

# Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis



Schriftleitung: Prof. Dr. Klaus Schmidt, Hans Joachim Spiegelhalter und Dr. Achim Schunder,  
Beethovenstr. 7b, 60325 Frankfurt a. M.

**NZA 21/2003**

10. November · 20. Jahrgang 2003 · Seite 1169–1224

Aufsätze und Berichte

## Betriebsräte in „betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten“ nach § 175 SGB III?

Professor Dr. Volker Rieble und Wiss. Mitarbeiter Dr. Steffen Klumpp, Mannheim

Strukturkurzarbeitergeld nach § 175 SGB III wird nur gewährt, wenn die betroffenen Arbeitnehmer in einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit (beE) zusammengefasst werden. Betriebsverfassungsrechtlich sind solche Einheiten bisher nur unzulänglich untersucht. Insbesondere ungeklärt ist die grundlegende Frage, ob die Bezieher von Strukturkurzarbeitergeld überhaupt Arbeitnehmer des Betriebs „beE“ sind.

### I. Strukturkurzarbeitergeld und Personalabbau

Personalabbau soll sozialverträglich sein. Sozialverträglichkeit bedeutet einmal materielle Abfederung, zum anderen aber auch möglichst schnelle Weitervermittlung – am Besten im fließenden Übergang vom alten zum neuen Arbeitsverhältnis, ohne zwischenzeitliche Arbeitslosigkeit.

Ein arbeitsförderungsrechtliches Instrument zur Verwirklichung dieser Zielvorgabe ist das Strukturkurzarbeitergeld nach § 175 SGB III. Der Arbeitnehmer erhält von der Bundesanstalt für Arbeit Kurzarbeitergeld auch dann, wenn der Arbeitsausfall nicht nur ein vorübergehender, konjunkturbedingter, sondern strukturbedingt ist – wenn also die betreffenden Arbeitsplätze endgültig wegfallen sollen<sup>1</sup>. Der Arbeitnehmer erhält dann je nach Unterhaltspflicht mit 67% der Nettoentgeltdifferenz zwischen Sollgehalt bei Vollarbeit und Istgehalt bei Kurzarbeit den erhöhten oder mit 60% der Nettoentgeltdifferenz den normalen Leistungssatz – wobei Zuschüsse des Arbeitgebers zum Kurzarbeitergeld bei der Berechnung zum Istentgelt nicht berücksichtigt werden, §§ 178, 179 SGB III. Im Falle der „Kurzarbeit null“ bedeutet dies praktisch, dass die Bundesanstalt für Arbeit dem Arbeitnehmer mindestens 60% seines letzten Nettogehaltes bezahlt und der Arbeitgeber dieses Gehalt bis zum letzten Nettogehalt aufstocken kann. Allerdings wird Strukturkurzarbeitergeld nur gewährt, wenn die Arbeitnehmer in einer „betriebsorganisa-

torisch eigenständigen Einheit“ räumlich und organisatorisch zusammengefasst werden. Sie leisten grundsätzlich keine Arbeit für den Betrieb mehr („Kurzarbeit null“), sondern sollen sich während der Zeit des Arbeitsausfalles beruflich weiterqualifizieren, § 175 I 4 SGB III. Idealerweise ist damit allen Beteiligten geholfen: Der Arbeitnehmer wird (noch) nicht entlassen und hat im Vergleich zur Arbeitslosigkeit meist geringere finanzielle Einbußen; der Arbeitgeber kann sich auf seine Fahnen schreiben; Betriebsänderungen möglichst sozial verträglich durchzuführen und die Bundesanstalt für Arbeit entlastet so ihre monatliche Arbeitslosenstatistik.

Von der Frage, ob das Strukturkurzarbeitergeld unter dem Gesichtspunkt der Arbeitsförderung das hält, was der Gesetzgeber versprochen hat<sup>2</sup>, abgesehen, ist die betriebsverfassungsrechtliche Einordnung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten weitgehend ungeklärt<sup>3</sup>. Organisatorisch kann und wird die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit regelmäßig ein Betrieb im Sinne des BetrVG sein – wenn sie nämlich eine eigene Leitungsstruktur hat und den arbeitsorganisatorisch selbständigen Zweck verfolgt, die Bezieher von Strukturkurzarbeitergeld zu qualifizieren. Damit ist aber noch nicht belegt, dass die Angehörigen einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit auch Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG sind.

Darauf aber kommt es an: Meist ist die Qualifizierung auf einen längeren Zeitraum angelegt – und in einem Transfersozialplan der abgebenden Betriebe geregelt. Ob die zu Qualifizierenden aber von einem „eigenen“ Be-

1) Hierzu *Heither*, Sozialplan und Sozialrecht, 2000, S. 158 ff.

2) Vgl. BT-Dr 13/4941.

3) Es gibt – soweit ersichtlich – nur vereinzelte Veröffentlichungen, vgl. *Heither* (o. FuBn. 1), S. 192 ff.; *Bachner/Schindeler*, NZA 1999, 130 (133).

etriebsrat in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit betreut werden können, hängt davon ab, ob sie dort Arbeitnehmerstatus genießen. Ist das zu verneinen, so bleibt den Arbeitnehmern nur die betriebsverfassungsrechtliche Vertretung durch den bisherigen Betriebsrat, der den Vollzug des Sozialplans kontrollieren kann – mehr aber auch nicht. Die Mitbestimmung bei Qualifizierungsmaßnahmen nach §§ 97, 98 BetrVG greift in diesem Fall nicht: Die Arbeitnehmer kehren nicht mehr zurück; die Qualifizierung erfolgt für den Arbeitsmarkt<sup>4</sup>. Ist der abgebende Betrieb inzwischen aufgelöst, greift für den Sozialplanvollzug das Restmandat des „alten“ Betriebsrats.

## II. Arbeitsförderungsrechtliche Vorgaben

Strukturkurzarbeitergeld wird gewährt, wenn Strukturveränderungen für einen Betrieb mit einer Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebs oder wesentlicher betriebsteile gegeben sind. Diese müssen mit Personalanpassungsmaßnahmen in erheblichem Umfang einhergehen, § 175 I 1 Nr. 1 SGB III.

Organisatorisch ist daneben Voraussetzung, dass eine betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit eingerichtet wird, § 175 I 1 Nr. 2 SGB III. „Betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit“ ist kein betriebsverfassungsrechtlicher, sondern ein arbeitsförderungsrechtlicher Begriff. Die betroffenen Arbeitnehmer werden separiert. Dies kann beim bisherigen Arbeitgeber geschehen, aber ebenso bei einem neuen Rechtsträger. Grund für die auch nach außen hin sichtbare Zusammenfassung ist es, eine nicht EU-rechtskonforme Subventionierung des Gesamtbetriebs durch Förderung der Bundesanstalt für Arbeit infolge der Gewährung von Kurzarbeitergeld zu verhindern. Denn das Strukturkurzarbeitergeld ist eine Beihilfe i. S. des Art. 87 EGV<sup>5</sup>.

Gerade deshalb ist Voraussetzung für eine Gewährung von Strukturkurzarbeitergeld, dass die wirtschaftliche Misslage nicht nur vorübergehend und nicht absehbar ist, dass die betroffenen Arbeitnehmer alsbald an ihre angestammten Arbeitsplätze zurückkehren: Die Arbeitnehmer sollen nicht betriebsbudgetschonend in einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit gleichsam auf Kosten der Beitragszahler „geparkt“ werden, § 175 II SGB III<sup>6</sup>.

Der Wechsel eines Arbeitnehmers in eine solche betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit erfolgt freiwillig durch Aufhebungs- und Einstellungsvertrag im Falle, dass die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit nicht im ursprünglichen Unternehmen angesiedelt ist, sondern eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft (sog. Transfergesellschaft) als eigenständiger Rechtsträger gegründet wird<sup>7</sup> – dann: „externe beE“ – oder durch Änderungsvertrag, wenn die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit im ursprünglichen Unternehmen verbleiben soll<sup>8</sup> (dann „interne beE“).

## III. Betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft

### 1. Auswirkungen der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft

In einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit, die die Voraussetzungen eines Betriebs im Sinne des BetrVG aufweist, kann grundsätzlich ein Betriebsrat gewählt werden. Die weitere Frage, ob die Angehörigen einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit, die Strukturkurzarbeitergeld beziehen, auch betriebsverfassungsrechtlich Arbeitnehmer sind, und deswegen „zählen“

ist deshalb praktisch: Für das Erreichen von Schwellenwerten, wie der Betriebsratsfähigkeit, § 1 BetrVG, der Größe des Betriebsrates, § 9 BetrVG, oder der Anzahl der Freistellungen, § 38 BetrVG; für das Bestehen verschiedener Rechte eines Betriebsrates, wie der Begründungspflicht in wirtschaftlichen Angelegenheiten, § 92 a II BetrVG, der Aufstellung von Auswahlrichtlinien, § 95 II BetrVG oder der Mitbestimmung in personellen Einzelmaßnahmen, § 99 I BetrVG, aber auch für die Bildung eines Wirtschaftsausschusses, § 106 BetrVG, der Unterrichtungspflicht nach § 110 BetrVG sowie der Rechte im Zusammenhang mit der Erstellung eines Sozialplanes, §§ 111 ff. BetrVG. Überall kommt es auf die Betriebsgröße und damit auf die Arbeitnehmerzahl i. S. von § 7 BetrVG an.

Wird eine betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit gebildet, so sind zunächst zwei Gruppen von Arbeitnehmern zu unterscheiden: Einmal die Bezieher von Strukturkurzarbeitergeld, zum anderen aber auch diejenigen Arbeitnehmer, die die Einheit verwalten, die Qualifizierungsmaßnahmen durchführen und organisieren. Sind diese – wenn sie überhaupt Arbeitnehmer sind (und nicht etwa selbständige Unterrichtskraft) – ohne Zweifel auch Arbeitnehmer des Qualifizierungsbetriebs, ist dies für jene durchaus zweifelhaft.

*Beispiel:* Betreuen acht Arbeitnehmer der „beE“ insgesamt 250 zu qualifizierende Arbeitnehmer, so ist die Einheit so oder so betriebsratsfähig. Ob aber der Betrieb acht Arbeitnehmer hat und damit einen Betriebsobmann wählen kann, der nur für diese acht Qualifizierer zuständig ist, oder ob der Betrieb 258 Arbeitnehmer hat, einen Betriebsrat mit 9 Mitgliedern wählt, von denen einer freizustellen ist (von der Qualifizierung?) und Mitbestimmungsrechte auch für die Qualifizierer und die zu Qualifizierenden ausübt, das macht durchaus einen Unterschied. Bei den Mitbestimmungsrechten der §§ 99 ff. und der §§ 111 ff. BetrVG kommt es darauf an, ob die beE ein selbständiges Unternehmen ist, also von einem eigenen Rechtsträger (meist: GmbH) geführt wird. Ist das der Fall, so scheiden bei der ersten Variante (acht Qualifizierer zählen) diese Mitbestimmungsrechte. Ein Wirtschaftsausschuss ist dann gleichfalls nicht zu bilden.

Mit der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft von Angehörigen einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit hat sich die Rechtsprechung – soweit ersichtlich – noch nicht beschäftigt. Allerdings kann zur Beantwortung dieser Frage bei der Aufgabe der Beschäftigten einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit angesetzt werden.

Sinn der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit ist es, die Mitarbeiter zu qualifizieren und ihnen einen neuen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen. Dies ergibt sich aus dem Gesetz, § 175 I 3 SGB III: Die Zeiten des Arbeitsausfalls sollen dazu genutzt werden, „die Vermittlungsaussichten der Arbeitnehmer insbesondere durch berufliche Qualifizierung, zu der auch eine zeitlich begrenzte Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber gehören kann, zu verbessern“. Die betroffenen Arbeitnehmer sollen also Kenntnisse und Fähigkeiten erwerben, die sie „arbeitsmarktfähiger“ machen. Mithin liegt es vor dem Hintergrund der Frage der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft nahe, Parallelen zu anderen Arbeitnehmern zu ziehen, die zu ihrer (Weiter-)Qualifikation be-

4) Vgl. *Gagel/Bieback*, SGB III, Stand: Mai 2003, § 175 Rdnr. 8.

5) Vgl. *Gagel/Bieback* (o. FuBn. 4), § 175 Rdnrn. 10, 42; zu den Voraussetzungen des Struktur-Kurzarbeitergeldes insgesamt vgl. *Niesel/Roeder*, SGB III, 2. Aufl. (2002), Rdnrn. 2 ff.

6) Dazu *Gagel/Bieback* (o. FuBn. 4), § 175 Rdnr. 24.

7) Hierzu *Gaul/Kliemt*, NZA 2000, 674.

8) Vgl. *Groue*, AiB 1998, 260 (263); *Gagel/Bieback* (o. FuBn. 4), § 175 Rdnr. 43.

schäftigt werden, wie den Auszubildenden und den in Ausbildungsstätten Beschäftigten.

## 2. Arbeitnehmerbegriff der §§ 5 I, 7 S. 1 BetrVG

Das Gesetz gibt keine Legaldefinition vor, wer im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne Arbeitnehmer ist. Das leistet auch § 5 BetrVG nicht, der den Begriff gleichsam voraussetzt und klarstellt, wer auch Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzes ist – nämlich etwa Außendienstler und Telearbeiter –, und wer nicht – nämlich unter anderem leitende Angestellte. Vorausgesetzt wird vielmehr der allgemeine Arbeitnehmerbegriff<sup>9</sup>: Derjenige ist Arbeitnehmer, der auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags persönlich unselbständig Arbeitsleistungen erbringt<sup>10</sup>. Dies reicht aber für die betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerschaft noch nicht aus, vielmehr muss der Arbeitnehmer auch in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert sein<sup>11</sup>. Nur derjenige soll über den Betriebsrat an der Gestaltung der Arbeitsverhältnisse teilhaben<sup>12</sup>, der von der arbeitsorganisatorischen Wirklichkeit betroffen ist.

Sieht man auch die Bezieher von Kurzarbeitergeld in einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit als Arbeitnehmer an – was für externe betriebsorganisatorisch eigenständige Einheiten keineswegs auf der Hand liegt, für interne aber gegeben ist –, so kommt es für die Frage der Betriebszugehörigkeit darauf an, ob diese arbeitsorganisatorische Eingliederung in den Betrieb „betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit“ vorliegt. Hiervon hängt dann der betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerstatus ab.

## 3. Zur Berufsausbildung Beschäftigte – ein Parallellfall?

a) *Die Rechtsprechung des BAG.* Das BAG hatte in jüngerer Zeit vermehrt darüber zu entscheiden, ob auch Arbeitnehmer, die zu einer Ausbildung oder zur Rehabilitation in einem Betrieb tätig sind, Arbeitnehmer dieses Betriebs i. S. des § 5 BetrVG sind<sup>13</sup>. Entgegen der früheren Rechtsprechung<sup>14</sup> kommt es nach diesen jüngeren Entscheidungen des Gerichts für die betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft von Qualifikanten nunmehr darauf an, dass die Auszubildenden auf Grund eines privatrechtlichen Ausbildungsvertrags in dem Betrieb des Ausbilders eine berufliche Unterweisung erhalten und in den Betrieb eingegliedert sind<sup>15</sup>. Eine solche Eingliederung in den Betrieb liegt nach der Rechtsprechung des für das formale Betriebsverfassungsrecht zuständigen 7. Senats dann vor, wenn sich die berufspraktische Ausbildung im Rahmen der jeweiligen arbeitstechnischen Zwecksetzung des Betriebs vollzieht, zu deren Erreichen die Betriebsangehörigen zusammenwirken<sup>16</sup>.

Für reine Ausbildungsbetriebe verneint das Gericht eine solche Eingliederung der Auszubildenden – und zwar mit dem Hinweis darauf, dass der arbeitstechnische Zweck eines reinen Ausbildungsbetriebs gerade derjenige der Ausbildung sei. Darauf sei er beschränkt und daneben würden keine weiteren arbeitstechnischen Zwecke verfolgt<sup>17</sup>. Für die Auszubildenden „als Beschäftigte“ bedeute dies aber, dass sich ihre Ausbildung nicht im Rahmen des arbeitstechnischen Zwecks vollziehe, sondern dass sie selbst Gegenstand des Betriebszweckes seien – was wiederum die Eingliederung ausschließe<sup>18</sup>. Mit anderen Worten: Wer selbst ausgebildet oder (weiter-)qualifiziert wird, wirkt an dieser Ausbildung nicht mit – in arbeitsorganisatorischem Sinn –, sondern ist gleichsam Ausbildungsobjekt. Anderes gelte aber für die Arbeitnehmer, die gerade mit der Ausbildung befaßt seien – sei es als Lehrkräfte oder verwaltend Tätige.

Diese seien im Rahmen des arbeitstechnischen Zwecks tätig – und mithin auch betriebsverfassungsrechtlich Arbeitnehmer des Betriebs<sup>19</sup>.

Vor dem Hintergrund dieses Eingliederungsarguments wird auch die Gefahr der ungerechtfertigten Majorisierung der Stammebelegschaft gesehen. Denn als wesentlich zu berücksichtigen nannte das BAG auch, dass im Falle der Anerkennung des betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerstatus für Auszubildende im reinen Ausbildungsbetrieb gleichsam „naturgemäß“ die Zahl derjenigen, die Gegenstand des Betriebszweckes sind, die Zahl derjenigen, die diesen Betriebszweck letztlich durchführen, weit übersteige. Dies führte zu einer Majorisierung, bei der das den Betrieb tragende Ausbildungs- und Verwaltungspersonal in den betriebsverfassungsrechtlichen Gremien kaum noch repräsentiert wäre<sup>20</sup> – obwohl gerade sie es sind, die den arbeitstechnischen Zweck des Betriebs umsetzen.

b) *Kritik.* Die Änderung der Rechtsprechung des BAG hat überwiegend Zustimmung erfahren<sup>21</sup>. Dass den Auszubildenden als Folge dieser Entscheidungen keine betriebsverfassungsrechtliche Repräsentation zukommt – auch die Regelungen für die Wahlberechtigung zu einer Jugend- und Auszubildendenvertretung, §§ 60, 61 BetrVG, knüpfen an § 5 BetrVG an –, kann man bemängeln, ist aber hinzunehmen: Nur der Gesetzgeber kann solche Vertretungen schaffen – er hat dies bis jetzt nicht getan<sup>22</sup>. Auch aus § 3 BetrVG folgt nichts anderes: Zwar können nach dieser Vorschrift andere Arbeitnehmerstrukturen durch Tarifvertrag oder auch, § 3 II BetrVG, durch Betriebsvereinbarung vereinbart werden. Allein: Auch hier sind die Vertragsparteien an den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmer-

9) Löwisch/Kaiser, BetrVG, 5. Aufl. (2002), § 5 Rdnr. 1.

10) BAG (12. 9. 1996), NZA 1997, 273 = AP Nr. 11 zu § 5 Ausbildung.

11) Löwisch/Kaiser (o. Fußn. 9), § 5 Rdnr. 3.

12) Zur Teilhabefunktion der Betriebsverfassung grundlegend Wieser, ZFA 2000, 117.

13) Vgl. BAG, Beschl. v. 12. 2. 1997 – 7 ABR 36/96 unveröff.; BAG (12. 9. 1996), NZA 1997, 273 = AP Nr. 11 zu § 5 Ausbildung; BAG (20. 3. 1996), NZA 1997, 326 = AP Nr. 9 zu § 5 BetrVG Ausbildung; BAG (26. 1. 1994), NZA 1995, 120; BAG (20. 3. 1996), NZA 1997, 107 = AP Nr. 10 zu § 5 BetrVG Ausbildung; BAG (21. 7. 1993), SAE 1994, 257 (259) = NZA 1994, 713 = AP Nr. 8 zu § 5 BetrVG Ausbildung; auch LAG Ebfurt, Beschl. v. 25. 1. 2001 – 1 TaBV 4/00 unveröff.

14) BAG (13. 5. 1992), NZA 1993, 762; BAG (26. 11. 1987), NZA 1988, 505.

15) Vgl. stellvertretend: BAG (20. 3. 1996), NZA 1997, 326 = AP Nr. 9 zu § 5 BetrVG Ausbildung.

16) BAG, NZA 1997, 326 = AP Nr. 9 zu § 5 BetrVG Ausbildung; BAG, NZA 1997, 107 = AP Nr. 10 zu § 5 BetrVG Ausbildung.

17) BAG, NZA 1997, 326 = AP Nr. 9 zu § 5 BetrVG Ausbildung; BAG, NZA 1997, 107 = AP Nr. 10 zu § 5 BetrVG Ausbildung; BAG, NZA 1994, 713 = SAE 1994, 257 (259) = AP Nr. 8 zu § 5 BetrVG Ausbildung.

18) BAG, NZA 1997, 326 = AP Nr. 9 zu § 5 BetrVG Ausbildung.

19) BAG, NZA 1997, 326 = AP Nr. 9 zu § 5 BetrVG Ausbildung.

20) BAG, NZA 1994, 713 = SAE 1994, 257 (259) = AP Nr. 8 zu § 5 BetrVG Ausbildung; BAG (26. 1. 1994), NZA 1995, 120 (122). Im Falle der Beurteilung der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft von Zeitungsstellern ließ das BAG das Majorisierungsargument nicht gelten, BAG (29. 1. 1992), NZA 1992, 894 = AP Nr. 1 zu § 7 BetrVG 1972. Zu Recht: Hier sind auch die Zeitungssteller in den Betrieb eingegliedert, weil am Betriebszweck beteiligt.

21) Raab, in: GK-BetrVG, 7. Aufl., § 5 Rdnr. 39; Preis, ArbeitsR, Praxis-Lehrbuch z. KollektivarbeitsR, 2003, S. 426; Löwisch/Kaiser (o. Fußn. 9), § 5 Rdnr. 7; Richardi, BetrVG, 8. Aufl. (2001), § 5 Rdnr. 68; v. Hoyningen-Huene, BetriebsverfassungsR, 4. Aufl. (1998), S. 36; Kraft, in: Anm. zu BAG, SAE 1994, 257; i. Erg. auch Schlachter, Anm. zu BAG (20. 3. 1996), AP Nr. 10 zu § 5 BetrVG Ausbildung.

22) Ebenso Kraft, Anm. SAE 1994, 260 (261) zu BAG, SAE 1994, 257 (259); auch BAG, NZA 1997, 326 (327) = AP Nr. 9 zu § 5 BetrVG Ausbildung.

begriff des § 5 BetrVG gebunden und mithin an die Rechtsprechung des BAG<sup>23</sup>.

Diese Rechtsprechung überzeugt. Ausgehend von der „klassischen“ Betriebsdefinition, nämlich dass ein Betrieb eine organisatorische Einheit ist, mit der der Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit sächlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitsrechtliche Zwecke, die sich nicht in der Deckung des Eigenbedarfs erschöpfen, fortgesetzt verfolgt<sup>24</sup>, kann nur Arbeitnehmer sein, wer wirklich bei der Erreichung dieses arbeitsrechtlichen Zwecks mittut – aber nicht, wer lediglich, wie das BAG es formuliert, „Gegenstand“ dieses Zweckes ist.

Dies wird vor dem Hintergrund des Zwecks der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmervertretung deutlich: Die Arbeitnehmer sollen an der Gestaltung ihrer konkreten betrieblichen Arbeitsbedingungen durch den Betriebsrat beteiligt werden. Der Betriebsrat entscheidet dann im Rahmen seiner rechtlichen Möglichkeiten mit, wie der arbeitsrechtliche Zweck des Betriebs erreicht werden soll. Wenn in einem reinen Ausbildungsbetrieb nunmehr im Betriebsrat nicht mehr diejenigen repräsentiert sind, die bei der Verwirklichung dieses Betriebszwecks zusammenarbeiten, sondern diejenigen, die gleichsam Objekt dieses Betriebszweckes sind, wird die kollektive Gestaltung der betrieblichen Arbeitsbedingungen aus der Hand derjenigen genommen, die letztlich davon betroffen sind: Das ist das mit der Durchführung der Ausbildung und der Verwaltung betraute Stammpersonal. Es wird aber – gerade betriebsverfassungssystemwidrig – in den meisten Fällen der reinen Ausbildungsbetriebe von den Auszubildenden majorisiert<sup>25</sup>. Dem wollte das BAG mit Recht Einhalt gebieten. Deshalb: Nur zu ihrer Ausbildung Beschäftigte sind keine Arbeitnehmer i. S. des § 5 I BetrVG.

#### IV. Arbeitnehmer in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit

##### 1. (Arbeitsrechtlicher) Zweck einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit?

Nach der richtigen Rechtsprechung des BAG kommt es für die betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft maßgeblich auf die Eingliederung in den Betrieb und damit auf den arbeitsrechtlichen Zweck des Betriebs an<sup>26</sup>. Mithin ist der arbeitsrechtliche Zweck einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit von zentraler Bedeutung.

Bei der Errichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit lässt der Gesetzgeber viel Spielraum. Sie kann sowohl beim alten Arbeitgeber als auch bei einem neuen Träger eingerichtet werden und einen eigenen arbeitsrechtlichen Zweck muss sie nicht zwangsläufig verfolgen<sup>27</sup>, § 175 I 3 SGB III ist eine Soll-Vorschrift. Denkbar wäre also auch eine Zusammenfassung der Arbeitnehmer zu gelegentlichen Aufräumarbeiten oder gar die Freistellung von jeder Verpflichtung.

Nach der Intention des Gesetzes allerdings sollen die Zeiten des Arbeitsausfalls sehr wohl dazu genutzt werden, die Vermittlungsaussichten der Arbeitnehmer insbesondere durch eine berufliche Qualifizierung zu verbessern, § 175 I 3 SGB III. D. h., in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit soll den Arbeitnehmern diejenige Qualifikation vermittelt werden, die zur Wiedereingliederung in den ersten Arbeitsmarkt nötig sind. Mittel zur Erreichung dieses Zwecks können die Durchführung von Schulungen sein, das Angebot von Sprachkursen oder das Bewerbertraining zum Behuf der Bewerbung bei anderen Arbeitgebern. Manche sehen darin auch den Hauptzweck

der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit neben welchem keine weiteren arbeitstechnischen Zwecke mehr verfolgt werden<sup>28</sup>. Und in der Tat: Vor dem grundlegenden Ansinnen des Arbeitsförderungsrechts, nämlich Arbeitslosigkeit zu verhindern und arbeitslos Gewordene alsbald zu einer neuen Beschäftigung im ersten Arbeitsmarkt zu verhelfen, hat der Weiterqualifizierungsgedanke des § 175 I 3 SGB III große Bedeutung. Dies wird auch durch die Regelung der Befristung des Strukturkurzarbeitergeldes deutlich: Nach § 177 I 4 SGB III besteht ein Anspruch über sechs Monate hinaus nur dann, wenn Qualifizierungsmaßnahmen vorgesehen sind. Die Betroffenen sollen nicht lediglich ihre Zeit in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit absitzen – in anderen Worten: die Einheit soll arbeitsmarktfähigere Arbeitnehmer „produzieren“.

Somit soll die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit dazu führen, dass die Arbeitnehmer durch verschiedene Qualifizierungsmaßnahmen in den ersten Arbeitsmarkt wieder eingegliedert werden können. Dies ist – vom betriebsverfassungsrechtlichen Standpunkt aus betrachtet – der arbeitstechnische Zweck einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit nach § 175 SGB III.

##### 2. Übertragung der Rechtsprechung des BAG?

Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BAG zur betriebsverfassungsrechtlichen Stellung der Auszubildenden und Rehabilitanden stellt sich aber die Frage, ob nicht diese Rechtsprechung tragenden Gründe auch auf eine betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit zutreffen, deren Betriebszweck es ist, die übergetretenen Arbeitnehmer weiterzubilden und für die Wiedereingliederung in den ersten Arbeitsmarkt vorzubereiten.

Dabei schadet es nicht, dass die in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit übergetretenen Arbeitnehmer noch Arbeitnehmer des „alten“ Arbeitgebers sind<sup>29</sup> und sie nicht ausdrücklich einen Ausbildungsvertrag geschlossen haben, so dass die für § 5 I BetrVG ergangene Rechtsprechung nicht unmittelbar angewandt werden kann – denn diese bezieht sich ausdrücklich auf zur ihrer Ausbildung Beschäftigte. Dies ist aber insofern unerheblich, als auch der Arbeitnehmerbegriff des § 5 I BetrVG normzweckorientiert auszulegen ist<sup>30</sup>: Arbeitnehmer i. S. des § 5 I BetrVG ist also nur der, der in den betrieblichen arbeitsrechtlichen Zweck eingegliedert ist, weil nur derjenige über den Betriebsrat auch über seine Arbeitsbedingungen mitbestimmen können soll. Darüber hinaus beruht die besondere Erwähnung der Auszubildenden in § 5 I BetrVG darauf, dass vormalig gestritten wurde, ob das Ausbildungsverhältnis überhaupt ein Arbeitsverhältnis oder ein Rechtsverhältnis eigener Art ist<sup>31</sup>.

23) Vgl. Richardi (o. Fußn. 21), § 5 Rdnr. 4.

24) Hromadka/Maschmann, ArbeitsR II, 2002, S. 226; BAG (27. 6. 1995), NZA 1996, 164 = AP Nr. 7 zu § 4 BetrVG 1972; BAG (18. 3. 1997), NZA 1998, 97; Richardi, RdA 1994, 394; Hanau, ZfA 1990, 115; Breitfeld, Praxishdb. BetriebsverfassungsR, S. 4; krit. Konzen, RdA 2001, 76; Joost, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im ArbeitsR, 1996, S. 81, 83 ff.

25) Freilich hat das Majorisierungsargument in der Zeitungszusteller-Entscheidung des BAG wenig gezählt: BAG, NZA 1992, 894 = EzA § 7 BetrVG 1972 Nr. 1 = AP Nr. 1 zu § 7 BetrVG 1972.

26) Nur BAG (12. 9. 1996), NZA 1997, 273 = AP Nr. 11 zu § 5 Ausbildung.

27) Niesel/Roeder (o. Fußn. 5), § 175 Rdnr. 6; Gagel/Bieback (o. Fußn. 4), § 175 Rdnr. 43.

28) Bachner/Schindeler, NZA 1999, 130 (134); a. A. Henkes/Baur/Kopp/Polduwe, Hdb. Arbeitsförderung SGB III, 1999, S. 263.

29) Vgl. hierzu LAG Hamm, Urt. v. 26. 2. 2003 – 14 Sa 1824 un-veröff. (n. rk., Revision eingelegt unter 1 AZR 272/03).

30) Vgl. BAG (20. 3. 1996), NZA 1997, 326.

31) Vgl. BAG, NZA 1994, 713 = SAE 1994, 257 (259).

Die Arbeitnehmer, die in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit qualifiziert werden, sind aber mit Auszubildenden in reinen Ausbildungsbetrieben vergleichbar. Wie diese Auszubildenden fördern sie nicht den arbeitstechnischen Zweck des Aus(oder hier: Weiterbildungs-)betriebs, sondern sie sind gleichsam Objekt dieses arbeitstechnischen Zweckes<sup>32</sup>. Sie sollen gerade etwa durch Bewerbertraining und Bewerbungsanalyse in die Lage gebracht werden, sich erneut und erfolgreich um einen anderen Arbeitsplatz zu bewerben; sie sollen etwa durch Vermittlung von Sprachkenntnissen verbesserte Chancen auf dem Arbeitsmarkt haben und ihnen soll durch das Angebot von Job-Börsen die Vermittlung hin zu einer anderen Arbeitsstelle erleichtert werden. Das ist es auch, was der Gesetzgeber in § 175 I 3 SGB III als Leitbild vorsieht, dass nämlich die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit zur weiteren Qualifizierung genutzt wird. Deshalb kann man die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit (untechnisch und nicht i. S. von § 1 V BBiG)<sup>33</sup> durchaus als Aus- und Weiterbildungsstätte bezeichnen<sup>34</sup>.

Arbeitnehmer i. S. des § 5 I BetrVG sind dann aber nicht die in die betriebsorganisatorische eigenständige Einheit im Rahmen eines Interessenausgleichs übergetretenen Arbeitnehmer – also die Bezieher des Strukturkurzarbeitergeldes nach § 175 SGB III –, sondern nur diejenigen, die mit der Durchführung der Qualifizierungsmaßnahme und der Verwaltung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit betraut sind<sup>35</sup>.

Dies ergibt auch hier die teleologische Auslegung des § 5 I BetrVG: Wären auch diejenigen Arbeitnehmer i. S. des § 5 I BetrVG, die gleichsam Gegenstand der Weiterbildung sind, so wäre auch hier die Gefahr Majorisierung derjenigen gegeben, die wirklich am arbeitstechnischen Zweck des Betriebs betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit mitarbeiten und deren Interessen ein Betriebsrat letztlich vertreten soll. Die Interessenlage ist dieselbe wie bei den Beschäftigten in reinen Ausbildungsbetrieben: Wer Gegenstand eines Betriebszweckes ist, kann ihn nicht selbst mit anderen verfolgen. Es fehlt an der Eingliederung in den Betrieb der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit – auch hier ist das Eingliederungs- und Majorisierungsargument schlagend.

## V. Ergebnis

1. Betriebsverfassungsrechtlich maßgebliche Arbeitnehmer einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit sind nur diejenigen Beschäftigten, die mit deren Verwaltung oder der Durchführung der Qualifizierungs- und Vermittlungsmaßnahme betraut sind und dadurch den arbeitstechnischen Zweck der „beE“ verwirklichen.

2. Die Bezieher von Strukturkurzarbeitergeld sind dagegen keine Arbeitnehmer i. S. des § 5 I BetrVG, weil sie nicht in die Betriebsorganisation eingegliedert sind. Sie sind nicht Subjekt, sondern Ziel des arbeitstechnischen Zwecks der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit, denn sie werden (weiter-)qualifiziert für eine Vermittlung auf einen neuen Arbeitsplatz. Es verhält sich nicht anders, als bei Ausbildungsbetrieben, für die das BAG in ständiger Rechtsprechung den Auszubildenden die betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft abspricht.

32) Ebenso *Bachner/Schindele*, NZA 1999, 130 (134).

33) Vgl. hierzu *Leinemann/Taubert*, BBiG, 2002, § 1 Rdnrn. 73 ff.

34) Vgl. auch *Bachner/Schindele*, NZA 1999, 130 (134).

35) Was die Bezieher des Strukturkurzarbeitergeldes nicht bar jeder Interessenvertretung werden lassen muss: Vertretungsstrukturen können vereinbart werden. Solche eigenen Strukturen verstoßen auch nicht gegen das BetrVG grundsätzlich, vgl. *BAG* (19. 6. 2001), NZA 2002, 397 = *EzA* § 118 BetrVG Nr. 63.