürten Betriebsrats wäre auch dann zulässig, wenn dies der Erleichterung der Bildung von Betriebsräten dient. Ziel kann daher auch sein, dass vorhandene „weiße Flecken“ (vgl. BAG 24.4.2013 – 7 ABR 71/11) auf der Betriebsverfassungslandkarte vermieden werden:

„Nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a Alt. 1 i.V.m. Abs. 2 BetrVG kann durch Betriebsvereinbarung zudem ein unternehmenseinheitlicher Betriebsrat gewählt werden, wenn die Bildung von Betriebsräten erleichtert wird. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn andernfalls die Gefahr besteht, dass in einzelnen Betrieben oder Betriebsteilen gar kein Betriebsrat gewählt wird (vgl. *Fitting* § 3 Rn. 29 mit weiteren Nachweisen). Die Bestimmung dient dabei dem Zweck, ‚weiße Flecken‘ auf der Betriebsverfassungslandkarte zu vermeiden.“

Eine Erleichterung der Bildung von Betriebsräten besteht damit zumindest dann, wenn ein erheblicher Teil der Betriebe nicht durch einen Betriebsrat vertreten ist.

Zwar ist der Gesamtbetriebsrat im Rahmen seiner originären Zuständigkeit nach § 50 Abs. 1 Satz 1 BetrVG auch für die Filialen ohne Betriebsrat „zuständig“. Der Gesamtbetriebsrat hat aber gerade keine Ersatzzuständigkeit in betriebsratslosen Betrieben, kann die Rollen des örtlichen Betriebsrats gerade mit Blick auf personelle Einzelmaßnahmen (§ 99 BetrVG) und Kündigungen (§ 102 BetrVG) also nicht ersetzen. Auch besteht in Konstellationen, in denen ein erheblicher Teil der Betriebe betriebsratslos ist, ein erhebliches demokratisches Legitimationsdefizit eines Gesamtbetriebsrats, der in diversen Angelegenheiten unternehmensweit geltende Regelungen für alle Mitarbeiter vereinbart hat, während ein erheblicher Teil der Mitarbeiter einen Betriebsrat gewählt hat, aber ein erheblicher Teil der Mitarbeiter eben gerade keine Mitglieder im Gesamtbetriebsrat mangels Betriebsrats entsenden konnte. Die Betriebsverfassung ist auf Gleichheit der Mitbestimmungsteilhabe ausgerichtet. Der unternehmenseinheitliche Betriebsrat bewirkt eine vollständige Gleichbehandlung der Mitarbeiter und trägt damit auch dem Programmsatz des

§ 75 BetrVG Rechnung. Ein weiteres Kriterium für eine mögliche Erleichterung der Bildung von Betriebsräten mag auch sein, wenn Betriebsräte nur einköpfig sind, da derartige Betriebsratsgremien naturgemäß äußerst instabil sind. Sie hängen nur an einer Person, bei deren Weggang/Krankheit gerade keine sachgerechte Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen mehr gewährleistet ist bzw. der ganze Betriebsrat wegbricht. Dies zeigt auch anschaulich die Entwicklung in zahlreichen Unternehmen, in denen allein aufgrund des demographischen Wandels und der Verrentungswelle bisher die von einem einzigen Betriebsrat vertretenen Betriebe künftig betriebsratslos werden. Mit dem Kriterium der Erleichterung der Bildung von Betriebsräten kann auch einer rückläufigen Entwicklung von lokalen Betriebsräten entgegengewirkt werden.

- **Was ist der Prüfungsmaßstab des Arbeitsgerichts? Nur Vorher-Nachher-Vergleich oder Abgleich mit theoretisch denkbaren, weiteren Optionen?**

Allein nach dem Wortlaut des Gesetzes muss eine Betriebsstrukturvereinbarung gemäß § 3 BetrVG der sachgerechten Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen dienen, wobei sich hier die Frage stellt, auch unter Berücksichtigung der BAG-Entscheidung aus März 2013⁷,

- ob die vereinbarte Vertretung der Arbeitnehmerinteressen „besser geeignet“ sein muss als die gesetzliche und
- ob diese Bewertung dazu führt, dass das Arbeitsgericht im Prüfungsmaßstab prüfen kann, inwieweit eine sachgerechtere Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen auch durch weitere Varianten eines gewillkürten Betriebsrats im Rahmen der Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Betriebsstrukturvereinbarung gemäß § 3 BetrVG zu beachten ist. Insoweit könnte die Entscheidung des BAG aus April 2013⁸, wonach das BAG regionalen Betriebsräten einen gewissen Vorrang gegenüber dem unternehmenseinheitlichen Betriebsrat eingeräumt hat, als Argument dafür verwendet werden, dass das Arbeitsgericht prüfen soll, welche Art und damit welche Variante eines gewillkürten Betriebsratsgremiums für die Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen sachgerechter ist. Mit Blick auf die gesetzliche Zielrichtung des § 3 BetrVG und die primäre Intention der Nähe eines Betriebsrats zum mitbestimmungsrelevanten Leitungsapparat des Arbeitgebers kann diese Argumentation mit der Prüfung von weiteren Varianten nur dann verfangen, wenn die Frage, wo der mitbestimmungsrechtliche Leitungsapparat zu verorten ist, nicht eindeutig beantwortet werden kann. Letztlich betont auch das BAG, dass „den Betriebsparteien“ ein Einschätzungsspielraum hinsicht-

7 BAG 13.3.2013 – 7 ABR 70/11 (Fn. 2), Rn. 38.

8 BAG 24.4.2013 – 7 ABR 71/11 (Fn. 3).

lich des Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen sowie ein Beurteilungs- und einen Ermessensspielraum hinsichtlich der „Gestaltung einer Regelung“⁹ zukommt. Einziger Prüfungsmaßstab kann damit sein, dass die Gerichte im Rahmen einer Sachkontrolle zu prüfen haben, ob die gewillkürte Betriebsstruktur zu einer Verschlechterung der Mitbestimmungssituation der Arbeitnehmer führt. Im Ergebnis kann eine Verschlechterung der Mitbestimmungssituation dann nicht vorliegen, wenn auch in einzelnen Regionen/Bezirken keine wesentlichen mitbestimmungsrelevanten Entscheidungen getroffen werden und insoweit auch aufgrund der „weißen Flecken“ die Arbeitnehmer in den betriebsratslosen Betrieben mitbestimmungsrechtlich damit gar nicht vertreten werden und in deren Region/Bezirk nur dann eine Verschlechterung bestehen kann, wenn unterstellt würde, dass zum einen die jeweiligen Betriebe auch die Voraussetzung eines Betriebs gemäß §§ 1, 4 BetrVG erfüllt und ein Zustand der Betriebsratslosigkeit hätte anderweitig vermieden werden können.

Insoweit muss dies für die einzelnen mitbestimmungsrechtlichen Angelegenheiten bewertet werden. Eine bloße Entscheidungsbefugnis hinsichtlich z.B. Arbeitszeitgestaltung und Personaleinsatzplanung wäre damit weder ausreichend noch wesentlich, auch wäre ein fachliches Weisungsrecht von Betriebsleitern und die von diesen zu treffende Entscheidung ggf. über Dienstpläne oder Urlaubsgewährungen ebenfalls noch nicht für die Bejahung der rechtlich erforderlichen Eigenständigkeit im Sinne des § 1 BetrVG ausreichend.

Insoweit ist es auch nicht die Sache des Arbeitgebers, seine Vertretung gegenüber räumlich weit entfernten Betriebsteilen im Sinne des § 4 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu organisieren. Der Betriebsrat wird einheitlich durch alle Arbeitnehmer eines Betriebs gewählt. Maßgeblich ist insoweit nach der Rechtsprechung (BAG 24.4.2013 – 7 ABR 71/11) und der Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drs. 14/5741, S. 34), wo die mitbestimmungspflichtigen Entscheidungen im Betrieb getroffen werden. Eine Auffassung, wonach die Zulässigkeit einer abweichenden Betriebsstruktur im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG losgelöst von der Frage geprüft werden kann, wo die wesentlichen unternehmerischen Entscheidungen getroffen werden können, wäre nicht nur falsch, sondern steht auch in diametralem Widerspruch zur höchststrichterlichen Rechtsprechung und dem Willen des Gesetzgebers.

Maßgeblich ist damit, ob die Betriebs-/Tarifvertragsparteien berücksichtigt haben, welche Lösung – z.B. Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 1a BetrVG – für die Interes-

9 BAG 24.4.2013 – 7 ABR 71/11 (Fn. 3), Rn. 31.

senwahrnehmung der Arbeitnehmer „sachgerecht, nicht sachgerecht oder ersichtlich nicht sachgerecht“ ist.

Im Ergebnis ist der Prüfungsmaßstab dabei ein Vergleich der gesetzlichen zur gewillkürten Betriebsstruktur gemäß der Betriebsstrukturvereinbarung. Insoweit kommt es nicht auf hypothetische Gestaltungsvarianten an. Entscheidend ist damit, ob unter Berücksichtigung des Entscheidungs- und Beurteilungsspielraums der Betriebsräte/der Gewerkschaften mit der Betriebsstrukturvereinbarung eine Verbesserung der Mitbestimmungslage bewirkt wird.

Hierfür spricht, dass entsprechend § 3 BetrVG die Mitbestimmungslage nur verbessert, jedoch nicht optimiert werden muss. Insoweit ist eine hypothetische Gestaltungsvariante auch dem Prüfungsauftrag der Gerichte entzogen, zumal dies sowohl der Tarifautonomie bei tariflichen Betriebsstrukturvereinbarungen als auch der betrieblichen Vereinbarungsautonomie bei betrieblichen Betriebsstrukturvereinbarungen widersprechen würde. Gerade auch ein Vergleich mit dem Sachverhalt der Entscheidung des BAG aus März 2013 zeigt, dass bei dem dort zugrunde liegenden Sachverhalt der Vorher-Nachher-Vergleich in einem Vergleich der Vorher-(Nord-/Süd-Struktur) und der Nachher-Betriebsstruktur (unternehmens-einheitlicher Betriebsrat) bestand und damit auch konsequent im Rahmen der Bewertung nach § 3 BetrVG aufgrund der vorher funktionierenden Regionalstruktur auch geprüft und festgestellt werden konnte, ob ein unternehmenseinheitlicher Betriebsrat zu einer Verbesserung der Mitbestimmungslage insoweit führte.

Im Ergebnis: Entweder ist der maßgebliche Prüfungsmaßstab die gesetzliche Betriebsstruktur, oder, wenn die Entscheidung des BAG aus 2013 so verstanden wird, die zuvor geltende Betriebsstruktur, nicht jedoch kann auf hypothetische Gestaltungsvarianten zurückgegriffen werden, da dies auch der gesetzlichen Intention widersprechen würde.

Losgelöst hiervon würde sich immer zudem die Frage stellen,

- inwieweit es den Tarifvertrags-/Betriebsparteien ohnehin zustehen würde, eine bereits getroffene gewillkürte Betriebsstruktur auch wieder aufzuheben. Auch in diesem Fall wäre dann nur ein Vergleich möglich, wenn die Aufhebung und damit die Rückkehr zur gesetzlichen Betriebsstruktur ohne weitere Voraussetzung jederzeit möglich ist, auch nur bei der Schaffung einer neuen, die bisherige gewillkürte Betriebsstruktur ersetzenden Betriebsstruktur; maßgeblich wäre aber auch dann wiederum nur die gesetzlich geltende Struktur.
- Es spricht jedoch auch viel dafür, dass mit § 3 BetrVG immer nur der Vergleich zur gesetzlichen Betriebsstruktur verstanden werden kann, da der Wortlaut bereits nur „abweichende Regelungen“ zur

gesetzlichen Betriebsstruktur regeln will und es damit auf Optimierungen von bereits bestehenden gewillkürten Betriebsstrukturen nicht ankommen kann.

- **Kann es auf die Sicht von bislang bestehenden örtlichen Amtsträgern ankommen?**

Auch insoweit ist es alleinmaßgebliches Kriterium gemäß § 3 BetrVG, ob die Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen sachgerechter ist. Nicht jedoch kann es darauf ankommen, ob die einzelnen Amtsträger im Amt bleiben oder nicht. Die Frage der Amtsträgereigenschaft hängt unmittelbar mit der Definition des Betriebs zusammen und ist damit ein reiner Reflex. Auch die Formulierung in § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, wonach es für einen Spartenbetriebsrat auf die „sachgerechte Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrats“ ankommt, stellt insoweit auf das Gremium an sich ab, nicht jedoch auf die individuelle Betriebsratsmitgliedsperson.

- **Wann ist eine Interessenvertretung wirksam und zweckmäßig? Muss sie besser als die gesetzliche Regelung sein?**

Entsprechend den vorgenannten Ausführungen kommt es allein darauf an, dass eine sachgerechtere Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen bereits dann vorliegt, wenn dies zur Verbesserung einer Mitbestimmungslage führt. Auch wenn der gesetzliche Wortlaut nur von sachgerechter Wahrnehmung spricht, so hat dies das BAG in seiner Entscheidung aus März 2013 so ausgelegt, dass die Mitbestimmungslage zumindest verbessert werden muss. Die Anforderungen hieran sind m.E. bereits dann erfüllt, wenn es zu einer größeren Nähe des Betriebsrats zum mitbestimmungsrelevanten Leitungsapparat des Arbeitgebers kommt. Je näher der Betriebsrat an diesem mitbestimmungsrelevanten Leitungsapparat ist, umso mehr Einfluss hat er auch im Rahmen seiner Beteiligungsrechte auf die maßgeblichen unternehmerischen Entscheidungen.

Insoweit ist sachgerechter gleich besser, jedoch, wie zuvor erwähnt, nicht gleichzusetzen mit der Frage, was optimal im Sinne der Mitbestimmung wäre.

- **Welche Bedeutung kommt dem Kriterium der Ortsnähe zu?**

Fraglich ist insoweit, welche Bedeutung dem Kriterium der „Ortsnähe“ als gegenläufiges Kriterium zur sachgerechten Wahrnehmung der Arbeitnehmerrechte im Rahmen des § 3 BetrVG zukommt.

Grundsätzlich soll zwar die Vertretung der Belegschaft durch örtliche Betriebsräte nach dem Willen des Gesetzgebers vorrangig sein, jedoch ist gemäß § 3 Abs. 1-3 BetrVG die Möglichkeit einer Abweichung bei Vorliegen der Voraussetzungen möglich.

Ausweislich der Regierungsbegründung zur BetrVG-Reform 2001, „wird die starre Anbindung des Betriebsrats an den Betrieb als ausschließliche Organisationsbasis gelöst“ (vgl. BT-Drs. 14/5741). Sinn und Zweck der Reform des BetrVG war eben gerade, dass den Beteiligten vor Ort „weitreichende und flexible Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt werden“ sollen. Diese würden jedoch verwehrt werden, wenn man starr am Prinzip der Ortsnähe festhält und diesem Kriterium eine gesteigerte Bedeutung beigemessen wird als dem Kriterium der sachgerechten Interessenwahrnehmung der Arbeitnehmer. Insoweit wäre es auch widersinnig, dem Kriterium der Ortsnähe, dem dann nur die Zusammenfassung von Betrieben gerecht werden würde, den uneingeschränkten Vorzug zu geben, wenn – entgegen dem eindeutigen Wortlaut der Gesetzesbegründung und der Rechtsprechung (vgl. BT-Drs. 14/5741; BAG 24.4.2013 – 7 ABR 71/11) – in § 3 Abs. 3 BetrVG gerade und ausschließlich nur die Wahl eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats durch die Arbeitnehmer beschlossen werden kann, nicht jedoch die Zusammenfassung von Betrieben. Das gemäß § 3 Abs. 3 Satz 2 BetrVG erforderliche Quorum von Arbeitnehmern kann hingegen nicht eine Zusammenfassung von Betrieben beschließen. Allerdings würde insoweit das Kriterium der Ortsnähe, das gerade eine ordnungsgemäße Vertretung der Arbeitnehmer bezwecken und für eine nicht wesentlich erschwerte Erreichbarkeit der Betriebsratsmitglieder durch die Arbeitnehmer sorgen soll, völlig außer Acht gelassen werden. Die Frage der „Ortsnähe“ ist eine Thematik, die bei der Vereinbarung von Betriebsstrukturvereinbarungen gemäß § 3 BetrVG dennoch eine erhebliche Rolle spielt, und daher im Rahmen der Betriebsstrukturvereinbarung dennoch dargelegt werden muss, dass die Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen sachgerecht ist. Insoweit muss

- einerseits darauf abgestellt werden, inwieweit durch die gewillkürte Betriebsstruktur und die Nähe zum Entscheidungsträger die Mitbestimmung verbessert wird und
- andererseits der gewillkürte Betriebsrat die von ihm vertretenen Arbeitnehmer auch ausreichend betreuen und vertreten kann.

In diesem Zusammenhang wäre dann auch zu prüfen, inwieweit und in welchem Umfang im Rahmen einer Betriebsstrukturvereinbarung eine „reduzierte Ortsnähe“ durch eine weitere Gestaltung der Betriebsstruktur kompensiert werden kann. Mögliche Gestaltungsinstrumente können insoweit sein, dass

- die Betriebsparteien sich darauf verständigen, dass ein sog. „Reisebetriebsrat“ implementiert wird und im Zuge dessen alle Mitglieder des gewillkürten Betriebsrats voll freigestellt werden,
- der Betriebsrat dafür sorgt, dass auch regional zuständige Betriebsräte vor Ort präsent und idealerweise aus der Region gewählt oder für eine bestimmte Region zuständig und betreuend tätig sind,

- durch die Erleichterung der Arbeitsortswahl, wie z.B. durch eine generelle Home-Office-Möglichkeit, den Betriebsratsmitgliedern des gewillkürten Betriebsrats auch die Reisetätigkeit und Betreuungstätigkeit vereinfacht wird und
- der Betriebsrat entsprechend IT-technisch so ausgestattet ist und wird, dass auch alle Möglichkeiten der virtuellen Kontaktaufnahme von Arbeitnehmern zu den gewillkürten Betriebsratsmitgliedern vereinfacht werden und
- durch die Implementierung von sog. Kommunikationsbeauftragten ebenfalls die Kommunikationskanäle zwischen den Arbeitnehmern und den gewillkürten Betriebsratsmitgliedern vereinfacht werden.

Da die Betriebsstrukturvereinbarung in sich sachgerechter sein muss, wären insoweit auch alle vorbenannten Kompensationsregelungen im Vergleich zur gesetzlichen Betriebsstruktur mit einzubeziehen. Insoweit können die vorbenannten Kompensationsmaßnahmen auch Defizite der Ortsnähe ausgleichen.

Unabhängig hiervon sprechen auch die heutigen Möglichkeiten der virtuellen Erbringung von Arbeitsleistungen wie auch die insoweit geschaffenen Regelungen wie z.B. des § 30 Abs. 2 BetrVG dafür, dass das Kriterium der „Ortsnähe“ mit Blick auf die Frage, ob die Arbeitnehmer einen ausreichenden Kontakt zum gewillkürten Betriebsrat haben können, nach wie vor eine Rolle spielt, jedoch ist das Kriterium der „Ortsnähe“ mit Blick auf diese Entwicklungen in der Arbeitswelt, nicht zuletzt auch geprägt durch die letzten Jahre mit Corona, von reduzierterer Bedeutung, als dies 2013 der Fall gewesen sein mag.

• **Was ist Tariffreiheit im Sinne des § 3 Abs. 2 BetrVG?**

§ 3 Abs. 2 BetrVG enthält eine sog. Tarifsperre. Eine Betriebsvereinbarung zu einer gewillkürten Betriebsstruktur ist nur zugelassen, wenn „keine tarifliche Regelung besteht“ und auch „kein anderer Tarifvertrag gilt“. Diese Regelung ähnelt der Regelung in § 77 Abs. 3 BetrVG. Darin sind Arbeitsbedingungen geregelt. § 3 Abs. 2 BetrVG betrifft die Betriebsstruktur. Insoweit würde eine Tarifsperre gemäß § 3 Abs. 2 BetrVG dann vorliegen, wenn

- bereits eine tarifliche Regelung zur gewillkürten Betriebsstruktur gemäß § 3 BetrVG bestünde¹⁰ oder
- ein anderer Tarifvertrag über jedwede Arbeitsbedingungen vereinbart wurde, der auch normative Wirkung entfaltet oder aufgrund Allgemeinverbindlicherklärung gilt.

10 *Franzen*, in: Gemeinschaftskommentar Betriebsverfassungsgesetz (GK-BetrVG), 12. Aufl. 2022, § 3 Rn. 40.

Insoweit kommt es entgegen § 77 Abs. 3 BetrVG nicht darauf an, ob der Arbeitgeber tarifgebunden sein könnte. Ebenso wenig würde eine schuldrechtliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag oder auch nur die Nachwirkung eines Tarifvertrags (im Unterschied zu § 77 Abs. 3 BetrVG) ausreichen¹¹. Dementsprechend steht einer Betriebsvereinbarung gemäß § 3 Abs. 2 BetrVG nur entgegen, wenn entweder ein Tarifvertrag über eine gewillkürte Betriebsstruktur gemäß § 3 BetrVG vereinbart wurde oder ein Tarifvertrag normativ auf das Unternehmen Anwendung findet.

2. Definition und Zweck von Betriebsstrukturvereinbarungen nach § 3 BetrVG

a) Die „Betriebsstrukturvereinbarung“

Typische Anwendungsbeispiele für Betriebsstrukturvereinbarungen sind Unternehmen, die

- deutschlandweit, regional verteilt und zersplittert aufgestellt sind, was typischerweise bei Niederlassungsstrukturen, Vertriebsorganisationen, Filialstrukturen etc. der Fall sein kann oder
- aufgrund einer Matrixstruktur unterschiedliche mitbestimmungsrelevante Entscheidungsebenen geschaffen werden oder
- aufgrund der internen Sparten-/Divisionsstruktur vom Rechtsträger losgelöste Strukturen geschaffen werden.

Im Ergebnis kommt eine gewillkürte Betriebsstrukturvereinbarung gemäß § 3 BetrVG dann in Betracht, wenn das gesetzgeberische Zielbild von lokalen Betrieben in der Nähe des mitbestimmungsrechtlich relevanten Entscheidungsträgers nicht mehr der praktisch ausgeübten Entscheidungsgewalt des Arbeitgebers gerecht wird oder aufgrund einer erheblichen Anzahl an betriebsratslosen Betrieben eine erhebliche Anzahl an Arbeitnehmern nicht mitbestimmungsrechtlich vertreten wird.

b) Ziele von Betriebsstrukturvereinbarungen

Mit Betriebsstrukturvereinbarungen wird das Ziel verfolgt, einen Mangel der bisherigen gesetzlichen betrieblichen Mitbestimmung zu beheben und durch eine neue Betriebsstruktur zu ersetzen.

c) Bedeutung von Betriebsstrukturvereinbarungen für Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretungen

Gemäß § 3 Abs. 5 BetrVG kann eine Betriebsstrukturvereinbarung zur Folge haben, dass ein oder mehrere neue Betriebe entstehen und dies insoweit Einfluss sowohl auf die Arbeitnehmervertretungsorgane als auch

11 BAG 24.4.2013 – 7 ABR 71/11 (Fn. 3), Rn. 40.

auf die bestehenden kollektivrechtlichen Vereinbarungen hat (§ 3 Abs. 1 Nr. 1-3 BetrVG).

Möglich ist aber auch, dass es nur zusätzliche Gremien bzw. Vertretungen gibt, die die bisherigen betrieblichen Strukturen nicht verändern und auch keine Auswirkungen auf die Amtsträger haben, sondern deren Tätigkeit ergänzen (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 und 5 BetrVG).

3. Voraussetzungen für den Abschluss einer Betriebsstrukturvereinbarung nach § 3 BetrVG

a) Materielle Voraussetzungen

Die Betriebsvereinbarung nach § 3 Abs. 2 BetrVG fällt grundsätzlich in die Zuständigkeit desjenigen Arbeitnehmervertretungsgremiums, das gemäß der Regelungen des § 50 BetrVG (Gesamtbetriebsrat) bzw. § 58 BetrVG (Konzernbetriebsrat) originär zuständig wäre. Insoweit kommt es maßgeblich darauf an, ob die gewillkürte Betriebsstrukturvereinbarung gemäß § 3 BetrVG mehrere Betriebe eines Unternehmens oder mehrere Unternehmen eines Konzerns betrifft.

Insoweit ist eine Zuständigkeit eines örtlichen Betriebsrats für die Fälle des § 3 Abs. 1 Nr. 1-3 BetrVG bereits theoretisch ausgeschlossen, da hierfür entweder der Gesamt- oder der Konzernbetriebsrat originär zuständig ist.

b) Formelle Voraussetzungen

Unabhängig von den materiellen Voraussetzungen muss die entsprechende Betriebsvereinbarung bzw. der entsprechende Tarifvertrag auch den gesetzlichen Anforderungen einer ordnungsgemäßen Beschlussfassung des BetrVG bzw. des TVG genügen.

Unabhängig hiervon bedarf gemäß den Regelungen des TVG bzw. des BetrVG eine entsprechende Betriebsstrukturvereinbarung gemäß § 3 BetrVG auch der Schriftform.

4. Inhalt einer Betriebsstrukturvereinbarung nach § 3 BetrVG

Inhalte und Beispiele einer Betriebsstrukturvereinbarung (thematische Gliederung am Beispiel einer Betriebsvereinbarung zur Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats)

„Betriebsvereinbarung**über die Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats
nach § 3 Abs. 2, Abs. 1 Nr. 1 a) BetrVG**

Zwischen der

[...]

- **im Folgenden: „[...]“**-

und dem

unternehmenseinheitlichen Betriebsrat der [...],

dieser vertreten durch den Vorsitzenden [...]

- **im Folgenden: „Betriebsrat der [...]“** -

nachfolgend zusammen auch:

„Betriebsparteien“

wird folgende Betriebsvereinbarung vereinbart:

Präambel

[Definition des Zwecks]

§ 1 Geltungsbereich

- (1) Diese Betriebsvereinbarung gilt räumlich für das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland.
- (2) Diese Betriebsvereinbarung gilt für alle Betriebe und Betriebsteile der [...]. Der aktuelle Stand ist dieser Betriebsvereinbarung als Anlage 1 beigelegt.
- (3) [Weiterentwicklungsklausel für Ausscheiden und Neueintritt von Betrieben].

§ 2 Betriebsrat

[Verweis auf gesetzliche Regelungen, Freistellungen von Betriebsratsmitgliedern, Kommunikationsbeauftragte, Zeitpunkt Wahlen, Sitz Betriebsrat]

§ 3 Ausstattung

[Ausstattung des Betriebsrats]

§ 4 Schulungen

[Regelung zu Schulungen von Betriebsratsmitgliedern]

§ 5 Dauer und Kündigung

[Regelungen zur Laufzeit und Kündigung]

§ 6 Schlussbestimmungen

- (1) *Alle Änderungen und Ergänzungen dieser Betriebsvereinbarung sowie die im Rahmen ihrer Bestimmungen abzugebenden Erklärungen bedürfen der Schriftform. Auf dieses Schriftformerfordernis kann nur schriftlich verzichtet werden.*
- (2) *Sollte eine der vorstehenden Bestimmungen ganz oder teilweise unwirksam oder undurchführbar sein oder werden, wird die Wirksamkeit der Betriebsvereinbarung im Übrigen hiervon nicht berührt. Arbeitgeber und Betriebsrat verpflichten sich, die unwirksame oder undurchführbare Bestimmung durch eine wirksame oder durchführbare Bestimmung zu ersetzen, die dem Sinn der unwirksamen oder undurchführbaren Bestimmung möglichst nahe kommt. Entsprechendes gilt für eine Regelungslücke in der Betriebsvereinbarung.*
- (3) *Sollten während der Vertragsdauer der Betriebsvereinbarung Umstände eintreten, die die wirtschaftlichen oder rechtlichen Auswirkungen dieser Betriebsvereinbarung wesentlich berühren, die aber in dieser Betriebsvereinbarung nicht geklärt sind, bei Vertragsabschluss nicht relevant waren oder an die beim Vertragsabschluss nicht gedacht wurde, oder erweist sich eine Bestimmung dieser Betriebsvereinbarung für eine der Vertragsparteien als unzumutbar, wird diesen Umständen von den Vertragsparteien nach Vernunft und Billigkeit Rechnung getragen werden.*

Die Vertragspartei, die sich auf derartige Umstände beruft, hat die erforderlichen Tatsachen darzulegen und nachzuweisen.“

a) Gestaltungsspielräume?**aa) Darstellung von Überlegungen aufseiten von Arbeitnehmervertretungen/Gewerkschaften/Arbeitgebern zu Varianten von Betriebsstrukturvereinbarungen**

Das primäre Ziel aller Betriebsstrukturvereinbarungen ist es, entsprechend auch den Zielen des Gesetzgebers, die Strukturen der betrieblichen Arbeitnehmervertretungen an die bestehenden gesellschaftsrechtlichen Gestaltungen anzupassen. Ziel ist damit, eine effiziente und zweckmäßige Interessenvertretung der Arbeitnehmer (vgl. auch BT-Drs. 14/5741, S. 26 f., 33) auf der Ebene zu gewährleisten, auf der auch arbeitgeberseitig die mitbestimmungsrechtlich relevanten Entscheidungen getroffen werden. Insoweit finden sich in den Präambeln von Betriebsstrukturvereinbarungen oft Formulierungen,

- „wonach die Tarifvertragsanpassung der Betriebsratsstrukturen an die neuen Führungsstrukturen unter Sicherstellung einer konstruktiven Zusammenarbeit zwischen der Firma, ihren Betriebsratsgremien und der in ihr vertretenen ...“ dient oder
- „in Anlehnung an die im Konzern bestehende Spatenstruktur (...) auf der Grundlagebestimmung des § 3 BetrVG“ eine Betriebsstrukturvereinbarung vereinbart wird, oder
- „damit die Mitbestimmungs- und Beteiligungsrechte des dann einheitlichen Betriebsrats gestaltet werden sollen“ oder
- mit dieser Vereinbarung weiterhin die sachgerechte Wahrung der Interessen gestärkt werden sollen
- oder auch, dass damit funktionsfähige Lösungen geschaffen werden sollen, einen Personalverbund zu gewährleisten und für die Personalpolitik einen Rahmen zu bilden.“

Insoweit verfolgen Betriebsstrukturvereinbarungen grundsätzlich folgende übergeordnete Ziele/Zwecke:

- Anpassung der Betriebsratsgremien an betriebliche Strukturen
- Effiziente und zweckmäßige Interessenvertretung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer

Die Betriebsstrukturvereinbarungen bieten damit sowohl für Arbeitgeber als auch für Arbeitnehmervertretungen/Gewerkschaften grundsätzlich folgende Vorteile:

- Sicherstellung, dass der gewillkürte Betriebsrat in der Nähe der Entscheidungskompetenzen des Unternehmens/des Konzerns gebildet wird.
- Sicherstellung, dass im gesamten Unternehmen, d.h. auch in allen Betrieben, die Mitbestimmung gelebt wird und insoweit die Arbeit-

nehmerinnen/Arbeitnehmer auch durch den gewillkürten Betriebsrat vertreten werden.

- Stärkung des Einflusses des gewillkürten Betriebsrats.

Eine Betriebsstrukturvereinbarung kann jedoch auch aus Sicht von Arbeitnehmervertretungen/Gewerkschaften zu Nachteilen führen, insbesondere im Hinblick auf die

- Anzahl der Betriebsratsmitglieder und damit die Größe der neuen Betriebsratsgremien,
- die Zunahme der Betreuungsintensität und damit der Arbeitsbelastung der Betriebsräte,
- die Führung möglicher gerichtlicher Auseinandersetzungen bezüglich Betriebsratswahlanfechtungsverfahren bzw. Verfahren gemäß § 18 Abs. 2 BetrVG auf Feststellung des Vorliegens eines Betriebs.

Es wird bei jeder Betriebsstrukturvereinbarung notwendig sein, sich zunächst mit den betrieblichen Gegebenheiten und Strukturen vertraut zu machen, festzustellen, wo und in welcher Art und Weise die Entscheidungsprozesse verortet werden und hierbei dann auch bewertet wird, inwieweit es hinsichtlich der Mitbestimmung bereits in der Vergangenheit zu Problemen in Bezug auf die Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte oder die Vertretung der Arbeitnehmer kam. Letztlich ist eine vorausschauende Betrachtung notwendig und sinnvoll, da auch die Betriebsstrukturvereinbarung perspektivisch und damit nicht nur als Momentaufnahme den gesetzlichen Anforderungen des § 3 BetrVG und damit der verbesserten Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer dienen soll.

Insoweit ergeben sich für Betriebsstrukturvereinbarungen in der Regel folgende Fragestellungen:

- Was ist der konkrete Zweck und das konkrete Ziel der Betriebsstrukturvereinbarung?
- Geltungsbereich?
- Wie ist das Verhältnis zu bisherigen Vereinbarungen zu bestehenden Betriebsratsgremien?
- Wie ist die Struktur der neuen Betriebsratsgremien und welche Interessenvertretung dient der besseren Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer?

Insoweit ist damit eine Abgrenzung zwischen den verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten nach § 3 BetrVG vorzunehmen (von einem unternehmenseinheitlichen Betriebsrat über die Zuordnung, die Zusammenfassung von Betrieben/Betriebsstätten über den Spatenbetriebsrat bis hin zu anderen Arbeitnehmervertretungsstrukturen oder nur zusätzlichen betriebsverfassungsrechtlichen Gremien bzw. Vertretungen).

- Wann soll die Wahl der neuen Betriebsratsgremien erfolgen?
- Wie kann die Wahl organisiert werden?
- Wie können die neuen Betriebsratsgremien organisiert werden und wie kann deren Tätigkeit optimal ausgeübt werden?
- Hierbei stellen sich auch Fragen nach der Größe der neuen Betriebsratsgremien, nach der Anzahl der möglichen Freistellungen, nach der Ausstattung mit Sachmitteln und nach der Frage der regionalen/räumlichen Vorortung von Betriebsratsgremien.
- Wie kann sichergestellt werden, dass auch laufend mit Blick auf organisatorische Veränderungen im Unternehmen/Konzern deren aktuelle Wirksamkeit mit Blick auf die Anforderungen nach § 3 BetrVG hin fortlaufend überprüft wird?

bb) Ausgewählte rechtliche und praktische Fragestellungen

(1) Wie hoch ist die (richtige) Anzahl an Betriebsratsmitgliedern?

In den Fällen des § 3 Abs. 1 Nr. 1-3 BetrVG bestimmt § 3 Abs. 5 Satz 1 BetrVG, dass die gebildeten betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheiten als Betriebe im Sinne dieses Gesetzes gelten. Zudem regelt § 3 Abs. 5 Satz 2 BetrVG Folgendes:

„Auf die in ihnen gebildeten Arbeitnehmervertretungen finden die Vorschriften über die Rechte und Pflichten des Betriebsrats und die Rechtstellung seiner Mitglieder Anwendung.“

Insoweit ergibt sich im Umkehrschluss zu § 3 Abs. 2 Satz 5 BetrVG, dass zwar gemäß § 3 BetrVG abweichende Regelungen hinsichtlich der Bildung und damit der betriebsverfassenden Organisationseinheiten vereinbart werden können, jedoch im Übrigen die Regelungen des BetrVG nicht weiter dispositiv sind¹².

Insoweit ist für die Größe des Betriebsratsgremiums auch die Staffelung gemäß § 9 BetrVG zwingend. Die Anzahl der Betriebsratsmitglieder bestimmt sich damit allein in Abhängigkeit von der Größe der Belegschaft.

Das BAG hat für den unternehmenseinheitlichen Betriebsrat durch Gesamtbetriebsvereinbarung Folgendes entschieden:

„Rechtlich bedenklich erscheint insbesondere § 4 GesBV, der die Zahl der Betriebsratsmitglieder auf elf Mitglieder festlegt und damit von der gesetzlichen Mitgliederzahl abweicht, die bei 321 Arbeitnehmern nach § 9 Satz 1 BetrVG lediglich neun beträgt. § 3 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a, 2 BetrVG erlaubt zwar die Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats auch durch Betriebsvereinbarung. § 3 Abs. 4 BetrVG ermöglicht zudem Regelungen über dem Zeitpunkt der erstmaligen Wahl des so gebildeten Betriebsrats. Weitere Abweichungen kommen allenfalls nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG in Betracht. Diese Be-

¹² Franzen, in: GK-BetrVG (Fn. 10), § 3 Rn. 67, allgemeine Meinung.

stimmung gilt nach § 3 Abs. 2 BetrVG aber nicht für Regelungen durch Betriebsvereinbarungen. Nach § 3 Abs. 5, Satz 1 BetrVG gelten die durch Betriebsvereinbarung gebildeten betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheiten als Betriebe im Sinne des Gesetzes. Damit sind für sie auch die gesetzlich vorgesehenen Mitgliederzahlen maßgeblich.“¹³

Insoweit kann sich ein gewillkürter Betriebsrat im Rahmen einer Betriebsstrukturvereinbarung gemäß § 3 BetrVG hinsichtlich der Anzahl der Betriebsratsmitglieder nur an den Vorgaben des § 9 BetrVG messen lassen, die Anzahl der Betriebsratsmitglieder jedoch nicht ausweiten.

(2) Wie ist mit Freistellungen gemäß § 38 BetrVG umzugehen?

In Bezug auf Freistellungen enthält § 3 BetrVG ebenfalls keine Regelungsermächtigungen. Allerdings sieht § 28 Abs. 1 Satz 5 BetrVG vor, dass „durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung ... anderweitige Regelungen über die Freistellungen vereinbart werden“ können. Maßgeblich ist jedoch insoweit, dass sich die Anzahl der Freistellungen aus dem Erfordernis ergeben müssen, dass die Betriebsratsmitglieder ihr Betriebsratsamt sachgerecht wahrnehmen können. Insoweit können die Freistellungen, auch mit der gesetzlichen Öffnungsmöglichkeit gemäß § 38 Abs. 1 Satz 5 BetrVG, nicht beliebig erweitert werden, sondern bedürfen sachlicher Gründe, d.h. diese müssen insoweit auch „erforderlich“ sein.

Im Hinblick darauf, dass die Freistellung damit erforderlich sein muss für die Ausübung der Betriebsratstätigkeit und bei gewillkürten Betriebsräten gemäß § 3 BetrVG vielfach auch die Reisetätigkeiten zunehmen, besteht insoweit ein gewisser Gestaltungsspielraum der Betriebsparteien in Bezug auf die Anzahl der erforderlichen Freistellungen. Es ist in jeden Fall jedoch auch zu empfehlen, dass sowohl bei Vereinbarungen der Betriebsstrukturvereinbarung festgehalten wird, was die Gründe für eine mögliche Ausweitung der Freistellungen über die Staffelung des § 38 BetrVG hinaus waren. Zudem sollten auch nach Wahl des gewillkürten Betriebsrats der Bedarf für die Freistellung und damit der Arbeitsanfall und damit auch die möglichen Reisetätigkeiten entsprechend dokumentiert werden.

Freistellungen, die über die gesetzliche Staffelung nach § 38 Abs. 1 BetrVG hinausgehen und die nicht sachlich begründet werden können, laufen ansonsten schnell Gefahr, als Begünstigung der Betriebsratsmitglieder gemäß § 78 BetrVG bewertet zu werden.

(3) Zur Möglichkeit von sog. Kommunikationsbeauftragten

Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG ermöglicht der Gesetzgeber Regelungen zur Bildung zusätzlicher betriebsverfassungsrechtlicher Vertretungen der Arbeitnehmer, die die Zusammenarbeit zwischen dem Betriebsrat und den

Arbeitnehmern erleichtern. Diese Vertretung der Arbeitnehmer setzt eine Organstruktur voraus. Arbeitnehmer, die lediglich Hilfsfunktionen wahrnehmen und nicht in einer Organstruktur zusammengefasst sind, sind keine zusätzlichen Arbeitnehmervertretungen im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG.¹⁴

Insoweit unterfällt zwar die Bestellung von Kommunikationsbeauftragten nicht den Regelungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG. Im Ergebnis handelt es sich bei Kommunikationsbeauftragten auch nicht um zusätzliche Arbeitnehmervertretungen, da Kommunikationsbeauftragte vielmehr dem gewillkürten Betriebsrat helfen sollen, sich in den jeweiligen Regionen den Belangen der Beschäftigten anzunehmen. Sie sind damit Mittler zwischen dem gewillkürten Betriebsrat und den Arbeitnehmern. Durch die Bestellung von Kommunikationsbeauftragten wird jedoch keine Repräsentationseinheit gebildet, die auch eine innere Organisation hat. Dies wäre nur der Fall, wenn die Betriebsstrukturvereinbarung für die Kommunikationsbeauftragten Organisationsregelungen zur Konstituierung der Geschäftsführung, institutionalisierte Sitzungen usw. enthalten würde. Dies ist in der Regel bei Kommunikationsbeauftragten nicht der Fall. Vielmehr dienen sie dem Informationsaustausch mit dem gewillkürten Betriebsrat und den einzelnen Kommunikationsbeauftragten. Das BAG hat in seiner Entscheidung aus April 2015 dazu entschieden:

„3. Der Bestellung derartiger Kommunikationsbeauftragter steht nicht entgegen, dass der Informations-/Meinungsaustausch mit der Belegschaft Teil der betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben des Betriebsrats ist. Dies hindert die Hinzuziehung von Hilfspersonen bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben nicht von vorneherein. Allerdings darf diesen Hilfspersonen nicht die Kommunikationsaufgabe des Betriebsrats insgesamt zur selbstständigen Wahrnehmung übertragen werden. Ihre Tätigkeit muss auf die Hilfstätigkeit Informationsvermittlung zwischen Betriebsrat und Belegschaft beschränkt sein. Das ist der Fall, wenn die Kommunikationsbeauftragten ausschließlich dazu eingesetzt werden, Anliegen der Arbeitnehmer und Stimmungen in der Arbeitnehmerschaft an den Betriebsrat heranzutragen und Informationen des Betriebsrats an die Arbeitnehmer weiterzuleiten. Der Einsatz von Kommunikationsbeauftragten darf eine direkte Kommunikation zwischen Betriebsrat und Belegschaft nicht verhindern.

4. Die Kommunikationsbeauftragten sind Hilfspersonen des gesamten Betriebsrats. Sie dürfen nur für Zwecke des Betriebsratsgremiums herangezogen werden. Die Mehrheitsfraktion innerhalb des Betriebsrats darf die Hilfspersonen nicht für ihre eigenen spezifischen Ziele einsetzen.“¹⁵

„Nach § 40 II BetrVG hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat für die Sitzung, die Sprechstunden und die laufende Geschäftsführung im erforderlichen Umfang, Räume, sachliche Mittel, Büropersonal sowie Informations-/Kommunikationstechnik zur Verfügung zu stellen. Zum Büropersonal i.S.v. § 40 II BetrVG gehören nicht nur Schreibkräfte, sondern auch andere Personen, die

14 BAG 29.4.2015 – 7 ABR 102/12, BAGE 151, 286, Leitsatz 1.

15 BAG 29.4.2015 – 7 ABR 102/12 (Fn. 14), Leitsätze 3 und 4.

dem Betriebsrat durch Hilfstätigkeit bei der Wahrnehmung seiner Amtstätigkeit unterstützen (vgl. *Fitting*, 27. Auflage, § 40 Rn 135; *ErfK/Koch*, 15. Auflage, § 40 BetrVG, Rn 18; *Thüsing* in *Richardi*, BetrVG, 14. Auflage, § 40 Rn. 71; *Weber* in *GK/BetrVG*, 10. Auflage, § 40 Rn 195; *Bayreuther*, NZA 2013, 758 [761]).

Dazu sind Personen zu zählen, die für den Betriebsrat Vervielfältigungsaufgaben oder Botendienste erledigen. Darüber hinaus werden vom Anspruch nach § 40 II BetrVG auch solche Personen erfasst, die der Betriebsrat für die Vorbereitung/Abwicklung von Entscheidungen über die Wahrnehmung seiner Beteiligungsrechte benötigt (BAGE 142, 87 = NZA 2012, 1237 Rn 27).

Gleiches kann für Hilfspersonen gelten, die der Betriebsrat im Rahmen des Meinungs- und Informationsaustauschs mit der Belegschaft zur Informationsvermittlung heranzieht. Der Einsatz solcher Hilfspersonen ist dem Betriebsrat nicht grundsätzlich verwehrt. Der Kontakt zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmern ist nach dem BetrVG weder institutionalisiert noch in sonstiger Weise vorgegeben. Das BetrVG verweist den Betriebsrat für den innerbetrieblichen Dialog mit der Belegschaft nicht auf die Durchführung von Betriebsversammlung oder Sprechstunden (BAG, AP BetrVG 1972, § 80 Nr. 10 [zu III. 2 a]).

Es verlangt von ihm auch nicht, sich auf die Aushänge am schwarzen Brett zu beschränken, die Belegschaft schriftlich zu informieren oder die Arbeitnehmer persönlich aufzusuchen. Welche Informations- und Kommunikationswege der Betriebsrat für zweckmäßig hält, ist von ihm nach pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden (BAGE 92, 26 = NZA 199, 1292 [zu B II 3 c aa] mbN).

...

Die Bestellung von Kommunikationsbeauftragten bewirkt entgegen der Ansicht der Ast. keine Art von „Überversorgung“ des Betriebsrats, die die Ast. nach § 40 II BetrVG für unzulässig halten. Zwar setzt der Anspruch des Betriebsrats auf Überlastung von sächlichen und personellen Mitteln nach § 40 II BetrVG voraus, dass er dieses zur Durchführung seiner betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben für erforderlich erhalten darf. Die Vorschrift enthält ihm jedoch entgegen der Ansicht der Ast. keine Hinweise auf eine Standardausstattung (BAGE 91, 325 = NZA 1999, 1290 [zu B I 2]). Es hängt vielmehr von den betrieblichen Verhältnissen und den sich dem Betriebsrat stellenden Aufgaben, welche Hilfsmittel er für erforderlich halten darf. Bei seiner Entscheidung, welche Hilfsmittel er benötigt, hat der Betriebsrat die berechtigten Interessen der Belegschaft an einer sachgerechten Wahrnehmung seiner gesetzlichen Aufgaben und der Interessen des Arbeitgebers, insbesondere das Interesse an der Begrenzung seiner Kostenbelastung, angemessen zu berücksichtigen ...¹⁶

Im Ergebnis kann der Betriebsrat damit auch eine reduzierte örtliche Nähe durch sogenannte Kommunikationsbeauftragte in gewisser Weise kompensieren, als damit die Kommunikationskanäle zwischen den Arbeitnehmern und dem gewillkürten Betriebsrat und seinen Betriebsratsmitgliedern verkürzt werden und der Betriebsrat damit mehr „Sprachrohre“ zur Belegschaft hat.

¹⁶ BAG 29.4.2015 – 7 ABR 102/12 (Fn. 14).

5. Rechtsfolgen einer Betriebsstrukturvereinbarung nach § 3 BetrVG

a) Mitbestimmungsrechtliche Auswirkungen

aa) Auf bestehende Arbeitnehmervertretungen

Gemäß § 3 Abs. 5 BetrVG hat eine Betriebsstrukturvereinbarung nur die Rechtsfolge, dass damit ein Betrieb im Sinne des BetrVG konstituiert wird.

Insoweit stellte das BAG in einer Entscheidung aus November 2014 Folgendes klar:

„Die Tarifvertragsparteien sind zwar unter den in § 3 Abs. 1, Nr. 1 bis 3 BetrVG normierten Voraussetzungen zu einer vom Betriebsverfassungsgesetz abweichenden Bildung von betrieblichen Einheiten berechtigt, die an die Stelle der nach § 1 Abs. 1, Satz 2, Abs. 2 und § 4 BetrVG bestehenden Betriebe treten. In diesen Einheiten wählen die zugehörigen Arbeitnehmer als ihre Repräsentanten Betriebsräte, denen die durch das Betriebsverfassungsgesetz vermittelten Befugnisse zustehen. Die tarifliche Regelungsbefugnis umfasst aber nicht den Entzug betriebsverfassungsrechtlicher Befugnisse der gewählten Betriebsräte und deren Zuweisung an die durch Tarifvertrag bestimmten Organisationseinheiten. Dies folgt aus § 3 Abs. 5 Satz 1 und Satz 2 Alt. 1 BetrVG.“¹⁷

Insoweit führt damit die neugebildete betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheit zu einem neuen Betrieb, in dem dann auch ein gewillkürter Betriebsrat gewählt werden muss. Keine Auswirkungen hat eine Betriebsstrukturvereinbarung gemäß § 3 Abs. 5 BetrVG auf Regelungsbefugnisse von Konzern- oder Gesamtbetriebsräten, da mit Ausnahme der gebildeten betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheit und damit des neuen Betriebs die übrigen Regelungen des BetrVG nicht dispositiv sind (vgl. § 3 Abs. 5 Satz 2 BetrVG)¹⁸.

Da gemäß § 3 Abs. 4 BetrVG im Grundsatz die Betriebsstrukturvereinbarung mit der nächsten regelmäßigen Betriebsratswahl erstmals angewendet wird, bleiben die bisherigen Betriebsräte bis zur konstruierenden Sitzung des gewillkürten Betriebsrats im Amt. Nach der Betriebsratswahl sind damit nur mehr die gewillkürten Betriebsräte im Amt; nicht gewählte Betriebsräte verlieren damit die Amtsträgereigenschaft und unterfallen dann den nachfolgenden Regelungen gemäß § 15 KSchG.

¹⁷ BAG 18.11.2014 – 1 ABR 21/13, NZA 2015, 694.

¹⁸ So auch *Franzen*, in: GK-BetrVG (Fn. 10), § 3 Rn. 18, 20 (in Bezug auf die anderen Arbeitnehmervertretungsstrukturen der Nr. 3); *Giesen*, BB 2002, 1480, 1481; *Treusch*, NZA 2007, 124, 127; *Thüsing*, ZIP 2003, 693, 703 ff.

bb) Auf vorhandene kollektivrechtliche Vereinbarungen

Eine Betriebsstrukturvereinbarung gemäß § 3 BetrVG führt zunächst nur dazu, dass in den Fällen des § 3 Abs. 1 Nr. 1-3 BetrVG ein neuer Betrieb entsteht. Auf bestehende kollektivrechtliche Vereinbarungen, wie Betriebsvereinbarung, Gesamtbetriebsvereinbarung und Konzernbetriebsvereinbarung hat dies zunächst nur die Auswirkung, dass entsprechend der jeweiligen Geltungsbereiche von dieser kollektivrechtlichen Vereinbarung geprüft werden muss, ob diese dann in Form von Betriebsvereinbarungen z.B. des unternehmenseinheitlichen Betriebsrats fortbestehen. Kollektivrechtliche Regelungen verlieren allein durch die Bildung eines neuen Betriebs nicht *per se* deren normative Wirkung. Insoweit gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Zusammenlegung und Abspaltung von Betrieben, so dass in Abhängigkeit von dem jeweiligen Geltungsbereich geprüft werden muss, ob es kollidierende Regelungen gibt oder ob aufgrund des Geltungsbereichs die bisherigen kollektivrechtlichen Vereinbarungen als Betriebsvereinbarung des neuen Betriebs entsprechend fortgelten.

In der Praxis empfiehlt sich insoweit eine Bestandsaufnahme. Sollten in verschiedenen Betrieben Regelungen in Form von Betriebsvereinbarungen vereinbart worden sein, deren Regelungsgegenstand identisch ist und deren Geltungsbereich sich nur auf den Betrieb bezieht, empfiehlt es sich, im Zuge der gewillkürten Betriebsstrukturvereinbarung gemäß § 3 BetrVG auch zu vereinbaren, welche kollektivrechtlichen Vereinbarungen mit welchem Inhalt nach Wahl des gewillkürten Betriebsrats normativ fortgelten sollen oder ersatzlos abgelöst werden.

b) Umgang mit Anfechtungsverfahren?

Hinsichtlich der Möglichkeit einer Anfechtung der Betriebsratswahl verbleibt es (vgl. auch § 3 Abs. 5 Satz 2 BetrVG) bei den Regelungen zur Wahlanfechtung gemäß § 19 BetrVG. Insoweit kann auch die Betriebsratswahl des gewillkürten Betriebsrats durch mindestens drei Wahlberechtigte, einer den Betrieb vertretenden Gewerkschaft oder dem Arbeitgeber in einer Frist von zwei Wochen vom Tag der Bekanntgabe des Wahlergebnisses an angefochten werden (vgl. § 19 Abs. 2 BetrVG). Im Ergebnis führt aber eine Wahlanfechtung gemäß § 19 BetrVG nur dazu, dass bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Wahlanfechtung der gewillkürte Betriebsrat im Amt bleibt. Das BAG hat auch insoweit klar entschieden, dass auch eine Verkennung des Betriebsbegriffs nur zur Anfechtbarkeit, nicht jedoch zur Nichtigkeit der Betriebsratswahl führt:

„Obwohl wegen der Unwirksamkeit des TV-EBS 2004 die Wahl des Regionalbetriebsrats Mitte unter Verkennung des Betriebsbegriffs durchgeführt wurde (siehe dazu B.II.2 der Gründe), ist sie deshalb nicht nichtig. ... Bei einer Betriebsratswahl, die auf der Grundlage eines sog. Zuordnungstarifvertrags nach

§ 3 Abs. 1 BetrVG durchgeführt wird, ist daher die Beurteilung seiner Wirksamkeit oder Unwirksamkeit regelmäßig mit schwierigen Fragestellungen verbunden. Ist ein Zuordnungstarifvertrag vereinbart, dürfen die Betriebspartner und der eine Betriebsratswahl einleitende Wahlvorstand zudem grundsätzlich von dessen Rechtswirksamkeit ausgehen.¹⁹

Problematisch sind die Fälle, in denen zwischen den bisherigen örtlichen Betriebsräten Streit darüber besteht, ob eine Betriebsstrukturvereinbarung gemäß § 3 BetrVG rechtlich wirksam ist. In der Praxis kommt es daher öfter zur Situation, dass auf der einen Seite ein örtlicher Betriebsrat entweder

- ein sog. Statusverfahren gemäß § 18 Abs. 2 BetrVG einleitet mit dem Ziel, feststellen zu lassen, dass sein Betrieb ein eigenständiger Betrieb im Sinne des § 4 BetrVG ist, oder
- er sogar eine Betriebsratsneuwahl (ggf. nach vorherigem kollektivem Rücktritt) einleitet, um sich als lokalen Betriebsrat erneut wählen zu lassen.

Insoweit stellt sich in der Praxis die Frage, ob zwei konkurrierende Betriebsräte tatsächlich gewählt werden können. Einerseits könnte mit Blick auf die vorbenannte Rechtsprechung die Meinung vertreten werden, dass allein eine Wahl unter Verkennung des Betriebsbegriffs nur zur Anfechtbarkeit, nicht jedoch zur Nichtigkeit führt. Andererseits würde dies zur Konsequenz haben, dass dann ein gewillkürter Betriebsrat, der z.B. im Fall eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats zuständig für alle Betriebe ist, mit einem örtlichen Betriebsrat in Konkurrenz treten würde, was letztlich auch dazu führt, dass die Betriebsräte sich wechselseitig in ihrer Tätigkeit behindern oder stören würden, was der gesetzlichen Intention nach § 19 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG entgegensteht. Insoweit ist diese Konkurrenzsituation mit dem sog. Prioritätsprinzip aufzulösen. Dies bedeutet, dass für einen Betrieb nur ein Betriebsrat bestehen kann und sich die zeitlich erste Wahl entsprechend durchsetzt. Insoweit hat das BAG bereits 1978 Folgendes entschieden:

„Eine nichtige Betriebsratswahl ist nur in Ausnahmefällen anzunehmen, und zwar dann, wenn ein so grober und offensichtlicher Verstoß gegen wesentliche Grundsätze des gesetzlichen Wahlrechts vorliegt, dass nicht einmal der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl vorliegt ... Ein solcher Fall ist u.a. dann gegeben, wenn während der Amtszeit ein ordnungsmäßig gewählter Betriebsrat für denselben Betrieb oder eine Teilorganisation ohne begründeten Anlass ein weiterer Betriebsrat mit dem Ziel gewählt wird, den amtierenden Betriebsrat abzulösen; denn in einem Betrieb kann nur ein Betriebsrat bestehen.“²⁰

Das BAG hat dies 2004 bestätigt²¹.

19 BAG 13.3.2013 – 7 ABR 70/11 (Fn. 2), Rn. 16 f.

20 BAG 11.4.1978 – 6 ABR 22/77, AP BetrVG 1972 § 19 Nr. 8.

21 BAG, 21.07.2004 – 7 ABR 57/03, AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 15 unter II., 1 b), bb)

Weitere Beispiele zweitinstanzlicher Entscheidungen: LAG Köln 8.5.2006 – 2 TaBV 22/06, juris; LAG Hessen 5.4.2002 – 9 TaBVGa 61/02, BeckRS 2002, 30879890; LAG Düsseldorf 25.6.2003 – 12 TaBV 34/03, juris.

Insoweit ist eine derartige Konkurrenzsituation durch die Wahl mehrerer Betriebsräte für denselben Betrieb allein nach dem Prioritätsprinzip aufzulösen, mit der Folge, dass die zeitlich nachgelagerte Wahl nicht anfechtbar, sondern nichtig ist.

c) **Auswirkung von Statusverfahren gemäß § 18 Abs. 2 BetrVG**

Grundsätzlich kann gemäß § 18 Abs. 2 BetrVG bei Zweifeln, ob eine betriebsratsfähige Organisationseinheit vorliegt, „der Arbeitgeber, jeder beteiligte Betriebsrat, jeder beteiligte Wahlvorstand oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft“ ein sog. Statusfeststellungsverfahren einleiten, um festzustellen, ob ein eigenständiger Betrieb vorliegt. Hier sind folgende Fallkonstellationen zu unterscheiden:

- Das Statusverfahren gemäß § 18 Abs. 2 BetrVG wird zeitlich nachgelagert nach der Wahl des gewillkürten Betriebsrats auf Basis einer Betriebsstrukturvereinbarung gemäß § 3 BetrVG eingeleitet. In diesem Fall gibt es keine rechtlichen Besonderheiten, da auch im Fall z.B. eines unternehmenseinheitlichen Betriebs im Nachgang einer Wahl des gewillkürten Betriebsrats Situationen entstehen können, z.B. beim Hinzuerwerb von Unternehmen oder weiteren Betrieben, ob diese Betriebe Bestandteil des Betriebs gemäß § 3 Abs. 5 Satz 1 BetrVG sind.
- Das Statusverfahren wird vor der konstituierenden Sitzung des gewillkürten Betriebsrats gemäß § 18 Abs. 2 BetrVG eingeleitet. Hier stellt sich die Frage, ob insoweit, sollte der lokale Betriebsrat der Antragsteller sein, dieser nach der Wahl des gewillkürten Betriebsrats überhaupt noch existiert. Sollte der Betriebsrat keine nach dem Prioritätsprinzip nichtige Neuwahl initiiert haben, so würde ein gewillkürter Betriebsrat aufgrund einer Betriebsstrukturvereinbarung gemäß § 3 BetrVG in die betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeit des Vorgänger-Betriebsrats als dessen Nachfolger eintreten²².

Insoweit wird hier dann zum Teil die Auffassung vertreten, dass nicht allein auf das Prioritätsprinzip abgestellt werden kann und insoweit auch die Nachfolge durch den gewillkürten Betriebsrat nur dann gegeben ist, wenn auch die Betriebsstrukturvereinbarung gemäß § 3 BetrVG wirksam ist. In der Rechtsprechung gibt es insoweit Entscheidungen, nach denen bei der Frage eines Statusverfahrens gemäß § 18 Abs. 2 BetrVG in der

22 BAG 16.1.2018 – 7 ABR 21/16, NZA 2018, 675 Rn. 13; BAG 8.12.2010 – 7 ABR 69/09, NZA 2011, 362 Rn. 11.

Fallvariante der Einleitung eines solchen Statusverfahrens durch einen „konkurrierenden lokal örtlich zuständigen Betriebsrat entsprechend der bisherigen Betriebsstruktur inzident geprüft werden muss, ob die Betriebsstrukturvereinbarung gemäß § 3 BetrVG wirksam ist“. M.E. würde dies die vom Gesetzgeber auch gemäß § 119 BetrVG vorgegebene Zielsetzung, dass Betriebsratstätigkeiten nicht beeinträchtigt werden dürfen und mit § 3 BetrVG das Ziel verfolgt wird, die bisherige Betriebsstruktur durch eine neue Betriebsstruktur abzulösen und eine sachgerechte bessere Vertretung der Interessen der Arbeitnehmer zu erreichen, gefährden. Letztlich würde durch konkurrierende Betriebsräte mit überschneidenden Zuständigkeiten Streit über die Reichweite der jeweiligen kollektivrechtlichen Regelung entstehen, was diesem gesetzgeberischen Ziel zuwiderläuft.

d) Rechtliche Probleme durch unterschiedlichen Betriebsbegriff

Gemäß § 3 Abs. 5 Satz 1 BetrVG gilt die gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1-3 BetrVG gebildete betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheit als Betrieb im Sinne des Gesetzes. Damit ist jedoch nur der Betriebsbegriff des BetrVG konstituierend gemeint. Losgelöst und davon unberührt bleiben andere Betriebsbegriffe wie etwa

- der allgemein kündigungsschutzrechtliche oder
- der massenentlassungsrechtliche Betriebsbegriff nach dem Kündigungsschutz.

Insoweit bleibt auch der Betriebsbegriff und der Amtskündigungsschutz von Betriebsratsmitgliedern gemäß § 15 KSchG unberührt und allein auf Basis des kündigungsschutzrechtlichen Betriebsbegriffs²³.

Auch kann dies Auswirkungen haben auf die Frage, wann ein Betriebs-/Betrieb in Sinne des § 613a BGB bei Betriebs-(Teil-)Übergängen vorliegt, so dass es in der Praxis zu einer Zwei-Ebenen-Betrachtung kommen kann:

- einerseits die kollektivrechtliche und mitbestimmungsrechtliche Betrachtung und
- hiervon abweichend die kündigungsschutzrechtliche Betrachtung.

Im Ergebnis kann dies dazu führen, sollte zum Beispiel ein bisheriger eigenständiger Betrieb, der in den gewillkürten neuen Betriebsstrukturen aufgegangen ist, stillgelegt werden und hierbei im Rahmen der Stilllegung nicht die Schwellenwerte gemäß § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG i.V.m. § 17 KSchG erreicht werden, dass dann kollektivrechtlich zwar keine Betriebs-

²³ BAG 27.6.2019 – 2 AZR 38/19, NZA 2019, 1427 Rn. 22; BAG 24.10.2019 – 2 AZR 85/19, juris.

änderung vorliegt, jedoch kündigungsschutzrechtlich eine Massenentlassungsanzeigespflicht besteht.

III. Fazit

Eine Betriebsstrukturvereinbarung gibt den Arbeitgebern, Gewerkschaften und Betriebsräten eine wichtige Regelung an die Hand, um durch Modifikationen des betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriffs, durch die Schaffung von zusätzlichen betriebsverfassungsrechtlichen Gremien oder betriebsverfassungsrechtlichen Vertretungen sicherzustellen, dass in den Unternehmen/Konzernen eine funktionsfähige Mitbestimmung trotz gesellschaftsrechtlicher, organisatorischer und struktureller Veränderung gesichert wird.

Die vielen tarifvertraglichen Regelungen oder Betriebsvereinbarungen im Sinne des § 3 BetrVG und die wenigen BAG-Entscheidungen hierzu sprechen dafür, dass in den meisten Fällen Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretungen gemeinsam dasselbe Ziel verfolgen und die Erfahrung zeigt, dass nach der Vereinbarung einer Betriebsstrukturvereinbarung sowohl die Arbeitnehmervertretung als auch die Arbeitgeber die positive Auswirkung auf die Mitbestimmung betonen. Auch wenn die Vorgaben des BAG aufgrund der sehr schwammigen Begrifflichkeiten nach § 3 BetrVG dazu führen, dass zu Recht Betriebsstrukturvereinbarungen restriktiv zu betrachten sind – letztlich soll auch die betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung nicht ausgehöhlt werden – so gibt es jedoch, gerade auch im Wandel unserer heutigen Zeit mit Blick auf Matrixstrukturen und Spatenorganisationen und auch dem Unwillen von Mitarbeitern, sich zum Betriebsrat wählen zu lassen, genügend Gründe, die dafür sprechen, über eine Betriebsstrukturvereinbarung gemäß § 3 BetrVG ernsthaft nachzudenken. Aus meiner Sicht überwiegen die positiven Effekte (effiziente Umsetzung der Mitbestimmung) die etwaigen Nachteile. Natürlich ist die Vorbereitung, Verhandlung und Begründung einer Betriebsstrukturvereinbarung gemäß § 3 BetrVG komplex und erfordert ein gemeinsames, transparentes Verständnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretungen vom *Status quo*. Nach meinem Verständnis ist jedoch, wenn zum jetzigen Zeitpunkt festgestellt wird, dass die Mitbestimmung im Unternehmen/im Konzern nicht effektiv und wirksam gelebt werden kann, da entweder die Entscheidungsnähe zu den Entscheidungsträgern fehlt oder aber zu viele Betriebe betriebsratslos sind, die Vereinbarung einer Betriebsstrukturvereinbarung ein wichtiger Schritt für eine effektive Mitbestimmung, ohne die viele Herausforderungen unserer Zeit nur schwerer umsetzbar sein werden.

Diskussion*

In der von Prof. Dr. *Richard Giesen* (ZAAR, München) geleiteten Diskussion umriss Rechtsanwalt *Reinhard Gaidies* (Gaidies Heggemann & Partner, Hamburg) ein Szenario, wonach Mitarbeiter infolge der Auflösung von Betriebsstrukturen unter Umständen keinem Betrieb mehr zuzuordnen seien und fragte, ob man in diesem Zusammenhang den Begriff der Betriebszugehörigkeit neu bewerten müsse.

Der Referent betonte die Wichtigkeit der Frage und sensibilisierte noch einmal dafür, dass sich das Entscheidungskompetenzzentrum vom örtlichen Betrieb idealerweise nicht zu weit entfernen sollte. Auf Ebene des Gesamtbetriebsrats müsse es immer auch einen Lösungsmechanismus von der Betriebsstrukturvereinbarung beziehungsweise eine Verhandlungsklausel geben, um notfalls die gesetzliche Struktur wiederherstellen zu können.

Danach stellte Prof. Dr. *Claudia Schubert* (Universität Hamburg) klar, dass eine Betriebsstrukturvereinbarung nur die unterste Ebene der Mitbestimmung betreffen könne. Der Referent bestätigte diese Anmerkung und betonte, dass man bei einer weitergehenden Regelung den Rahmen des § 3 BetrVG verlassen würde.

Rechtsanwalt *Florian Schulte* (Taylor Wessing, Hamburg) wollte wissen, wie sich eine Betriebsstrukturvereinbarung auf hinzukommende Betriebsteile auswirke. Hier empfahl der Referent, schon in der Präambel der Betriebsstrukturvereinbarung eine entsprechende Regelung zu treffen. Der Einbezug hinzukommender Betriebsteile setze allerdings voraus, dass auch diesbezüglich die Voraussetzungen des § 3 BetrVG erfüllt seien.

Zuletzt fragte Prof. *Giesen*, wie stark sich eine Betriebsstrukturvereinbarung auf die Flexibilisierung von betrieblichen Strukturen auswirke, insbesondere wenn für solche Strukturen ein Änderungsbedarf bestehe, die nicht mehr von der Vereinbarung erfasst würden. Der Referent betonte, dass die Anforderungen des § 3 BetrVG nur bei Abschluss der Betriebsstrukturvereinbarung erfüllt sein müssen. Im Nachgang lasse sich das Unternehmen flexibel verändern.

Abschließend unterstrich der Referent noch einmal, dass er Betriebsstrukturvereinbarungen nicht als Mittel zur Flucht aus der Mitbestimmung begreife, sondern als Instrument zur Korrektur von Mängeln der gesetzlichen Mitbestimmung

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ref. iur. *Wencke Salmen*.

Betriebsteilverselbständigung nach § 4 Abs. 1 BetrVG

Tobias Vogt

Seite

I. Einführung – Das Konzept des heutigen § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG	99
II. Gestaltung durch die Arbeitgeberseite	100
1. Ausgangspunkt: Organisationshoheit des Arbeitgebers	100
a) Institutionalisierte Leitung als Gestaltungsoption.....	100
b) Gestärkte Organisationshoheit dank Digitalisierung.....	102
2. Möglichkeit A: Bewusste Veränderung der institutionalisierten Leitung vor Ort	103
3. Möglichkeit B: Wegfall des Ansprechpartners im Inland – „Flucht aus dem BetrVG“?	103
a) Betriebsratsfähiger Betriebsteil trotz Hauptbetrieb im Ausland	104
b) Verringerung der inländischen Leitung – „Race to the bottom“	105
c) Anknüpfung an Software?	106
d) Keine grundrechtskonforme Auslegung des Betriebsteils.....	106
e) Aber: Verstoß gegen Art. 2 lit. b Richtlinie 2002/14/EG ...	107
III. Gestaltung durch die Arbeitnehmerseite	109
1. Ausgangspunkt: Beschränkter Handlungsspielraum der Belegschaft.....	109
2. Möglichkeit A: Der Zuordnungsbeschluss des § 4 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 BetrVG	110
3. Möglichkeit B: Beurteilungsspielraum des Wahlvorstands?	111
IV. Gemeinsame Gestaltung des § 4 Abs. 1 BetrVG durch Absprachen	112
1. Absprachen – Aber mit wem?.....	112
2. Auswirkungen von Absprachen über Abweichung von § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.....	112

V. Ausblick.....	114
1. Abweichende Auslegung des Betriebsteils (§ 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG) de lege lata?	114
2. Alternative Definitionsansätze des Betriebsteils (§ 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG).....	116
3. Reform des § 4 Abs. 1 BetrVG de lege ferenda?	117
VI. Fazit in zwölf Thesen	118
Diskussion	120

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Gestaltung der betrieblichen Mitbestimmung* (München 2024), S. 97-119

I. Einführung – Das Konzept des heutigen § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG

Während der Betriebsbegriff i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG regelmäßig Gegenstand der arbeitsrechtlichen Diskussion ist,¹ fristet der Diskurs um § 4 Abs. 1 BetrVG ein Schattendasein. Zu Unrecht!

§ 4 Abs. 1 BetrVG bietet sowohl für die Arbeitgeberseite (dazu II), als auch für die Arbeitnehmerseite (dazu III), gerade aber für die Betriebsparteien gemeinsam (dazu IV) erhebliche Gestaltungsspielräume. Darüber hinaus wird die Auslegung des Betriebsteils i.S.d. § 4 Abs. 1 BetrVG (zu) selten hinterfragt (dazu V 1), geschweige denn über Alternativen nachgedacht (dazu V 2). Außerdem lässt die Arbeitsrechtswissenschaft § 4 BetrVG in der Diskussion um die Reform des Betriebsbegriffs zu Unrecht außer Acht (dazu V 3).

Das Konzept des § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG lässt sich zunächst auf eine Gleichung mit drei Bausteinen herunterbrechen:

Einfacher Betriebsteil i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG
+ Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG
+ Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG oder
Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BetrVG
= betriebsratsfähiger Betriebsteil.

Schwerpunkt des heutigen Vortrags ist wegen des großen Gestaltungsspielraums besonders der erste Baustein. Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG² ist der einfache Betriebsteil eine abgrenzbare Teileinheit eines Betriebs, welche auf den Zweck des Hauptbetriebs gerichtet und in dessen Organisation eingegliedert ist.³ Gleichzeitig muss der Betriebsteil organisatorisch abgrenzbar und relativ selbständig sein.⁴ Für das Min-

1 *De lege lata etwa Preis/Peramoto*, Festschrift 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, S. 571 ff.; *de lege ferenda etwa Allgaier/Bolte/Buschmann/Däubler/Deinert/Dohna/Eder/Heilmann/Jerchel/Klapp/Klebe/Wenckebach*, AuR Sonderausgabe April 2022, 1, 6.

2 Siehe etwa BAG 4.5.2022 – 7 ABR 14/21, NZA 2022, 1280 Rn. 43; BAG 26.5.2021 – 7 ABR 17/20, NZA 2021, 1494 Rn. 33; BAG 9.12.2009 – 7 ABR 38/08, NZA 2010, 906 Rn. 23; *Mengel*, Festschrift Windbichler, 2020, S. 309, 316.

3 BAG 17.5.2017 – 7 ABR 21/15, NZA 2017, 1282 Rn. 17.

4 BAG 17.5.2017 – 7 ABR 21/15 (Fn. 3), Rn. 17; *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 31. Aufl. 2022, § 4 BetrVG Rn. 7; *Franzen*, in: Gemeinschaftskommentar Betriebsverfassungsgesetz (GK-BetrVG), 12. Aufl. 2021, § 4 BetrVG Rn. 4; *Koch*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 23. Aufl. 2023, § 4 BetrVG Rn. 2; *Stoffels/Lembke*, Betriebsverfassungsrecht, 7. Aufl. 2020, § 3 Rn. 26.

destmaß an relativer Selbständigkeit reicht es laut BAG aus, dass in der organisatorischen Einheit überhaupt eine den Einsatz der Arbeitnehmer bestimmende Leitung institutionalisiert ist, die Weisungsrechte des Arbeitgebers ausübt.⁵

II. Gestaltung durch die Arbeitgeberseite

Der Gestaltungsspielraum der Arbeitgeberseite bei der Abgrenzung ist groß. Im Folgenden ist nach einer abstrakten Erklärung hierfür (dazu II 1) auf zwei exemplarische Möglichkeiten (dazu II 2 und II 3) einzugehen, um den Spielraum zu veranschaulichen.

1. Ausgangspunkt: Organisationshoheit des Arbeitgebers

Um zu verstehen, weshalb die Betriebsverfassung dem Arbeitgeber einen hohen Gestaltungsspielraum zugesteht, hilft ein Blick auf die grundrechtliche Dimension des BetrVG. Das BetrVG setzt im Wesentlichen den allgemeinen Gestaltungsauftrag des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1 GG) um.⁶ Das BetrVG schützt darüber hinaus die Persönlichkeitsentfaltung des Arbeitnehmers im Betrieb.⁷ Ein Grundrecht auf betriebliche Mitbestimmung besteht nicht, insbesondere folgt sie nicht aus Art. 1 Abs. 1 GG. Mangels Freiwilligkeit des Zusammenschlusses lässt sich auch nicht Art. 9 Abs. 3 GG als Grundlage anführen. Wegen des Eingriffs in die von Art. 12 Abs. 1, Art. 14 GG geschützte unternehmerische Freiheit „folgt“ die Vertretung der Arbeitnehmer nur der Organisationsstruktur des Arbeitgebers. Die Betriebsverfassung ist vertragsakzessorisch.⁸

a) Institutionalisierte Leitung als Gestaltungsoption

Die große Gestaltungsmacht des Arbeitgebers folgt vor allem aus dem letzten Teil der BAG-Definition des Betriebsteils. Damit ein Betriebsteil gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vorliegen kann, muss die Einheit relativ selbständig vom Hauptbetrieb sein. Relativ selbständig wiederum ist eine Einheit nur, wenn am Ort des Betriebsteils jedenfalls eine Person tätig ist, welche funktionsgemäß die Weisungsmacht ausübt.⁹

5 BAG 26.5.2021 – 7 ABR 17/20 (Fn. 2), Rn. 33; BAG 28.4.2021 – 7 ABR 10/20, NZA 2021, 1646 Rn. 26; BAG 17.5.2017 – 7 ABR 21/15 (Fn. 3), Rn. 17.

6 Wiese, in: GK-BetrVG (Fn. 4), Einl. Rn. 54; Kolbe, Mitbestimmung und Demokratieprinzip, 2013, S. 170 ff., 192; Keine, Betriebsbildung in Konzernen mit Matrixstruktur, 2022, S. 76.

7 Daum, Der Betrieb als Organisation, 2021, S. 30 f.; Hjort, Festschrift 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, S. 191, 194 f.

8 Vgl. Reichold, NZA 1999, 561, 562 f.

9 Vgl. BAG 9.12.2009 – 7 ABR 38/08 (Fn. 2), Rn. 23; Mengel, Festschrift Windbichler, 2020, S. 309, 316; BAG 26.5.2021 – 7 ABR 17/20 (Fn. 2), Rn. 33.

Sucht man nach einer Begründung für die Definition des BAG, muss man bis 1960 zurückgehen. Seitdem hat das BAG – soweit ersichtlich – seine Definition nicht mehr in einer Entscheidung grundlegend hinterfragt. 1960 argumentierte das BAG unter anderem, die hohen Anforderungen an einen Betriebsrat seien nötig, weil ansonsten Betriebsrat entstehen würden. Diese seien mangels fünf Arbeitnehmern nicht betriebsratsfähig. Das widerspreche dem Ziel des Gesetzgebers, keine Einheit ohne Vertretung zu lassen.¹⁰

Mittlerweile verteidigt die h.M. die Definition des BAG besonders mit dem Argument, dass ein Betriebsrat nur dann effektive Betriebsratsarbeit leisten könne, wenn er persönlich vor Ort auf einen Vertreter des Arbeitgebers einwirken könne.¹¹ Ob diese Argumentation noch zeitgemäß ist, soll im Ausblick (dazu V) untersucht werden.

Für den Arbeitgeber ist die aktuelle BAG-Definition des Betriebsrats dankbar. Denn er kann kraft seiner unternehmerischen Freiheit entscheiden, ob vor Ort ein Arbeitnehmer Weisungsrechte ausüben soll. Ebenso kann er einen ehemals weisungsbefugten Arbeitnehmer in den Grenzen des § 106 Satz 1 GewO versetzen oder teilweise betriebsbedingt kündigen.

Wie hoch die Anforderungen an die institutionalisierte Leitung vor Ort sind, ist höchststrichtrichlerlich ungeklärt.¹² Das LAG München¹³ legt die Latte hoch an, bis ein Betriebsrat vorliegt. Laut dem LAG München müssen die in dem Betriebsrat vorhandenen Vertreter in der Lage sein, die Arbeitgeberfunktion in den wesentlichen Bereichen der betrieblichen Mitbestimmung wahrzunehmen. Anderenfalls hätte ein im Betriebsrat gewählter Betriebsrat keinen Ansprechpartner für die Regelung mitbestimmungspflichtiger Angelegenheiten.¹⁴ Das BAG hat die Entscheidung des LAG München als nicht rechtsfehlerhaft angesehen.¹⁵ Das bedeutet wegen des eingeschränkten Prüfungsmaßstabs des BAG jedoch nicht, dass sich das BAG die Rechtsauffassung des LAG München zu eigen gemacht hat.

Das ArbG Frankfurt hingegen setzte die Anforderungen an die institutionalisierte Leitung 2009 demgegenüber äußerst niedrig an. Ausreichend

10 BAG 23.9.1960 – 1 ABR 9/59, juris Rn. 7.

11 Exemplarisch LAG München 6.8.2019 – 9 TaBV 14/19, juris Rn. 70; vgl. auch *Preis/Peramato*, Festschrift 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, S. 571, 582.

12 Explizit offengelassen in BAG 28.4.2021 – 7 ABR 10/20 (Fn. 5), Rn. 28; siehe zur Einordnung *Hexel/Kuhn*, DB 2021, 2758, 2761.

13 LAG München 6.8.2019 – 9 TaBV 14/19 (Fn. 11), Rn. 70.

14 LAG München 6.8.2019 – 9 TaBV 14/19 (Fn. 11), Rn. 70.

15 BAG 28.4.2021 – 7 ABR 10/20 (Fn. 5), Rn. 27 f.

sei, dass die Leitungsperson fachliche Weisungen gegenüber einem Teil der Arbeitnehmer erteile.¹⁶

Folgt man dem LAG München, ist die Gestaltungsmacht des Arbeitgebers über den Betriebsteil des § 4 Abs. 1 BetrVG äußerst hoch. Schließlich kann der Arbeitgeber den Betriebsteil dadurch verhindern, dass er keine wesentlichen Bereiche der Mitbestimmung vor Ort entscheiden lässt. Folgt man dem ArbG Frankfurt, ist die Gestaltungsmacht des Arbeitgebers deutlich geringer. Schließlich ist die Schwelle zum Betriebsteil deutlich schneller überschritten, wenn bereits fachliche Weisungen gegenüber einem Teil der Belegschaft ausreichen.

Zusammengefasst: Es liegt häufig in der Hand des Arbeitgebers, ob er die vom BAG geforderte Leitungsmacht vor Ort ansiedelt oder nicht. Im Folgenden ist unter b aufzuzeigen, dass sich der Spielraum des Arbeitgebers hinsichtlich der institutionalisierten Leitung vor Ort durch die Digitalisierung stark vergrößert hat.

b) Gestärkte Organisationshoheit dank Digitalisierung

Um zu zeigen, wie stark die Digitalisierung die Gestaltungsspielräume des Arbeitgebers hinsichtlich der institutionalisierten Leitung für § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vergrößert hat, hilft ein – sehr vereinfacht dargestellter – Fall des ArbG Münster.¹⁷

Das Unternehmen F betrieb dort einen Essenslieferdienst mit App-gesteuerten Fahrradkurieren. Die Kuriere begannen ihre Arbeit, indem sie auf dem eigenen Handy eine App öffneten. Diese App wies sie an, zum ersten Restaurant zu fahren. Dort holten Sie Essen ab. Das brachten Sie zum Kunden. Sie nutzten neben ihren privaten Handys ausschließlich private Fahrräder. Materielle Betriebsmittel wie eine Betriebsstätte fehlten in Münster vollständig. Ebenso wenig existierte dort eine leitungsbefugte Person. Sämtliche Weisungsmacht wurde aus dem Unternehmenssitz in Berlin heraus gesteuert. Dort wurden alle personellen und sozialen Angelegenheiten geregelt, etwa Kündigungen (§ 102 Abs. 1 BetrVG) sowie sämtliche mitbestimmungspflichtige Handlungen i.S.d. § 87 Abs. 1 BetrVG.

Konsequenterweise ist in Münster ein Betrieb i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zu verneinen. Es fehlt am Leitungsapparat. Ebenso wenig existiert jedoch in Münster ein betriebsratsfähiger Betriebsteil i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 2 BetrVG. Es fehlt bereits am ersten der drei Bausteine. Mangels institutionalisierter Leitung vor Ort in Münster ist bereits der einfache Betriebsteil zu verneinen.

¹⁶ ArbG Frankfurt 21.7.2009 – 12 BV 184/09, juris Rn. 56.

¹⁷ Verhandelt am 3.5.2019 am ArbG Münster – 4 BVGa 4/19; laut Auskunft vom 21.12.2020 ist kein Beschluss ergangen.

Das Beispiel der App-gesteuerten Fahrradkuriere zeigt in verallgemeinerbarer Weise, dass digitale Kommunikationswege die Gestaltungsspielräume von Arbeitgebern erhöht haben. Arbeitgeber können ihre Arbeitnehmer dank der Digitalisierung derart digital steuern, dass die Leitung vor Ort wegfällt. Dadurch fällt teilweise auch der Betriebsteil i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG weg.

Deshalb ist zunächst die naheliegende Möglichkeit A aufzuzeigen – die Möglichkeit des Arbeitgebers, die Leitung vor Ort bewusst wegfallen zu lassen.

2. Möglichkeit A: Bewusste Veränderung der institutionalisierten Leitung vor Ort

Einerseits ist es möglich, dass Arbeitgeber ihre Leitung vor Ort bewusst durch digitale Kommunikationsmittel oder gar Software ersetzen. Denkbar ist etwa, dass Arbeitgeber aus Kostengründen am Leitungsapparat sparen. Dadurch kann es vorkommen, dass ein ehemals betriebsratsfähiger Betriebsteil i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 2 BetrVG nicht mehr betriebsratsfähig ist. Stattdessen müssen die Arbeitnehmer vom Hauptbetrieb vertreten werden.

Andererseits kann ein Arbeitgeber bewusst die Leitung vor Ort aufwerten oder gar neu ansiedeln. Das ist etwa dann interessant, wenn der Arbeitgeber von einer bevorstehenden Betriebsratswahl erfährt. Statt die Wahl auf den gesamten Betrieb zu erstrecken, kann der Arbeitgeber durch gezielte Aufwertung der Leitung vor Ort die Wahl auf einen Betriebsteil i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG beschränken.

3. Möglichkeit B: Wegfall des Ansprechpartners im Inland – „Flucht aus dem BetrVG“?

Deutlich weitreichendere Folgen hätte jedoch die Möglichkeit B: Kann der Arbeitgeber aus dem BetrVG fliehen, indem er die institutionalisierte Leitung im Inland entfallen lässt?

Um das Beispiel zu verdeutlichen, hilft ein Blick auf das obige Beispiel der App-gesteuerten Fahrradkuriere. Wegen der dort angesiedelten Leitungsmacht liegt ihre betriebsratsfähige Einheit in Berlin, nicht aber bei den Arbeitnehmern in Münster. Verlagert der Arbeitgeber hingegen die Leitung außerhalb der Bundesgrenzen, könnte man meinen, dass die in Deutschland tätigen Arbeitnehmer keinerlei betriebsratsfähige Einheit mehr haben.

Diese Diskussion wird in der Literatur seit den 1990er Jahren geführt, häufig unter der Überschrift „Flucht aus dem BetrVG“. ¹⁸ Primär ist zu lesen, das Problem sei lösbar, indem man die Anforderungen an die Leitungsmacht nicht zu hoch ansetzt. ¹⁹ Dahinter steht letztlich die aus der analogen Arbeitswelt kommende Vorstellung, dass Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer nicht über beliebige Entfernungen steuern könnten, wie es etwa *Birk* 1978 formulierte. ²⁰ Die fortschreitende Digitalisierung beweist jedoch das Gegenteil. Dank der Digitalisierung lassen sich Leitungsapparate im Inland theoretisch vollständig vermeiden. Weisungen können auch digital aus dem Ausland erteilt werden. Daher ist die „Flucht aus dem BetrVG“ höchst praxisrelevant.

Um die Frage zu beantworten, ob der Arbeitgeber aus dem BetrVG fliehen kann, lassen sich mindestens fünf Problemkreise voneinander trennen, auf die im Folgenden unter a bis e einzugehen ist.

a) **Betriebsratsfähiger Betriebsteil trotz Hauptbetrieb im Ausland**

Zunächst stellt sich die Frage, ob überhaupt ein betriebsratsfähiger Betriebsteil i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG im Inland bestehen kann, wenn der Hauptbetrieb i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG im Ausland angesiedelt ist. Diese Frage ist höchstrichterlich nicht entschieden. In der Literatur ist die Frage umstritten. ²¹ Sie stellte sich allerdings im Frühjahr 2023 im einstweiligen Rechtsschutz vor dem LAG Berlin-Brandenburg. ²²

Die Entscheidung verdient angesichts ihrer möglichen praktischen Auswirkungen eine eigene Tagung. In Anbetracht der Zeit möchte ich nur auf zwei Argumente derer eingehen, die einen betriebsratsfähigen Betriebsteil mangels Hauptbetriebs im Ausland verneinen. Beide überzeugen im Ergebnis nicht.

18 Die Fluchtmöglichkeit ablehnend etwa *Kort*, BB 2021, 1204, 1213; *Kort*, NZA 2013, 1318, 1321; *Däubler*, Festschrift 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, S. 115, 124; die theoretische Fluchtmöglichkeit sehend etwa *Gallini/Koller-van Delden*, BB 2021, 2484, 2490; *Wolmerath*, Festschrift Däubler, 1999, S. 717, 726.

19 *Kort*, BB 2021, 1204, 1213.

20 *Birk*, AuR 1978, 226, 230.

21 Einen Betriebsteil ohne Hauptbetrieb im Inland verneinend *Jacobs/Frieling*, Festschrift 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, S. 243, 254 f.; *Koch*, in: *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl. 2021, § 213 Rn. 2; *Tiedemann*, ArbRB 2019, 157, 158 f.; a.A. *Fitting* (Fn. 4), § 1 Rn. 13; *Gallini/Koller-van Delden*, BB 2021, 2484 ff.

22 LAG Berlin-Brandenburg 22.2.2023 – 4 TaBVGa 1301/22, juris.

Erstens führen die Gegner an, der eigentliche Adressat des BetrVG sitze bei ausschließlich ausländischer Leitung im Ausland, weshalb die Anwendbarkeit des BetrVG mit dem Territorialitätsprinzip unvereinbar sei.²³ Das überzeugt nicht. Denn völkerrechtlich ist man sich weitgehend einig, dass sich der sachliche Geltungsbereich eines Gesetzes grundsätzlich auch auf das Ausland erstrecken darf.²⁴ Nötig ist, dass der völkerrechtliche Rahmen gewahrt ist. Das heißt, es ist normal, dass ein Gesetz im Tatbestand an Ereignisse, Umstände usw. im Ausland anknüpft. Der völkerrechtliche Rahmen ist dabei das Territorialitätsprinzip. Wegen des Grundsatzes der Gebietshoheit müssen sich ausländische Bürger (oder Unternehmen) auf deutschem Boden an deutsches Recht halten.

Konkret bezogen auf das BetrVG: Der völkerrechtliche Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit des BetrVG ist, dass ein ausländischer Arbeitgeber seine Arbeitnehmer im deutschen Hoheitsgebiet beschäftigt. Aus völkerrechtlicher Sicht ist es unproblematisch, ob dadurch Entscheidungsträger im Ausland an deutsches Recht gebunden sind.

Das zweite Argument lautet, dass die Mitbestimmung ohne Ansprechpartner vor Ort ins Leere ginge.²⁵ Auf dieses Argument möchte ich im Rahmen des Ausblicks unter V noch weiter eingehen. Man kann dem Argument bereits mit den Worten *Gamillschegs* begegnen. Die betriebliche Mitbestimmung ist eine Holschuld des Arbeitgebers.²⁶ Es ist seine Aufgabe, die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei diesem „abzuholen“, nicht umgekehrt. Das Vorliegen eines Betriebsteils darf daher nicht deshalb verneint werden, weil sich der Arbeitgeber dieser Holschuld mangels Leitung im Inland verweigert. Das LAG Berlin-Brandenburg hat es sich einfacher gemacht und es im Anschluss an *Fitting*²⁷ jedenfalls für möglich erachtet, dass bei ausschließlich ausländischer Steuerung § 4 BetrVG jedenfalls entsprechend angewandt wird. Durch Rechtsfortbildung sei ein Hauptbetrieb im Inland zu fingieren.

b) Verringerung der inländischen Leitung – „Race to the bottom“

Die nächste Problemsphäre betrifft kein juristisches, sondern ein praktisches Problem. Sollte die Rechtsprechung einen Betriebsteil im Inland

23 *Jacobs/Frieling*, Festschrift 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, S. 243, 255.

24 *Arnauld*, Völkerrecht, 5. Aufl. 2022, § 4 C III Rn. 351 f.

25 *Jacobs/Frieling*, Festschrift 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, S. 243, 255.

26 *Gamillscheg*, AuR 2001, 411, 414.

27 *Fitting* (Fn. 4), Rn. 13.

grundsätzlich bejahen, stellt sich die Frage, wie viel Mindestmaß an Organisation durch institutionalisierte Leitung vor Ort noch nötig ist.

Möchte die Rechtsprechung, dass Betriebsteile im deutschen Hoheitsgebiet bestehen, muss sie die Anforderungen an die institutionalisierte Leitung vor Ort immer weiter absenken. Arbeitgeber hingegen können mittels ihrer Organisationshoheit die Leitungsmacht vor Ort im Rahmen ihrer Möglichkeiten ebenfalls so gering wie möglich halten.

Es ist also ein *race to the bottom* zwischen Arbeitgebern und Rechtsprechung hinsichtlich der Anforderungen an die institutionalisierte Leitung vor Ort absehbar. Sofern es für Arbeitgeber möglich ist, können sie die Leitungsmacht im Inland immer weiter absenken, bis keinerlei Leitung in Deutschland mehr vorliegt.

c) Anknüpfung an Software?

Drittens ist es zu fragen, ob unter dem vom BAG geforderten Mindestmaß an Organisation durch institutionalisierte Leitung auch Software subsumierbar ist.

Das ist innerhalb der Logik des BAG zu verneinen. Jeder Arbeitnehmer ist definitionsgemäß weisungsgebunden (§ 611a Abs. 1 Satz 1 BetrVG). Würde bereits die Weisung durch Software ausreichen, hätte jede Einheit wegen der Software auch ein Mindestmaß an Organisation. Das Definitionsmerkmal würde leerlaufen.

Auch ist Software kein Ansprechpartner, auf welchen der Betriebsrat Einfluss nehmen kann.²⁸

d) Keine grundrechtskonforme Auslegung des Betriebsteils

Viertens stellt sich die Frage, ob die Flucht aus dem BetrVG durch grundrechtskonforme Auslegung des Betriebsteils i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zu verhindern ist.

So korrigierte das LAG Hessen den Betrieb i.S.d. § 23 Abs. 1 Satz 1 KSchG in der Vergangenheit trotz weitgehender Steuerung durch eine ausländische Leitungsmacht dahingehend, dass trotzdem ein Betrieb in Deutschland anzunehmen sei. Das ergebe sich aus der grundrechtskonformen Auslegung des § 23 Abs. 1 Satz 1 KSchG im Lichte der Schutzpflicht für die Berufswahlfreiheit des Arbeitnehmers (Art. 12 Abs. 1 GG).²⁹ Da die Kündigung die schwerwiegendste Beeinträchtigung der Wahlfreiheit des Arbeitnehmers sei, dürfe der Arbeitgeber sie nicht leichtfertig durch Kündigung

28 Den Ansprechpartner fordernd etwa LAG München 6.8.2019 – 9 TaBV 14/19 (Fn. 11), Rn. 70.

29 LAG Hessen 13.4.2011 – 8 Sa 922/10, juris Rn. 30.

zunichtemachen. Um die Berufswahlfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG zu sichern, müsse das KSchG – und dafür der Betriebsbegriff des § 23 Abs. 1 KSchG – extensiv ausgelegt werden.

Die grundrechtskonforme Auslegung des Betriebs i.S.d. § 23 Abs. 1 Satz 1 KSchG ist jedoch nicht auf den Betrieb i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG oder gar auf den Betriebssteil i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG übertragbar. Dagegen spricht die unterschiedliche grundrechtliche Wertung in KSchG und BetrVG. Während das KSchG gemäß Art. 12 Abs. 1 GG die Berufswahlfreiheit des Arbeitnehmers schützt, schützt das BetrVG primär die freie Entfaltung des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz (siehe II 1). Da das BetrVG die Berufswahlfreiheit allenfalls als Rechtsreflex (z.B. durch § 102 Abs. 1 BetrVG) mitschützt, ist keine grundrechtskonforme Auslegung des Betriebs i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG oder des § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG geboten, um den Betrieb(steil) auch bei vollständig ausländischer Steuerung anzunehmen. Im Gegenteil: Da die betriebliche Mitbestimmung auch aus dem Sozialstaatsprinzip folgt (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1 GG), hat der Gesetzgeber einen großen Ausgestaltungsspielraum für die betriebliche Mitbestimmung. Bereits die Schwelle von fünf Arbeitnehmern in § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zeigt, dass nicht jeder Arbeitnehmer zwingend durch einen Betriebsrat vertreten werden muss.

Eine grundrechtskonforme Auslegung des Betriebssteils bei vollständig ausländischer Steuerung scheidet aus. Theoretisch ist es bei rein nationaler Auslegung des BetrVG somit denkbar, dass der Arbeitgeber den betrieblichen Anwendungsbereich des BetrVG nicht eröffnet, indem er sämtliche Leitung in das Ausland verlagert.

e) Aber: Verstoß gegen Art. 2 lit. b Richtlinie 2002/14/EG

Zu klären ist allerdings, ob die nationale Auslegung, wodurch der Arbeitgeber die Anwendbarkeit des BetrVG durch Verlagerung der Leitung in das Ausland einseitig verhindern kann, mit Art. 2 lit. b der Richtlinie 2002/14/EG vereinbar ist. Hierbei stellen sich drei Fragen.

Die erste Frage lautet: Warum ist die Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.3.2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft (Amtsblatt EG 2002 L 80/29) überhaupt für das BetrVG relevant?

Ihr Kern ist Art. 4 Abs. 2. Dort sind Mindestanhörungspflichten festgelegt. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2002/14/EG wird im deutschen Recht insbesondere durch §§ 92 ff., 106 und 111 ff. BetrVG umgesetzt.³⁰

30 Franzen, Festschrift Birk, 2008, S. 97, 102 ff.

Die zweite Frage lautet: Warum ist aus der Richtlinie 2002/14/EG ausgerechnet Art. 2 lit. b relevant?

In Art. 2 lit. b Richtlinie 2002/14/EG ist der Betrieb gemäß der Richtlinie definiert. Laut ihr ist ein Betrieb eine gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten definierte Unternehmenseinheit, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig ist und in der kontinuierlich unter Einsatz personeller und materieller Ressourcen eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird.

Die Definition ist jedoch besonders, weil sie im Gegensatz zum Betriebsbegriff der Massenentlassungsrichtlinie nicht vollharmonisierend ist.³¹ Stattdessen ist sie eine Mindestharmonisierung, ein Untermaß. Nach dem ersten Halbsatz des Art. 2 lit. b der Richtlinie 2002/14/EG obliegt die Umsetzung hinsichtlich des Betriebs den Mitgliedstaaten. Allerdings haben sie dabei das Mindestmaß des zweiten Halbsatzes zu beachten.

Eine unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts wegen der Richtlinie 2002/14/EG ist bei drei Voraussetzungen geboten (Untermaßverbot). Erstens muss eine Unternehmenseinheit gemäß Art. 2 lit. b Richtlinie 2002/14/EG vorliegen. Zweitens müssen in dieser Unternehmenseinheit mindestens 20 Arbeitnehmer tätig sein, denn gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. b gilt die Richtlinie erst für Betriebe mit mindestens 20 Arbeitnehmern in einem Mitgliedstaat. Drittens ist der *effet utile*-Grundsatz verletzt, wenn die in Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2002/14/EG umgesetzten Rechte nicht oder nur mit Zustimmung des Arbeitgebers gesichert sind.

Die dritte Frage lautet: Was bedeutet das Untermaßverbot der Richtlinie 2002/14/EG konkret für die Auslegung des § 4 BetrVG?

Der Rechtsanwender hat § 4 BetrVG so auszulegen, dass bei Eröffnung des Anwendungsbereichs (Betrieb mit 20 Arbeitnehmern in Deutschland) die Arbeitnehmer auch ihre in §§ 92, 106 sowie 111 ff. BetrVG umgesetzten unionsrechtlich verbürgten Anhörungsrechte wahrnehmen können. Damit die Arbeitnehmer durch Arbeitnehmervertreter §§ 92, 106 und 111 ff. BetrVG wahrnehmen können, muss zunächst der betriebliche Anwendungsbereich des BetrVG eröffnet sein. Es muss also mindestens ein Betriebsteil vorliegen. Kurzum: Der Betriebsteil i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist der Türöffner zum BetrVG.

Die Rechtsprechung des BAG, welche ein Mindestmaß an Organisation im Inland durch Leitungsmacht fordert, führt dazu, dass der Arbeitgeber das Vorliegen des Betriebsteils einseitig verhindern kann. Er muss „nur“ unterbinden, dass ein weisungsbefugter Arbeitnehmer in Deutschland tätig ist.

31 Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2017, § 10 Rn. 57.

Es widerspricht dem *effet utile*-Grundsatz, wenn der Arbeitgeber sein Unternehmen einseitig so strukturieren kann, dass mangels betriebsratsfähiger Einheit im Inland die unionsrechtlich determinierten §§ 92 ff., 106 und 111 ff. BetrVG unanwendbar sind.³²

Um sicherzustellen, dass in Deutschland tätige Arbeitnehmer ihre in Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2002/14/EG verbürgten und in §§ 92, 106 sowie 111 ff. BetrVG umgesetzten Mindestanhörungsrechte haben, ist der Betriebsrat i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG so auszulegen, dass es nicht auf die Leitung des Arbeitgebers ankommt. Das gilt, sofern Arbeitnehmer ansonsten keinen Arbeitnehmervertreter im Sinne der Richtlinie 2002/14/EG haben.

Allerdings dürfte genau hier noch Gestaltungsspielraum für Arbeitgeber bestehen. Die Richtlinie 2002/14/EG erfordert nur, dass Arbeitnehmer ihre Anhörungsrechte durch Arbeitnehmervertreter wahrnehmen können müssen. Nicht geregelt ist, dass der Arbeitnehmervertreter für deutsche Arbeitnehmer auch in Deutschland ansässig sein muss. Somit dürfte die unionsrechtskonforme Auslegung des § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG dann entbehrlich sein, wenn in Deutschland tätige Arbeitnehmer bereits durch einen ausländischen Arbeitnehmervertreter mitvertreten werden.

Zusammengefasst scheidet die „Flucht aus dem BetrVG“ des Arbeitgebers meist jedenfalls an der Richtlinie 2002/14/EG. § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist bei Vorliegen eines Betriebs i.S.d. Art. 2 lit. b sowie 20 in Deutschland tätigen Arbeitnehmern dahingehend auszulegen, dass es auf die institutionalisierte Leitung nicht ankommt. Das gilt, sofern die ihnen gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2002/14/EG zustehenden Mitgliedsrechte nicht durch andere Arbeitnehmervertreter im Ausland gesichert sind.

III. Gestaltung durch die Arbeitnehmerseite

Kommen wir nun zum dritten Teil – der Gestaltung des § 4 Abs. 1 BetrVG durch die Arbeitnehmerseite. Auch hier ist zunächst der Ausgangspunkt (dazu III 1) darzustellen. Anschließend ist erneut auf zwei Gestaltungsoptionen einzugehen (dazu III 2 und III 3).

1. Ausgangspunkt: Beschränkter Handlungsspielraum der Belegschaft

Die Organisationshoheit ist der Kernbereich der unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers. Die betriebsratsfähige Einheit folgt wiederum der vom Arbeitgeber festgelegten organisatorischen Einheit. Daher ist der Handlungsspielraum der Belegschaft bei der Gestaltung der betriebsratsfähigen Einheit des § 4 Abs. 1 BetrVG gesetzgeberisch gewollt begrenzt.

32 Vgl. Reichold, NZA 2003, 289, 295.

2. Möglichkeit A: Der Zuordnungsbeschluss des § 4 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 BetrVG

Seit 2001 können Arbeitnehmer jedoch die betriebsratsfähige Einheit erheblich mitgestalten. Durch den Zuordnungsbeschluss des § 4 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 BetrVG können Arbeitnehmer beschließen, im Hauptbetrieb vertreten zu werden. Theoretisch ist der Zuordnungsbeschluss sinnvoll. Statistisch gesehen werden in großen Einheiten häufiger Betriebsräte gewählt.³³ Der Zuordnungsbeschluss ist gerade dann attraktiv, wenn wegen der Unternehmensart wohl wenige Arbeitnehmer im Betriebsteil für die gesamte Zeitdauer von vier Jahren bleiben. Die Wahl eines Arbeitnehmers, der statistisch gesehen binnen Monaten den Betrieb verlässt, ist unattraktiv.

Genauere Erhebungen zum Zuordnungsbeschluss des § 4 Abs. 1 Satz 2 BetrVG fehlen.³⁴ Nimmt man Gerichtsverfahren als Indiz, um die Praxisrelevanz zu bestimmen, scheint der Zuordnungsbeschluss eine untergeordnete Rolle zu spielen. Über Gründe für die fehlende Nutzung des Zuordnungsbeschlusses können wir nur spekulieren. Mindestens vier kommen infrage.

Erstens ist ein Informationsdefizit der Arbeitnehmer denkbar. Wer das Instrument des Zuordnungsbeschlusses nicht kennt, nutzt es nicht.

Zweitens dürften Arbeitnehmer teilweise die räumliche Entfernung zum Hauptbetrieb als nachteilig empfinden, weil es die persönliche Kommunikation zwischen Arbeitnehmer und Betriebsrat im Hauptbetrieb erschwert. Möchte der Arbeitgeber den Zuordnungsbeschluss attraktiver machen, sind bei großer räumlicher Distanz weitere Anreize für die Arbeitnehmer sinnvoll, um die räumliche Distanz zu überbrücken, etwa besonders unkomplizierte digitale Kommunikationswege zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmer. Schließlich ist ein räumlich weit entfernter Betriebsrat eine effektivere Vertretung, als wenn mangels Kandidaten gar kein Betriebsrat im Betriebsteil vor Ort besteht.

Drittens ist es denkbar, dass Arbeitnehmer, welche sich „aus der Deckung wagen“ und sich für das Thema Betriebsrat interessieren, lieber direkt eine Betriebsratswahl im Betriebsteil initiieren.

Viertens entwickelt sich aktuell ein neues Problem: Arbeitnehmer kennen ihre Kollegen nicht mehr. Das gilt besonders dann, wenn Arbeitnehmer rein digital gesteuert werden und keine Betriebsstätte haben. Als der Zu-

33 *Trümmer*, in: Däubler/Klebe/Wedde (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz 18. Aufl. 2022, § 4 BetrVG Rn. 101.

34 *Trümmer*, in: Däubler/Klebe/Wedde (Fn. 33), § 4 BetrVG Rn. 101; *Franzen*, in: GK-BetrVG (Fn. 4), § 4 BetrVG Rn. 19.

ordnungsbeschluss 2001 eingeführt wurde, steckte die Digitalisierung noch in den Kinderschuhen. Mittlerweile ist es aber – wie das Beispiel App-gesteuerter Kurierdienste zeigt – längst möglich, dass Arbeitnehmer ohne Kontakt zu ihren Kollegen tätig sind.

Zusammengefasst fristet der Zuordnungsbeschluss des § 4 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ein Schattendasein.

3. Möglichkeit B: Beurteilungsspielraum des Wahlvorstands?

Als zweite Gestaltungsmöglichkeit der Arbeitnehmer ist diskutabel, dass der Wahlvorstand einen Beurteilungsspielraum über die betriebsratsfähige Einheit hat. Das ist etwa mangels ausdifferenzierter höchstrichterlicher Rechtsprechung zu sämtlichen Anforderungen an die institutionalisierte Leitung³⁵ gerade bei § 4 BetrVG relevant. So wäre etwa die Frage, ob die Einheit räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt ist (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG), in Grenzfällen durch den Beurteilungsspielraum des Wahlvorstands zu beantworten.

Eine Mindermeinung³⁶ bejaht den Beurteilungsspielraum des Wahlvorstands.

Als erstes Argument führt sie an, die Betriebsratswahl werde so rechtsicherer. Schließlich sei die Verkennung des Betriebsbegriffs ein beliebter Wahlanfechtungsgrund.³⁷

Das überzeugt nicht. Dagegen spricht § 18 Abs. 2 BetrVG. Bei Zweifel kann auch der Wahlvorstand die betriebsratsfähige Einheit überprüfen lassen (§ 18 Abs. 2 Var. 3 BetrVG). Für die Rechtssicherheit ist kein Beurteilungsspielraum des Wahlvorstands nötig.

Als zweites Argument ließe sich anführen, dass der Wahlvorstand gerade durch die Belegschaft zur Abgrenzungsentscheidung legitimiert sei.

Auch das überzeugt nicht. Schließlich wählt den Wahlvorstand z.B. nach § 17 Abs. 2 BetrVG nur, wer zur Wahlversammlung eingeladen wurde. Das wiederum können bereits drei Arbeitnehmer. Im Extremfall könnten sich drei Arbeitnehmer ihr Wahlvolk so zusammenschneiden, dass die drei Arbeitnehmer eine sichere Mehrheit für ihre Wahl in den Wahlvorstand haben. Gesteht man diesem Wahlvorstand dann einen Beurteilungsspielraum zu, könnte er die Organisationseinheit nach seinem Willen fast un-

35 Hexel/Kuhn, DB 2021, 2758, 2761.

36 Joost, Betrieb und Unternehmen, 1988, S. 303; Däubler, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2022, Einl. Rn. 89; Bösche/Grimberg, Festschrift Gnade, 1992, S. 377, 381 f.

37 Däubler, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Fn. 36), Einl. Rn. 89; a.A. Gamillscheg, AuR 1989, 33, 35.

anfechtbar zuschneiden. Ein auf derart willkürlicher Basis gewählter Wahlvorstand kann keinerlei Legitimation für sich beanspruchen.

Der Wahlvorstand hat – wie die h.M.³⁸ richtig annimmt – mangels Legitimation keinen Beurteilungsspielraum. Stattdessen überprüft die Tatsacheninstanz die betriebsratsfähige Einheit vollumfänglich.

IV. Gemeinsame Gestaltung des § 4 Abs. 1 BetrVG durch Absprachen

Kommen wir zuletzt zur gemeinsamen Gestaltungsoption des § 4 Abs. 1 BetrVG durch Absprachen. Dafür sind zwei Problemkreise zu beachten. Erstens ist bei § 4 Abs. 1 BetrVG zunächst zu klären, mit wem überhaupt zu sprechen ist (dazu IV 1). Zweitens sind die Folgen von Absprachen zu beleuchten (dazu IV 2).

1. Absprachen – Aber mit wem?

Zunächst ist zu fragen, mit wem überhaupt gesprochen werden kann, bevor der Wahlvorstand aktiv wird.

Erstens ist denkbar, dass der Arbeitgeber direkt mit Arbeitnehmern spricht. Ansprechpartner können etwa drei Arbeitnehmer sein, welche zu einer Wahlversammlung einladen (§ 17 Abs. 3 BetrVG) möchten.

Zweitens ist es denkbar, dass der Arbeitgeber mit dem Gesamt- oder Konzernbetriebsrat spricht. Voraussetzung ist ein betriebsratsloser Betriebsrat (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BetrVG).

Drittens kann der bisherige Betriebsrat Ansprechpartner sein, etwa um den Tarifvorbehalt des § 3 Abs. 2 BetrVG zu umgehen.

Viertens kann auch eine Gewerkschaft als Ansprechpartner dienen, etwa um die Anforderungen des § 3 Abs. 1 BetrVG informell zu unterlaufen.

2. Auswirkungen von Absprachen über Abweichung von § 4 Absatz 1 Satz 1 BetrVG

Das führt zur Frage: Was folgt aus der Absprache, wenn die Wahl von der gesetzlich vorgesehenen Abgrenzung des § 4 Abs. 1 BetrVG abweicht?

Denkbar ist einerseits die Anfechtbarkeit der Wahl gemäß § 19 Abs. 1 BetrVG. Hierfür muss bei der Wahl gegen eine wesentliche Vorschrift über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden sein (§ 19 Abs. 1 Halbs. 1 BetrVG).

38 Ständige Rechtsprechung, etwa BAG 17.1.2007 – 7 ABR 63/05, NZA 2007, 703 Rn. 27; implizit zustimmend *Gamillscheg*, AuR 1989, 33, 35.

Die Alternative ist die gesetzlich nicht geregelte Nichtigkeit der Wahl. Sie ist jederzeit mit Wirkung *ex tunc* möglich. Erforderlich hierfür ist laut BAG ein grober und offensichtlicher Verstoß gegen wesentliche Grundsätze des gesetzlichen Wahlrechts, die so schwerwiegend sind, dass auch der Anschein einer entsprechenden Wahl nicht mehr besteht. Die Wahl muss den Stempel der Nichtigkeit auf der Stirn tragen.³⁹

Nach ständiger Rechtsprechung führt die Verkennung der betriebsratsfähigen Einheit „nur“ zur Anfechtbarkeit der Wahl. Das ist für die Praxis interessant, schließlich ist die betriebsratsfähige Einheit nach Ablauf der Zwei-Wochen-Frist (§ 19 Abs. 2 BetrVG) bis Ablauf der Amtszeit gesichert. Der Betriebsrat bleibt mit allen Rechten und Pflichten im Amt.⁴⁰ Der Gesetzgeber nimmt es durch die Regelung des § 19 Abs. 2 BetrVG eindeutig hin, dass auch fehlerhafte Betriebsratswahlen Bestand haben.⁴¹

Nichtigkeit droht erst bei einer fehlerhaften betriebsratsfähigen Einheit wegen „offensichtlicher Verkennung“. Das gilt etwa, wenn nach einem rechtskräftigen § 18 Abs. 2 BetrVG-Verfahren grundlos eine abweichende Einheit gewählt wird.⁴²

Konkrete höchstrichterliche Rechtsprechung zur Relevanz von Absprachen bei der Betriebssteilabgrenzung ist nicht ersichtlich.

Der Arbeitnehmerschutz spricht jedoch klar dagegen, dass die bloße Existenz einer Absprache bei der Entscheidung über die Nichtigkeit eine tragende Rolle spielt. Wenn eine abgesprochene Einheit lediglich marginal von der gesetzlichen Betriebssteilabgrenzung abweicht, ist es unbillig, dass alle Arbeitnehmer ihre betriebliche Vertretung *ex tunc* verlieren. Weicht hingegen die organisatorische Einheit in völlig willkürlicher Weise von der gesetzlich vorgesehen Einheit ab, ist es ebenfalls nicht nötig, die Existenz der Absprache bei der Würdigung der Nichtigkeit einzubeziehen. Die Wahl ist bereits wegen der starken Abweichung vom gesetzlich vorgesehen Betriebssteil nichtig. Darüber hinaus ist ein Austausch zwischen Wahlvorstand und Arbeitgeber über die exakte Abgrenzung des betriebsratsfähigen Betriebssteils teilweise unerlässlich, gerade mit Hinblick auf die vielen unbestimmten Rechtsbegriffe des § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.

Besonders bei einer Unternehmensstruktur, welche stark von der „klassischen“ Unternehmensstruktur abweicht, ist ein wohlwollender Umgang

39 BAG 17.1.1978 – 1 ABR 71/76, juris Rn. 17.

40 Vgl. BAG 13.3.2013 – 7 ABR 70/11, NZA 2013, 738 Rn. 15 ff.; *Gräfl*, Festschrift 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, S. 157, 168.

41 BAG 27.7.2011 – 7 ABR 61/10, NZA 2012, 345 Rn. 33; *Salamon*, NZA 2014, 175, 176; *Thüsing*, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 17. Aufl. 2022, § 19 BetrVG Rn. 2.

42 *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 41), § 19 BetrVG Rn. 80.

mit der Kommunikation zwischen den Betriebsparteien über die Betriebs-
teilabgrenzung zu befürworten. Hierfür spricht auch die bisherige Recht-
sprechung des BAG zum Maßstab an die Nichtigkeit. Laut BAG kann nicht
von einem offensichtlichen Verstoß ausgegangen werden, wenn die Zu-
widerhandlung erst nach einer umfangreichen Beweisaufnahme festge-
stellt werden konnte.⁴³ Wenn das Arbeitsgericht sich zeitintensiv mit der
Sachlage auseinandersetzen muss und keine einfache rechtliche Wertung
vornehmen kann, sollte es auch dem Wahlvorstand möglich sein, sowohl
reine Tatsacheninformationen als auch rechtliche Einschätzungen des Ar-
beitgebers zu nutzen.⁴⁴

V. Ausblick

Zum Abschluss ist ein kurzer Ausblick auf die Zukunft der Betriebsteilver-
selbständigung nach § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG nötig. Neben der Kritik an
der BAG-Rechtsprechung (dazu V 1) ist ein Blick auf alternative Aus-
legungsmöglichkeiten *de lege lata* geboten (dazu V 2). Zuletzt folgen eini-
ge Anmerkungen zum gesetzgeberischen Reformpotenzial (dazu V 3).

1. Kritik am BAG

Die Kritik an der Definition des Betriebsteils des § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG
ist lang und berechtigt. Heute ist es nur möglich, auf einen kleinen, aber
entscheidenden Aspekt einzugehen. Überzeugt die bisherige Argumentati-
on weiterhin, mit welcher BAG und h.M. die Betriebsteildefinition be-
gründen?

Als das BAG 1960 seine eigene Definition letztmalig öffentlich hinterfrag-
te, argumentierten die Richter, der Betriebsteil müsse mehr als bloß eine
räumliche Einheit sein. Das BAG fürchtete explizit, dass nicht betriebs-
ratsfähige Betriebssplitter mit weniger als fünf wahlberechtigten Arbeit-
nehmern entstehen würden.⁴⁵ Die damalige Argumentation ist spätestens
seit der Einführung des § 4 Abs. 2 BetrVG 2001 überholt. Nicht betriebs-
ratsfähige Betriebssplitter sind dem Hauptbetrieb zuzuordnen.

Doch auch das heutige Kernargument der h.M. für den Betriebsteil i.S.d.
§ 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG überzeugt nicht mehr. Das Argument, der Be-
triebsrat in einem Betriebsteil könne nur dann effektiv mit dem Arbeit-
geber verhandeln, wenn sich Arbeitgeber und Betriebsrat räumlich gegen-
übersitzen, ist aus mindestens vier Gründen abzulehnen.

43 BAG 15.11.2000 – 7 ABR 23/99, juris, Rn. 17; zustimmend *Koch*, in: ErfK
(Fn. 4), § 19 BetrVG Rn. 13.

44 Im Ergebnis auch *Trümmer*, in: Däubler/Klebe/Wedde (Fn. 33), § 4 BetrVG
Rn. 145.

45 BAG 23.9.1960 – 1 ABR 9/59 (Fn. 10), Rn. 9.

Erstens vermischt das Argument der Einflussnahme durch räumliche Nähe die bindende rechtliche Grundentscheidung mit nicht bindenden Vorstellungen über Tatsachen. Rechtlich bindend ist nur, dass der Betriebsrat den Arbeitgeber effektiv beeinflussen können muss. Nicht bindend ist, wie der Einfluss praktisch geschieht. Die Argumentation der h.M., wonach effektiver Einfluss nur bei räumlicher Nähe möglich ist, war in der analogen Arbeitswelt berechtigt. Arbeitgeber und Betriebsrat können in den 2020er Jahren jedoch auch digital kommunizieren. Der Normanwender ist gezwungen, digitale Kommunikationsmittel bei der Auslegung zu berücksichtigen. Das tut die h.M. nicht.

Zweitens zeigt § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BetrVG, dass die eigenständige Organisation für den Betriebssteil nicht zwingend ist, sondern erst hinzukommen muss.⁴⁶

Drittens spricht gegen das Argument der h.M. der systematisch beachtliche Kontext des § 4 Abs. 1 BetrVG zu § 77 Abs. 2 Satz 3 BetrVG. Der Gesetzgeber hat mit der elektronischen Signatur von Betriebsvereinbarungen den Weg geöffnet, dass die Betriebsparteien ihr wichtigstes Instrument – die Betriebsvereinbarung – abschließen können, ohne räumlich nah beieinander zu sein. Insofern ermöglicht es auch der Gesetzgeber, dass Betriebsrat und Arbeitgeber effektiv ohne räumliche Nähe miteinander interagieren.

Viertens spricht § 4 Abs. 1 Satz 2 BetrVG gegen die hohen Anforderungen an den Betriebssteil. Die Ansicht, wir als Rechtsanwender wüssten am besten, wie Arbeitgeber und Betriebsrat vor Ort am effektivsten miteinander interagieren, ist seit 2001 nicht mehr gültig. Wenn Arbeitnehmer ihrer Ansicht mangels Ansprechpartner vor Ort nicht effektiv vertreten werden, können sie sich dem Hauptbetrieb zuordnen. Ist der Betriebsrat der Ansicht, dass die effektive Betriebsratsarbeit aus dem Betriebssteil heraus nicht gelingt, kann er zurücktreten. Im nunmehr betriebsratslosen Betriebssteil ist dann der Zuordnungsbeschluss des § 4 Abs. 1 Satz 2 BetrVG durchführbar. Wir müssen also nicht paternalistisch entscheiden, wie effektive Betriebsratsarbeit in den zutiefst verschiedenen Branchen am besten gelingt. Die Entscheidung können wir den Arbeitnehmern überlassen.

Zusammengefasst ist es an der Zeit, eine zeitgerechte Definition des Betriebssteils i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zu finden.

46 Joost (Fn. 36), S. 271; Witschen, RdA 2016, 38, 43; Daum (Fn. 7), S. 281.

2. Alternative Definitionsansätze des Betriebsteils (§ 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG)

Gerade weil die ursprüngliche Begründung der Betriebsteildefinition der herrschenden Meinung zunehmend hinterfragt wird, lohnt ein Blick auf alternative Betriebsteilabgrenzungen. Hier sind mindestens vier Strömungen abgrenzbar.

Erstens ist es denkbar, dass die institutionalisierte Leitung weiterhin nötig ist, aber nicht zwingend vor Ort tätig sein muss.⁴⁷

Zweitens ist es denkbar, dass es für einen Betriebsteil ausreicht, dass eine räumliche Einheit abgrenzbar ist.⁴⁸

Drittens ist es möglich, auf die räumliche Einheit sowie die soziale Interaktion untereinander abzustellen.⁴⁹

Viertens ist zu überlegen, auf die räumliche Abgrenzbarkeit sowie zur Konkretisierung auf betriebsverfassungsrechtlich relevante Interessen abzustellen.

Gegen die erste Ansicht spricht besonders, dass sie den historischen Willen des Gesetzgebers verwässert. Die 2001 quasi unverändert übernommene Regierungsbegründung für die BetrVG-Reform spricht lediglich davon, dass der Betriebsteil die „ortsnahe Vertretung“ sicherstellen soll. Der Betriebsteil ist deshalb ein Korrektiv zum entscheidungsnahen Betriebsbegriff des § 1 BetrVG. Das ist eine bei der Auslegung zwingend zu beachtende verbindliche Richtschnur. Je mehr Kriterien man für einen Betriebsteil fordert – wie aktuell die organisatorisch abgrenzbare Teileinheit – desto mehr verwässert der historische Wille. Insofern sind die alternativen Betriebsteildefinitionen geeigneter, weil sie mangels eines organisatorischen Mindestmaßes weniger Anforderungen an den Betriebsteil setzen.

Doch auch die zweite Ansicht, wonach ein Betriebsteil lediglich eine räumliche Einheit ist, überzeugt nicht. Die Ansicht ist mit der funktionalen Betriebszugehörigkeit (§ 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG) unvereinbar. Wenn es bereits ausreicht, dass fünf Arbeitnehmer in räumlicher Nähe zueinander tätig sind, wären bereits fünf Arbeitnehmer, die zufällig im selben Gebiet wohnen und im Home Office arbeiten, ein Betriebsteil. Arbeitnehmer sind jedoch funktional dem Betrieb zuzuordnen – es muss ein „mehr“ dazukommen, dass Arbeitnehmer tatsächlich zusammen einen Betriebsteil formen.

47 So wohl *Schubert*, Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, 2017, S. 36 f.

48 *Joost* (Fn. 36), S. 269; *Hasford*, BB 1973, 526, 527; *Witschen*, RdA 2016, 38, 43; *Daum* (Fn. 7), S. 52.

49 Das andenkend *Schubert* (Fn. 47), S. 36 f.

Für die dritte Ansicht lässt sich anführen, dass das „mehr“ die soziale Interaktion sein könnte. Im Gegenzug muss dann ein Betriebssteil bei fehlender sozialer Interaktion zu verneinen sein. Das überzeugt nicht. Dagegen spricht das Ziel der Ausgleichsfunktion, welches der Gesetzgeber mit der betriebsratsfähigen Einheit verfolgt.⁵⁰ Jeder Arbeitnehmer hat eigene Individualinteressen. Der eine möchte etwa die Frühschicht, der andere die Spätschicht haben. Ein zentrales Ziel der betriebsratsfähigen Einheit ist es daher, die Individualinteressen aufzunehmen und zu einem Kollektivinteresse zu formen. Dieses Kollektivinteresse wiederum kommuniziert der Betriebsrat an den Arbeitgeber. Gerade dann, wenn die Arbeitnehmer sich nicht sehen, ist die Ausgleichsfunktion aber elementar. Denn Arbeitnehmer können ihre Individualinteressen nicht untereinander ausdiskutieren und dem Arbeitgeber kommunizieren.

Gerade dann, wenn es betriebsverfassungsrechtlich relevante auszugleichende Interessen gibt, spricht das für einen eigenen Betriebssteil. Insofern empfiehlt es sich, für die Definition des Betriebssteils eine räumliche Einheit zu fordern, wobei die umfassten Arbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich relevante Interessen teilen müssen.

3. Reform des § 4 Abs. 1 BetrVG de lege ferenda?

Zuletzt ist noch ein Blick darauf geboten, inwiefern die betriebsratsfähige Einheit des § 4 Abs. 1 BetrVG reformbedürftig ist. Gerade der BetrVG-Reformvorschlag des DGB aus dem Jahr 2022 lädt hierzu ein. Der DGB schlägt vor, den Betriebsbegriff des § 1 BetrVG gesetzlich festzulegen, tastet jedoch den Betriebssteil i.S.d. § 4 Abs. 1 BetrVG nicht an.

Ich möchte dafür werben, den Reformfokus für die betriebsratsfähige Einheit nicht auf § 1 BetrVG, sondern auf § 4 BetrVG zu legen. § 1 BetrVG ist in „klassischen Strukturen“ wie Fabriken praxistauglich. Gerade § 4 BetrVG bietet jedoch die Möglichkeit, die atypischen und damit besonders strittigen Fälle besser abzudecken als bisher.

Heute lohnt ein Blick auf zwei potenzielle Ansatzpunkte für eine Reform des § 4 BetrVG.

Erstens ist es denkbar, den Zuordnungsbeschluss des § 4 Abs. 1 Satz 2 BetrVG in einen Abspaltungsbeschluss umzukehren. Das mag zwar dazu führen, dass Arbeitnehmer zunächst von einer räumlich weiter entfernten Einheit vertreten werden. Allerdings ist so die Chance erhöht, dass Arbeitnehmer überhaupt vertreten sind. Gleichzeitig ist die Umkehr ein einfacher Weg, um den – stetig sinkenden⁵¹ – Anteil der durch einen Betriebsrat vertretenen Arbeitnehmer zu erhöhen. Eine räumlich weit ent-

50 Wiese, ZfA 2000, 117, 122 f.

51 Ellguth/Kohaut, WSI-Mitteilungen 2021, 306, 311.

fernte Vertretung ist besser als gar keine Vertretung. Das wurde bereits zur BetrVG-Reform 2001 erfolglos vorgeschlagen.⁵²

Ich möchte jedoch noch einen Schritt weiter gehen. Denkbar ist als zweiter Reformansatz, den Arbeitnehmern einen Beurteilungsspielraum zuzugestehen, welche Einheit sichenspaltet. Als Vorbild kommt die US-amerikanische Interessengemeinschaft (*community of interest*) in Betracht. Ein Rechtstransfer wurde bisher – insbesondere von *Gamillscheg*⁵³ – nur in § 1 BetrVG erwogen,⁵⁴ nicht aber in § 4 BetrVG. Gerade in § 4 BetrVG verspricht ein Rechtstransfer der *community of interest* jedoch einen großen Mehrwert. Im Gegensatz zum Wahlvorstand oder dem Arbeitsgericht sind Arbeitnehmer als Betroffene bestmöglich legitimiert, über die Abgrenzung „ihrer“ Einheit zu entscheiden. Genauere Ausführungen hierzu gingen am heutigen Tag jedoch zu weit.

VI. Fazit in zwölf Thesen

Abschließen möchte ich mit zwölf Thesen:

1. Die Organisationshoheit des Arbeitgebers begründet seinen großen Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Betriebsteilverselbständigung (§ 4 Abs. 1 BetrVG).
2. Zentraler Anknüpfungspunkt für den Gestaltungsspielraum des Arbeitgebers ist die vom BAG geforderte institutionalisierte Leitung.
3. Ein Betriebsteil i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG kann auch dann vorliegen, wenn „sein“ Hauptbetrieb im Ausland liegt.
4. Die „Flucht aus dem BetrVG“ durch Verlagerung sämtlicher Leitung in das Ausland scheidet im Regelfall an der unionsrechtskonformen Auslegung des § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG anhand von Art. 2 lit. b Richtlinie 2002/14/EG.
5. Die Abgrenzung des Betriebsteils (§ 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG) steht der Arbeitnehmerseite mangels Organisationshoheit nicht zu.
6. Das primäre Werkzeug der Betriebsteilgestaltung für die Arbeitnehmerseite ist der Zuordnungsbeschluss des § 4 Abs. 1 Satz 2 BetrVG. Er wird – soweit ersichtlich – selten genutzt.
7. Dem Wahlvorstand steht nach gesetzgeberischem Willen kein Beurteilungsspielraum für die Betriebs(teil)abgrenzung zu.

⁵² *Franzen*, ZfA 2000, 285, 310 ff.

⁵³ *Gamillscheg*, ZfA 1975, 357, 398 f.; *ders.*, AuR 1989, 33, 34 f.; *ders.*, AuR 2001, 411, 415 f.

⁵⁴ *Benecke*, in: Arnold/Günther (Hrsg.), Arbeitsrecht 4.0, 2. Aufl. 2022, § 7 Rn. 26 f.

8. Bei Absprachen über die Betriebssteilabgrenzung ist es zur Erhöhung der Rechtssicherheit (Zwei-Wochen-Frist, *ex nunc*) für die Praxis elementar, dass die Wahl lediglich anfechtbar ist.
9. Nicht die bloße Existenz einer Absprache, sondern der Grad der Abweichung von der betriebsratsfähigen Einheit muss für die Nichtigkeit der Betriebsratswahl entscheidend sein.
10. Die Betriebssteildefinition des § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG wird – gerade angesichts der Digitalisierung – zu wenig hinterfragt.
11. Die herrschende Definition des Betriebsteils i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist überholt. Stattdessen bietet es sich an, einen einfachen Betriebsteil dann anzunehmen, wenn Arbeitnehmer in räumlicher Nähe zueinander tätig sind und hinreichende betriebsverfassungsrechtlich relevante Interessen teilen.
12. *De lege ferenda* bietet sich eine Reform des § 4 statt des § 1 BetrVG an, wobei ein Abspaltungsbeschluss sowie eine gestärkte Belegschaftsautonomie denkbar sind.

Gerade mit dem letzten Punkt möchte ich noch einmal den Bogen zum Tagungsthema spannen. Wir sollten es wagen, die Gestaltung der betrieblichen Mitbestimmung stärker in die Hände der betroffenen Arbeitnehmer zu legen – sie sind schließlich der Grund für das BetrVG.

Diskussion*

Prof. Dr. *Abbo Junker* (ZAAR, München) eröffnete die von Prof. Dr. *Matthias Jacobs* geleitete Diskussion mit dem Einwand, dass die Arbeitnehmereigenschaft nach der neueren Rechtsprechung des BAG nicht zwingend eine Weisungsgebundenheit voraussetze. Diese sei vielmehr nur noch ein – wenn auch sehr wichtiges – Merkmal im Rahmen der Gesamtbetrachtung aller Umstände (§ 611a Abs. 1 Satz 5 BGB), das auch durch eine Anreizstruktur ersetzt werden könne, die einen Crowdworker zum Arbeitnehmer mache. Es könne daher durchaus ein Betriebsteil angenommen werden, der durch softwaregesteuerte Arbeitnehmer entstehe.

Anschließend wies Rechtsanwalt *Tim-Marvin Werner* (rugekrömer PartG mbB, Hamburg) darauf hin, dass nach dem Niedersächsischen Personalvertretungsgesetz für verselbständigte Dienststellenteile nicht in jedem Fall eine institutionalisierte Leitung vor Ort erforderlich sei, und erwog mit Zustimmung des Referenten eine Übertragung des Gedankens auf das Betriebsverfassungsrecht.

Prof. Dr. *Richard Giesen* (ZAAR, München) wies auf § 2 Abs. 2 Europäisches Betriebsrätegesetz hin, wonach das Problem einer fehlenden zentralen Leitung im (europäischen) Inland durch eine örtliche Zuordnung zu dem Land gelöst werde, in dem die meisten Arbeitnehmer beschäftigt seien. Damit werde eine Flucht aus dem BetrVG relativ effektiv verhindert.

Zuletzt versuchte Prof. Dr. *Hans Hanau* (Helmut-Schmidt-Universität Hamburg) sich vorzustellen, wie Ansprüche gegen einen ausländischen Arbeitgeber ohne zentrale Leitung im Inland effektiv gerichtlich durchgesetzt werden könnten. Auch der Referent sah in der tatsächlichen Vollstreckung ein großes Problem, das er für kaum lösbar hielt. In diesem Zusammenhang wies Prof. *Giesen* als letzter Redner der Diskussion darauf hin, dass eine solche Situation auch für Arbeitgeber nachteilig sein könne, etwa wenn ein Arbeitsverhältnis trotz Kündigung wegen fehlender Betriebsratsanhörung fortbestehe.

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ref. iur. *Wencke Salmen*.

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
- Band 44 Bewegliche Mitbestimmung
9. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2018, ISBN 978-3-939671-39-8
- Band 45 Arbeitszeitmodelle der Zukunft
15. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2019, ISBN 978-3-939671-40-4
- Band 46 Julia Pacha
Crowdwork
ZAAR Verlag 2018, ISBN 978-3-939671-41-1
- Band 47 Neues Arbeitnehmerentsenderecht
10. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2019, ISBN 978-3-939671-42-8
- Band 48 Neues Urlaubsrecht, agiles und mobiles Arbeiten
16. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2019, ISBN 978-3-939671-43-5
- Band 49 Vergütungsfragen in Dienst- und Arbeitsverhältnissen
11. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2020, ISBN 978-3-939671-44-2
- Band 50 Arbeitsrechtsfragen bei Crowdworking und
Plattformarbeit
12. ZAAR-Tagung
ZAAR-Verlag 2023, ISBN 978-3-939671-45-9
- Band 51 Die Umsetzung der Whistleblowing-Richtlinie durch das
Hinweisgeberschutzgesetz
17. ZAAR-Kongress
ZAAR-Verlag 2023, ISBN 978-3-939671-46-6